

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXII
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXIX

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUNEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

ENRIQUE RUIZ VADILLO: <i>Esquema sobre una posible revisión parcial del Código civil</i>	3
IVÁN C. IBÁN: <i>Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española</i>	83

Bibliografía

Libros	177
<i>Academie Polonaise des Sciences, Institut de L'etat et du Droit</i> , por Gabriel García Cantero.—AGUNDEZ FERNANDEZ, ANTONIO: <i>La empresa agraria y el concepto jurídico unitario de empresa</i> , por J. Santos Briz.—BONET CORREA, JOSE: <i>Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo</i> , por R.—CREMADES, BERNARDO MARIA: <i>Panorámica española del arbitraje comercial internacional</i> , por R.—FUENTESECA, PABLO: <i>Derecho privado romano</i> , por José Bonet Correa.—GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ, TOMAS RAMON: <i>Curso de Derecho administrativo</i> , por Luis Díez Picazo.— <i>L'information en Droit prive</i> , por José Bonet Correa.—MUÑOZ VIDAL, ANTONIO: <i>El arbitraje cooperativo</i> , por R.—SANTOS MARTINEZ, VICENTE: <i>Para una didáctica del Derecho</i> , por José Bonet Correa.—VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: <i>Estudios sobre donaciones</i> , por José Bonet Correa.	

Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco	193
--	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz	208
--	-----

Jurisprudencia

I Sentencias Comentadas

1. <i>Eficacia del negocio jurídico otorgado sin la autorización militar exigible</i> , por Francisco Lucas Fernández	241
2. <i>Las consecuencias de las alteraciones monetarias en la indemnización de daños y perjuicios</i> , por José Bonet Correa	257
3. <i>Responsabilidad civil extracontractual, culpa objetiva o por riesgo. Falta y relación de causalidad. Inversión de la carga de la prueba</i> , por Carlos Rogel Vide	267

II Sentencias	281
-----------------------------	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210 - 301X
DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXXII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXIX

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

Esquema sobre una posible revisión parcial del Código civil*

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil de la Universidad. Juez Excte.
Fiscal Supernumerario y Letrado del Ministerio de Justicia.

SUMARIO: I.—Justificación del Trabajo: 1. La situación actual en España. 2. La integración en Organismos internacionales. 3. El Derecho comparado. 4. La evolución social. 5. La Constitución. 6. Consideraciones generales: A. La crisis del Derecho en general y del Derecho civil en particular. B. El reto de nuestro tiempo.—II. La reforma del Código Civil: 1. El Código civil. 2. Significación y funciones. 3. Crítica general del mismo. 4. Su posible reforma: A. En cuanto a su sistemática. B. En cuanto a la materia que debe abarcar. C. En cuanto a su contenido. 5. Estado actual del problema.—III. Esquema de la reforma: 1. El título preliminar: A. Especial consideración del mismo. B. Reformas convenientes: a) Los principios generales. b) Vecindad civil. c) Otras observaciones. 2. Parte general: A. Ideas generales. B. Posibles reformas: a) Los derechos de la personalidad. b) La emancipación. c) Las circunstancias modificativas de la capacidad. d) La persona jurídica. e) Los extranjeros. f) La prescripción. g) Otras observaciones. 3. Obligaciones y contratos: A. Ideas generales. B. Posibles reformas: a) Teoría general de la culpabilidad. La indemnización. b) La solidaridad. c) Unidad civil y mercantil. d) Incorporación de nuevos contratos. e) Regulación expresa de los atípicos. f) La compraventa de viviendas. g) Arrendamiento de servicios. h) Arrendamiento de obra. i) El arrendamiento urbano y rústico. j) La responsabilidad extracontractual. k) Prelación de créditos. l) Otras modificaciones. 4. Derechos reales: A. Ideas generales. B. Po-

* El Proyecto de Constitución, que tantas veces se cita, hace referencia al texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, dada la fecha en que este trabajo ha sido concluido. Publicado después el texto aprobado por el Pleno del Senado (y pendiente *todavía* el que haya de serlo por la Comisión Mixta, encontramos, entre otras, como importante innovación, desde nuestro punto de vista, el nuevo ap. 2.º del art. 10 que dice: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. No obstante, y para facilitar su lectura se han incorporado las modificaciones con una muy breve referencia.

sibles reformas: *a)* Clasificación de los bienes. *b)* La propiedad. *c)* La comunidad de bienes. *d)* Propiedades especiales. *e)* Usufructo. *f)* Prescripción. *g)* Otras reformas. 5. Familia: A. Ideas generales. B. Posibles modificaciones: *a)* Matrimonio. *b)* Régimen económico matrimonial. *c)* La filiación. *d)* La patria potestad. *e)* Otros cambios. 6. Sucesiones: A. Ideas generales. B. Posibles reformas: *a)* Testamento. *b)* Legítimas. *c)* Sucesión intestada. *d)* Otras modificaciones.—IV. Conclusiones: 1. Resumen del Trabajo. 2. Consideraciones finales.

ABREVIATURAS

A	= Aranzadi.
ADC	= Anuario de Derecho Civil.
BIMJ	= Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BO de las C	= Boletín Oficial de las Cortes.
DJ	= Documentación jurídica.
IER	= Instituto Editorial Reus.
IJ	= Información Jurídica.
INESJ	= Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
P	= Pretor.
RCDI	= Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDJ	= Revista de Derecho Judicial.
RDM	= Revista de Derecho Mercantil.
RDN	= Revista de Derecho Notarial.
RDP	= Revista de Derecho Privado.
REC	= Recensión.
RGD	= Revista General de Derecho.
RGD y J	= Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

I. JUSTIFICACION DEL TRABAJO

Casi todos mis trabajos van precedidos de un intento de justificar su razón de ser para explicar, a quien tenga la amabilidad y paciencia de leerlos, por qué y para qué se redactaron, aunque siempre se dé un denominador común en el deseo de colaborar a una realización efectiva del Derecho, cada vez más adecuada a las circunstancias de espacio y de tiempo y, por ello mismo, más íntimamente unida al ideal de justicia que los Ordenamientos jurídicos deben pretender implantar. Expliquemos, pues, la finalidad de estas cuartillas.

1. *La situación actual en España.*

Los momentos ciertamente históricos por los que atravesamos, en búsqueda de nuevas fórmulas de convivencia, el esforzado peregrinaje para alcanzar un ideal realizable de vida que compati-

lice libertad y respeto a los demás, justicia y orden; la andadura hacia la conquista de una coexistencia equilibrada y armónica que sólo la paz en la justicia otorga, son razones más que suficientes para que, entre todos, reflexionemos sobre cuál haya de ser el futuro inmediato de nuestro Ordenamiento jurídico. Las circunstancias son excepcionalmente buenas para que el camino hacia cotas más altas de justicia y de entendimiento común sea más fácil y corto que en otras coyunturas aún más complejas y complicadas, sin que ello suponga desconocer las dificultades del empeño. Sólo el afán sincero de conformar en la Justicia la realidad circundante, ha dicho el Ministro de Justicia, don Landelino Lavilla (1), justifica la labor de los hombres de Derecho y les convierte en verdaderos servidores de la Justicia.

El preámbulo del Anteproyecto del texto constitucional recoge en su apartado primero las ideas o principios básicos que habrán de presidir nuestra convivencia (2) y es de suponer que tan pronto el Anteproyecto deje de serlo (3), con las reformas que se introduzcan a partir de este momento, para transformarse en el Derecho fundamental de nuestra organización (4), habrán de producirse modificaciones sustanciales en el Ordenamiento jurídico como consecuencia de los principios y mandatos en ella contenidos, unas veces llenando los vacíos legislativos que la propia Constitución señala (5), llevando, por ejemplo, al Código penal mediante la co-

(1) LAVILLA ALSINA, LANDELINO: *La Justicia en el Estado de Derecho*. Discurso pronunciado en la apertura de Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1976, pág. 9.

La incidencia de la Economía en la vida, y por tanto en el Derecho, es innegable. El Derecho civil no puede olvidarlo, siempre que no pierda de vista el auténtico papel de una y otra en la organización social.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 8.ª Ed. Reimpresión 1978-79. Prólogo del Profesor Hernández Gil; SANTOS BRIZ, J.: *Derecho económico y Derecho civil*. 1963. Prólogo del Profesor Beltrán de Heredia.

(2) La Nación Española, dice, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, proclama, en uso de su soberanía, la voluntad de:

— Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico y social justo.

— Consolidar un Estado de Derecho que asegure la independencia y relaciones entre los poderes del Estado.

— Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, de sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

— Establecer una sociedad democrática avanzada, y

— Colaborar en el establecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz colaboración con todos los pueblos de la Tierra.

Versión distinta en el Senado.

(3) Por supuesto que condicionado todo a que el pueblo acepte en el referéndum el texto que definitivamente se le ofrezca.

V. SANTAMARÍA JULIÁN: *La Constitución en el Senado*. «El País», 1 de agosto 1978, pág. 7.

(4) SÁNCHEZ AGESTA, LUIS: *Lecciones de Derecho Político*. 3.ª Ed. 1947, páginas 329 y ss.

HERRERO R. DE MIÑÓN, MIGUEL: *La revisión de las leyes fundamentales*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia LXX (238), pág. 249.

(5) Son muchos los casos en los que el Proyecto de Constitución remite

rrespondiente tipificación, los ataques o atentados más graves contra el paisaje protegido o el medio ambiente (6) y en otras ocasiones derogando total o parcialmente las normas o conjuntos de normas que se opongan a lo en ella establecido, como pueden serlo, por ejemplo, aquellos preceptos del Código civil que consagran una discriminación grave de los hijos mal llamados hoy ilegítimos y aun incluso de los naturales reconocidos, frente a los legítimos o matrimoniales (7).

También las ideas de justicia social que informan el texto constitucional habrán de obtener la correspondiente respuesta en nuestras leyes. La justicia social significa, como dice Preciado Martínez (8) el principio de armonía en la vida de relación. Coordina las acciones de los hombres entre sí como partes del todo que es la sociedad civil, a la vez que ordena tales acciones al bien común e integra de este modo el orden social humano.

2. *La integración en organismos internacionales.*

España ni puede ni debe mantenerse aislada del resto del mundo. La cooperación jurídica internacional (9) constituye un imperativo categórico para todos los pueblos y más acentuado, si cabe, para nosotros los españoles por nuestra secular y arraigada vocación universalista, de proyectarnos hacia los demás y de ellos recibir también sus ideas, sus culturas y sus inquietudes para fundirlas en un ansia común de unidad humana en la variedad de sus múltiples y casi infinitas posibilidades y vertientes. A la proximidad geográfica, cultural e histórica de Europa, se une siempre la comunidad de sentimientos de lengua y de historia común con América (10), sin olvidar al resto de los pueblos y de las Naciones con

a leyes orgánicas o a nuevas normas que habrán de surgir después de su promulgación.

(6) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Incidencia del Anteproyecto de texto constitucional en los Derechos penal y procesal penal*. BIMJ de 5 de marzo de 1978, Separata del número 1.124.

(7) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho civil*. DJ 1978, Separata del núm. 17.

(8) PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 4.ª Ed., Ed. Ius, México 1965, pág. 219.

RODRÍGUEZ ARTIAS, LINO: *El Derecho, la Justicia y el Bien común*. En Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas, vol. III; pág. 443 y ss. Universidad de Navarra.

(9) Mi paso por la jefatura del Gabinete de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia, fue una buena oportunidad para conocer esta importante realidad.

(10) El artículo 1.º-1 del Reglamento de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas considera a la misma como un organismo que tiene por objeto estudiar y promover el establecimiento de formas de cooperación en materia jurídica entre países miembros. Fue firmado en Brasilia en septiembre de 1972.

V. también «III Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas». Buenos Aires, 9-13 junio 1975, DJ, Separata de los núms. 7 y 8.

las que España debe siempre estar unida y vinculada para cuanto suponga y signifique avance en el desarrollo espiritual y material de la humanidad. La incorporación al Consejo de Europa, a uno de cuyos Comités tengo el honor de pertenecer, habrá de suponer igualmente una revisión de algunas partes de nuestro Ordenamiento jurídico (11).

El relieve que adquiere hoy esta cooperación jurídica internacional a través de los correspondientes Tratados, Pactos y Convenciones es innegable (12) hasta el punto de que a través de ciertas entidades en cierta manera supranacionales pueden cederse competencias que hasta hace bien poco eran consideradas emanación exclusiva y excluyente de la Soberanía nacional (13). La característica más resaltante de las comunidades europeas, se dice (14) es que poseen, por vía de tratados y delegación de soberanías de los Estados miembros, poderes reales, de directa aplicación, que integran un auténtico derecho comunitario sobre cuya interpretación o en caso de colisión del mismo con los Ordenamientos nacionales, se pronuncia, en instancia definitiva, el Tribunal de Justicia que naturalmente en sus resoluciones ha ido marcando la prioridad de aquel (15).

Volviendo al tema de la filiación, al que nos referiremos con un cierto detenimiento más adelante, podemos ya adelantar la acusadísima tendencia, a la que España no puede ser insensible, a obtener una verdadera y única consideración y trato jurídico de todos los hijos, cualquiera que sea su origen, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

Europa ha de ser nuestro principal camino para encontrar

(11) El Consejo de Europa nació el 5 de mayo de 1949.

(12) V. artículos 87 y ss. del proyecto constitucional, versión Congreso y 92 versión Senado.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Incidencia del Anteproyecto*, pág. 27. V. art. 11.2 del Proyecto.

(13) Art. 87 del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados («B. O.» núm. 135): Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de un tratado por el que se atribuya a una organización o institución internacional, en régimen de paridad, el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. En versión Senado (art. 92) suprime «en régimen de paridad».

(14) Varios autores (GARRIGUES, J. A.; ARMERO, J. M.; MELCHOR DE LAS HERAS, A., y VEGA PENICHER, M.): *La participación de España en las Comunidades europeas*. Ed. Tecnos, Madrid.

(15) MIGUEL ZARAGOZA, JUAN: *España y las Convenciones del Consejo de Europa*. D.J. núm. 2, pág. 513.

Idem: *Introducción a las fuentes e instituciones de Derecho europeo*. D.J. septiembre 1969.

Idem: *Elementos jurídicos de la integración europea*. D.J. núms. 5, 6, 7 y 8. SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL: *Orden jurídico y derechos humanos*. RGL y J., LXXI (239), pág. 411.

Declaración universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. En I.J. número 296, pág. 21, 1968.

Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. En R.G.L. y J., LXXIV (242), pág. 460.

nuestra verdadera identidad y el Consejo de Europa debe ser uno de los instrumentos más eficaces para esta deseable realidad jurídica. Quizá la idea de una Europa unida, ha dicho Alvarez de Miranda (16), fue, en esta última etapa, como una especie de sueño por el que se intentaba sacar del estancamiento moral de la postguerra a unos pueblos cansados y hambrientos, dotando a muchos millones de europeos de un proyecto de vida atractivo y pacífico. No se trata, sigue diciendo, de algo fácil de conseguir, pero todos tenemos en nuestras manos la posibilidad de hacer algo para convertir en realidad ese sueño. Conseguirlo será la respuesta más apasionante de una generación desorientada.

El Consejo de Europa ha llevado y está llevando a cabo una tarea que nos atrevemos a calificar de excepcionalmente importante: su constancia, su equilibrio, su ejemplar vanguardismo jurídico, sin otras concesiones que las debidas a la justicia y a la realidad, constituyen razones más que suficientes para confiar ilimitadamente en su tarea y en sus realizaciones. En relación con el contenido de nuestro trabajo podemos citar entre otros los siguientes documentos (17):

Tratados y Convenciones europeas (18): 1. Estatuto del Consejo de Europa (comprendidas las enmiendas y textos adicionales (1.49-1963). 5. Convención de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales (comprendido el Protocolo adicional (1952), Protocolo núm. 2 (1963) y Protocolo núm. 4 (1963); 29 Convención europea sobre el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil en materia de vehículos automóviles (1959); 41 Convención sobre responsabilidad de los hoteleros en cuanto a los objetos entregados por los viajeros (1962); 42 Arreglo relativo a la aplicación de la Convención europea sobre el arbitraje comercial internacional (1962); 56 Convención europea relativa a Ley uniforme en materia de arbitraje (1966); 57 Convención europea de establecimiento de sociedades (1966); 58 Convención europea en materia de adopción de niños (1967); 60 Convención europea relativa a las obligaciones en moneda extranjera (1967); 62 Convención europea en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero (1968); 75 Convención europea relativa al lugar de pago de las obligaciones monetarias (1972); 76 Convención europea sobre computación de plazos (1972); 77 Convención relativa al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos (1972); 79 Convención europea sobre la responsabilidad civil en caso de daños

(16) ALVAREZ DE MIRANDA, FERNANDO: *Un cierto desencanto europeísta*. «El País», 13 de agosto de 1978.

(17) Los números corresponden a los que cada uno de los documentos tiene en el Catálogo de publicaciones del Consejo de Europa, editado en Estrasburgo en 1977. V. también: *Guide du Conseil de l'Europe*, especialmente páginas 77 y ss.

PÉREZ SERRANO, N.: *La evolución de las declaraciones de derechos*, 1950.

(18) Los documentos señalados con los números 56, 58, 60, 75, 76, 77, 79, 85 y 91 pueden ser más ampliamente estudiados en publicaciones editadas por el Consejo de Europa, bajo el título: *Cuestiones jurídicas*.

causados por vehículos automóviles (1973); 85 Convención europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio (1975); 91 Convención europea sobre responsabilidad de hecho, de los productos, en caso de lesión corporal o de muerte (1977) (19).

3. *Derecho comparado.*

La importancia del Derecho Comparado es igualmente innegable, pero su utilización exige, a mi juicio, dos cosas imprescindibles: 1.º Un conocimiento completo y profundo del sistema jurídico que se va a comparar, no simplemente de una zona más o menos minúscula del mismo, y 2.º Una penetración en la realidad social a la que dicho sistema se proyecta porque un ordenamiento jurídico puede ser óptimo en un espacio y tiempo determinados y puede ser pésimo en otras coordenadas diferentes. Hernández Gil (20) ha considerado el alcance de la cooperación jurídica más allá de las medidas del nacionalismo y del Estado, para verla predominante en los planos constituidos por el Derecho comparado, el Derecho Internacional en sentido amplio, el Derecho internacional privado y la llamada supranacionalidad, presupuesto del Derecho comunitario o de integración.

Mientras que la historia del Derecho versa sobre la sucesión de los estados jurídicos en el tiempo, la Ciencia del Derecho, dice Radbruch (21) recae sobre la yuxtaposición de los diferentes órdenes jurídicos nacionales en el espacio. La mayor partes de las veces, cuando se comparan entre sí los derechos de los pueblos civilizados, se hace con miras de política jurídica y es, en este sentido precisamente, donde nos parece más trascendente su estudio y más eficaz su conocimiento, puesto que la política legislativa debe ne-

(19) Pueden consultarse también, entre otras, las siguientes publicaciones: Respuestas de los Gobiernos de los Estados miembros al cuestionario relativo a la noción de «plazo» (1948); Unificación de los conceptos jurídicos de «domicilio» y de «residencia» (1972); Respuestas de los Gobiernos miembros al cuestionario sobre la edad de la plena capacidad jurídica (1974); Respuestas de los Gobiernos al cuestionario relativo a la noción de «residencia» y a la noción de «domicilio» (1975); Informe concerniente a ciertos aspectos de la responsabilidad civil (1976), y La nacionalidad de los cónyuges de nacionalidades diferentes y la nacionalidad de los hijos en el matrimonio (Resoluciones (77), 12 y (77), (13), (1977).

FUEYO LANERI, F.: *Catalogación de conceptos de derecho privado*, I.J. número 314, pág. 259, 1972.

JESTAZ PHILIPPE: *Legislation française et communautaire de droit privé*, Revue trimestrielle de droit civil, julio-sept. 1973, pág. 620.

MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS: *Perspectivas y método para la comparación judicial en relación con el derecho privado iberoamericano*, R.D.P., LX, pág. 773.

(20) HERNÁNDEZ GIL, A.: *El derecho como factor cultural de unidad*. Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI, el día 15 de marzo de 1974. Reseña en el periódico «Pueblo» del 16 del mismo mes y año.

(21) RADBRUCH, G.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, 3.ª ed. Breviarios de Cultura Económica, pág. 13.

AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho civil internacional*.

cesariamente contar con todos los elementos posibles para que su orientación sea acertada.

Las vías de acercamiento a una unidad jurídica supranacional han de ser, pues, los tratados, convenciones y pactos a los que ya hemos hecho referencia y el estudio detenido y reflexivo del Derecho comparado (22). Recientemente, el mismo Profesor Hernández Gil (23), al poner de relieve el problema del destino importante del Derecho como elemento de integración actual, ha señalado que el Derecho comparado supone la tercera escalada del pensamiento unitarista (las primeras son el Derecho romano y el Derecho natural), al no ser, a su juicio, aquella disciplina, reducida a su última síntesis, sino el trasfondo de un proceso general de integración.

4. *La evolución social.*

Sin necesidad de acudir a estadísticas ni a sondeos de opinión pública, pero sin olvidar que también son instrumentos de cooperación de las Ciencias sociales, enormemente significativos, cada uno de nosotros, con su propia e intransferible experiencia personal y social, está en condiciones de captar el radical cambio producido en la sociedad española, en sus costumbres y hábitos, en sus comportamientos comunitarios, en la jerarquía de valores comúnmente aceptada, en sus exigencias e inquietudes; en definitiva, en su marcha hacia un mundo relativamente nuevo y más justo. Todo contribuye, pues, a que consideremos exactamente este momento como excepcional para llevar a cabo la inmensa tarea de poner al día nuestro ordenamiento, tarea atractiva como pocas, difícil por su propia naturaleza y compleja por su extensión, pero urgente e inaplazable porque en ella y en su inmediatidad nos puede ir, nos irá sin duda, nuestro más inmediato futuro y, quién

(22) ERDSIEK, G.: *Nuevo derecho civil y procesal en la Unión Soviética*. R.D.P., XLVI, pág. 1033.

CORONAS, JUAN: *La reforma del Código civil argentino*, I.J. núms. 142-143, página 272, 1955.

ALESANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *El Código civil chileno*, I.J., núms. 150-151, página 657, 1955.

PÉREZ SERRANO, NICOLÁS: *La reforma del derecho privado en Alemania*. Conferencia. Recensión en I.J., núm. 4, pág. 7, 1941.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Una introducción al Derecho civil polaco*. I.J. número 319, pág. 7, 1973.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*.

CASTEJÓN, FEDERICO: *El estudio del Derecho comparado como medio de investigar materias susceptibles de unificación internacional*. I.J. núms. 186-187, página 1159, 1958.

(23) HERNÁNDEZ GIL, A.: Conferencia pronunciada en el Acto inaugural del Curso de Verano 1974 en la Universidad Internacional de Santander. Reseña de José M.^a Castan, en RGL y J, nov. 1974. V. también más ampliamente *El derecho como elemento de integración cultural*. Publicaciones de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Santander, 1974.

sabe, si nuestro muy prolongado porvenir. Partiendo, por lo tanto, de la Constitución (24) construyamos entre todos un orden jurídico que responda en su espíritu y en su propia letra a sus principios inspiradores, a sus líneas maestras, a sus mandatos y disposiciones para que los Jueces y Tribunales puedan, al hacer concreta realidad las leyes, reafirmar la presencia constitucional en todas sus resoluciones, consumándose así, en una simbiosis perfecta, propósito y finalidad legislativa por una parte y realización práctica (25) por otra, a través de una interpretación (26) que conjugue norma y vida, teniendo permanentemente presente la realidad social a la que las leyes se dirigen y que es tanto como expresar a su través la más genuina y auténtica voluntad popular dirigida hacia la realización de un Derecho (27) justo, aunque la expresión, una vez más, suene a paradoja y sarcasmo. Realizar la justicia a través del Derecho debe ser la finalidad del Ordenamiento en general, de nuestro futuro Código civil, y realizar la justicia impone legislativamente contemplar las necesidades de todos y regularlas con el más riguroso criterio de equilibrio y proporcionalidad (28).

(24) Los Estados, ha dicho Splenger (a), son la forma de los pueblos. Su necesaria organización constitucional, ha señalado Fischbach (b), vendrá a ser algo así como el andamiaje en que aquélla descansa (a) Splenger: *Decadencia de Occidente*, II (b) Fischbach Oskar Georg: *Derecho político general y constitucional comparado*. Trad. y notas de W. Rocas y L. Legaz, 2.^a ed.

(25) VEGA BENAYAS, CARLOS DE LA: *Introducción al Derecho judicial*. Ed. Montecorvo, 1970; pág. 73: «El legislador sentencia genéricamente, el Juez legisla particularmente».

(26) VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS: *La interpretación jurídica*. P., marzo-abril 1975. Forma parte este trabajo de un libro «La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos», que más adelante se cita.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código civil*. DJ oct.-dic. 1974.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El nuevo título preliminar del Código civil* (Comentarios a los Capítulos I, II y III). Vol. 5, pág. 781. Libro homenaje a D. Ramón María Roca y Sastre.

(27) A mi juicio (tal vez esté equivocado en mi apreciación, pero por ahora el tema creo verlo con claridad) la participación popular en la Justicia, especialmente en el orden civil, más que en una intervención directa e inmediata en el enjuiciamiento de los litigios que sólo teórica e idealmente la vemos hacedera y viable con autenticidad y eficacia (piénsese en aspectos técnicos ineludibles, en equilibrios difícilmente construibles y en cargas muy costosamente soportables), puede estar en la presencia de los representantes del pueblo en los Consejos Superiores del Poder Judicial (incluidas en esta expresión la Magistratura y el Ministerio Fiscal), en el amplio ejercicio de la acción popular y en la igualmente amplia legitimación activa para ejercitar acciones y recursos de determinadas asociaciones o entes populares que participarían así en la Justicia y ejercerían sobre ella un cierto control social.

(28) Como dice Fernández Albor, cuando la colectividad social observa que la Justicia no es igual para todos, pierde su confianza en ella («Estudios sobre criminalidad económica», Bosch, Casa Ed., pág. 7).

5. *La Constitución.*

La Constitución ha de representar el vértice de nuestro Ordenamiento, y así como ya he expresado en varias ocasiones (29), la idea de que en ella debe contenerse un procedimiento no excesivamente difícil para su modificación cuando ésta sea necesaria y querida por una mayoría cualificada, igualmente pienso que mientras estén vigentes todos y cada uno de sus preceptos ha de intentarse, por todos los procedimientos legales y de convicción moral, el máximo de respeto y de acatamiento a los mismo (30). La Constitución no sólo debe ser un símbolo, debe ser también el instrumento jurídico y político que dé cohesión a nuestra convivencia, garantizando la justicia tal y como ésta debe ser concebida hoy. A su vez debe ser la fuente de originación de nuevas leyes que en forma de cascada tomarán vida de la Constitución y que, en cierta forma, al realizarse, con arreglo a sus principios, la fortalecerán (31).

En cuanto a los artículos de la Constitución que de alguna manera directa o indirecta afectan al Derecho civil y muchos de ellos al Código civil actual en concreto y que por tanto habrán de ser tenidos especialmente en cuenta cuando haya de procederse a su reforma son, a nuestro juicio, los siguientes (32):

Artículos: 9 relativo a los principios informadores (que vienen a constituirse como principios generales en el sentido del art. 1.º, apartados 1 y 4 del Código civil, según la versión dada por el artículo 2.º del Decreto 1.836, de 31 de mayo de 1974.

11.1. *Nacionalidad.*

11.2. *Mayoría de edad. Privación de la nacionalidad. Senado.*

11.3. *Doble nacionalidad.*

12.1. *Situación de los extranjeros.*

21.1. *Asociaciones. Art. 22 en versión Senado.*

21.3. *Registro de Asociaciones, ídem.*

(29) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Incidencia del Anteproyecto...*, cit., y *El Anteproyecto de texto...*, también cit.

(30) Art. 9-1: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al Ordenamiento jurídico (Versión Senado suprime la expresión «los ciudadanos»). 3. Se reconocen los principios de jerarquía normativa... (Versión distinta Senado). La Constitución de un país implica, dentro de esa jerarquía normativa, la más importante de las fórmulas de derecho que han sido exteriorizadas, dicen Bayon y Pérez Botija, (a). Sus mandatos o declaraciones tienen un valor absoluto en cuanto son de ejecución inmediata y un valor programático cuando sólo marcan una orientación para normas de grado menor (leyes, decretos). (a): *Manual de derecho del trabajo*, vol. I, 6.ª ed., pág. 138.

(31) Art. 75-1: Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de las libertades públicas, a la organización de las instituciones centrales del Estado, las que aprueben los Estatutos de autonomía y régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. Las leyes orgánicas deberán ser aprobadas, modificadas y derogadas por la mayoría absoluta del Congreso.

(32) Los impresos en letra cursiva nos parecen los más importantes. Los artículos citados al final de cada párrafo se refieren a la versión Senado.

- 22.1. *Fundaciones*. Modificado en versión Senado Art. 34.1.
- 30.1. *Matrimonio*. Art. 32.1 En vez de edad núbil, habla de edad fijada por la Ley.
- 30.2. *Formas del matrimonio, contenido, separación y disolución*. Art. 32.2
- 31.1. *Propiedad privada y herencia*. Art. 33.1.
- 31.2. *Función social de la propiedad*. Art. 33.2.
- 31.3. *Expropiación forzosa*. Art. 33.3. En vez de español, dice nadie.
- 35.1. *Protección a la familia*. Art. 39.1.
- 35.2. *Filiación*. Art. 39.2. Añade: «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad».
- 35.3. *Deberes de los padres*. Art. 39.3, modificado.
- 75.1. *Leyes orgánicas*. Art. 80.1.
- 75.2. *Aprobación, modificación y derogación de las mismas*. Art. 82.2., modificado.
- 76.1. *Delegación legislativa*. Art. 81.1.
- 76.2. *Ley de Bases y Ley Ordinaria*. Art. 81.2.
- 76.3. *Exigencia de forma expresa*. Art. 81.3.
- 76.4. *Ley de Bases: Delimitación*. Art. 81.4.
- 76.5. *Refundición de textos legales*. Art. 81.5.
- 76.6. *Derogación*. Suprimido.
- 76.7. *Fórmulas de control*. Art. 81.6
77. *Leyes de bases: Límites*. Art. 82.
79. *Decretos legislativos (33)*. Art. 84.
- 80.1. *Decretos-leyes (34)*. Art. 85.1.
- 80.2. *Sometimiento a debate*. Art. 85.2.
- 80.3. *Tramitación como proyectos de ley*. Art. 85.3.
- 81.1. *Iniciativa legislativa: Gobierno y Diputados*. Art. 86.1., modificado.
- 81.2. *Senado*. Art. 86.2., modificado.
- 81.3. *Asambleas de comunidades autónomas*. Art. 86.3.
- 81.4. *Iniciativa popular*. Art. 86.4.
- 82.1. *Proyectos de ley*. Art. 87.1.
- 82.2. *Exposición de motivos*. Art. 87.2.
83. *Tramitación de las proposiciones de ley e iniciativas, Artículo 88, añade un segundo apartado*.
- 84.1. *Participación del Senado*. Art. 89.1.

(33) Art. 79: («B. O.» núm. 135), art. 84 Senado. Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada, recibirán el título de decretos legislativos y serán siempre dictaminados por el Consejo de Estado que, en todo caso, se pronunciará sobre su conformidad o disconformidad, con el objeto, contenido y alcance de la delegación.

(34) Art. 80: En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos leyes y que no podrán afectar al Ordenamiento de las instituciones centrales del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero, al régimen de las comunidades autónomas ni al derecho electoral general (Art. 85-1 Senado).

- 84.2. Actuación del Senado. Art. 89.2.
 84.3. Reducción de plazo. Art. 89.3.
 85. Sanción, promulgación y publicación de las leyes (35). Art. título 90, modificado.
 87. Atribución de competencias a Organismos e Instituciones Internacionales. Art. 92, modificado.
 88.1. Requisitos de los Tratados. Art. 93.1.
 88.2. Información de los mismos a las Cortes Generales. Artículo 93.2, modificado.
 89. Contradicción Tratado Constitución (36). Art. 94, párrafo 2.º, modificado.
 90. Validez de un Tratado (37). Art. 95 se añade un 2.º apt.
 99.1. Control judicial de la potestad reglamentaria. Art. 96, modificado.
 112. Acatamiento de las sentencias. Art. 117, modificado.
 126.1. Régimen jurídico de los bienes de derecho público y comunales. Art. 135.1, modificado.
 126.2. Bienes de dominio público estatal. Art. 131.2, modificado.
 126.3. Patrimonio del Estado. Art. 131.3.
 144.1.2. y 3. Legislación delegada en las Comunidades autónomas. Art. 149, modificado.
 157.1. Consulta al Tribunal Constitucional. Art. 162.1., modificado.
 157.2. Revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (38). No aparece en Senado.
 Disposición Adicional. Amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales (39). Modificado.

(35) Art. 85: Las leyes, aprobadas por las Cortes generales serán sancionadas en el plazo de quince días por el Rey, quien las promulgará y ordenará su inmediata publicación (Art. 90 Senado, con cambio de redacción).

(36) Art. 89: Si el Tribunal constitucional, a requerimiento del Gobierno o de cualquiera de las cámaras, declara que un Tratado internacional contiene estipulaciones contrarias a la Constitución, su celebración requerirá en todo caso la previa revisión constitucional (Art. 94 Senado, cambio de redacción).

(37) Art. 90: Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. (El núm. 1 igual; se ha añadido un aptdo. 2.º: Para la denuncia de los Tratados y Convenciones internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 93). V. art. 6.º del Anteproyecto de Constitución, el informe de la Ponencia y el anexo al Informe («B. O.» de las Cortes de 17 de abril de 1978).

(38) Confiamos en que este artículo, que a nuestro juicio atenta contra la propia significación del Poder judicial, sea eliminado definitivamente.

(39) Disposición adicional: La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía. Se han añadido en versión Senado tres más.

6. Consideraciones generales.

Como ya queda dicho la principal y casi única finalidad de este trabajo no es otra que la de cooperar de forma muy simple y elemental a esta convocatoria general de estructurar o reestructurar, según los casos, nuestro Ordenamiento jurídico, ocupándonos ahora del Código civil, en forma relativamente análoga a como en ocasiones anteriores lo hicimos con el Código penal (40), es decir, apuntando ideas, expresando puntos de vista y articulando, en ocasiones, un borrador o esquema de reforma en algunas materias y zonas muy concretas y específicas, bien por haber meditado sobre ellas con mayor profundidad o por su especial significación y alcance.

El sistema que pretendo seguir es el siguiente: Después de esta exposición general en orden a las circunstancias históricas por las que atravesamos y a la oportunidad de una reforma legislativa en profundidad, queremos situar a nuestro Código civil en el amplio contexto de nuestro Ordenamiento jurídico general, estudiar muy brevemente su significación, las principales funciones que tiene encomendadas, examinar las críticas, a grandes rasgos, de que fue y es objeto y la posibilidad de una inmediata reforma parcial (sin que ello implique, ni muchísimo menos, abandonar la idea de un Código civil enteramente nuevo en su contenido y en su hechura) aquí y ahora, en forma parecida, pero más ambiciosa a las realizadas con anterioridad (41); entre ellas, las importantes y acertadas modificaciones llevadas a cabo por las leyes de 17 de marzo de 1973 (42) y 2 de mayo de 1974.

En mi opinión no es mala cosa utilizar previamente a la reforma total un sistema de reformas parciales del Código, si tales reformas son actuales, acertadas e insertables con posterioridad en ese cambio o reforma en profundidad. El ejemplo de la modificación del título preliminar, el de la ley que estableció una nueva situación jurídica para la mujer y para los cónyuges, en general, por citar casos recientes, las modificaciones de la ausencia, de la nacionalidad, de la propiedad horizontal, de la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, etc., etc., más distantes, son todas bien gráficas y aleccionadoras. Por ello, repetimos otra vez, creemos que el camino puede continuar en esta dirección, sin que ello retrase esa profunda y total reforma de nuestro Código civil que ha de ser necesariamente lenta, o, al menos, relativamente lenta, y muy compleja.

Sin perjuicio de lo que más adelante vamos a decir, anticipemos

(40) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*, RDJ, Separata.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre una posible nueva reestructuración del Código penal*, RGL y J., julio 1974.

(41) V. Obras generales de Derecho civil y monografías sobre el tema.

(42) La Ley de bases fue articulada por Decreto de 31 de mayo de 1974.

confirmando lo ya señalado, que nuestro pequeño trabajo pretende dos cosas: una, llevar a cabo una especie de limpieza o eliminación de aquellas expresiones que no deben figurar en nuestro Código, como filiación legítima, ilegítima, amo, criado y de sustitución, como, por ejemplo, juez de distrito en vez de juez municipal, etc., y otra, plantear las cuestiones derivadas de situaciones superadas para que quienes tienen autoridad para ello puedan contar, si lo consideran conveniente, entre otros muchos, con otro instrumento auxiliar de trabajo. Todo ello arropado con alguna bibliografía, desde luego muy incompleta, y seleccionada en función de las apreciaciones concretas que en cada caso formulo y sin que, por supuesto, la no cita de otras muchas obras suponga olvido, ni mucho menos falta de atención hacia sus posturas y tesis.

La tarea, aun contando con la evidente desproporción que se produce entre el resultado y la ilusión puesta en ella, es bien modesta. Casi, casi, no es otra cosa que una simple llamada de atención y una sencilla meditación en alta voz. Sé positivamente que quienes están llevando a cabo el trabajo preliminar, están sensibilizados con el problema; sé, por las referencias de los medios de información social, que existen proyectos y borradores muy meditados, estemos o no totalmente de acuerdo con ellos, pero sé también que en esta aventura, tal vez hasta las más minúsculas aportaciones, como la mía, puedan rendir alguna utilidad. Quizá falte todo o casi todo para que una obra de esta naturaleza pueda ser de provecho, aunque personalmente me conformo si algo, aunque poco, pueda serlo. Como profesional del Derecho en cuanto instrumento inmediato de justicia y de paz, no olvido nunca aquella expresión que el Profesor Hernández Gil (43) escribió hace ahora siete años en el prólogo que tuvo la amabilidad de redactar para mi libro de Derecho civil, en su 5.ª edición: El Derecho civil, vino a decir, que por exceso de virtuosismo en sus cultivadores ha sido propicio a ciertos encumbramientos dogmáticos, ha de ofrecerse en términos de un realismo sano y asequible. Esta ha sido siempre y seguirá siendo, en la medida de mis posibilidades, la pretensión que acompaña a todos mis trabajos.

Finalmente tengo que decir algo que me parece esencial: Entiendo cada vez con mayor convicción y firmeza que hay que intentar, a cualquier precio legítimo, que las leyes en sentido estricto y las normas en general sean populares en un doble sentido; primero, porque su contenido responda a las inquietudes generalizadas y legítimas de la comunidad, y segundo, porque esas mismas inquietudes y exigencias vuelvan al pueblo en forma de preceptos contruidos de manera inteligible y clara al ser aplicados por unos Jueces y Tribunales sensibles a esta realidad social. El proceso legislativo y judicial, entendemos que ha de pasar por estos dos

(43) HERNÁNDEZ GIL, A.: Prólogo a la 5.ª edición de mi libro *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 31 de agosto de 1971. El prólogo se ha reproducido en las sucesivas ediciones.

puntos, si se quiere que el Derecho sea algo auténticamente popular y no algo exótico y lejano de quienes han de ser precisamente sus destinatarios mediatos o inmediatos (44). Hay que evitar a toda costa, dice Soto Nieto (45) que se produzca un divorcio entre el Derecho proclamado por los Jueces y la conciencia popular; ante tales vacíos o desajustes puede fracturarse gravemente el orden social.

A. *La crisis del Derecho en general y del Derecho civil en particular.*

Evidentemente, el mundo entero está en crisis porque lo están muchos de sus más queridos y apreciables valores. El Derecho no permanece al margen de esta convulsión general, pero debiéndose advertir que la crisis se refiere a los Ordenamientos positivos, no al Derecho en cuanto instrumento imprescindible para que la justicia se realice prácticamente. Hasta ahora, y nos parece que para siempre, ninguna comunidad ha conseguido vivir marginada del Derecho. Este existe sencillamente porque el hombre es un ser social. La sociedad, en definitiva, como dice García Valdecasas (46) no puede subsistir sin esa forma de vigencia suprema que es el

(44) El proceso podría sintetizarse así: 1.º Que las leyes tengan su raíz en el pueblo. No es suficiente que formalmente sean correctas (esto se presupone); es imprescindible algo más: que tengan en cuenta las necesidades, las inquietudes y los sentimientos y apetencias justas. 2.º Que las leyes se den a conocer a todos mediante fórmulas sencillas y de fácil entendimiento. 3.º Que a cada sector social directamente interesado en una ley o conjunto de leyes se le facilite de manera especial y directa su conocimiento (al consumidor, el resumen de sus principales derechos; a los inquilinos y arrendatarios, las leyes de arrendamientos; a los trabajadores, las normas de derecho laboral; a los asegurados, los preceptos del contrato de seguro; a los internos en un establecimiento penitenciario, la ley general penitenciaria y los correspondientes reglamentos, etc.). 4.º Que se articulen procedimientos, en principio gratuitos y sencillos, para que todo el mundo pueda ejercitar judicialmente sus derechos con la aplicación, cuando sea procedente, de la teoría del abuso del derecho en el campo procesal.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del derecho, en el nuevo título preliminar del Código civil*, ADC, 1977.
SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios*, DJ, abril-junio 1978.

Lógicamente, estas ideas nos llevan a una socialización del Derecho privado en general y, por tanto, del Derecho civil, que tanto en la parte general y en los derechos reales, como en la contratación, ha de tener su adecuado reflejo, sin olvidar el derecho de familia y de sucesiones que inevitablemente han de ser transformados en aras de la correspondiente impregnación social a sus instituciones.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *La socialización del Derecho y su actual panorámica*, 1965.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Tratado de obligaciones*, I. Suc. de Rivadeneira.

(45) SOTO NIETO, F.: *Compromiso de justicia*, Ed. Montecorvo, S. A., pág. 99.

(46) GARCÍA VALDECASA, ALFONSO: *La Sociedad y el Derecho*, Rev. del Foro Canario, núm. 20, Las Palmas.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *Crisis mundial y crisis del Derecho*, Discurso de apertura de Tribunales, 1960.

Derecho: Derecho y Sociedad son consustanciales. De ahí que lo mejor del Derecho sea su trasmundo. No lo aparential, sino aquello que, como dice Iglesias (47) es contigo y conmigo y con todos nosotros, porque sin el Derecho no sería posible el convite, la convivencia, la convida, que es como decir la única manera de vida verdadera.

Posiblemente nunca ha existido, como ahora, un ansia tan general y acentuada de justicia. El mundo quiere justicia y sabe que sólo la justicia traerá la auténtica paz y no acepta que quienes estén egoístamente interesados en lo contrario, quieran identificar Derecho y Justicia cuando no sean desgraciadamente identificables. Una regla de Derecho por sí mismo, dice Silva Melero (48) no es justa ni injusta, lo que importa es si mantiene la justicia o permite la injusticia. El Derecho progresa en la medida que las leyes impiden hacer daño a los demás, asignando a cada uno lo que le corresponde, viejos preceptos todavía válidos.

Quitemos del Código civil todas las normas que ya no sirven porque no son justas o porque no son servibles y pongamos en él todos aquellos preceptos que la sociedad de hoy necesita para que su convivencia sea justa y adecuadamente ordenada (49).

B. *El reto de nuestro tiempo.*

Para nosotros los juristas, dice Díez Picazo (50) el reto o desafío, cada vez más agudo y creciente, consiste obviamente en averiguar cómo se interrelacionan los cambios sociales y los cambios jurídicos, o dicho de otro modo, en esbozar una «teoría del cambio jurídico». La interrelación «cambio social, cambio jurídico» puede ser examinada o planteada desde cada uno de los ángulos determinados por los miembros del conflicto. Es decir, dada una primera pregunta: ¿De qué manera repercute el cambio social en el Ordenamiento jurídico? ¿Cambia o no cambia y cómo cambia el orden jurídico como consecuencia de la transformación social? Y también una segunda: ¿En qué medida un cambio jurídico es un vehículo o un instrumento idóneo para operar una reforma social? (51).

Hernández Gil (52) ha señalado que en el primer plano de la

(47) IGLESIAS, JUAN: En la recensión de la obra *Introducción al Derecho*, de Angel Latorre, Ed. Ariel, Barcelona, 1968. ADC XXVII-4, pág. 946.

(48) SILVA MELERO, VALENTÍN: *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*, Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, pág. 38, Madrid, 1973.

(49) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 8.ª ed., reimpresión, 1978-79, pág. 18 y bibliografía allí citada.

(50) DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, página 32.

(51) VALLET DE GOYTISOLO: *Sociedad de masas y Derecho*.

(52) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, volumen I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Pág. 405 y ss.

actividad del jurista, como cultivador de la Ciencia del Derecho o como encargado de la aplicación de éste, aparece el material normativo que le suministra el derecho positivo de que se trate. Opera en un cierto grado de vinculación con respecto de él. Esta vinculación no es totalmente determinable desde el punto de vista del método. En todo caso, vinculación no es sumisión literal o irreflexión. El jurista no despliega una actividad mecánica que acaba por inmovilizar el derecho, si bien tampoco es su libre configurador porque todo el derecho, el natural no menos que el positivo, posee un carácter normativo incompatible con la decisión puramente subjetiva. Este material normativo, sigue diciendo, que constituye lo que suele denominarse ordenamiento jurídico no agota, tal como aparece formulado, la realidad jurídica. Se halla en una posición de equidistancia y entronque: con un orden moral, que con respecto de él aparece en un plano superior, con un orden social que puede representarse en un plano inferior y con un orden histórico que puede representarse con una relación de anterioridad.

En ello radica la tarea que a todos nos espera y especialmente a quienes nos dedicamos al estudio y a la realización del Derecho: En hacer un Ordenamiento que responda a las exigencias de hoy. La realidad social condiciona la elaboración y la aplicación del Derecho, y éste, cuando es justo, contribuye a conformar el comportamiento social. He aquí la obra que ahí mismo nos está ya esperando: Apasionarse por ella sin perder la ponderación y el equilibrio debe ser nuestra postura (53), luchando por la justicia, la libertad y el bien común (54).

II. LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL (55)

1. *El Código civil.*

Entre todos los textos jurídicos vigentes en España, el Código civil, dice Federico de Castro (56), tiene un carácter fundamental

(53) V. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Suc. de Rivadeneira, S. A., Madrid, 1977. Una pasión, dice, que no rompa en mil pedazos la ecuanimidad.

(54) MARTÍNEZ VAL, JOSÉ: *Las empresas multinacionales y la reforma del Derecho*, RGL y J, mayo 1978. Para que la política y la economía equilibren sus respectivas fuerzas en beneficio general de la sociedad es preciso alumbrar un nuevo Derecho que, como hemos visto, dice, llame ya insistente a las puertas de nuestro tiempo. Es el gran reto para los juristas de hoy.

(55) JORDANO BAREA, J. B.: *Concepto y valor del Derecho civil*, RDP, 1962. BUTELER CÁCERES, J. A.: *Ensayo de revisión de las disposiciones del Código civil*, Cuadernos de los Institutos, núm. 102, 1968.

Varios autores: *Comentarios al Código civil y complicaciones forales*. En curso de publicación, Ed. RDP, dirigidos por M. Albaladejo.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Dictámenes*, Suc. de Rivadeneira. En ellos se encuentran diversas e interesantísimas apreciaciones críticas al Código civil.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El concepto del Derecho civil*. Madrid 1943.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *En defensa del Código civil*, 1948.

VALLÉ DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho civil*. Barcelona 1963.

y una autoridad inigualada, más que por la extensión e importancia de la materia que regula, por asentarse en y continuar la más íntima tradición española. En la evolución jurídica española, sigue diciendo el ilustre Profesor, el Código civil representa un evidente adelanto. Termina con al inseguridad jurídica, da unidad al Derecho común (57) y lo codifica manteniendo su sentido tradicional.

El Código civil constituye, sin duda, uno de los pilares en los que aparentemente, por la fuerza de la inercia, se asienta el equilibrio social, ya que al regular todo cuanto afecta a la persona en su sentido más genuino y auténtico debiera constituir, y habrá de constituirlo, con las adecuadas reformas, uno de los baluartes de defensa de aquellos bienes jurídicos, tales como la personalidad, la libertad, la familia, la filiación, etc., etc., muchos de los cuales tienen su raíz directa e inmediata en la propia Constitución (58). Derecho civil es, dice Marín Pérez (59) el Derecho privado general que estudia las personas individual y jurídica, como sujetos de derechos y obligaciones, activa o pasivamente, como titular de un patrimonio que puede adquirir y transmitir «inter vivos» y por causa de muerte y como fundador y miembro de una familia, dentro de la Comunidad.

Así, pues, toda persona desde que nace hasta que muere podrá o no utilizar activa o pasivamente el Derecho penal, el mercantil o el laboral, según las circunstancias por las que vaya atravesando su vida, pero lo que es absolutamente seguro es que, de manera permanente, aun sin darse cuenta, desde que nazca hasta que muera, estará en él incidiendo el Derecho civil. Sin embargo, sien-

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, I, 1 11 ed.; *Hacia un nuevo Derecho civil*, III: La reforma del Código civil español, 1933.

CASTRO, FEDERICO DE: *Estudio preliminar de la edición del código civil de España*, publicado por el Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959.

LÓPEZ, J. y MELÓN, C.: *Edición crítica del Código civil*, INEJ, Madrid, 1967.

MAJADA: *La reforma del Código civil*.

MARSA VANCELLS, P.: *Hacia un nuevo Derecho civil*, Estudios en honor del Profesor Castan, II.

VEGA BENAYAS, CARLOS DE LA: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código civil*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1976.

QUINTANA, PASCUAL: *La encrucijada del Derecho civil*, Est. en honor del Profesor Castan, I.

(56) CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Parte General I, libro preliminar, 1942, pág. 169 y ss.

(57) Alonso Martínez calificó de «imagen de caos» a la situación en que se encontraba el Derecho español en 1881. Reformas legislativas que demandan con urgencia nuestra Patria. Discurso de apertura de los Tribunales, 15 septiembre 1881, RGL y J, 59 (1881), pág. 188 y ss. (Cit. por F. de Castro; v. nota anterior).

(58) V. el Proyecto de Constitución.

(59) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*, 3.ª ed., con la colaboración de M.ª Luisa Marín Castán, Ed. Tecnos, pág. 299, Madrid.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, LINO: *Conceptos y fuentes del Derecho civil español*.

GARCÍA CANTERO, G.: *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho Civil»*, En Estudios en honor del Profesor Castán. I.

do realistas e insistiendo en lo ya indicado hay que afirmar que el Derecho todo y el Derecho civil en particular están muy distanciados de las realidades y necesidades actuales. El Código civil nació en otra época y para otras circunstancias; por ello contempla situaciones que hoy son excepcionales, por ejemplo el sistema dotal, con lujo de detalles y con excesivas preocupaciones, que están muy lejos del acontecer usual y mayoritario, y, en cambio, tiene en el más absoluto olvido otras realidades sociales trascendentes y, por tanto, jurídicas, además de regular de manera anacrónica muchas de sus instituciones. El Código civil fue un estupendo instrumento al servicio de la realidad social que contemplaba, pero hoy ya no nos sirve, al menos no nos sirve en muchísimas de sus partes.

2. Significación y funciones (60).

Aunque después ampliaremos alguno de los puntos que ahora vamos a tratar, hay que decir, de inicio, que el Código civil, aparte de las funciones que como primer cuerpo legal civil le corresponden y que ya hemos señalado, ofrece una triple significación dentro del total ordenamiento jurídico: 1.º) En el Título Preliminar se aprecia claramente la existencia de normas de rango constitucional o cuasiconstitucional: El nacimiento y valor de la ley, la jerarquía normativa, la interpretación y aplicación de las leyes, la irretroactividad de las normas, etc., en definitiva, cómo nace, cómo se desarrolla, cómo se realiza y cómo muere el Derecho positivo, y cómo se inserta éste en un orden jurídico más amplio a través de los principios generales. 2.º) El Código civil, todo él, tiene una significación de ley cualificada o superley, teniendo en cuenta su propio contenido (61). 3.º) Supone finalmente, en su conjunto, la expresión armónica del Derecho común, con un valor sobreañadido en cuanto al espíritu que le informa y a sus propias normas específicas, de Derecho supletorio (62), no sólo del Derecho privado, del que forma parte esencial, sino también del resto del Ordenamiento jurídico, incluida incluso, así lo creemos, la propia Constitución. Es decir, la Constitución debe ser interpretada cuando sus expresiones resulten equívocas, o sus mandatos aparentemente contradictorios, a través de los principios generales contenidos en la Constitución y en la medida de lo necesario, y en la parte que corresponda, en el Código civil (cf. art. 1.º de este último).

(60) ARANZADI: *Código civil*, 2.ª ed.; BONET, RAMÓN: *Código civil comentado*, 2.ª ed.; LÓPEZ LÓPEZ: *Código civil*; SANTAMARÍA Y SANTAMARÍA: *Comentarios al Código civil*. Las sentencias incorporadas selectivamente a estos textos permite conocer de alguna manera la evolución social.

(61) V. Proyecto Constitucional.

(62) V. art. 4.º, ap. 3.º, del Código civil: Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes*, RDP, LX, pág. 598.

Ampliando cuanto acabamos de señalar, hay que indicar que el Título Preliminar contempla en su contenido, como dice González Botella (63), una serie de materias que trascienden de la esfera propia del Derecho civil. En este sentido, añade, algunas de las normas pueden ser consideradas superleyes que regulan cuestiones que afectan a la Legislación general del Estado, aunque en el rango legal de la jerarquía normativa el Título Preliminar no sea más que una ley ordinaria que dentro de ella ha adoptado, por las necesidades antes enunciadas (y de todas conocidas), el carácter formal del Decreto legislativo (64).

Pero cuanto acabamos de decir, en relación con el Título Preliminar, de alguna manera es también predicable, dentro de los adecuados temperamentos de todo el Código, ya que siguiendo el propio criterio constitucional es ésta una materia que goza, como hemos visto, de un especial rango y consideración (65). Finalmente, es bien sabido, por otra parte, el papel de fuente subsidiaria que cumple el Código civil y que al abarcar a todo el Ordenamiento jurídico, hace de él un texto inequívocamente fundamental (66). Además del contenido propio del Derecho civil, es éste a través del Código el centro de los conceptos jurídicos generales, fuente subsidiaria del derecho mercantil (67) de las leyes especiales, de las leyes laborales y de las propias disposiciones administrativas; simboliza la unidad y la estabilidad de la organización jurídica, como dice Federico de Castro, y constituye, como señala Pascual Marín, la clase de todo el orden político y social.

El Derecho civil cumple así una función integradora del Derecho privado en especial y del Derecho todo en general, merced a la nota de elasticidad que le caracteriza y en cuya virtud cubre todos los huecos y lagunas del resto del Ordenamiento, cuando tales vacíos no son integrables a través de sus propias y específicas normas. De esta manera, el Código civil, como dice Lacruz Berdejo (68), es una especie de derecho supletorio de último gra-

(63) GONZÁLEZ BOTELLA, PEDRO: *El nuevo título preliminar del Código civil*, DJ, núm. 4, oct-dic. 1974, pág. 43.

(64) Esta situación plantea el problema de si, teniendo en cuenta el mandato constitucional, será necesario convalidar con el rango adecuado la normativa que a pesar de su contenido carezca del correspondiente relieve formal, o si, por el contrario, quedará automáticamente subsanado el defecto.

(65) V. Proyecto de Constitución.

(66) LALAGUNA, ENRIQUE: *Valor del Código civil como derecho común después de la reforma del título preliminar*, DJ, núm. 4, pág. 1296. Sin negar importancia al Código civil, que conserva su valor de derecho común, señala Lalaguna que no es todo el Derecho Común de España.

(67) V. el Código de comercio, arts. 2.º y 5.º, «Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1968, de DIEZ DEL CORRAL (en ADC, XXII-3), y *El término Derecho Común en el Código de Comercio* (ADC, XXII-4), de FEDERICO DE CASTRO.

(68) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil*, Parte General. El Derecho común, dicen Bayón y Pérez Botija (a), como núcleo central de cada sistema jurídico, ha de considerarse como supletorio de todo Derecho especial (a) BAYÓN CHICO, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. I, 6.ª ed., pág. 163.

do, de telón de fondo en la aplicación del resto de Códigos y leyes.

El Código civil, como exponente del Derecho civil tradicional, manifiesta, como venimos diciendo, su alcance de Derecho común y general regulando una serie de materias que, como señala Federico de Castro (69), quedan fuera de lo que en el siglo XIX se ha considerado la órbita específica del Derecho privado y que en realidad constituyen la base de todo el Derecho civil. Comprende por ello reglas, como antes veíamos, sobre las normas en general, sus fuentes, jerarquía y requisitos sobre el valor y ámbito respectivo de los Derechos común y foral, sobre Derecho internacional privado, sobre la nacionalidad, sobre las personas jurídicas de interés público, sobre los bienes públicos, las servidumbres y limitaciones de la propiedad de interés público y sobre la prueba de las obligaciones. Por eso, aun cuando, en principio, el contenido del Código civil son las instituciones de Derecho civil, una ecuación según la cual el Derecho civil fuera igual a Código civil no sería exacta, como dicen Díez Picazo y Gullón (70). El Código contiene normas aplicables a todas las materias jurídicas, añaden, y por esta razón puede ser considerado como «Derecho común» y como «Primer cuerpo legal».

Aunque luego insistiremos en el tema, conviene decir ya que el Código civil o los Códigos en general no deben suponer inmovilidad, quietud e intangibilidad. Si así fuera habría que rechazarlos Codificar (71) es ordenar sistemática y coherentemente, como una especie de inmenso rompecabezas jurídico, un conjunto de normas homogéneas, pero no es inmovilizar el desarrollo del Derecho. Por eso, antes al contrario, de su propio conjunto, como tal, debe nacer un principio de expansión y de actualidad permanente que no se deriva ni puede derivar de las leyes aisladas. El Derecho civil español, como Derecho común, dice Lalaguna (72), es una realidad que constantemente se renueva.

3. Crítica general del mismo.

La orientación de nuestro Código, dice Albaladejo (73), es, como de su época, liberal e individualista, pero moderada e incluso rec-

(69) CASTRO Y BRAVO F: *Derecho civil...*, cit. pág. 165.

(70) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Tecnos, pág. 43.

(71) RICO PÉREZ, F.: *La codificación del Derecho civil en España*, P. noviembre-diciembre 1975. Ver especialmente: *El Derecho civil común después del Código*, pág. 29.

TORRALBA SORIANO, V.: *El Derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente*, RGL y J, sept.-oct. 1975.

(72) LALAGUNA, ENRIQUE: *Valor del Código civil como Derecho común, después de la reforma del Título Preliminar*, DJ, núm. 4, pág. 1296.

(73) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, I. Introducción y Parte General. Introducción y derecho de la persona, 3.ª ed., pág. 51.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*, RDP, Madrid, 1957, pág. 1175.

tificada con ciertos matices sociales, en los que superó a sus modelos, y concretamente al Proyecto de 1851. Juicios del Código pueden formularse desde muchos puntos de vista. Reduciéndose a enjuiciarlo en general y exclusivamente desde el jurídico, se puede decir que ciertamente no es perfecto, pero que en nuestra Patria señala un progreso para la vida (jurídica) española y el Derecho que la regía. Es un Código sencillo y asequible, sin preocupaciones terminológicas ni de construcción sistemática. Cosas, sigue diciendo el profesor Albaladejo, que ciertamente redundan muchas veces en inexactitud en la terminología y en defectos de construcción, pero que otras le dan incluso una cierta flexibilidad que permite su adecuación a las circunstancias. Brevemente se podría decir que es un Código mejor para la vida jurídica que para la Ciencia del Derecho.

Desde el punto de vista político, dicen Díez Picazo y Gullón (74), el Código aparece como una obra inspirada en la ideología predominante de la época en que se llevó a cabo. Reconoce el Derecho de propiedad como un derecho fundamental (art. 348) y establece la libertad contractual como un principio básico (art. 1.255). Como una herencia de las tendencias burguesas recibe el Código la preocupación de mantener la libertad de comercio de la tierra, suprimiendo o, por lo menos, limitando las vinculaciones y las trabas que puedan impedir las (cfr. art. 785). No puede encontrarse en el Código una preocupación social extraña a su época. La regulación de los contratos de trabajo es particularmente escasa y en ocasiones irritante (v. art. 1.584). Responde a la ideología de su época y a una estructura económica en la que el trabajo es fundamentalmente trabajo agrícola o servicio doméstico. Algún atisbo de preocupación económica se encuentra de cuando en cuando, como, por ejemplo, en materia de colindantes, donde hay un esbozo de comienzo de una concentración parcelaria (art. 1.523) y en la preocupación por conservar indivisas las explotaciones agrícolas, industriales o fabriles en las herencias (art. 1.056). En materia de matrimonio, siguen diciendo estos autores, el Código siguió una línea conservadora, estableciendo como principio el matrimonio canónico y admitiendo subsidiariamente el matrimonio civil para quienes no profesen la religión católica (art. 42).

El profesor Federico de Castro (75), después de un estudio completo de las críticas de que ha sido objeto el Código y al que nos remitimos, dice: No es el Código la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica, pero dentro de su cons-

PASCUAL QUINTANA, J. M.: *La encrucijada del Derecho civil*, Estudios en honor del profesor Castán, I, pág. 417.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE: *Orientaciones modernas del Derecho civil*, RGL y J, oct. 1964, pág. 3.

(74) DIEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO: *Instituciones de Derecho civil*. Vol. I, págs. 43 y 55. Ed. Tecnos. Reimpresión, 1974.

(75) CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho civil de España*, parte general, tomo primero, libro preliminar, pág. 174.

ciente finalidad modesta ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento, porque a pesar de lo desfavorable de los tiempos y circunstancias en que lo redactaron han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española.

La conclusión parece fácil: El Código fue bueno para su época y lo ha seguido siendo durante muchos años. Poco a poco ha ido perdiendo actualidad y utilidad, porque la vida social, afortunadamente, no se estanca, como a veces sucede con el Derecho. El Código ha servido porque fue prudente, porque fue sencillo y porque en el mismo se daba la suficiente elasticidad para aplicarlo a nuevas situaciones, pero la elasticidad tiene sus coeficientes de resistencia y también sus límites, y hoy, como ya hemos dicho, el Código en muchas de sus partes es absolutamente inservible y en otras es servible con restricciones muy acusadas. Marín Pérez propuso, ya en 1952 (76), la derogación del vigente Código civil y su sustitución por una amplia y corta declaración de principios, especie de Constitución civil, en cuya amplitud cupiese todo el Derecho de nuestras regiones. Esta tarea ha sido realizada por la Rusia soviética, con sus Principios de la Legislación civil de la URSS, de 1961, y con los Principes generales de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federales sobre el matrimonio y la familia, de 27 de junio de 1968, que han inspirado los Códigos sobre el matrimonio y la familia de las Repúblicas Federales, cuyo ejemplo más representativo es el de la República Federal de Rusia, de 30 de julio de 1969, porque Rusia no olvida que el Derecho civil regula la verdadera vida íntima de la nación en las personas e intereses de los hombres que la forman.

La crisis de nuestro Ordenamiento es patente, y como dice la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1973 (77), el fenómeno, ya lo hemos dicho, obedece a un total desfase del Derecho civil con respecto a la realidad jurídica que pretende regular. El signo de la socialización (en el sentido de prevalencia de los intereses comunes sobre los particulares) y la oficialidad (en el sentido de intervención estatal) preside las más de nuestras relaciones sociales y, por ende, las jurídicas, y así, aquel «ius privatum» que en la sociedad burguesa liberal era rey y señor del ámbito jurídico se bate en retirada y está en crisis, cediendo terreno a esas nuevas formas jurídicas de un Derecho Administrativo o panadministrativo que es tan caro a nuestra Administración tecnificada y en el que se integran y resuelven los más de los problemas jurídico-económicos de nuestra sociedad industrial.

Lo que hay que hacer es adelantarse a esa total publicación del Derecho civil, socializándolo hasta donde es debido y garanti-

(76) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*, 3.^a ed., página 222.

(77) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1973, siendo Fiscal don Fernando Herrero Tejedor, pág. 97, que a su vez recoge unas consideraciones del Fiscal de La Coruña.

zando adecuadamente los intereses más fundamentales de la persona.

4. *Su posible reforma (78).*

Evidentemente el Código civil, como indica González Botella (79), ha inspirado siempre el temor reverencial de una obra bien hecha de nuestros antepasados y bien urdida en su trama, lo que produce una especie de alergia frente a cualquier intento de reforma o de modificación, y esto pasa y tal vez seguirá pasando durante algún tiempo.

Nosotros creemos, insistiendo en lo ya indicado, que reconocido el valor inmenso que supuso la construcción del Código civil y aun partiendo de tal premisa, nada quita para que hoy haya que decir que el Código no nos sirve, que está desfasado, que es en muchas de sus zonas anacrónico y que trata y resuelve muchos problemas con criterios que la sociedad actual no acepta como justos, dado que la justicia no tiene una dimensión estática, sino dinámica y cambiante como la propia sociedad a la que sirve.

Considerando, pues, estas circunstancias, lo que habrá que hacer es intentar realizar una obra que se aproxime en su perfeccionamiento técnico, en sus expresiones, en su equilibrio, en su prudencia, a lo que el Código fue con relación a su época, nada más; es decir, lo que tiene que servir de ejemplo es la obra bien hecha que el Código es, no su contenido, ni sus soluciones, ni siquiera los principios que lo inspiraron. En varias ocasiones he dicho (80), y en este mismo trabajo he tenido la oportunidad de recogerlo, que si queremos llevar a cabo una tarea legislativa con vocación de perfección y de permanencia hay que partir de estas premisas: 1.ª) Hacer un Derecho vigente, desde un punto de vista social, auténticamente enraizado en el pueblo. Esto no puede entenderse como una simple expresión demagógica, ni mucho menos bajo la idea de que las leyes han de ser del gusto de quienes más gritan y de quienes más se dejan oír. El enraizamiento del pueblo tiene que venir de la legitimidad de los legisladores en cuanto auténticos representantes de aquél y, sobre todo, de la actitud reflexiva de aquéllos, en una incesante búsqueda de cuáles sean las verda-

(78) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*, página 1175.

JORDANO BAREA, J. B.: *Concepto y valor del Derecho civil*, RDP, XLVI, página 717.

(79) GONZÁLEZ BOTELLA: *El nuevo título preliminar del Código civil*, ob. cit.

(80) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho*, ob. cit.

Las revisiones periódicas debieran hacerse cada cinco años. La Comisión General de Codificación debiera ser la Institución encargada de esta tarea, recibiendo los informes y asesoramientos pertinentes (V. Disposición Adicional 1.ª del Código civil).

FUENMAYOR, AMADEO DE: *La revisión periódica del Código y de las Compilaciones*, ADC, XXVI, 1, pág. 215.

deras inquietudes de la comunidad y sus justas apetencias. 2.^a) Que la expresión formal de ese Derecho se realice en unos textos lo más claros, lo más inteligibles y lo más cerca posible del entendimiento del común de las gentes. Una cosa es tecnicismo, precisión, corrección terminológica y otras expresiones rebuscadas y artificiosas sólo alcanzables para unas minorías. No siempre una ley podrá ser entendida por todos, pero es deber del legislador conseguir que la entiendan los más. No es bueno que respetemos las leyes por el temor que infunde la sanción por su incumplimiento, sino por el acatamiento general íntimo a lo que se quiere porque se conoce y se sabe que es bueno. 3.^a) Permitiendo a los Tribunales una aplicación de las leyes que respetando su espíritu y su finalidad, en función del propio texto (para garantía de que el principio de seguridad, tan importante como el de la justicia, se cumple), haga posible su adecuación al momento mismo en que la voluntad legislativa abstracta se hace concreta por la decisión judicial (81).

Díez Picazo (82) plantea, en relación con este tema, una serie de interesantes problemas, sobre los que merece la pena detenerse en función de la finalidad de este trabajo: El fenómeno del arraigo de una norma, el de las normas legales de aplicación habitual y el de aquellas otras que se aplican sólo esporádicamente o que ni siquiera se aplican. La fusión ley-costumbre, dice, puede producirse por una de estas dos causas: o bien se trata de leyes que han atravesado, después de su puesta en vigor, el proceso de consuetudinización, de manera que los destinatarios de tales leyes se han habituado ya a ellas; o bien el legislador ha promulgado como leyes normas que poseían con anterioridad un valor consuetudinario, es decir, se trata de un proceso de legalización de costumbres ya existentes. Frente al cuadro anterior, la ruptura del esquema de fusión ley-costumbre, que provoca arduas dificultades en la efectiva realización del Derecho, se puede producir por alguna de estas razones: en primer lugar, porque no obstante haber sido promulgadas por los órganos del Estado no llegan a consuetudinizarse, sino que, por el contrario, encuentran resistencia en sus destinatarios para su aplicación; en segundo lugar, pueden existir costumbres que no se legalizan, bien porque aquí la resistencia sea del legislador, o bien porque éste considera innecesario transformar tales costumbres en leyes; en tercer lugar, puede detectarse la pervivencia consuetudinaria de ciertas normas, no obstante haberse producido una deslegalización; es decir, determinadas reglas continúan usándose y aplicándose a pesar de que, formalmente, el legislador las ha derogado; por último, es muy co-

(81) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código civil*, DJ, oct-dic 1974

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho*, cit.

(82) DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, página 148 y ss.

nocido el fenómeno de la «desuetudo», es decir, el desuso de una ley o la existencia de prácticas contrarias a la misma, no obstante continuar formalmente vigentes.

El legislador habrá de buscar, pues, fórmulas para que la correlación ley-realidad social sea lo más próxima e intensa posible. Como ya hemos dicho, ello exige leyes realistas y posibilidades de adecuación a la práctica, concediendo a los Tribunales unos poderes que, respetando la norma, permitan la necesaria flexibilidad en su aplicación.

Concretando gran parte de lo señalado, digamos que la futura reforma ha de plantearse, aparte de otros muchos temas (terminología, principios, etc.), los problemas de sistemática, de extensión y de contenido a los que brevemente nos vamos a referir.

A. *En cuanto a su sistemática*

En la exposición de materias, dicen Díez Picazo y Gullón (83), el Código sigue la sistemática tradicional en su tiempo para el Derecho civil. Consta de cuatro libros y un libro preliminar. La sistemática, continúan diciendo, no es perfecta. Falta un tratamiento especial del Derecho de familia, que se encuentra en parte incluido en el libro I de las personas, y en parte en el libro de las obligaciones y contratos. Falta, igualmente, un tratamiento autónomo del Derecho de sucesiones, que se encuentra incluido en el libro III relativo a los modos de adquirir la propiedad. En algunos otros aspectos la sistemática del Código es claramente defectuosa.

A nuestro juicio, y evitando traer nuevos y autorizados testimonios críticos en este sentido (84) para no alargar con exceso este trabajo, la ordenación del Código civil bien pudiera ser, con algunos retoques, la que tradicionalmente se utiliza en la exposición científica del Derecho, que es muy clara y que creemos responde a la realidad más que la que sigue en el Código: Título Preliminar, de las personas, de los derechos de obligaciones o de crédito, de los derechos reales, de los derechos de familia y del derecho sucesorio, por el orden que enseguida vamos a indicar.

En esquema, el sistema pudiera ser el siguiente:

Título Preliminar: De las normas jurídicas, su interpretación, aplicación y eficacia.

(83) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones*, I, cit., pág. 43.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *La ordenación sistemática del Derecho civil*, RGL y J, 1954.

(84) V. obras generales de Derecho civil.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*, cit., Índice, página 174.

SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil, teoría y práctica*, I, y *El Derecho civil, evolución de su concepto y tendencias actuales*, RDP, enero 1977 (que constituye un capítulo de la obra anteriormente citada).

Libro I. De las personas.

- Título I. De los españoles y extranjeros.
- Título II. De las personas físicas.
- Título III. De los derechos de la personalidad.
- Título IV. De la emancipación.
- Título V. Del domicilio.
- Título VI. De la ausencia.
- Título VII. Del registro del estado civil (85).
- Título VIII. De las personas jurídicas.
- Título IX. Del domicilio de las personas físicas y jurídicas.

Libro II. De la Familia.

- Título I. Del matrimonio.
- Título II. De la paternidad y la filiación.
- Título III. De la patria potestad.
- Título IV. De la tutela.

Libro III. De las obligaciones y contratos.

- Título I. De las obligaciones. (Aquí se incluiría el actual Título XVI y el enriquecimiento sin causa y los cuasicontratos, si es que se decide su mantenimiento, que es discutible.)
- Título II. De los contratos.
- Título III. Del contrato de bienes con ocasión del matrimonio. (Tal vez, incluible en el Libro II).
- Título IV. De los contratos de compraventa y permuta.
- Título V. Del contrato de arrendamiento de cosas.
- Título VI. Del contrato de sociedad.
- Título VII. Del contrato de construcción.
- Título VIII. Del contrato de prestación de servicios.
- Título IX. Del contrato de mandato.
- Título X. Del contrato de depósito.
- Título XI. De los contratos de seguro y renta vitalicia.
- Título XII. De los contratos de transacción y compromiso.
- Título XIII. Del contrato de garantía.
- Título XIV. Del contrato de donación.
- Título XV. De los contratos atípicos.
- Título XVI. De la concurrencia y prelación de créditos.
- Título XVII. De la prescripción.

Libro IV. De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.

- Título I. Del concepto y clasificación de los bienes.
- Título II. De la propiedad.

(85) V. Real Decreto de 1 de diciembre de 1977 sobre modificación de determinados artículos del Registro civil.

- Título III. De las propiedades especiales.
- Título IV. De la posesión.
- Título V. Del usufructo.
- Título VI. De las servidumbres.
- Título VII. De la hipoteca y de la prenda.
- Título VIII. De los derechos censales y de superficie.
- Título IX. Del registro de la propiedad.

Libro V. De las sucesiones.

- Título I. Disposiciones generales.
- Título II. De la herencia: Las legítimas.
- Título III. De la sucesión testada.
- Título IV. De la sucesión intestada.
- Título V. De la colación y partición.
- Título VI. Del registro de últimas voluntades.

Disposiciones transitorias.

B. *En cuanto a la materia que debe abarcar.*

En mi opinión el esquema en orden a la materia abarcable por el Código civil, pudiera hacerse, tal vez, en base a las siguientes líneas generales (86):

Materias completas incluidas que deben excluirse: Normas sobre la prueba.

Materias no incluidas que deben incluirse: Los derechos de la personalidad, la teoría general de los derechos de propiedades especiales no incorporadas, ciertos contratos no tipificados en el Código, como, por ejemplo, el de edición, etc.

Materias incluidas que deben reformarse:

En un sentido de totalidad: Algunas institución, por ejemplo el matrimonio, la filiación, el derecho de superficie.

En importantes aspectos: Personas jurídicas, arrendamientos en general, los urbanos y rústicos de manera actual y eficaz, arrendamientos de servicios, de obra (y, en general, y a nuestro juicio incorporando una teoría unitaria civil y mercantil de la contratación) (87), propiedad (tanto en su concepción general como en la

(86) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, I, vol. I, 11 ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, pág. 247.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, parte general, pág. 44.

MOISSET DE ESPANÉS, L.: *Derecho civil español y americano*, RDP, 1972.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, cit.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, tomo I, pág. 588 y ss.

(87) Código civil italiano.

GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, y *Tratado de Derecho mercantil*, I-1.

GIRÓN TENA, JOSÉ: *El concepto del Derecho mercantil*, ADC, 1954, pág. 695 y ss y 971 y ss.

diversificación de regímenes dentro de la propia propiedad), patria potestad, orden de suceder en la sucesión intestada, etc.

En aspectos accesorios: Supresión de ciertos términos, refundición de preceptos, corrección de imprecisiones, etc.

Por supuesto que, como ya hemos advertido insistentemente, nuestro caminar por el Código civil en orden a su reforma, será un recorrido muy ligero, sin excesivas retenciones ni demasiadas insistencias. No podemos ni queremos hacer un estudio exhaustivo, sólo un insignificante muestreo sobre algunos puntos que nos parecen importantes, sin que ello quiera decir que otros que no llegamos a examinar o que lo hacemos muy superficialmente, no tengan igual o mayor importancia y urgencia en la modificación.

C. *En cuanto a su contenido.*

Esta será propiamente la finalidad del trabajo, aunque repetimos, haya de consistir en buscar la reforma con elementalidad, y de manera fragmentaria y parcial. Apenas un esbozo muy modesto y simplemente testimonial de una inquietud.

5. *Estado actual del problema.*

Ya lo hemos indicado, tal vez con excesiva insistencia: Nuestro Ordenamiento jurídico casi en su totalidad está absolutamente superado por la realidad social. Con una simple ojeada a nuestro alrededor es suficiente para comprobarlo. Quienes hemos vivido con cierta intensidad la aplicación del Derecho, sabemos lo cierta que es, desgraciadamente, esta afirmación. El reproche no es exclusivo de España, otras muchas naciones padecen la misma situación. Muchos ordenamientos vieron la luz en una época en la que sus preceptos y normas supusieron realmente un profundo avance para la sociedad: Implicaban la seguridad frente al caos y la anarquía legislativa, la justicia, porque sus normas constituían un equilibrio frente a la desarmonía reinante y, en cierta manera, suponían el bien común, porque la Sociedad burguesa de aquel entonces encontraba en muy amplias zonas el traje a su medida. Pero hoy, ni sus presupuestos coinciden con los principios informadores de nuestra sociedad, ni sus realizaciones prácticas están ajustadas a las necesidades actuales. Pensemos simplemente en los artículos que el Código dedica a la dote, institución muerta; en la ausencia

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Ed. Clares. 5.ª Ed., 1976.

URÍA RODRIGO: *Derecho mercantil*. 10.ª Ed., 1975.

LALAGUNA, ENRIQUE: *La relación entre el Derecho civil y mercantil*, RGL y J, octubre 1968.

JORDANO BAREA, J. B.: *Derecho civil y Derecho mercantil*, RDP, marzo 1964.

POLO, A.: *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, RDP, 1956, pág. 1175 y ss. y 1957, pág. 3 y ss.

RUBIO GARCÍA-MINA: *Introducción al Derecho mercantil*, 1969.

BROSSETA PONT: *Manual de Derecho mercantil*, 2.ª ed., 1974.

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*.

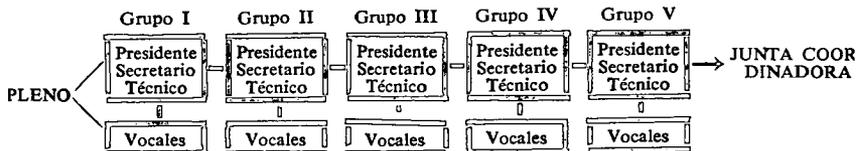
de regulación, dentro del Código, de los arrendamientos rústicos y urbanos, apenas entrevistados, y en tantas y tantas otras situaciones de desarmonía.

III. ESQUEMA DE LA REFORMA

Nosotros estimamos, desde un punto de vista operativo, que los estudios preliminares de la reforma total del Código civil, debieran realizarse aproximadamente así: Designar dentro de la Comisión General de Codificación, de entre sus miembros o de especialistas incorporados para el Grupo General de Trabajo, un conjunto representativo de las distintas corrientes de opinión actualmente vigentes en España, a través del Congreso de los Diputados y del Senado, de técnicos del Ministerio de Justicia, de la Universidad, de la Administración de Justicia, de los Colegios de Abogados, Notarios, Registradores, etc., todo, como queda dicho, dentro de la Comisión General de Codificación que procedería a estudiar con un sentido amplio y general los principios informadores de la reforma como pórtico; en definitiva, a la elaboración de un nuevo Código civil. Inmediatamente se nombrarían 6 o 7 subgrupos de trabajo: 1) Título preliminar y Parte General (en una o dos secciones). 2) Obligaciones y contratos (*idem*). 3) Derechos reales. 4) Familia, y 5) Sucesiones. Cada grupo designaría, por elección de entre sus componentes, un presidente (88) y estaría formado por 5-10 vocales, uno de los cuales actuaría como Secretario a efectos de actas, de aportación de datos, etc. Los Presidentes y los Secretarios, con un Presidente designado por el procedimiento que se considerase más adecuado, formarían una Junta Coordinadora que facilitaría información a cada grupo, del trabajo de los demás, procurando, con la aquiescencia de los grupos, unificar los estilos y las conclusiones de todos ellos, redactando finalmente una propuesta general que pasaría al pleno para la aprobación en bloque o rechazo o formulación de objeciones o votos particulares (89). El trabajo así elaborado constituiría el borrador de Anteproyecto del Código civil que se sometería primero a la Sección correspondiente y después al pleno de la Comisión General de Codificación, que podría ser, con las adecuadas correcciones, el verdadero Anteproyecto, que previo estudio y aprobación, si procedía, del Gobierno, llegaría a las Cortes. Ello supondría dar un paso importante en nues-

(88) Análogamente a como se hizo, creemos que con eficacia y éxito, con el anteproyecto de ley general penitenciaria.

(89) El esquema sería éste:



tra ordenación y una consolidación del proceso codificador que ha de ser no un punto final, sino una línea, inacabada siempre, de ordenación social.

El porvenir de la codificación, ha dicho Hernández Gil (90), no queda subordinado al imperio de la mentalidad formalista; dentro de la mentalidad antiformalista también tiene sentido, siempre que por codificación no se entienda una meta inmóvil, sino un proceso en marcha. La norma jurídica propiamente dicha, dice más adelante (91), ni es reflejo del simple querer político ni se identifica con cualquier regla resultante de un procedimiento de elaboración legalmente preestablecido. La tecnificación de los actos de preparación y de elaboración de las leyes, que no excluyen la censura política en cuanto a los principios, los fines y la oportunidad de la creación legislativa, lejos de contradecir la base democrática del derecho, la sirve mejor.

El factor de inercia, dice Villar Palasí (92), es de sobra conocido y no es peculiar del Derecho; es el peso de la tradición, de nuestras convicciones más profundas. El equilibrio, no ya inestable, sino espasmódico, entre lo conveniente a la sociedad, economía, estabilidad, orden y progreso, y la dignidad intangible de la persona es, en nuestros días, un problema de aproximaciones sucesivas. Lo único que es evidente, sigue diciendo, es el papel omnipotente de la lógica, única ciencia habituada a autonomías y contradicciones, y la precisa renovación de nuestra Ciencia, construida a un modelo social y humano, desproporcionado a la realidad habitual: El traje habitual se nos ha quedado corto.

La codificación fracasa cuando se la concibe como una meta, como la definitiva conclusión de un proceso legislativo, en vez de un paso o un tránsito hacia el perfeccionamiento social. Si sucede lo primero, el Ordenamiento se autodestruye por inservible e ineficaz, si lo segundo se potencia y enriquece constantemente.

Amorós (93), por otra parte, se ha referido a las causas determinantes del proceso de desintegración del derecho que son múltiples y de dificultoso examen, recogiendo a su vez del profesor

(90) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Formalismo, antiformalismo y codificación*. Comisión general de codificación, Madrid, 1970, pág. 3.

A mi juicio, la codificación tienen las ventajas de acabar con la dispersión legislativa, conseguir una exposición coherente y sistemática de principios, facilitar su conocimiento, reafirmar el principio de seguridad y permitir una interpretación más auténtica y al mismo tiempo más flexible. El inconveniente grave es que puede paralizar en cierta manera el dinamismo propio del derecho y nota esencial del mismo. Una codificación que en sí misma arbitre los procedimientos para realizar periódicamente cambios nos parece el sistema ideal.

(91) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Formalismo, antiformalismo...*, cit., pág. 27.

(92) VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS: *La interpretación y los apotegmas jurídicos*, Ed. Tecnos, Prólogo, pág. XX.

(93) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, pág. 13.

De Castro (94), la distinción entre causas externas e internas. Lo que importa destacar, dice Amorós, es, de una parte, el hecho indudable de la desintegración del Derecho civil y de las grandes ramas jurídicas, motivado por la aparición de nuevas disciplinas especializadas, y de otra (cómo la existencia de leyes especiales, al margen de los Códigos generales en que encarna la disciplina del Derecho común), la necesidad de determinar prácticamente cuándo se aplicará un precepto del Derecho especial frente a las normas del Derecho común y la especialización científica, cada vez más acentuada, de investigación creadora y de aplicación en torno a cada una de las nuevas materias surgidas, han influido poderosamente en este complejo fenómeno de disgregación o parcelación jurídica a que nos estamos refiriendo. Problema este que, a nuestro juicio, también debiera ser objeto de meditación por parte del futuro legislador en el sentido de que en las materias necesitadas de un mayor desarrollo legislativo, el Código debe contener los principios básicos de aquéllas, porque en definitiva, el Código debe de ser, con respecto a ellas, como una especie de Constitución civil de la que dichos principios no podrán separarse.

I. EL TÍTULO PRELIMINAR (95)

A. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL MISMO.

El Título Preliminar del Código civil fue, como se sabe, recientemente reformado en una dirección que consideramos absolutamente acertada, positiva y perdurable. Las mejoras que la reforma ha traído consigo han sido reiteradamente destacadas y puede decirse, utilizando una palabra de moda, que el consenso ha acompañado al elogio con sólo algunas reservas, especialmente en orden a las normas del Derecho internacional privado (96), en las cuales

(94) CASTRO, F. DE: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, 1949, tomo I, pág. 119-123.

(95) V. la extensa bibliografía existente en torno a este tema.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes...*, cit.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *La costumbre en el Código civil español, después de la reforma del título preliminar, llevada a cabo por Decreto de 31 de mayo de 1974*, P., julio-agosto 1974.

CRISTÓBAL MONTES, ANGEL: *La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo título preliminar*, RGL y J., nov. 1977.

BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, JOSÉ TOMÁS: *Consideraciones sobre el nuevo título preliminar*, RCDI, núm. 555.

El apartado 2 del art. 10 de la Constitución (Versión Senado) incide de alguna manera en el art. 3.º del Código civil.

(96) MARTÍNEZ RUIZ, FERNANDO: *Una manera de ver el Derecho internacional privado*, DJ, núm. 11, julio-septiembre 1976. En este campo, dice, no hay adecuación entre el derecho y la vida.

PECOURT, ENRIQUE: *Derecho internacional privado español*. Jurisprudencia sistematizada y comentada. Ed. Universidad de Navarra, S. A., 1976.

la carencia de una sólida doctrina, y tal vez la deficiencia de enfoque, constituyeron, a nuestro juicio, un importante obstáculo para que se obtuviera un resultado significadamente positivo como en el resto de la reforma. En esta parte la reforma ha de ser reformada

Creemos, y así lo hemos dicho en varias ocasiones, que en el resto las innovaciones han sido enormemente atinadas, y si los Tribunales aciertan en su actividad judicial, como estamos seguros que acontecerá, a obtener todo el caudal de posibilidades que de la misma cabe lógicamente esperar, el resultado será evidentemente la obtención de un Ordenamiento más actual, más real y más justo, incluso antes de ser modificado en profundidad.

B. REFORMAS CONVENIENTES (97).

a) *Los principios generales.*

En relación a los principios generales entendemos que no deben ofrecer ninguna especialidad en cuanto a su más amplia consideración de cimientos básicos del orden jurídico, para ningún tipo de normas específicas dentro del Conjunto del Ordenamiento, incluida de manera muy particular, como principio de los principios, la Constitución, debiendo deducirse cuáles hayan de ser aplicados en cada caso y para cada momento. Los principios generales deben tener, además, una muy amplia movilidad y dinamismo, dado que las normas escritas (ley en la dirección que señala el artículo 1.º del Código civil) habrán de interpretarse según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Es decir, la realidad social, que es por naturaleza esencialmente movable y cambiante, está permanentemente condicionando el contenido de las leyes, lo que significa que la misma ley, sin haber cambiado ni un ápice su texto, puede y debe ser interpretada y aplicada de forma distinta en función del medio social donde se aplique. Incluso, creo que el propio y específico acontecer de una determinada zona o región puede motivar un cierto cambio de la normar (en materia de arrendamientos, de problemas indemniza-

CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho internacional privado*. Introducción a sus problemas fundamentales.

ORTIZ DE LA TORRE, JOSÉ A. TOMÁS: *El nuevo sistema conflictual español. Algunas observaciones a su contenido*, RGL y J., tomo LXIX (237), pág. 401.

MEDINA ORTEGA, MANUEL: *El título preliminar del Código civil y la participación de España en las comunidades europeas*. Revista Española de Derecho internacional, 1972, núms. 1 y 4.

(97) Hacemos abstracción de los problemas relativos a la creación de las leyes, jerarquía normativa, irretroactividad, señaladas en la Constitución y que no exigen reformas en el Código civil. Sí, en cambio, pueden requerir modificaciones los temas relativos a la cesión de competencias. GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *El concordato como fuente del Derecho*, RGD, enero-febrero, marzo y abril 1978.

torios, etc.), lo cual no significa otra cosa que hacer del juez, como debe ser, dentro de su más absoluta imparcialidad (lo que no quiere decir ni mucho menos insensibilidad), notario de las inquietudes y realidades sociales de cada momento. Pues bien, esto que parece claro para las leyes, creemos que también lo es para las costumbres y los principios generales del derecho, porque con el más absoluto respeto a la propia ley (aplicando por analogía la norma que regula la analogía de las normas (V. art. 4.º, ap. 1.º), entendemos que la costumbre y los principios generales del derecho, deben someterse al mismo tratamiento.

En definitiva, al art. 3.º, ap. 1.º pudiera añadirse este párrafo: De igual manera se interpretarán, dentro de sus particularidades, las costumbres y los principios generales del derecho.

b) *Vecindad civil* (98).

El art. 14, ap. 4.º, ofrece dos consideraciones: 1.ª ¿por qué cuando se trata de la nacionalidad (v. art. 21), el matrimonio por sí sólo no modifica la que corresponde a cada uno de los cónyuges ni limita ni condiciona su adquisición, pérdida o recuperación y, en cambio, en la materia de vecindad se obliga a la mujer a seguir la condición del marido? ¿Hay alguna razón seria para ello? Estimamos que no y que, por tanto, este precepto debe ser corregido en igual sentido que el art. 21 y ss lo fueron por la Ley 14/1975 de 2 de mayo (99). 2.ª ¿por qué los hijos siguen la vecindad (y el problema es en este caso trasladable a la nacionalidad) del padre, y sólo en casos excepcionales la de la madre? ¿No sería mejor cuando la vecindad o la nacionalidad no sea común, dejar que los padres decidan, y sólo en caso de discrepancia entre los progenitores permitir al juez que decida? La libertad, cualquier tipo de libertad, tiene un precio, pero creemos que en muchos casos, en la mayor parte de ellos, merece la pena pagarlo. Todo ello pensando en el beneficio del hijo que ha de ser el destinatario favorecido por la norma.

c) *Otras observaciones.*

Ya ha quedado señalado que, en orden al tema del Derecho Internacional privado, tal vez sean necesarios algunos, más bien bas-

(98) GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *En tema de adquisición de vecindad civil*, RDP, LX, pág. 268.

(99) V. Circular de 22 de mayo de 1975.

El resultado de todo esto, dice Bercovitz (a), es que mientras marido y mujer pueden tener nacionalidades distintas, el ap. 4 del art. 4.º, acorde con el criterio tradicional de sumisión personal de la mujer al marido, impone que aquélla seguirá la condición de éste en materia de vecindad civil. La contradicción en los principios salta a la vista. En la práctica, la disparidad de criterios de ambas reformas del Código civil conduce a resultados incongruentes. (a) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, Ed. RDP (dirigidos por Manuel Albaladejo).

tantes, cambios, aunque no sería infructuosa una cierta espera para comprobar con más exactitud y precisión los resultados de la reforma.

II. PARTE GENERAL (100)

A) IDEAS GENERALES.

Insistimos que en la exposición de esta materia vamos a seguir no el orden del Código, sino el criterio más científico de Parte General. Teoría General de Obligaciones y Contratos, Derechos Reales, Familia y Sucesiones, y dentro de cada una de estas partes la sistemática usual en casi todos los Tratados y Manuales, que es también la que he seguido en mi pequeña obra de «Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil».

B) POSIBLES REFORMAS.

Ya hemos indicado que nuestro propósito no es el de encerrar en unas cuantas cuartillas toda la necesaria reforma del Código. Ni estamos preparados para una obra de tamaño envergadura ni sería el momento de llevarla a cabo. Queremos simplemente meditar en alta voz sobre aquellas zonas en las que, según nuestro modesto entendimiento, debe realizarse prioritariamente una reforma en profundidad, aunque de manera parcial, mientras llega el nuevo Código civil. Pensamos que si de una manera fragmentaria, pero de forma inmediata, se llevara a cabo una modificación profunda de algunas de sus instituciones, y paralelamente una especie de revisión de todo su articulado, el resultado, si las modificaciones son todas acertadas en el sentido ya expuesto en apartados anteriores, podría ser el almacenar una experiencia aparte de un mejoramiento desde ya de nuestro Ordenamiento, y poseer una especie de banco de pruebas para acometer, con los datos almacenados, que el rodaje de la reforma facilitase, la construcción, después de cuatro o cinco años, un Código civil (101) de nueva planta.

(100) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, I.

(101) Sobre el Derecho foral: RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, cit. pág. 40. SANCHO REBULLIDA, F.: *El futuro de los derechos forales*, RGL y J, LXXV, pág. 311.

SANTOS BRIZ, JAIME: (*El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, RDP, enero 1977). Señala como bases del Derecho civil éstas: A) La persona como concepto ético fundamental. B) Trasplante del concepto ético de persona a la esfera privatística. C) El principio de confianza, y D) El principio de la justicia contractual conmutativa. Sobre la capacidad jurídica de la mujer es imprescindible acabar con cualquier vestigio de discriminación. V. TELLO NÚÑEZ, M.ª: *Situación jurídica de la mujer. Perspectivas de futuro*, P., octubre-diciembre 1976.

a) *Los derechos de la personalidad* (102).

¿Convendría incorporar al Código civil esta materia? Como sabemos, la teoría general de los derechos de la personalidad está todavía controvertida. La personalidad es un atributo jurídico del que nacen multitud de derechos de muy variada índole y naturaleza y con protecciones igualmente diversas. Así, el derecho a la vida tiene su protección en el derecho penal (art. 407 y ss del Código penal), y otro tanto sucede con el honor (art. 453 y ss), con la libertad y seguridad (art. 480 y ss), etc.; otras veces se trata de protecciones de naturaleza civil (la propia imagen, por ejemplo; el honor o la honra, en ocasiones, etc.). A nuestro juicio, reconocidos determinados derechos de la personalidad (y en la actualidad el Anteproyecto de Constitución es muy expresivo en este sentido (103), si

(102) BELTRÁN DE HEREDIA, JOSÉ: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976.

(103) Los derechos de la personalidad, en sentido muy amplio, en el proyecto de Constitución (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, «B. O.» de las Cortes, núm. 135, 24 de julio de 1978) son, entre otros, éstos:

Cap. II: Libertades y derechos. Sección 1.ª: De las libertades públicas (artículos 14 a 27). Sección 2.ª: De los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 28 a 34).

Derecho a la vida y a la dignidad.—Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 14, primera parte).

Libertad religiosa.—Se garantiza la libertad religiosa y de cultos de los individuos y de las comunidades (art. 15-1, 1.ª parte).

Libertad y seguridad.—Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad si no con la observancia de lo establecido en este art. y en los casos y en la forma prevista en la Ley (artículo 16-1).

Derecho al honor (a) a la intimidad personal, (b) y familiar y a la propia imagen.—Se garantiza el... (art. 17-1). El domicilio es inviolable (art. 17-2). Se garantiza el secreto de las comunicaciones (art. 17-3) (a) EVDSIEK, G.: *Imperfecciones de la protección del honor en Derecho civil*, RDP, L, pág. 971. (b) ONECHA SANTAMARÍA, CARLOS: *Protección jurídica de la intimidad personal*, RGL y L, LXXV, pág. 539.

Derecho a elegir libremente su residencia.—Los españoles tienen... (artículo 18-1) (V. pf. 2.º).

Derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones.—Mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 19-1 a).

Derecho a la producción y creación literaria, artística y científica (artículo 19-1 b).

Derecho a la libertad de cátedra (art. 19-1 c).

Derecho a la información.—A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 19-1 d).

Derecho de reunión y manifestación.—Esta última con alguna limitación (art. 20-1 y 2).

Derecho de asociación.—Se reconoce el derecho... (art. 21-1).

Derecho de fundación.—Se reconoce el derecho de... (art. 22). Obsérvese que este artículo ha de relacionarse indiscutiblemente con el actual art. 35, número 1, del Código civil, ya que de su tenor parece deducirse la libertad de los particulares de crear fundaciones de naturaleza privada.

Derecho a participar en los asuntos públicos.—Directamente o por medio

son atacados y quebrantados podrá su titular (con independencia de la sanción penal y del ejercicio de la acción civil inherente al delito, cuando la conducta esté tipificada (v. arts. 19 y ss y 101 y ss del Código penal), obtener su reparación económica (daño material y moral) al amparo del art. 1.902 del Código civil (104), aparte también las medidas de naturaleza administrativa.

de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas, por sufragio universal (art. 23-1).

Derecho al acceso efectivo de los Tribunales.—Para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24-1). El Ministro de Justicia, don Landelino Lavilla, no sólo ha remarcado la necesidad de esta tutela, sino que también («*Revue Internationale de Droit penal*, 49 année, 1978, n.º 1, pág. LIII) ha insistido en la necesidad de una eficaz protección (penal) de la intimidad y el secreto, tema al que también se refirió la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1976, siendo Fiscal D. Antonio José García Rodríguez Acosta, pág. 55, bajo el título *Algunas ideas sobre el derecho a la intimidad en el orden penal*.

Derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 24-3).

Derecho a la educación.—Se reconoce la libertad de enseñanza (art. 25-1).

Derecho a la sindicación libre.—Con posibilidad de limitación para las Fuerzas o Instituciones Armadas y demás cuerpos sometidos a disciplina militar.

Derecho a la huelga (art. 26-2).

Derecho de petición o de reclamación personal y colectiva.—Con limitación para las Fuerzas o Instituciones Armadas y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar (art. 27-1 y 2).

Derecho de contribuir a la defensa de España.—Los ciudadanos tienen el derecho y la obligación... (art. 28-1).

Derecho a contraer matrimonio.—A partir de la edad núbil (art. 30-1).

Derecho a la propiedad privada y a la herencia.—La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 31, 1 y 2).

Derecho al trabajo.—Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo (art. 32-1).

Derecho a la negociación colectiva laboral.—Así como a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones que pueden establecerse (art. 33, 1 y 2).

Derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 34).

El art. 48, dentro del capítulo cuarto «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», dice: 1) Los derechos y libertades reconocidos en el cap. II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo dispuesto en el art. 155-1 a) (a través del recurso de inconstitucionalidad).

2) Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el art. 13 y la sección 1.ª del capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Este último será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 28. 3) El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que las desarrollan.

(104) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad*, en el Estatuto de 11 de junio de 1964. Estudios en honor del Prof. Castán III.

b) *La emancipación.*

Mejor que las explicaciones que pudiera llevar a cabo ahora en orden a cuál es mi criterio con relación a la reforma de esta institución, será transcribir las conclusiones de un trabajo que acabo de redactar sobre este tema y al que nos vamos a referir en seguida.

Anticipándome a algunas de las observaciones que a las mismas puedan hacerse he de indicar que Diez Picazo y Gullón (105) dicen que es cierto que la mayoría de edad es una causa de emancipación, de cambio de estado civil, que se pasa al estado civil de la mayoría de edad, pero que, en sentido técnico, la emancipación es un típico negocio jurídico del Derecho de familia que tiene como primordial efecto el otorgar al menor un nuevo estado civil: El de emancipado (106). En cambio, a mi juicio, la emancipación es un estado o situación jurídico civil único, al que se llega por diversos caminos: por la mayoría de edad, por la concesión, etc.

Las conclusiones a las que antes nos referíamos son las siguientes (107), debiendo advertir que las mismas resultan así establecidas, después de las oportunas y anticipadas explicaciones en el resto del trabajo, en forma tal que constituyen una especie de borrador de cómo, a mi juicio, debieran quedar redactados definitivamente los arts. 314 a 324 del Código civil.

Conclusiones: Esquema general de la reforma (108).

Aprovechando los arts. 314 al 324, que ocupan en el Código civil las normas que se refieren a esta materia, creemos que la redacción futura de los mismos, si se aceptan las reformas que aquí se proponen, sería la siguiente, o podría ser aproximadamente la siguiente:

Título XI

De la emancipación

CAPITULO PRIMERO

Clases de emancipación

Artículo 314.—La emancipación tiene lugar:

1.º Por la mayor edad.

(105) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, cit., I, pág. 69.

(106) A juicio de Diez Picazo y Gullón (ob. cit., I, pág. 72), la vida independiente cesará cuando lo prohiban expresamente los padres o tutor. Sobre consentimiento del menor de edad: DIEZ PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Ed. Tecnos, pág. 61 y ss.

(107) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Breves consideraciones sobre la reforma de la emancipación en el Código civil*, pendiente de publicación en la RGD. Adviértase que la mayoría de edad no supone ni tiene por que suponer una emancipación económica ni, por tanto, una cesación de ayudas y subvenciones oficiales.

(108) V. los arts. del Proyecto de Constitución que hacen referencia a este tema.

- 2.º Por el matrimonio del menor.
- 3.º Por la concesión de los padres.
- 4.º Por concesión judicial.

CAPITULO SEGUNDO

De la mayor edad

Artículo 315.—La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

CAPITULO TERCERO

De la emancipación por matrimonio

Art. 316.—El matrimonio produce, de derecho, la emancipación con las limitaciones contenidas en este Código.

CAPITULO CUARTO

De la emancipación por concesión de los padres

Artículo 317.—Los padres, cuando ejerzan la patria potestad conjuntamente o el que de ellos la ejerza, podrán emancipar al hijo menor, mediante el otorgamiento de escritura pública, por testamento o por comparecencia ante el Juez del Distrito, cuya emancipación deberá anotarse en el Registro Civil, sin que hasta entonces produzca efectos contra terceros. La emancipación así concedida podrá ser absoluta o relativa en los términos que señala el art. 323.

Artículo 318.—Si el hijo, con consentimiento de sus padres o de aquél que ejerza la patria potestad, viviera independiente de ellos, se le reputará para todos los efectos como emancipado, pudiendo los padres o el hijo instar, transcurridos seis meses, la anotación correspondiente en el Registro, la que se llevará a efecto, si no media oposición de los padres o del padre o de la madre que hubiera debida, en su caso, otorgar la emancipación a la que se refiere el artículo anterior.

Esta emancipación tendrá siempre el carácter de relativa o limitada.

CAPITULO QUINTO

De la emancipación por concesión judicial

Artículo 319.—El Juez de Primera Instancia podrá conceder la emancipación a los menores, cuando resulte ventajoso para los mismos, en los casos siguientes:

1.º Cuando el padre o la madre contrajeran matrimonio con persona distinta del otro progenitor.

2.º Cuando los padres vivieran separados o, aún viviendo juntos, existiere entre ellos una prolongada situación de grave distanciamiento con peligro para el equilibrio psíquico del hijo.

3.º Cuando como consecuencia de un proceso de privación de la patria potestad o de separación personal se estime conveniente para el hijo.

4.º Cuando existiere discrepancia entre el padre y la madre en orden a su concesión.

5.º Cuando se trate de huérfanos de padre y madre o de hijos cuyos padres estén declarados fallecidos o en ausencia legal o sean desconocidos.

6.º En cualquier otro caso análogo a los anteriores.

Será aplicable a esta emancipación lo dispuesto en el último número del art. 323 en cuanto a las dos modalidades de la misma.

Artículo 320.—La emancipación a la que se refiere el artículo anterior podrá ser solicitada por el propio menor, por sus parientes y por el Ministerio Fiscal, debiendo el Juez, antes de concederla o denegarla, oír al menor, a cuantas personas estime conveniente y, en todo caso, al Fiscal si no hubiera sido él el solicitante.

CAPITULO SEXTO

Requisitos comunes a la emancipación por concesión

Artículo 321.—Serán requisitos comunes para que tenga lugar la emancipación por concesión de los padres o de la autoridad judicial los siguientes:

1.º Que el menor tenga dieciséis años cumplidos, y

2.º Que la consienta.

CAPITULO SEPTIMO

Irrevocabilidad de la emancipación

Artículo 322.—Alcanzada la emancipación con arreglo a lo establecido en el art. 314, no podrá ser revocada. Tampoco podrá serlo

en el caso previsto en el art. 318 a partir del momento de la inscripción registral.

CAPITULO OCTAVO

Efectos de la emancipación por concesión

Artículo 323.—La emancipación por concesión de los padres o del Juez puede ser absoluta o total y relativa o limitada.

Artículo 324.—La emancipación absoluta habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor.

La emancipación relativa produce igualmente la misma habilitación, pero, hasta que no llegue a la mayor edad, no podrá el así emancipado enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni valores mobiliarios, salvo en este último caso del derecho de suscripción preferente.

Si no se declara expresamente al otorgar la emancipación el carácter de la misma, se entenderá concedida la relativa o limitada.

c) *Las circunstancias modificativas de la capacidad.*

Obsérvese que el artículo 200 habla de locos y dementes, mientras el 32 de demencia o imbecilidad; el 213 también se refiere a los locos y dementes, el 663-2 hace referencia a no hallarse en su cabal juicio y el 83-2 a no hallarse en pleno uso de razón (109). Debiera buscarse, pues, una fórmula única que, a nuestro juicio, pudiera ser la de enajenado mental (110), que abarque todas las situaciones de anormalidad psíquica con repercusión en la capacidad jurídica.

Por otra parte, esta enajenación o locura debiera ser susceptible de graduación judicial y la ley debe decirlo expresamente (111).

La interdicción civil debe suprimirse. Pueden existir penas o medidas restrictivas de ciertos derechos siempre que haya relación entre el hecho delictivo y la limitación o que impliquen reducción de derechos, pero nunca una interdicción que priva de los derechos-deberes más elementales de una persona (112), lo que nos parece un residuo de viejas y superadas concepciones.

(109) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil*, I, Parte general, Lib. Bosch, 1974, pág. 129.

(110) V. Código penal, art. 8, núm. 1 y art. 9, núm. 1, y la abundante doctrina jurisprudencial y científica en torno de ellos.

(111) FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: *La incapacidad de los locos y dementes, ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?*, RGL y J, febrero 1967.

(112) La incapacidad por interdicción no es una situación protectora del incapaz, sino una pena que se impone (DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, cit., pág. 85).

d) *La persona jurídica* (113).

En el art. 35 deben añadirse las fundaciones, pues éstas también pueden ser de interés particular, y si se entiende que no deben serlo ha de quedar bien clara la idea.

El art. 38 debe someterse a nueva consideración y en el art. 39 ha de estudiarse la correlación que deba existir con los Entes Territoriales. El art. 38, por otra parte, entendemos que debiera terminar así: «sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes» (cf. art. 515 del propio Código).

e) *Los extranjeros*.

Nosotros creemos que el extranjero debiera tener el mismo trato que el nacional, pero comprendemos que existen razones prácticas muy importantes que tal vez no lo hacen conveniente. Pero hay que llegar cuanto antes a la equiparación. En todo caso, la fórmula que utiliza el Código es coherente con el Anteproyecto constitucional (114), y nos parece correcta. Lo que hay que conseguir es que las leyes particulares no desnaturalicen después la declaración.

f) *La prescripción*.

En el art. 1.962 debe buscarse una perfecta armonía entre su texto y el de los arts. 464 y 1.955.

El art. 1.967 debiera modificarse aproximadamente así: 1) Pagar honorarios profesionales y los gastos y desembolsos..., incluyendo profesores y maestros. 2) Suprimir profesores y maestros. 3) Referirse en general a los empleados y dependientes. 4) Actualizar la terminología diciendo: A los hoteles, pensiones o establecimientos análogos, la comida y habitación, y a los industriales y comerciantes...

(113) V. Proyecto de Constitución.

BONET: *Código civil comentado*.

COSSÍO ALFONSO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. I., dirigidos por M. Albaladejo, Ed. RDP.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, cit., pág. 122.

(114) Idem, art. 12: *La condición jurídica del extranjero se regulará por la Ley y por los tratados* (Modificado por el Senado, art. 13).

ANGULO MIGUEL: *Comentarios al Código civil*, tomo I, Ed. RDP.

CASTRO Y BRAVO, F.: *La nationalité, la double nationalité et la supranationalité*.

Recueil des cours de l'Académie de droit international, de La Haya, t. 102, 1961.

LUNA-HERNÁNDEZ CANUT: *Dictámenes sobre la competencia de los Tribunales españoles en juicio de alimentos provisionales entre extranjeros*, ADC, 151, pág. 1521 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Comentarios al Código civil*, cit., tomo I, Ed. RDP.

En el art. 1.968-2 debe hablarse de dolo o culpa (v. lo que se dice más adelante con relación al art. 1.902); es decir, referirse a obligaciones derivadas de dolo o culpa de las que se trata en el artículo 1.902.

g) *Otras observaciones.*

En materia de nacionalidad, en el art. 25 debe suprimirse la expresión «concesión generosa del jefe del Estado», utilizando, en vez de generosa, que tiene connotaciones a mi juicio negativas, otra expresión más en consonancia con lo que el derecho debe ser y significar en la vida social. Por ejemplo, «concesión del jefe del Estado», o aún mejor, «por concesión del jefe del Estado cuando en atención a las circunstancias concurrentes y a los intereses de la Nación sea procedente» (115).

En orden a la capacidad de los menores no emancipados tal vez conviniera indicar en un último párrafo del actual art. 317, en el 1.263-1 o en el 1.264, que «fuera de las limitaciones generales (las que hoy se contienen en el art. 317) tendrán la capacidad que resulte de las circunstancias concurrentes, aparecidas por el Juez» (116). Por ejemplo, en el art. 1.264 añadir «los menores emancipados tendrán la capacidad que resulte, con arreglo a las disposiciones de este Código, de las circunstancias concurrentes en cada caso, apreciadas libremente por el Juez». (V. lo dicho anteriormente sobre la emancipación).

En materia de patrimonio tal vez conviniera incluir una teoría general alrededor del art. 1.911 (117).

En relación con el parentesco debiera buscarse una fórmula unitaria. Por ejemplo, en el art. 143 se dice «hermanos legítimos, aunque sean uterinos o consanguíneos»; en el 183, consanguíneos, etcétera. A mi juicio, puesto que los hermanos sólo pueden ser o de doble vínculo, de padre y madre comunes, o de un vínculo, de padre o madre, tal vez lo mejor fuera decirlo así, sin más (v. artículo 211-3). Por ejemplo, en el art. 920 añadir: «y vínculo sencillo al que deriva únicamente de uno de ellos», y esta terminología seguirla siempre.

En el art. 184 debe suprimirse la expresión legítimo.

El 189 debe quedar condicionado por la reforma del régimen económico matrimonial y el 195 por la posible ley de divorcio (118) o de disolución del matrimonio, según la Constitución.

(115) Art. 11 del Proyecto («B. O.» de las Cortes, de 24 de julio 1978, número 135). 1 «La nacionalidad española se adquiere, conserva y pierde de acuerdo con las disposiciones del Derecho civil». (En versión del Senado, en vez de Derecho civil, de la Ley.)

(116) En cuanto a la capacidad natural habrá que estar, dicen Diez Picazo y Gullón (*Instituciones...*, cit., I, pág. 68), a la que resulte en cada caso concreto.

(117) COSSÍO, ALFONSO DE: *La teoría del patrimonio*, Estudios de Derecho público y privado. Homenaje al Dr. D. Ignacio Serrano, Valladolid, 1966.

(118) V. el ap. del Derecho de Familia.

El art. 194, en materia de ausencia, debe ser objeto de aclaración (119) en el sentido de que a los plazos exigidos para presumir el naufragio y siniestros han de añadir los que se señalan para declarar el nacimiento. Pero esta materia exige ya un cambio profundo.

Los arts. 325 y siguientes deben adaptarse a los principios que en este orden de cosas se decidan, o a la nueva ley de Registro civil (si la actual de 8 de junio 1957 y Reglamento de 14 de noviembre de 1958 resultan derogadas). Debe cambiar también, con carácter general, la expresión Juez Municipal por la de Juez de Distrito (120).

III. OBLIGACIONES (121) Y CONTRATOS (122)

A) IDEAS GENERALES.

La zona de obligaciones y contratos es, sin duda, la más universal de las materias jurídicas, pues a ella confluyen de manera acusada el instintivo sentimiento de solidaridad y de relación entre los hombres, cada día más imprescindible en un mundo en el que todos necesitamos de alguna manera de todos (123). La proximidad de una Europa a la que queremos acercarnos más y la necesaria e imprescindible unidad de esa inevitable regulación global en todo cuanto afecta a la teoría general de obligaciones y contratos para favorecer un comercio internacional, imponen una revisión de todos aquellos preceptos que se distancian de lo que constituyen normas de general aceptación, especialmente en el resto de nuestro mundo europeo (por ejemplo en materia de publicidad,

(119) SERRANO SERRANO, IGNACIO: *La ausencia en el Derecho español*, EDRDP.

(120) SANCHO REBULLIDA, F.: *El concepto de estado civil*. Estudios de Derecho público y privado. Homenaje al Dr. D. Ignacio Serrano, Valladolid, 1966.

(121) Como notas del moderno derecho de obligaciones, cita Santos Briz (a) las siguientes: a) Colaboración económica; b) Igualdad jurídica; c) Buena fe; d) Internacionalización; e) Debilitación de la actuación libre de la voluntad del particular; f) despersonalización de las relaciones. (a) SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil*, tomo III Derecho de obligaciones. La Obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Ed. RDP y F., pág. 10 y ss.

DIEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cita los siguientes: 1. Propiedad privada; 2. Libertad económica; 3. Justicia conmutativa; 4. Buena fe, y 5. Seguridad jurídica.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Derecho de obligaciones*, I.

PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. I.

RUIZ VADILLO: *Introducción...*, ob. cit.

SANTOS BRIZ: *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*, RDP, julio-agosto 1960.

(122) GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Una importante aportación de la doctrina portuguesa al Derecho de obligaciones*, ADC, XXVI-3, pág. 941.

CHEATEA: *El contrato en el nuevo Código civil egipcio*. Extracto en II, núm. 139, 1954, pág. 1070.

(123) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, I.

CASTRO, FEDERICO DE: *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

derechos mercantil y administrativo, de mora, del alcance indemnizatorio, etc.). En todo caso, hay que decir que no es esta materia, ni mucho menos, la más necesitada de modificaciones y reformas porque su construcción jurídica responde a unos principios que, en general, tienen plena vigencia, aunque, evidentemente, exijan a veces importantes retoques (124), algunos de los cuales vamos a ver.

B) POSIBLES REFORMAS (125).

a) *Teoría general de la culpabilidad. La indemnización* (126).

Entre otras modificaciones, nosotros creemos que el art. 1.101 del Código civil debiera limitarse a incluir el dolo y la culpa, sin hacer referencia a la morosidad, expresión no muy clara y que, se identifique o no con la mora, supone siempre una forma de cumplimiento culposo (que el sujeto actúe dolosa o culposamente) defectuoso. En el art. 1.093 debiera suprimirse la expresión negligencia (cuya significación no es totalmente clara) (127), y decir dolo o culpa, y en el art. 1.108 debe incorporarse, como lo ha hecho el Código civil portugués, la posibilidad de establecer una indemnización en forma de renta (128). Podría decirse aproximadamente así: Cuando se trate de daños de naturaleza continuada, el Tribunal (a instancia de la parte perjudicada) podrá conceder la correspondiente indemnización, en todo o en parte, en forma de renta vitalicia o temporal, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, adoptando las medidas que, en cada caso, se consideren adecuadas para garantizar su efectividad. El Tribunal podrá someter la cuantía de la renta a una cláusula de estabilización, susceptible de variación cuando las circunstancias que sirvieron de base a su concesión hayan cambiado sensiblemente.

b) *Solidaridad.*

El art. 1.148 debe modificarse para dar una mayor fuerza al vínculo solidario, suprimiéndose el último inciso, es decir, el deu-

(124) CASTRO, FEDERICO DE: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ADC, XIV-1, 1961.

GARCÍA AMIGO, A.: *Sobre las condiciones generales de los contratos*, RDP, XLIX, pág. 701.

(125) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Las obligaciones negativas en el Derecho español*, P., julio-septiembre 1976.

(126) Sobre las expresiones dolo y culpa v. art. 34 c) del Código civil de Panamá, que distingue culpa grave, leve, levísima y dolo. La culpa grave en materias civiles equivale, dice, al dolo. La matización señalada nos parece excesiva. Tal vez conviniera incluir una regulación de la compensación de culpas. V. SORO NIETO, F.: *La llamada compensación de culpas*, RDP, LII.

(127) Los artículos del Código o Leyes especiales que hagan referencia a la culpa en sentido general, deben utilizar las palabras dolo y culpa, nada más.

(128) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Las indemnizaciones en forma de renta*. Pendiente de publicación en la RDC.

dor solidario no debe nunca poderse servir de las excepciones personales de los demás deudores.

c) *Unidad civil y mercantil.*

Entendemos que no hay ninguna razón para aplicar normas distintas cuando uno de los contratantes es un comerciante (criterio subjetivo), ni siquiera cuando se dan unos ingredientes de comercialidad de carácter objetivo. Debe existir, pues, una única teoría general de obligaciones y contratos que sirva para toda la contratación, unos contratos únicos civiles y mercantiles y, si acaso, algunas especialidades, como pueden serlo un mayor rigor para los comerciantes y una cierta flexibilidad en una serie de normas (indemnizaciones de daños y perjuicios por incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío) que permitan adecuar perfectamente el derecho aplicable a cada caso en particular. El Derecho mercantil tiene su gran contenido y su gran razón de ser en la empresa, pero la contratación de los empresarios con los particulares debe regirse por normas comunes a todo tipo de relaciones jurídicas de esta naturaleza (130). La dicotomía derecho civil-derecho mercantil en la contratación sólo se justifica porque muchos de los preceptos de aquél originan, indebidamente, lentitudes y complicaciones que no se corresponden con la agilidad y rapidez que debe caracterizar al Derecho mercantil y al civil. Reformemos estos preceptos (por ejemplo en la compraventa el saneamiento) y el problema quedará resuelto, teniendo en cuenta además las contradicciones existentes en nuestro Código de comercio, como puede serlo, entre otros, que la gratuidad sea un elemento natural del contrato de préstamo mercantil.

d) *Incorporación de nuevos contratos.*

Deben incorporarse todos aquéllos que tienen hoy una realidad en el mundo social y económico y que no tienen, en cambio, normativa legal o no la tienen en el Código civil (venta a plazos, leasing, edición, suministro, etc.).

(129) V. Obras generales de Derecho civil.

(130) GARRIGUES, JOAQUÍN: *Derecho mercantil y Derecho civil*. Anales de la Academia matritense del notariado, tomo XXV, 1967, pág. 431.

JORDANO BAREA: *Derecho civil y Derecho mercantil*, RDP, 1964.

LALAGUNA, ENRIQUE: *La relación entre Derecho civil y Derecho mercantil*, RGL y J, 1968.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, cit.

SANTOS BRIZ, JAIME: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico monetario*.

URÍA, R.: *Derecho mercantil*, cit.

Código italiano, arts. 1.173 y ss.

e) *Regulación expresa de los atípicos.*

Al menos, entendemos que sería conveniente establecer algunas normas generales en relación con los contratos atípicos y complejos, lo cual puede ser un buen sistema para unificar criterios y simplificar problemas prácticos (v. art. 1.323 del Código civil italiano en relación con los arts. 1.322, 2.249, 2.437, 2.498 y 2.500).

f) *Compraventa de viviendas.*

Este contrato, que debiera ser una modalidad de la compraventa normal, ha de llevar incorporadas, como elementos esenciales, una serie de garantías, impuestas como normas de derecho necesario al vendedor para garantizar la plena efectividad de la obligación por él asumida (131). Obsérvese que es éste uno de los contratos que de manera más directa, y a veces dramática, incide en la mayor parte de las familias españolas.

g) *Arrendamiento de servicios.*

Los arts. 1.583 a 1.587, correspondientes a la sección 1.^a del capítulo III del título VI, del libro IV del Código civil, carecen hoy de actualidad. A mi juicio, y así lo he mantenido en algunos trabajos, están prácticamente derogados por aplicación del art. 3.^o del Código, según la redacción dada al mismo por la reforma del Título Preliminar. Ello supone: 1.^o) La necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de utilizar el hueco que dejaría esta sección para reglamentar, con sentido actual y con realismo, los contratos de prestación de servicios, excluidos de la específica regulación jurídico-laboral, y 2.^o) Con independencia de ello, la urgencia de derogar expresamente algunos de sus artículos, tales como el 1.584, según el cual el amo será creído, salvo prueba en contrario, frente al sirviente doméstico, expresión que choca frente a los más elementales principios de justicia y de igualdad que proclama ya nuestro Anteproyecto constitucional y que, en definitiva, entendemos que siempre han debido ser los informadores de nuestro Ordenamiento. En los arts. 1.585, 1.586 y 1.587 debe cambiarse la terminología, si es que no se sustituye por entero la sección como antes hemos señalado.

h) *Arrendamiento de obra (132).*

Creemos que este contrato, que ha de cambiar también de denominación (contrato de construcción o de obra, por ejemplo, puesto

(131) V. Ley 27 julio 1968, insuficiente a nuestro juicio. El fracaso de Derecho penal en este sentido ha sido prácticamente completo.

(132) BONET, F.: *Código civil comentado*, 2.^a ed.

que la expresión arrendamiento no es correcta, como tampoco lo es, a nuestro juicio, la de contrato de empresa), exige un nuevo planteamiento que modernice la institución y que aclare los muchos equívocos legislativos actuales.

El art. 1.591, por ejemplo, ha de entenderse, en mi opinión, de la siguiente manera: Párrafo 1.º Ruina por vicios de la construcción: El contratista cumple las condiciones del contrato, pero viola o quebranta las reglas técnicas de la construcción: Responde durante diez años, coincidiendo plazo de garantía y plazo de ejercicio. Ruina por vicio del suelo o de la dirección: Arquitecto o cualquier otro técnico (pues así ha de interpretarse el texto; v. art. 3.º, apt. 1.º del Código civil) responde, si la ruina se debe a vicio del suelo o de la dirección (proyecto o dirección técnica propiamente dicha): Responden también durante diez años con la misma característica antes señalada.

Párrafo 2.º: Ruina por faltar el contratista a las condiciones del contrato (materiales distintos de los convenidos, configuración del edificio alterada unilateralmente, etc.): Responde el mismo contratista durante quince años (plazo de garantía y de ejercicio).

Legitimación activa: Están legitimados el comité y quienes de él traigan causa. Si se trata de terceros que han sufrido un perjuicio corporal o material como consecuencia de la ruina, el ejercicio de acciones vendrá regulado por el artículo 1.909 en relación con el 1.902.

Por otra parte hay que señalar lo siguiente: La expresión edificio ha de interpretarse muy ampliamente, incorporando a la misma todo lo que afecte al amplio ramo de la construcción, como, por ejemplo, instalaciones eléctricas o sanitarias.

La palabra ruina también debe tener un sentido muy extenso; una y otra exigirán seguramente una interpretación auténtica.

En cuanto a los plazos debiera existir uno (el que se considere:

CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: Apéndice a la obra de De Simone *Los negocios irregulares*, trad. de Osset, Madrid, 1956.

DÍEZ PICAZO, LUIS: *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Vol. I, pág. 624, Ed. Tecnos.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *La responsabilidad por ruina en los edificios*, ADC, XVI, 4 oct.-dic. 1963.

Grupo interministerial de Trabajo para la seguridad de la edificación:

Memoria sobre la necesidad urgente de reforma del art. 1.591 del Código civil. 22 de marzo 1973. Se propone una nueva redacción de los arts. 1.591, 1.593, 1.907 y 1.909 del Código civil.

HERRERA CATANIA: *Responsabilidad civil de técnicos y constructores por construcciones ruinosas*, Granada, 1970.

MENÉNDEZ, A.: *Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*, RDM, 1958, pág. 299.

SANTOS BRIZ, J.: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, RDP, mayo 1972.

SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo.

TORRABAL SORIANO, V.: *Los vicios del suelo*. Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil. Estudios en honor del Profesor Castán, Vol. II.

adecuado) de garantía y otro de no más de un año para ejercitar el derecho, a partir del descubrimiento del vicio o defecto o del final del plazo general de la garantía.

i) *El arrendamiento rústico y urbano.*

Nosotros creemos que si se consiguiera quintaesenciar los principios generales básicos que deben informar la regulación de este tipo de contratos especiales, debieran incorporarse dichos principios al Código, evitándose así unas reglas que más parecen reglamentos administrativos que normas jurídico-civiles. Ni nos convence la ley de arrendamientos rústicos ni la de arrendamientos urbanos, y creemos urgente su reforma.

j) *La responsabilidad extracontractual (133).*

El artículo 1.902 debe decir «interviniendo dolo o culpa» para que claramente quede expresado que abarca el dolo como sinónimo de conciencia, de intencionalidad y malicia y la culpa comprensiva de la omisión de la diligencia debida. El 1.903 debe decir: «El Estado es responsable de conformidad con lo establecido en las leyes especiales», o en la forma que se indique, pero evitando la fórmula actual. También debe decir: «Los padres, conjuntamente, o el padre o la madre en cuya compañía viva». El artículo 1.905 debe contener un segundo párrafo: «El poseedor de un vehículo de motor o máquinas análogas responderá de todos los daños y perjuicios que se deriven de su uso, salvo que el hecho sea debido a la exclusiva culpa de la víctima. Igual criterio se aplicará en aquellos casos en los que la ley establezca una obligación de indemnizar, sin mediar dolo o culpa por parte del obligado (134).

(133) ANGULO RODRÍGUEZ, MIGUEL: *El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos*, ADC, XXVII, página 921.

Convenio complementario del Convenio de París, de 29 de junio de 1960, sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, hecho en Bruselas el 31 de enero de 1963; Protocolo adicional hecho en París el 28 de enero de 1964.

BONET, RAMÓN y BONET BONET: *Responsabilidad civil nuclear*. En estudios en honor del Profesor Castán, Vol. I.

VILAR BADÍA, RAMÓN: *Problemática en torno a la responsabilidad civil por hecho ilícito de otro*, P. mayo-junio 1974.

DEUTSCH, E.: *Quinto coloquio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil del médico*, RDP, LIX, pág. 796.

GRIESS, A. E.: *Responsabilidad del médico en Derecho civil europeo*, RDP, LIX, pág. 887.

(134) TUNC, ANDRÉ: *Hacia un Derecho nuevo de la indemnización de los accidentes de circulación*, RGL y J, LXIX (237), pág. 577.

k) *Prelación de créditos.*

En el artículo 1.922 debe, en el núm. 5.º, sustituirse la palabra posada por otra expresión más actual, como por ejemplo establecimiento correspondiente.

En el 1.923 se deben incluir los salarios o jornales devengados trabajando en los inmuebles, siempre que resulten, por escrito, debidamente acreditados (v. Ley de relaciones laborales). En el 1.926 debe hacerse lo mismo en relación con los muebles, y otro tanto en el 1.927 (135). En resumen, debe procederse a una revisión general del sistema de prelación de créditos, aspecto importantísimo dentro del tema de la responsabilidad.

l) *Otras modificaciones.*

Vamos a hacer algunas observaciones, a vuela pluma, sobre ciertas materias relativas a las obligaciones y contratos, incluyendo la teoría general del contrato, dado que al no existir en nuestro Código una regulación del negocio jurídico (lo que habrá que pensar si conviene o no al futuro Código) debemos incorporarlas a este apartado.

En relación con la causa entendemos que el art. 1.274 debiera decir como añadido: En todo caso, la finalidad perseguida por cada contratante será considerada como causa cuando forme parte principal del contrato, y el 1.275 diría: «Igual efecto producirá la existencia de una finalidad que sea contraria a las leyes» (136). También pudiera admitirse expresamente, lo que en la práctica ya se da, el negocio jurídico abstracto (137), con algunas normas que lo regularan.

El 1.278 debiera añadir el siguiente párrafo: «Será nulo el contrato cuando en él falten las formalidades que con carácter de esencialidad establezca el Código o las leyes especiales» (138), debiendo, por otra parte, incluirse la forma como uno de los requisitos del contrato (139). Al 1.261 se podría añadir así un núm. 4.º, que diría: «La forma establecida en cada caso con carácter de esencialidad». En el 1.280 debe elevarse la cuantía, por ejemplo, a

(135) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, cit., I, pág. 413.

(136) Tal vez no convenga un reenvío a la moral que es una expresión excesivamente amplia y equivoca. ¿Qué es la moral desde el punto de vista jurídico? ¿Cuándo es inmoral una finalidad? ¿Quién habrá de fijar el patrón?

DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, págs. 241 y 316.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 174.

(137) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, pág. 244.

(138) *Idem*, págs. 247 y 324.

DELGADO ECHEVARRÍA, JESÚS: *La anulabilidad*, ADC, XXIV-4, pág. 1021.

GULLÓN, ANTONIO: *La confirmación*, ADC, XXIII-4, pág. 1195.

(139) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones*, I, pág. 308.

V. Código civil italiano.

50.000 pesetas, y esta observación es general para cuantos supuestos en nuestro Código contemplan cantidades dinerarias.

En el art. 1.265 debiera decirse: «Será anulable el consentimiento prestado por error, intimidación o dolo»; en el 1.267 debe suprimirse el primer párrafo, llevando a un nuevo segundo párrafo del actual 1.261, en su número 1, el siguiente texto: «No hay consentimiento cuando para arrancarlo se haya empleado fuerza irresistible. En el 1.268 suprimir la palabra violencia, y en el 1.270 debe decirse: «Produzca la anulabilidad (140). Tal vez conviniera también una ordenación más sistemática y perfecta del error como vicio del consentimiento (141).

La implantación de la rescisión por lesión con un carácter general, tal vez fuera acertada, pudiéndose decir: Serán rescindibles los contratos en los que cualquiera de las partes haya sufrido una lesión superior a la cuarta parte del valor económico del contrato... (y en ese caso sobrarían los números 1, 2 y 5 del art. 1.291). Si no se lleva a cabo esta modificación en el citado 1.291 debe prestarse atención a la referencia al Consejo de Familia, institución que posiblemente no deba pervivir, al menos tal como está concebida actualmente. En el 1.293 debe añadirse «y aquellos otros en que así se disponga en las leyes, y en el 1.299 debe sustituirse el último inciso por la expresión «o el ausente conozca la celebración del contrato».

Deben regularse las obligaciones facultativas (142), así como estructurarse mejor y con un sentido más real, práctico y actual las pecuniarias (143), dando entrada a las cláusulas de estabilización del valor económico del dinero.

Las obligaciones con cláusula penal tal vez pudieran ordenarse así: Art. 1.152. En las obligaciones en las que se pacte una indemnización para caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, defectuoso o tardío, ésta sustituirá a los daños y perjuicios, sin que, salvo pacto pueda exigirse el cumplimiento y la indemnización ni eximirse de la obligación convenida pagando la indemnización pactada. Esta se hará efectiva según lo convenido y, en su defecto, con arreglo a este Código. El Tribunal, salvo pacto

(140) De esta manera se acercaría el Código a un sistema más coherente de regulación del negocio jurídico y más de acuerdo con la teoría general comúnmente aceptada: Nulidad, el negocio no puede producir efectos y anulabilidad; los produce pero puede dejar de producirlos. Llama la atención el que el Código civil, dicen DIEZ PICAZO y GULLÓN (*Instituciones...*, I, pág. 233), dé a la violencia el sentido de vicio del consentimiento, siendo así que éste prácticamente no existe.

(141) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 167.

(142) *Idem*, pág. 221.

(143) *Idem*, pág. 225.

FUEYO LANERI, F.: *La reajustabilidad del valor de la deuda de dinero como requisito del pago efectivo cualquiera que sea la fuente de la obligación*, RGL y J, LXXIII. (241), pág. 133; BONET CORREA, JOSÉ: *Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre el pago de deudas de dinero*, ADC, XXIV-4, pág. 1085, y todos sus trabajos que en relación con este tema han aparecido en el Anuario y en otras publicaciones.

expreso en contrario, modificará equitativamente la indemnización cuando el incumplimiento o cumplimiento parcial, defectuoso o tardío, no corresponda exactamente a lo previsto por los contratantes (144).

En materia de transmisión de las obligaciones conviene también una regulación nueva. En este punto el Código es confuso y no se corresponde con las exigencias actuales (V. arts. 1.526 y ss. y 1.203 y ss.).

Debe incluirse la grave dificultad sobrevenida como causa de extinción o modificación del contrato (145). (Arts. 1.182 y ss.) Podrían formar un solo artículo el 1.182 y el 1.184 y el hueco de este último llenarse con este contenido: «También quedará extinguida o modificada la obligación cuando el cumplimiento produzca una grave dificultad para el obligado, no prevista por los contratantes, si no ha habido culpa por parte de aquél, ni renuncia anticipada a la producción de estos efectos».

Deben suprimirse los cuasicontratos, que han de contemplarse bajo otro prisma, incluyéndose en el llamado enriquecimiento sin causa (146). En otro caso, el artículo 1.900 debe integrar como segundo párrafo al 1.901 y el 1.901 dejarlo para incluir el enriquecimiento injusto o sin causa (147).

En cuanto a los contratos, dentro del de compraventa (148), el artículo 1.459 debiera suprimir la expresión individuos referida a los miembros del Ministerio Fiscal, dado que no parece apropiada ni actual esa terminología. El 1.499 debiera integrar el párrafo 2.º del 1.498 y hacer un nuevo 1.499 que contemple el contrato de compra-venta de una vivienda, como ya dijimos, articulando una serie de garantías (149). En el arrendamiento, ampliando lo ya indicado, hemos de decir que deben tenerse en cuenta los trabajos elaborados por uno de los grupos de la Comisión General de Codificación, debiendo, por otra parte, regularse expresamente la aparcería que creemos tiene plena vigencia social. En los arrendamientos debe introducirse la revisión de la renta (arts. 1.575 y 1.580) y en el 1.545 en vez de fungibles debe decirse consumibles.

En la materia del contrato de sociedad, el art. 1.670 debe decir:

(144) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, RDP, Mayo 1975.

(145) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario*, RDJ, enero-marzo 1965.

(146) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, pág. 321.

(147) ALVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ A.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho civil español*, RGL y J, LXVIII (236), págs. 415 y 495.

(148) Debe incluirse el contrato de venta a plazos, de bienes muebles e inmuebles.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*

LONGO, G. E.: *Aspectos de Derecho comparado del contrato de suministro*. Convención de la Conferencia de las Naciones Unidas en materia de compraventa internacional de mercaderías que ha sido abierta a la firma de todos los Estados, en 14 de junio de 1974, DJ, julio-sept. 1974.

(149) Un derecho de preferencia legal, unas restricciones de carácter imperativo, etc.

«En tal caso serán aplicables sus disposiciones y en cuanto no se opongan a ellas las de este Código». Si se mantiene la dicotomía Derecho civil-Derecho mercantil, el 1.698 debe aclarar de qué manera responde un socio en la sociedad civil, por las deudas de la sociedad, problema no resuelto y que, a mi juicio, es mancomunadamente (es decir, no solidariamente), pero de manera ilimitada (150), aunque la solución final debe meditararse con más reflexión.

En cuanto al depósito, el 1.671 debiera contemplar el depósito de inmuebles.

En relación con el contrato de seguro, el Código civil contiene normas en los artículos 1.791 a 1.797, pero referidos al seguro de daños en las cosas; aunque tales preceptos, como señala Gullón (151), son incompletos, incluso para el mismo seguro de cosas. Se impone, pues, retocar todo el capítulo; así, entre otras modificaciones, en el 1.793 considerar la forma como requisito esencial; en el 1.798, relativo a los juegos y apuestas, indicar que se exceptúan los supuestos expresamente autorizados por Ley especial, que se registrarán por las disposiciones en ellas contenidas, etc., y, por supuesto, la reforma implicaría la contemplación del seguro de personas. En definitiva, un contrato de seguro, más moderno y más garantizador de los derechos del asegurado, incluso si no se produce la unidad Derecho civil-Derecho mercantil en el campo contractual (152), aunque no sea fácilmente concebible hoy un seguro regulado por el Código civil.

En materia de compromiso y transacción, en el art. 1.810 hay que prestar atención a la institución de la tutela, condicionado a cuál pueda ser su futura regulación. En cuanto al 1.811 seguramente habrá de reformarse en función de la reforma del régimen económico matrimonial, y en el 1.817 hay que suprimir la expresión «violencia» por las razones ya apuntadas. En el 1.821 debe añadirse la expresión «leyes especiales». Finalmente, debiera incorporarse y regularse el supuesto de arbitraje por personas jurídicas (153).

En la fianza debe suprimirse el último párrafo del 1.824, además de otros varios retoques (154).

Otras muchas referencias críticas en materia de contratos pue-

(150) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, ob. cit.

(151) GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil*, Ed. Tecnos.

(152) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 475.

(153) III Congres International de l'arbitrage. Cooperation entre organismes de arbitrage, UTET, Milano, 1970.

Nosotros creemos que en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, sociedades, cooperativas, etc., debiera institucionalizarse un tipo de arbitraje, previo a la decisión judicial que sirviera eficazmente a la idea de intervención social en los conflictos jurídicos, con determinadas ventajas para evitar en lo posible la judicialización de la discordia que debe ser la última y definitiva garantía, en retaguardia de las demás.

(154) GUILARTE VICENTE: *Notas sobre la cofianza y regulación en el Código civil español*, RDP, LIX, pág. 891.

den hacerse, pero dado el carácter del trabajo no resulta posible una mayor extensión.

En el artículo 1.911 deben incorporarse las limitaciones propias de una relación jurídica sensible a las circunstancias personales y familiares del deudor. El artículo 1.911 podría decir: «Del cumplimiento de sus obligaciones responderá el deudor con sus bienes presentes y futuros, salvo de aquéllos que necesite para su subsistencia y la de su familia» o... «con las limitaciones legales y, en todo caso, con las que deriven de la situación del deudor, valorada equitativamente por el juez».

Digamos por último que la materia de prueba debiera desaparecer, puesto que a nada contribuye su regulación por partida doble: En el Código y en la Ley de enjuiciamiento civil. En todo caso, para el supuesto de que siga regulándose en el Código civil, creemos que también los menores de catorce años pueden ser testigos, permitiéndole al juez valorar su testimonio en función de su capacidad natural y sus circunstancias. Por otra parte, deben introducirse nuevos medios probatorios, como las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas, las pruebas biológicas, etc. La confesión, finalmente, creemos que exige modificaciones, algunas de cierta entidad.

4. DERECHOS REALES

A. IDEAS GENERALES

La teoría general de las obligaciones y contratos, y los contratos en particular, constituyen, como se sabe y acabamos de ver, un núcleo esencial dentro del Derecho civil y mercantil (y hasta administrativo), de la que es predicable una fundamental unidad por su vocación universalista: El español que contrata la compra de una máquina con un francés o el alemán que celebra con un español un contrato de suministro tienen derecho a saber de antemano las vicisitudes legales de las relaciones contractuales que han realizado, y para ello es imprescindible una cierta unidad legislativa y hasta jurisprudencial. En cambio, en orden a los derechos reales, sin perder de vista el camino de la unificación tan deseada y deseable, son ya más aceptables las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos en función de las características y circunstancias de cada país y de cada momento. La propiedad, sin ir más lejos, está constantemente sometida a juicio crítico, a un cierto vaivén, a una profunda revisión filosófica, política, económica y social que incide inevitablemente sobre su regulación jurídica, y con ella, y condicionados por ella, sobre la de otros varios derechos.

B. POSIBLES REFORMAS

Veamos brevemente algunas de éstas dentro del tono de brevedad y superficialidad que, de manera expresa, y como ya hemos indicado muy repetidas veces, estamos dando a este trabajo.

a. *Clasificación de los bienes* (155).

Con independencia de lo que ya indicamos en relación con los bienes fungibles y consumibles, aspecto que puede estudiarse en la parte general y en el apartado de los bienes y en cuya clasificación el Código se equivoca terminológicamente, creemos que debiera incorporarse la división de las cosas en registrables y no registrables, que tan decisiva importancia tiene en la actualidad (156) y que apenas si es proyectada adecuadamente, como no sea a nivel de instituciones en concreto, como por ejemplo en la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria.

El artículo 334 tal vez debiera decir: «Tienen la consideración de bienes inmuebles...» (157), teniendo en cuenta la naturaleza de algunos de los que bajo este epígrafe se contienen, que son muebles (v. núms. 4, 5, 6, 7, etc.).

Digamos también que la reforma habrá de tener en cuenta el artículo 126 del proyecto de Constitución, que dice: 1) La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2) En todo caso, son bienes de dominio público estatal la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial, la zona económica, la plataforma continental y sus recursos ecológicos (158). 3) Por Ley se regulará el patrimonio del Estado, su defensa y conservación (159).

b. *La propiedad* (160).

Ya hemos hecho una sucinta referencia a la propiedad, en la que ahora vamos brevemente a insistir. A mi juicio, lo importante

(155) BONET RAMÓN, F.: *Código civil*, cit.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 138.

(156) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción al Derecho registral*.

(157) V. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil*, I Parte General, pág. 221.

(158) V. artículos 338 y ss del Código civil.

(159) V. artículo 342 del Código civil. La Ley de 7 de marzo de 1940 rige el Patrimonio Nacional, y el Reglamento de su Consejo de Administración fue aprobado por Orden de 4 de abril de 1942, disposiciones ambas que también deben ser sustituidas por otra regulación más conforme con la Constitución.

BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, 2.ª Ed.

(160) MOISSET DE ESPANES: *El Derecho de propiedad en las Constituciones de la República Socialista de Rumania* (1965) y *de la República Popular de Bulgaria* (1971), RDP, LVIII, pág. 991.

VILAR BADÍA, RAMÓN: *El Derecho de propiedad ante la crisis contemporánea del Derecho*, P., julio-agosto 1972.

en este sentido es que el Código civil recoja con fidelidad el texto y el espíritu constitucional, lo que significa no cerrar el camino a nuevas posiciones, en orden al concepto, límites y requisitos del derecho de propiedad. Ello, eso al menos pensamos, es fácil de conseguir, incluso con la actual redacción, porque siempre hemos creído y seguimos creyendo ahora que la fórmula vigente de nuestro Código civil, contenida en el artículo 348, no ha sido ni será jamás la causa de una no evolución en este sentido, ya que se aceptan en él tantas limitaciones como quieran imponer las leyes, es decir, que este artículo no constituye ningún impedimento a la construcción de una moderna y progresiva teoría general del derecho de propiedad. «La propiedad, dice, es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Luego, las leyes podrán fronterizar el derecho de propiedad según corresponda en cada momento.

El artículo 31 del Anteproyecto constitucional dice: 1) Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2) La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

En función de la Constitución, el artículo 348 del Código civil pudiera redactarse así: La propiedad es el derecho de gozar, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes y las derivadas de la función social (161), que, en todo caso, delimitará su contenido. El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla (162).

Las tendencias actuales, como dice Pascual Marín (163), son bien distintas de aquéllas que nuestro Ordenamiento recogió tradicionalmente. La propiedad se considera no sólo ligada en su ejercicio por el interés común, sino que afecta a verdaderas obligaciones, a auténticos deberes sociales. Hoy, se tiende a que el elemento social penetre en la propiedad individual, no sólo en la forma negativa que supone el señalar límites a la extensión y ejercicio del derecho de propiedad, sino también en la positiva que significa imponer al propietario aquellas obligaciones y responsabilidades que demande el interés general y que sean consecuencia de la culpa del propietario o simplemente de la noción del riesgo.

(161) FUENMAYOR, AMADEO: *La propiedad privada y su función social*. En Estudios de Derecho público y privado, ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano Serrano, I.

(162) El art. 36 de la Constitución de Turquía, de 9 de julio de 1961, dice: Cada uno tiene derecho a la propiedad y a heredar. Estos derechos únicamente pueden ser limitados por la Ley, en beneficio del público. El ejercicio del derecho de propiedad no puede ser incompatible con el interés público.

(163) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*.

El art. 44, párrafo 1.º, de la Constitución de la República, estableció que «La riqueza del país, sea quien fuera su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes». Pero no se olvide que la idea de función social no debe limitarse a la propiedad, sino a todos los derechos, cualquiera que sea su naturaleza, con las garantías, por supuesto, que se consideren adecuadas.

Algo por el estilo puede decirse del tema, igualmente polémico y tan próximo al anterior, de la expropiación forzosa (164), que ha de ser el complemento indispensable a un correcto entendimiento de la teoría de la función social que realmente viene a constituirse en denominador común, como viene a decir Albaladejo (165) a todos los derechos, aunque en la propiedad sobre especial relieve. Pero tal vez conviene no olvidar nunca que el art. 7.º, en su apartado 2.º, al hablar del ejercicio antisocial del derecho da entrada (con carácter absolutamente general), como dice el Profesor Reverte (167) a la convicción popular, a la objetivación de la conciencia del hombre de las tendencias y actitudes humanas de un determinado momento histórico y, por tanto, creemos nosotros a una permanente idea de función social.

El artículo 31 del Proyecto constitucional, antes citado, dice en su apartado 3.º: Ningún español podrá ser privado de sus bienes sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Por tanto, el artículo 349 del Código civil debe modificarse en el sentido de intercalar la expresión «interés social», quedando así: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública o interés social, previa siempre la correspondiente indemnización» (168).

En cualquier caso, lo que nos parece necesario, imprescindible y urgente es que, a nivel del propio Código civil, se establezca un sistema de diversificación de la propiedad, pues lo que viene a ser absurdo es que el dominio o propiedad, por ejemplo, del ajuar doméstico, de las herramientas de trabajo, del piso, de la tierra o de una fábrica se conciban y regulen de manera unitaria (166) y no se sometan a sistemas y regímenes completamente distintos.

En materia de frutos, el art. 355 creemos que podría mejorarse con una terminología más precisa y más actual (169).

En materia de ocupación, el art. 616 debiera modernizarse en relación con las cuantías económicas.

(164) V. la Ley de expropiación forzosa.

(165) ALBALADEJO: *La coordinación —dice— entre interés individual que el Derecho subjetivo sirve e interés social no se da exclusivamente en el caso del derecho de propiedad, sino también en cualquier otro*. Derecho civil, II, página 94.

(166) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, II, pág. 86.

LASARTE, CARLOS: *Consideraciones previas al estudio del Derecho de edificación. Pluralismo de la propiedad privada*, RGL y I, LXXII (240), pág. 3.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, cit., 523.

(167) REVERTE NAVARRO, ANTONIO: *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. RDP.

(168) Un inmueble, un derecho o un interés correspondiente a tal bien, adquirido mediante la expropiación sólo podrá utilizarse con los fines para los cuales se ha adquirido (art. 23, 5.º, de la Constitución de la República de Chipre, de 16 de agosto de 1960).

(169) BONET RAMÓN, F.: *Código civil comentado*.

La propiedad horizontal debe ser objeto de algunos retoques (170).

c. *La comunidad de bienes.*

El art. 392 debiera decir: Hay comunidad cuando la titularidad de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. Hay copropiedad cuando esta situación de cotitularidades se refiere a la propiedad de una cosa o de un derecho. De esta manera quedan claramente delimitados el género y la especie (171).

d. *Propiedades especiales.*

En materia de aguas, minas, propiedad intelectual e industrial, de montes, etc., el Código debiera contener los principios inspiradores de cada una de estas propiedades especiales, principios flexibles, sí, pero claramente determinadores de lo que cada una de ellas significa en cuanto a su concepto, contenido y límites, para ser posteriormente desarrolladas en leyes atinentes a cada especialidad (172).

e. *Usufructo.*

En el art. 467 del Código civil debiera intercalarse la expresión «a título de derecho real». El art. 478 debe condicionarse a la ordenación minera; en el 492 debe suprimirse el supuesto de usufructo paterno (que debe desaparecer); en el 495 debe eliminarse la caución juratoria; en el 498 debe decirse dolo o culpa; el 513-5 debe añadir «o queden inservibles para el fin pactado o determinado por la costumbre». Por ejemplo, pensamos en el usufructo sobre un automóvil o camión. El art. 518 entendemos que no es justo y que debe modificarse (173), y en el 568 debiera señalarse «devolviendo la parte que judicialmente se señale en función del tiempo disfrutado y de las circunstancias concurrentes».

f. *Prescripción.*

Deben concordarse, como ya dijimos, los arts. 1.955 y 464, y en el 1.958 debe suprimirse la expresión ultramar.

El art. 464 tal vez pudiera reformarse en la parte correspondiente así: Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o le hubiese sido sustraída con violencia, intimidación o fuerza, podrá reivindicarla de quien la posea, salvo que el poseedor la

(170) RICO PÉREZ, FRANCISCO: *Lagunas en el régimen de propiedad horizontal*, P. mayo-junio 1975.

(171) BONET RAMÓN F.: *Código civil comentado*.

(172) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, II, pág. 144 y ss.

BONET RAMÓN, F.: *Código civil comentado*.

(173) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones*, II, págs. 225 y 226.

hubiese adquirido de buena fe en venta pública, en cuyo caso podrá obtener la restitución reembolsando el precio dado por ella y los gastos realizados también de buena fe (174).

La regulación del justo título ha de ser reformada para evitar que, al menos aparentemente, parezca como si los requisitos exigidos fueran de tal naturaleza que en la práctica apenas si pueden cubrir alguna situación muy difícilmente concebible (175). Es decir, si se quiere que el justo título provoque un régimen de prescripción más favorable, debe indicarse con sentido real qué es justo título.

g. Otras reformas.

En el art. 430 debe suprimirse la referencia a la posesión natural, que a nada práctico conduce, así como revisar la teoría del título y el modo que tal vez convenga eliminar (176) (v. art. 609).

En relación con los censos (art. 1.604 y ss) conviene reflexionar sobre la conveniencia de su profunda reforma o supresión, manteniendo de ellos y de las demás formas jurídicas a ellos aproximadas (foros, cédulas de planturia, «rabassa morta», etc.), las que pueden representar unas ventajas con visión de futuro y una verdadera utilidad social y suprimir los vestigios de una ordenación que no responde ya a las necesidades actuales. Lo cual quiere decir que en el tema de los censos es difícil pronunciarse. Por una parte, parece que son figuras a extinguir y, por otra, reaparecen, en ocasiones, con empuje inusitado. Así ha sucedido con el derecho de superficie, e incluso así parece suceder con la enfiteusis, hasta el punto de que muy recientemente algún autor como Haumont (177) propone la utilización de este viejo derecho del censo enfiteutico

(174) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe*, ADC, XXVI-1, página 189.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, JESÚS: *La adquisición «a non domino» de bienes muebles en el Proyecto de Ley Uniforme y comparación con el sistema español*, ADC, XXVI-1, pág. 265.

(175) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Función del justo título en la adquisición del Derecho por usucapión*, RDP, LII, pág. 833.

(176) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*. II Derecho de cosas. 1. Los Derechos reales en general. El dominio, la posesión. 10 ed., revisada por Pascual Marín.

(177) HAUMONT, F.: *L'enphyteose au service de l'aménagement du territoire*, Ed. Oyez., Lovaina, 1976; Anotada en «Civitas», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 15, oct.-dic., 1977, por Joaquín Tornos Más, que en vez de esta solución considera, y creo que con acierto, que la lucha contra la especulación que quiere llevarse a término a través de la técnica del Derecho de superficie, debe encuadrarse dentro de una serie de actuaciones tendentes a conseguir una configuración del derecho de propiedad con un contenido social cada vez mayor. En este sentido hace referencia a la Ley del suelo española de 1965 que modificó el contenido del derecho de propiedad, al imponer, entre otras, las cargas de urbanizar y edificar, y a la Ley italiana de 28 de enero de 1977, la cual ha traspasado el «*illus aedificandi*» a manos públicas, de una forma absoluta.

para remediar jurídicamente el problema del encarecimiento de viviendas, controlando el proceso de expansión del mundo urbano.

El derecho de superficie ha cobrado un rango de primerísima fila, lo que debe tener su consecuencia en una ordenación jurídica racional y moderna del mismo, dentro del Código civil, para lo cual se cuenta con la experiencia obtenida a través de la Ley del suelo (178).

En el art. 1.873 debe añadirse «Respecto a la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria se estará a lo dispuesto en la correspondiente ley especial», aunque mejor sería incluir, con algunas pequeñas reformas, el contenido de la ley especial en el Código civil, lo que además no ofrece, a nuestro entender, dificultades serias (v. Ley hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954).

En el art. 1.880 debe suprimirse la expresión «que continúa vigente».

El derecho de retracto y el de tanteo deben gozar de una teoría general unitaria en el Código civil, como derechos reales de adquisición, aunque el segundo de ellos tenga una naturaleza especial.

5. FAMILIA

A. IDEAS GENERALES

En materia de derecho de familia (179) vamos a distinguir, siguiendo la orientación marcada a este trabajo, instituciones que a nuestro modesto entender exigen una reforma en profundidad.

(178) GUILARTE, VICENTE: *El Derecho de superficie*.

CHICO ORTIZ, JOSÉ M.: *El tráfico inmobiliario en la nueva Ley del suelo*, RGL y J, LXXIV (242), pág. 435.

MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, EDUARDO: *Sobre el Derecho de superficie*, RGD-1974, pág. 650, núms. 358-359.

MEZQUITA DEL CACHO: *El Derecho real de superficie en la Ley de 2 de mayo de 1956*, RDP, XLI, pág. 753.

MOZOS, JOSÉ LUIS: *El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación económica*.

(179) CAMY BUENAVENTURA: *Ideas para un nuevo Derecho de familia en España*, RDP, LVIII, pág. 791.

BOSCHAN, S.: *La última evolución jurídica del Derecho de familia en los Derechos europeos*, RDP, LIX, pág. 413.

BOSCHAN, S.: *La última evolución del Derecho de familia en los Estados europeos*, RDP, LX, pág. 797.

BOSCHAN, S.: *El Derecho de familia en la República Federal Alemana*, RDP, LVII, pág. 497.

BROULIARD, G.: *La reforma del Derecho de familia en Italia*, Recensión en RDP, LX, pág. 354.

PUNTE MUÑOZ, T.: *Una lectura del Código de familia de Cuba*, RGD, mayo-junio 1978. Se refiere al Código promulgado el 14 de febrero de 1975. Como notas más significativas pueden destacarse las siguientes: El trabajo de los esposos no habrá de perjudicar el bien fundamental de la familia, y al interés de ésta se sacrifican los intereses de los cónyuges. Se eleva la edad para contraer matrimonio a los dieciocho años, es decir, cuando se tiene la suficiente madurez intelectual para conocer la responsabilidad que se va a con-

plena o semiplena y preceptos que simplemente habrán de ser objeto de un retoque que afecte en algo a su contenido o a su expresión terminológica, todo ello sin perjuicio de mantener la necesidad a más largo plazo de elaborar un nuevo Código civil. De ahí que, a veces, la exposición que hacemos haga referencias múltiples, y me temo que equívocas, a unas y a otras posibilidades.

Entre las primeras instituciones debemos citar el matrimonio, el régimen económico matrimonial, la filiación, la patria potestad, etcétera, y entre los preceptos reformables una serie de artículos de la más variada naturaleza, sin olvidar la tutela, que exige también una profunda reordenación (que afecta también a la correspondiente organización judicial), pues el fracaso de la institución, salvadas honrosas excepciones, es muy general.

Como denominador común del Derecho de familia, y especialmente de algunas de sus partes, hay que repetir una vez más lo que es de sobra conocido: Que sus normas tienen una especial naturaleza, que predomina el carácter ético en todas sus manifestaciones y que no siempre son trasladables a él los principios generales aplicables al resto del ordenamiento, ni siquiera, en ocasiones, su terminología. La patria potestad, por ejemplo, ¿es un derecho, es un deber, es una función, es una institución compleja?

En todo caso, estimamos imprescindible hacer de verdad un intento serio de potenciar todo lo que de trascendente y espiritual se contiene en esta amplia zona de las relaciones jurídicas, sin olvidar, por supuesto, los aspectos materiales y económicos que de ellas derivan. Frente a quienes creen que todo se reconduce a relaciones económicas, estimamos, sin desconocer éstas, que ha de darse prevalencia a otros valores mucho más trascendentales. Fioretti (180) decía ante el II Congreso de Antropología Criminal que

traer. Se sigue valorando especialmente el deber de lealtad, consideración y respeto que los cónyuges se deben, y se establece la obligación de vivir juntos los esposos. Se reconoce la igualdad de todos los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero los matrimoniales tienen una especial protección en cuanto a la participación en el patrimonio familiar. Se reconocen dos clases de matrimonio: el legal y el de hecho.

V. texto de la comunicación oral presentado por la señora S. Oschinsky, Presidente del Comité de Expertos sobre la igualdad jurídica de los esposos en Derecho civil, que fue creado por decisión del Comité de Ministros después de la 254 reunión y que sometió a aquél las siguientes cuestiones: a) Apellidos, b) Residencia, c) Libertad de movimientos, d) Profesión, e) Derechos y obligaciones de los padres en cuanto a los hijos menores, f) Regímenes matrimoniales, g) Información de un esposo sobre la situación financiera del otro. La idea general que preside toda la interesante comunicación, y de la que participamos, es la de conseguir una efectiva igualdad de los esposos, de la que la propia familia y la sociedad recibirán indiscutibles beneficios.

(180) FIORETTI (tomado de CASTÁN): *Derecho civil...*, I, 1, pág. 102.

ALBALADEJO: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*.

BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho civil*, IV. Derecho de familia.

CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, V. 18 ed. con el concurso de Julio Calvillo.

ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil*, IV.

FUEYO LANERI, F.: *Ensayo de bibliografía moderna sobre familia y Derecho de familia*, II, núms. 314-315, pág. 225, 1972.

el Derecho civil es un conjunto de reglas obligatorias que rigen en las sociedades humanas el goce y cambio de valores, teniendo como resultado todo el Derecho civil una significación económica y pudiendo todas las cuestiones convertirse, por sus consecuencias, en cuestiones económicas (181).

Nosotros, ya lo hemos dicho, sin negar la decisiva importancia que los aspectos económicos encierran en toda vida de relación y, por tanto, en el Derecho, e incluso en el Derecho de familia, no olvidamos el papel preponderante del aspecto espiritual dentro de todas las relaciones humanas y jurídicas.

B. POSIBLES MODIFICACIONES

Después de estas breves consideraciones, examinaremos, también brevemente, las posibles reformas en relación con el matrimonio, el régimen económico matrimonial, la filiación, la patria potestad y otras varias instituciones del Derecho de familia.

a. *Matrimonio* (182).

Muy en síntesis, podemos indicar que, según nuestra opinión, los principios que han de orientar la reforma de la institución del matrimonio debieran ser los siguientes (Art. 30 Congreso y 32 Senado. En vez de edad núbil de la primera versión se dice edad fijada por la Ley, más acertado) todo ello del Anteproyecto de Constitución:

1.º Regulación de un matrimonio civil único, acabando con el sistema dualista del matrimonio civil subsidiario del religioso o canónico.

2.º Posibilidad de prestar el consentimiento ante Ministros de confesiones religiosas (183). El Código civil regularía la notificación

MARTÍN BALLESTEROS, LUIS: *Síntesis y guía del Derecho civil*.

Ciclo de conferencias sobre Derecho de familia, pronunciadas en San Sebastián. Reseña en BIMJ, abril-junio 1973.

(181) Bemmelen ha intentado construir los principios fundamentales de un Derecho privado económico que habría de suplantarse al antiguo y tradicional Derecho civil (Tomado también de CASTÁN, ídem).

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *Prólogo a la obra de Santos Briz «Derecho económico y Derecho civil»*, Ed. RDP, Madrid, 1963.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, I.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio...*, cit., pág. 27 y ss.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho económico y Derecho civil*, P., julio-agosto 1972.

SIMÓ SANTONJA, VICENTE, L.: *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*.

(182) El actual art. 94 del Código contempla el matrimonio celebrado en inminente peligro de muerte, celebrado ante los Contadores de los buques de guerra y los Capitanes de los mercantes. Debe reformarse incluyendo también, en ambos casos, los supuestos de aeronaves.

COLOMER, A.: *El nuevo régimen matrimonial en Francia*. A nuestro juicio, el nuevo sistema francés ofrece aspectos del mayor interés.

(183) Tengo para mí que de un sistema de esta naturaleza sólo consecuencias positivas devinarían para las Iglesias, y especialmente para la Iglesia

del matrimonio religioso en peligro de muerte a las Autoridades judiciales (jueces de Distrito) y tomaría las garantías adecuadas para asegurar que dichos matrimonios se celebraran siempre que existan los impedimentos que, con carácter de normas de orden público, establezca el Código, como pudiera ser, por ejemplo, un cierto grado de parentesco (v. art. 83 del Código civil).

3.º Establecimiento de unas causas de separación, otras de nulidad y otras de disolución o divorcio (184) que decretarian, lógicamente y sin excepciones, los Tribunales de Justicia ordinarios, cualquiera que fuese la religión que profesaran los contrayentes y el tipo y forma de celebración del matrimonio.

4.º Fijación de una edad más adecuada en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio (185), que pudiera ser la de dieciséis años, común para los dos sexos, pues la que ahora establece el Código nos parece totalmente desacertada (catorce los varones y doce las mujeres) (art. 83-1).

5.º Plena igualdad de derechos entre los dos cónyuges (186).

b. Régimen económico matrimonial.

En cuanto al régimen económico matrimonial (187) consideramos que deben imperar estos principios, bastante próximos al sis-

católica. El carácter, por ejemplo, de la indisolubilidad del matrimonio debe derivar en los creyentes de sus íntimas convicciones y en los católicos de la naturaleza sacramental del mismo, no de imposiciones legales. El Estado custodio de las libertades humanas debe regular el matrimonio con absoluta independencia de las creencias espirituales de sus súbditos; de ellos dependerá, en último término, respetar las normas de Derecho divino y de Derecho eclesiástico, según su fuero interno de conciencia. La auténtica ruptura matrimonial no deviene nunca por razón del divorcio. El divorcio será siempre la consecuencia, nunca la causa de esa destrucción, sin perjuicio, por supuesto, de los requisitos que hayan de exigirse legalmente para que la decisión sea siempre producto de una profunda reflexión y jamás consecuencia de un momento de ofuscación y ligereza.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho civil*, DJ, enero-marzo, 1978.

ZULUETA, EDUARDO: El movimiento hacia la libertad religiosa total, ha dicho, beneficia a la Iglesia católica, porque es en la discusión y en la libertad donde se consolidan las conciencias («El País», 17 enero 1978).

(184) «Disolución del matrimonio, anulación del matrimonio y separación legal». Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas. En II Comisión de legislación extranjera, núms. 250 y 251, Madrid, 1964. Se trata de un informe elaborado con las respuestas enviadas por los Gobiernos, que lógicamente han de ser valorados en función de la fecha en que se emitieron.

MAGNUS, V.: *Ultima evolución sobre la separación matrimonial en Inglaterra, Suiza y Alemania* (Recensión en RDP, LIX, pág. 345).

(185) «Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 9 de noviembre de 1964», IJ, núm. 296, pág. 97, 1968.

(186) LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Algunas consideraciones sobre igualdad conyugal*, RGL y J, LXXII, (240), pág. 111.

(187) TELO NUÑEZ, MARÍA: *El régimen económico matrimonial*, P., septiembre-octubre 1975.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Observaciones sobre la reforma del régimen*

tema vigente, si hacemos abstracción del régimen dotal, que debe desaparecer:

1.º Libertad de pacto, de tal manera que, como sucede hoy, los que se unan en matrimonio puedan otorgar sus capitulaciones antes y durante el mismo, estipulando los pactos y condiciones de la sociedad conyugal relativamente a sus bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las muy concretas que puedan figurar en el Código como contrarias a las leyes imperativas y a los fines esenciales del matrimonio, suprimiéndose la referencia a las buenas costumbres, expresión que nos parece excesivamente abstracta y equívoca (v. arts. 1.315 y ss del Código civil). Las prohibiciones y limitaciones en la contratación entre cónyuges, deben desaparecer.

2.º En defecto de pacto debe establecerse como supletorio el régimen o sistema de la sociedad legal de gananciales, que estimamos ha dado, en general, buenos resultados y que está bastante arraigado; es decir, aceptado en la sociedad española en casi todos, por no decir todos, sus estamentos. Al sistema actual habría que hacerle algunos retoques no excesivamente importantes, en orden, por ejemplo, a los requisitos de los bienes gananciales, a la administración de los mismos (v. Ley de 2 de mayo de 1975), y a las responsabilidades de la sociedad, teniendo en cuenta las circunstancias sociales y económicas actuales, y

3.º Un sistema supletorio de segundo grado (que sirviera a su vez de modelo para el régimen expresamente elegido de separación) bien ordenado, de completa y efectiva separación de bienes que contemplara con equilibrio y justeza la obligación común de ambos cónyuges de participar en el levantamiento de las cargas familiares, compatibilizándolo todo con las correspondientes garantías frente a terceros, en relación con los derechos comunes y particulares y con la defensa del patrimonio de cada uno de los cónyuges y el futuro de los hijos cuando los haya.

c. *La filiación.*

Consideramos que, en este apartado, los principios (188) que deben inspirar la reforma son los que a continuación se señalan (v. arts. 108 a 141 del Código civil) (189):

1.º La filiación matrimonial y la extramatrimonial o natural deben producir sustancialmente los mismos efectos, salvo excep-

de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, RGL y J, LXXIV, (242), pág. 81.

FERNÁNDEZ CABALETRO: *El régimen económico matrimonial en Europa*, 1969.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho internacional privado*, Revista Española de Derecho Internacional, 1955, pág. 611.

(188) GARCÍA CANTERO, G., y CELAYA IBARRA, A.: *Un estudio de jurisprudencia sociológica. Filiación extramatrimonial*, DJ, núms. 1 y 5.

(189) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La filiación ilegítima en el Derecho español*. Breve estudio crítico. P. núm. 99. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya el día 4 de octubre de 1977.

ciones muy cualificadas (por ejemplo, la obligación de tener a los hijos en la compañía de los padres), establecidas en el propio Código (190). Esta es, además, la orientación general (191) moderna en el Derecho comparado y en la doctrina nacional y extranjera.

2.º Las acciones para reclamar o impugnar la paternidad, maternidad o filiación debieran tener un carácter personalísimo y, por tanto, intrasmisible. Excepcionalmente, los hijos podrán ejercitar las acciones que hubieren correspondido a sus padres de haber vivido, pudiendo, por supuesto, continuar los herederos las acciones ya entabladas antes de morir. Los plazos deben ser breves y de caducidad. En estos procesos todas las pruebas deben ser admisibles, incluso las biológicas (192), pero los jueces deberán rechazar aquellas demandas que no vayan acompañadas de un principio de prueba serio y razonable (193).

3.º El Ministerio Fiscal intervendrá en todas las actuaciones a las que se refiere el apartado anterior, pero no será nunca defensor de los menores ni de nadie en particular, porque la naturaleza de su importante misión y el principio de imparcialidad que le caracteriza deben impedirlo (194).

4.º Serán matrimoniales los hijos de padre y madre, casados entre sí, siempre que, si se trata de hijos nacidos antes del matrimonio de los padres, el hecho de la filiación con relación a uno y otro de los progenitores quede legalmente establecido. Se deben presumir matrimoniales, salvo prueba en contrario, los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de su disolución o separación real de los cónyuges.

5.º Serán hijos extramatrimoniales o naturales todos los demás. El reconocimiento de éstos será siempre posible, bien con carácter voluntario o impuesto.

6.º Los hijos, como ya hemos dicho, y cualquiera que sea su origen, tendrán los mismos derechos (195), y especialmente:

(190) CÁMARA ALVAREZ, MANUEL DE LA: *La filiación ilegítima en el Derecho español*.

GÓMEZ DE LIAÑO, FERNANDO: *Los hijos ilegítimos y los adoptivos. Su problemática actual*, IJ, núm. 313, pág. 205, 1972.

MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: *La filiación extramatrimonial*, RDP, LVIII, páginas 73, 202 y 291.

(191) RODRÍGUEZ, ANTONIO: *La evolución del Derecho de familia en materia de filiación*, RDN, 1975, julio-diciembre.

MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: *El Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial*, ADC, XXIII, 3, pág. 531.

(192) FARKEL, F.: *La investigación de la paternidad natural en los Derechos alemán y francés*, Recensión en RDP, LIX, pág. 986.

(193) Teoría del abuso del Derecho en el proceso. V. art. 7.º, ap. 2.º, del Código civil (S. Tribunal Supremo de 26 de junio 1972).

(194) El Ministerio Fiscal debe proveer a la constitución de los órganos tutelares, no defender directamente a un menor. El hacerlo en las condiciones en las que el Fiscal debe actuar y actúa es perjudicarle, porque ni puede ni debe entrar como una parte parcial en ningún proceso.

(195) V. Convención europea sobre el Estatuto Jurídico de hijos nacidos fuera de matrimonio (Serie de Tratados Europeos, núm. 85, ya citado). Los razonamientos que preceden a la Convención constituyen un modelo de prudencia y realismo unidos. Convencidos, dice, de que la condición de los hijos

A) A llevar los apellidos del padre y de la madre. B) A recibir alimentos de los mismos, del resto de sus ascendientes y de sus hermanos, conforme a lo establecido en el Código, y C) A la legítima y demás derechos sucesorios que el Código reconozca a los demás hijos.

En cuanto a los apellidos de los hijos naturales creemos que hay que distinguir los supuestos de reconocimiento simultáneo (en cuyo caso no hay problema), de reconocimiento unilateral (el hijo llevará el apellido de quien reconoce, en el lugar que corresponda según sea el padre o la madre y otro apellido usual para cubrir el del progenitor que no reconoció), y el sucesivo, en cuyo caso deben resolver los padres, y en caso de desacuerdo el Juez, que determinará lo más procedente, teniendo en cuenta exclusivamente el interés del menor, que ha de ser el elemento y principio básico en esta Institución (196). Si el hijo es mayor, o cuando lo sea, será él quien decida, dentro de los límites establecidos en la Ley.

En orden a los alimentos creemos que no debe existir diferencia entre unos y otros hijos y, finalmente, en relación a la legítima, aceptamos como medida puente, que los extramatrimoniales no puedan recibir como mejora más de lo que puede recibir un hijo matrimonial dentro del tercio de mejora (art. 823 y ss.).

7.º Los supuestos de estupro y violación o rapto violento deben merecer un tratamiento especial. Igualmente, teniendo en cuenta el aspecto sociológico, que no puede ni debe olvidarse, creemos que no es conveniente para el hijo la declaración de una filiación que procede de un padre o de una madre que sean entre sí padre e hija, madre e hijo o hermanos, debiéndose entonces optar por el progenitor más joven, sin perjuicio del deber de alimentos en casos excepcionales.

nacidos fuera de matrimonio debe ser mejorada y que el establecimiento de ciertas reglas comunes, concernientes a su estatuto jurídico, favorecerá la realización de este objetivo y contribuirá, al mismo tiempo, a una armonización de legislaciones de los Estados miembros en este ámbito... Art. 2.º: La filiación natural de todo niño nacido fuera de matrimonio es establecida por el solo hecho del nacimiento del niño. Art. 3.º: La filiación paternal de todo niño nacido fuera de matrimonio puede ser constatada o establecida por reconocimiento voluntario o por decisión judicial. Art. 5.º: En las acciones relativas a la filiación paternal, las pruebas científicas susceptibles de establecer o de descartar la paternidad deben ser admitidas (v. art. 4.º). Art. 7.º-1: Cuando la filiación de un niño nacido fuera de matrimonio esté establecida en relación con los dos padres, la autoridad parental no puede ser atribuida de pleno derecho a uno de ellos solamente. Art. 9.º: Los derechos del hijo nacido fuera de matrimonio, en la sucesión de su padre y madre y de los miembros de sus familias serán los mismos que los que tiene el nacido dentro de matrimonio.

(196) LÓPEZ ALARCÓN, M.: *La filiación en el Derecho canónico; su correspondencia en el Derecho civil*, P., julio-sept. 1977.

Sobre el apellido de familia ver la nota de Constantin Despotopoulos en «Journal des Juristes Grecs, 1960», en *Revue Trim de Droit Civil* 1969, repartido en el Consejo de Europa en nov. 1976. La solución que aporta es la de que el apellido del padre precederá al de la madre si se trata de un niño, y si es una niña sucederá a la inversa.

En los casos de violación y de raptó violento creemos que no debiera establecerse por vía judicial la paternidad del violador o raptor, salvo que la víctima lo pidiera expresamente, sino una indemnización en forma mixta, de capital y de renta vitalicia de la forma que legal y judicialmente se estableciera (v. cuanto decimos en el apartado de las obligaciones y contratos respecto de las indemnizaciones en forma de renta). Con arreglo a la Ley de 7 de octubre de 1978 pueden ser autores de los delitos de estupro y raptó tanto los hombres como las mujeres.

8.º El examen detenido y reflexivo de la orientación doctrinal, del Derecho comparado y de las Convenciones y Conferencias internacionales ha de ser factor de decisiva importancia en este sentido, unido a la mentalidad y circunstancia de la sociedad española (197).

(197) Senado de Bélgica. Sesión del 15 de febrero de 1978. Proyecto de Ley modificando diversas disposiciones legales relativas a la filiación y a la adopción (305 (1977-1978), núm. 1). Exposición de Motivos: Uno de los principios fundamentales del Derecho belga es la igualdad de todos ante la Ley (art. 6.º de la Constitución). Aunque este principio sea, en general, aplicado correctamente en la Legislación, existe no obstante una excepción flagrante. En lo que concierne a las relaciones con su padre y madre, sus hijos y los otros miembros de su familia, los ciudadanos belgas son tratados diferentemente, según que la filiación que determina su parentesco esté establecida dentro de los lazos del matrimonio o fuera de él. Se refiere después a la Ley de 10 de febrero de 1958 y a la de 21 de marzo de 1964. Estos últimos años, se dice, varios países de la Europa occidental, entre los cuales están la República federal de Alemania, la Gran Bretaña, los Países Bajos, Francia, Italia y Suiza, han adoptado una Legislación nueva, trastornando la economía tradicional del Derecho de la filiación e instaurando una igualdad casi completa entre los hijos legítimos y los hijos naturales. El deseo de suprimir toda discriminación y de desterrar las desigualdades fundadas en el nacimiento se encuentra igualmente en los trabajos de diversas instituciones internacionales. La declaración de derechos del niño, proclamada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que reitera los términos de una declaración ya adoptada en 1924 por la Sociedad de Naciones, afirma que el niño tiene necesidad de una protección especial y, destacadamente, de una protección jurídica apropiada, antes y después del nacimiento, y ello sin que sea hecha ninguna distinción de nacimiento o de otra discriminación. De otra parte, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado, el 15 de mayo de 1970, una resolución sobre la protección social de madres solteras y de sus hijos, en la cual se recomienda especialmente a los Gobiernos sensibilizar a la opinión pública, en relación con los problemas de las madres solteras y de sus hijos y de orientar a la sociedad hacia una más grande comprensión de su situación, de manera que desaparezca todo juicio discriminatorio a su consideración y a aceptarlos sobre un pie de igualdad con las otras familias.

Declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1.386, XIV) de la Asamblea General: Principio 1.—El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños, sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. Principio 6.—El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión; siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y

d. *Patria potestad.*

En materia de patria potestad, la reforma debe responder (en una línea muy análoga a la que en su día señalaron los medios de comunicación social, como nota o referencia del Consejo de Ministros), a los siguientes principios (v. arts. 35 Congreso y 39 Senado):

1.º La patria potestad debe concebirse como una institución en beneficio exclusivo de los hijos. La Ley, en una enumeración abierta, debiera establecer, con carácter exemplificativo, una relación de actividades (deber-derecho, función, etc.), a cargo de los padres que necesariamente deriven de la patria potestad. Pero lo fundamental, repetimos, es que el principio nuclear en el que se inspire toda la institución sea el de que la patria potestad es la actividad que se dirige y encamina a la guarda y cuidado de los hijos, incluyéndose en el Código sólo aquellos deberes elementales y comunes y dejando que todos los demás, derivados de cada una de las situaciones concretas, se conformen a través de la realidad social (artículo 3.º del Código civil) por medio de la jurisprudencia.

2.º La patria potestad debe ser ejercida conjuntamente por el padre y la madre, aunque como acontece en el artículo 66 del Código civil, en relación con la actividad unilateral de uno de los cónyuges (198), puedan el padre o la madre actuar solos, cuando así proceda, conforme a lo convenido entre los padres, al uso y costumbre del lugar y a las circunstancias de la familia. Los actos realizados por uno de los progenitores aisladamente, fuera de los casos anteriormente indicados, podrían ser ratificados por el otro, de manera expresa, tácita o presunta, pero si no la fueran cabría la posibilidad de anularlos a instancia del progenitor que no los consintió, de manera también análoga a lo establecido en el artículo 65 del Código civil (199).

Todo ello sin perjuicio de los supuestos anormales de ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores: el padre o la madre (200).

3.º En el supuesto de hijos naturales o extramatrimoniales, el principio al que debe responder la patria potestad debe ser absolutamente el mismo (201). Las especialidades propias de este supuesto deben también derivar precisamente del principio funda-

material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

(198) V. Art. 66, redactado conforme a la Ley 14/1975, de 2 de mayo.

(199) V. art. 65, ídem; también arts. 1.300 y 1.301 del Código civil.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: La capacidad jurídica y el consentimiento de los cónyuges con arreglo a la nueva Ley de 2 de mayo de 1975, P., sept-oct. 1975.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *La filiación ilegítima...*, ob. cit.

FRANCO GRANADO, AMALIA: *Patria potestad: Evolución de un sistema autoritario a una función compartida*, P., enero-marzo 1977.

(200) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: *La patria potestad de la madre en el Derecho español*, RDP, XLI, pág. 508.

(201) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: *La patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio*, RDP, marzo 1977.

mental de conveniencia del hijo. Estas especialidades pueden traer su origen del hecho del reconocimiento (reconocimiento voluntario o impuesto y patria potestad pueden no coincidir) y de la situación de los progenitores. Si el reconocimiento es simultáneo no hay problema, puesto que se dará una patria potestad conjunta; si es sucesivo debiera depender de que sea voluntario o forzoso. En el primer caso el juez, oyendo a quien primero reconoció, resolverá, y si hay acuerdo de voluntades la patria potestad también será conjunta. Si es forzoso, en principio no procedería atribuir la patria potestad, pero tampoco debiera establecerse una solución incondicionadamente contraria.

Obsérvese que reconocimiento y patria potestad, como ya hemos dicho, son instituciones distintas. A su vez, las obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad derivan del hecho biológico de la procreación y son independientes de la patria potestad. Lo que resulta importante es destacar que un padre o una madre, por el hecho de serlo, asumen ciertas obligaciones, cualquiera que sean sus circunstancias y su propia voluntad.

4.º La actuación judicial debe responder, a nuestro modesto entender, a estas tres normas: A) Excepcionalidad o subsidiaridad. No es bueno que el juez esté sustituyendo con frecuencia a los padres en las decisiones familiares. Esto debe ser lo excepcional y absolutamente patológico. Por ello la Ley debe partir de la idea de que, en principio, el acuerdo de los progenitores sea la norma o ley de la familia, pues nadie mejor que los padres para decidir en cada caso lo que más conviene al hijo, y para los supuestos especiales, en los que el acuerdo encierre una finalidad de egoísmo y de perjuicio para el hijo, está la privación de la patria potestad. B) Ahora bien, una vez que el juez actúa no debe encontrarse atado por excesivas ligaduras legales en cuanto a su decisión; es decir, ésta debe poder pronunciarse con toda amplitud y con flexibilidad; de manera muy informal, diremos para entendernos y, en definitiva, muy ajustada a las necesidades y circunstancias de cada caso, y C) Que los jueces y Tribunales (al menos los jueces) que intervengan sean especiales, no en el sentido de que no pertenezcan a la jurisdicción ordinaria (lo que para mí sería gravemente perjudicial), sino en el entendimiento de que sólo se dediquen a cuestiones de familia (incluidos, por supuesto, todos los problemas relacionados con menores), pues no en valde el Derecho de familia ocupa, como sabemos, una posición «sui generis» dentro del Derecho civil e incluso dentro del Derecho en general. Las decisiones de los jueces deben ser todas razonadas y susceptibles de recurso ante un Tribunal colegiado.

5.º El Ministerio Fiscal debe estar presente en todas las actuaciones, procedimientos y recursos en esta materia, pero como órgano de defensa de la legalidad, entendida esta expresión en su sentido más trascendente de defensa de la sociedad, pero no como defensor directo e inmediato del menor, según ya indicamos. El Fiscal debe proveer a la constitución de los correspondientes orga-

nismos tutelares cuando no estén constituidos, debe vigilar su efectividad, debe buscar con su intervención equilibrada e imparcial el restablecimiento del orden jurídico, pero no debe ser defensor de ninguna persona en concreto, ni siquiera de un menor, cuyo interés puede estar en contradicción con el del otro u otros menores. o con un principio de justicia, difícil de salvar en aquellas situaciones en las que el fiscal actúa como un defensor normal.

6.º Los padres deben ser, por supuesto, los representantes legales de sus hijos y, salvo casos muy excepcionales, debiera suprimirse la figura del defensor judicial que, en la práctica, no vale para nada o vale para muy poco y, en cambio, produce, en ocasiones, inconvenientes y excesiva rigidez en ciertas actuaciones. La Ley debe presumir que los padres defienden a sus hijos siempre, y esta presunción debe jugar mientras no se demuestre lo contrario, y para poderlo demostrar debiera existir un proceso sencillo, con una amplia legitimación activa, tendente a solicitar judicialmente la limitación, la suspensión y la privación de la patria potestad. El control judicial de las cuentas de los padres en relación con el patrimonio de los hijos, como norma general, la homologación de lo que hicieron durante la minoría de sus hijos, como sistema, nos parece igualmente un despropósito, un rutinarismo y una pérdida de tiempo por su total ineficacia en la mayor parte de los casos. Dejemos la intervención judicial para los casos muy excepcionales, pero dejémoslos para que cuando la intervención se produzca sea verdaderamente eficaz.

7.º Ni siquiera vemos clara la idea de restringir el poder de disposición de los padres en relación con los bienes de los hijos. Pero el sistema tampoco nos parece mal, no en orden a la desconfianza que pudiera suponer hacia la honestidad de los padres, sino en cuanto que la aprobación judicial obliga antes de su sometimiento a una mayor reflexión y prudencia y a una superación, por tanto, de peligro de ligereza y de improvisación, compatibles con el cariño al hijo y con el interés por su futuro. Ahora bien, esta limitación debiera producirse no sólo sobre los inmuebles, sino también sobre los bienes muebles susceptibles de registración, sobre los establecimientos mercantiles o industriales y sobre los valores mobiliarios, salvo, en este último caso, el derecho de suscripción preferente (202) o venta de los correspondientes cupones.

(202) BONET RAMÓN: *Código civil comentado*.

V. art. 13-1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril).

V. Ley 64, pf. 2, de la Compilación de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo)..

Compilación de Aragón. Art. 13-1: Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo. 2: En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos.

8.º El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad: A) por sentencia firme dictada en causa criminal, y B) Por sentencia firme dictada en un proceso civil por grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, bien se haya descubierto en un procedimiento «ad hoc» o en otro relacionado con cuestiones matrimoniales (203).

9.º Si se establece la patria potestad prorrogada para los hijos que al emanciparse estén enajenados, como se anunció en la Prensa, el art. 200, núm. 2, debiera decir: Los menores de edad no emancipados legalmente, salvo en los supuestos de patria potestad prorrogada.

e. *Otros cambios.*

Distingamos entre los artículos que se verían afectados por las reformas en profundidad que proponemos, de aquéllos otros en los que se necesitan únicamente pequeñas correcciones.

En cuanto a los primeros, lo serían, por supuesto, los artículos 42 a 107, ambos inclusive, relativos al matrimonio; el título V, relativo a la paternidad y filiación (arts. 108 a 141), también completo y, lógicamente, aunque en menor medida, los arts. 1.315 y siguientes (Título III: Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio); es decir, los artículos 1.315 al 1.326 (204), algunos de:

Compilación de Navarra. Ley 64. Atribuciones: La potestad sobre los hijos menores no emancipados corresponde al padre, y sólo en su defecto la ejercerá la madre. Esta potestad comprende la representación de los hijos y el usufructo, administración y disposición de sus bienes. Actos de disposición: La enajenación o gravamen de estos bienes, cuando sean inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales, requerirá la previa autorización judicial, con audiencia para la cancelación por cobro de créditos hipotecarios, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario y para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente.

El padre, o la madre, en su caso, puede aceptar o repudiar sin autorización judicial cualesquiera disposiciones a título lucrativo en favor de los hijos...

(203) El contenido de los arts. 155 y 156, núm. 1, debe ser suprimido o al menos ser objeto de meditación, dado que el castigo al que se refieren debiera ser objeto de control judicial.

V. «B. O.» de las Cortes que publica el Proyecto de Ley sobre la reforma de la patria potestad.

(204) Téngase en cuenta que la Ley de 2 de mayo de 1975 introdujo importantes y positivas modificaciones en esta materia.

V. arts. 41 a 50 de la Compilación de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959; arts. 7 a 62 de la Compilación de Cataluña, de 21 de julio de 1960; artículos 3 a 5 y 66 a 68 de la Compilación de Baleares, de 19 de abril de 1961; arts. 23 a 59 de la Compilación de Aragón, de 8 de abril de 1967, y Leyes 78, 80, 82 y ss y 91 de la Compilación del Derecho civil de Navarra, de 1 de marzo de 1973. A nuestro modesto entender, y tal vez no esté la idea dentro de la línea de orientación que ahora más se exterioriza, el futuro debiera proyectarse hacia la promulgación de un nuevo Código civil único que estableciera la unidad legislativa, pero no en el sentido de absorción, sino en el de la integración, actualizando las viejas instituciones forales que no han podido

manera leve; los artículos 1.327 a 1.335 debieran ser conformados al nuevo sistema que se propone. El capítulo III de la dote (artículos 1.336 a 1.380) desaparecería. Los artículos 1.381 a 1.391, que constituyen el capítulo IV del título III, se integrarían, con los adecuados atemperamentos, en un capítulo referido a la regulación del régimen de separación, que habría de necesitar muchos más artículos que los escasos que se contienen en el capítulo VI de ese mismo título (artículos 1.432 a 1.433): De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio, que, por supuesto, cambiarían por completo, al cambiar la filosofía que lo inspira y su contenido en el sentido que ya hemos indicado.

Otra institución que debe ser objeto de reforma profunda es la de la tutela (arts. 199 y ss). Creemos que todo el complejo armazón actual del tutor, protutor y Consejo de familia no vale, en muchísimas ocasiones, para nada. Si no hay dinero, la institución tutelar, desgraciadamente, ni llega a nacer o nace sin efectividad (y salvamos nuestros respetos para los casos en que esto no es así y algunos hemos conocido en nuestra vida profesional ciertamente ejemplares); y si lo hay, la complejidad es grande y la garantía muy pequeña. Hay que buscar un tutor único y un control judicial de la tutela a través de un juez de familia que, a su vez, pueda actuar con cierta flexibilidad y convocar para ser oídos a una especie de junta de parientes a los más próximos, e incluso a las personas más allegadas, antes de tomar determinadas decisiones que pudieran, de alguna manera, comprometer el futuro personal o patrimonial del sometido a tutela (v. arts. 244 y ss. sobre protutela y 293 y siguientes sobre consejo de familia).

En otro caso, es decir, si no se reforman en profundidad los artículos anteriormente indicados, habría que retocar, entre otros, los artículos siguientes: En el artículo 206 debe suprimirse la expresión «legítimos»..., en los artículos 203, 232, 293, 300, 301, 306 y 331 debe decirse Juez de Distrito en vez de Municipal. En los artículos 211 y 227 debe eliminarse la preferencia de sexo, y en todos los supuestos análogos en los que de alguna manera se produce una discriminación, hacer lo mismo. En el artículo 229 debe suprimirse en todo caso el último párrafo, teniendo en cuenta la reforma de la patria potestad que propugnamos. Los artículos 228 a 230 y el núm. 4 de artículo 200 deben suprimirse por entero si se acepta la eliminación de la interdicción civil (v. art. 43 del Código penal). En el 237 debe añadirse el supuesto de apropiación indebida. En los artículos 272 y 275 deben modificarse las cuantías. En el

desarrollarse por faltarles el clima y las instituciones adecuadas y buscando su generalización cuando ello sea posible, que en muchas ocasiones lo es, en muchas más de las que en principio pudiera parecer, conservando como especialidades sólo aquéllas que siguieran respondiendo a una necesidad o exigencia social, realmente sentida, en una zona geográfica determinada.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 40.

artículo 302 debe suprimirse la expresión «legítimos» y modificar su contenido (ello si no se eliminara por completo como consecuencia de la supresión del Consejo de familia, tal y como está actualmente concebido). En todo caso debe suprimirse el párrafo 2.

En cuanto a otras correcciones concretas, tenemos en el artículo 143 debe suprimirse toda referencia a «legítimos», «legitimados por concesión real», «naturales reconocidos», etc., expresiones todas que deben desaparecer por completo del Código civil.

En los artículos 172, 173, 176, 177, 178, 179 y 180, que hacen referencia, como sabemos, a la adopción (205), deben también, por supuesto, suprimirse toda alusión a la condición de los hijos (legítimos, legitimados, naturales reconocidos). Por ejemplo, en el artículo 173 «in fine» debe decirse... «y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos». Lo mismo en el 176, párrafo 3.º, etc. En el artículo 180, párrafo 3.º, habría que decir que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales o extramatrimoniales, etc.

Quedan otros artículos que no se citan y que debieran ser retocados, pero la advertencia del tono de este trabajo ya se ha hecho insistentemente, como expresión del carácter superficial y casi con exclusividad testimonial de estas cuartillas.

6. SUCESIONES.

A. IDEAS GENERALES (206).

En materia de sucesiones, como en todos los sectores del Código civil que estamos examinando, cabe pensar en una fórmula de reforma profunda o de modificaciones parciales y retoques que, conservando gran parte de su estructura y, desde luego, su sistemática, cambien algunas instituciones concretas y determinadas. Pocas instituciones del Derecho privado, como la propiedad y la herencia, se encuentran más afectadas por las distintas ideas, ideales y modelos políticos de convivencia, desde los que en un extremo

(205) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: *La existencia de descendientes como obstáculo para la adopción en Derecho comparado*. Recensión en RDP, LVI, página 88.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Sobre la adopción y patria potestad*, entre otros muchos temas objeto de estudio. V. Dictámenes I Personas-Bienes. Derechos reales. Obligaciones y contratos y II al que también nos remitimos.

SERRANO IGNACIO: *La reforma en la adopción*, IJ núm. 319, 1973, pág. 19.

(206) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, I Parte General.

DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, II, pág. 483. También cabe plantearse el problema de la conveniencia de regular la sucesión contractual a la que el Código mira con un recelo seguramente injustificado.

FIRSCHING (K): *Sobre la reforma del Derecho hereditario alemán*. Recensión en RDP, LVI, pág. 956.

SIMÓ SANTOJA, V.: *Derecho sucesorio comparado*, IJ núm. 308, 1971, pág. 207.

las defienden casi sin limitación alguna ni en extensión ni en intensidad, hasta los que desde el otro extremo niegan su existencia o, al menos, la mayor parte de sus proyecciones y posibilidades. Nosotros creemos, y así lo hemos dicho muchas veces, que la propiedad y la herencia cumplen en la vida social un importante cometido que trasciende, con mucho, de la idea del puro beneficio y egoísmo individual, para quedar situadas dentro de unas finalidades comunitarias, pero paralelamente, y por ello mismo, creemos que una y otra han de insertarse en una jerarquía de valores y bienes jurídicos, estrechamente vinculadas a un interés social y, por ello, han de sufrir cuantas limitaciones deriven de esta importante consideración. Suprimir el estímulo normal del ahorro y quitar la legítima ambición de conseguir un mayor y mejor bienestar propio y de quienes de cada persona descienden o dependen es suprimir uno de los más principales motores del desarrollo. Pero esto es compatible con limitar la extensión del derecho de propiedad y de la sucesión hereditaria, con distinguir cuando sea necesario entre propiedad de bienes de producción y de consumo, con la construcción de un sistema de impuestos más justo y más de acuerdo con las exigencias de hoy y con el establecimiento de todas aquellas restricciones que se consideren necesarias. También aquí hay que introducir el condicionante de la función social al que se refiere la Constitución, y que ya hemos visto al tratar el tema de la propiedad. Función social que no debe quedar en una pura declaración programática, ni siquiera debe reducirse a un simple problema impositivo. Debe ir más allá, de manera activa y positiva, destinada a conseguir que el fenómeno sucesorio constituya un equilibrio entre el interés individual y el social. Si también la sucesión ha de contemplarse bajo un prisma social, es inevitable que la voluntad del testador sufra limitaciones, no sólo en orden a condicionar su interés con el de los suyos, mediante la constitución de patrimonios familiares, sino también en cuanto a un interés colectivo de conservación de empresas y a una ordenación más racional de la sucesión hereditaria. Igualmente, aunque volvamos a insistir en ello, hay que limitar el orden de llamamientos en la sucesión intestada, consiguiéndose así que el sentido social del Derecho hereditario vaya más allá de la simple aplicación de unas leyes fiscales más justas, aunque también éstas sean un factor decisivo en las hondas transformaciones sociales que nuestro mundo necesita (Ver artículo 31 Congreso y 33 Senado del Anteproyecto Constitucional).

B. POSIBLES REFORMAS.

Veamos, dentro de la idea de esquematización que preside este trabajo, cuáles hayan de ser, a nuestro juicio, algunas de las reformas que pudieran llevarse a cabo en nuestro Código civil, para

conseguir de él un instrumento más en consonancia con nuestra época y, por tanto, más eficaz en su realización práctica.

a. *Testamentos*

En materia de testamentos creemos que la Ley debe buscar una fórmula armónica entre seguridad, formalismo y operatividad. Ni prescindir por completo de aquellos sistemas que inexcusablemente defienden la autenticidad de la última voluntad testamentaria, obsesionados con el reforzamiento de formalidades que pueden, en definitiva, incurrir en un pernicioso formulismo, ni establecer un régimen de ilimitada libertad para el otorgamiento de los testamentos. En general, el sistema testamentario de nuestro Código nos parece correcto. Pero hay que buscar nuevos caminos para facilitar más aún, a todas las personas el ejercicio de este derecho con la garantía de que su autenticidad y efectividad serán controlados notarial o judicialmente, sin cauce posible a peligrosísimas adulteraciones de la voluntad del testador.

Desde otro punto de vista hay que decir que el actual art. 722 (primero de la Sección 8.ª, del capítulo I, del título III, del libro III del Código civil), que se titula «Del testamento marítimo», debiera modificarse en el sentido siguiente: La sección 1.ª pasaría a denominarse «De los testamentos marítimos y aéreos», y se añadiría al artículo el siguiente párrafo: Las mismas normas se aplicarán, con las adecuadas modificaciones, a los testamentos abiertos y cerrados que se otorguen durante un viaje aéreo, bien sea en un avión militar o civil.

Tampoco nos parecería desacertado introducir en el Código civil el testamento mancomunado entre cónyuges.

En relación con el testamento ológrafo nos parece de interés indicar lo siguiente: 1) La regulación del Código civil puede considerarse acertada; 2) La reforma debe orientarse en el sentido de una reducción de formalidades; 3) Lo único verdaderamente definitivo ha de ser el encuentro de la voluntad del testador; 4) La escritura puede o no ser manual, pero debe excluirse la mecánica; 5) Deben establecerse una serie de presunciones que faciliten la prueba de su existencia, y 6) Debe abrirse paso la posibilidad de que puede otorgarse un testamento análogo al ológrafo y con parecido régimen jurídico (autófono) mediante la grabación de la propia voz en una cinta magnetofónica (207).

b. *Legítimas.*

En materia de legítimas (208) deben asimilarse, como ya queda indicado, todos los hijos, cualquiera que sea el origen de su filiación, y conceder una mayor participación al cónyuge viudo en la

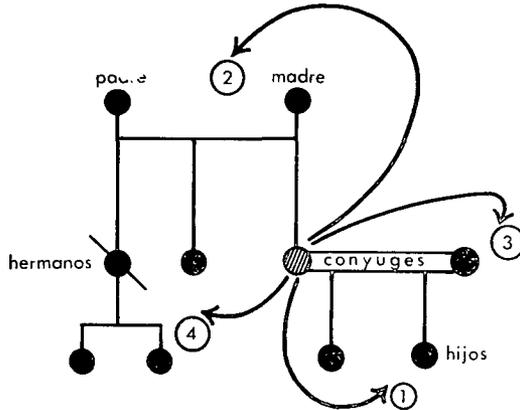
(207) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El testamento ológrafo*, RDP, julio-agosto 1972.

(208) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, ob. cit., pág. 636.

herencia de su consorte, atribuyéndole tal vez una cuota general usufructuaria (209) sobre el patrimonio del cónyuge premuerto, con facultades dispositivas mediante autorización judicial, en casos excepcionales. Todo ello, salvo cuando la existencia de hijos menores o incapaces no comunes, imponga la entrega inmediata de las correspondientes cuotas de legítima.

c. *Sucesión intestada* (210).

Entendemos que la sucesión intestada debiera también modificarse en un doble sentido: 1.º Reducir los grados parentales a los que abarca. La noción de familia actualmente es enormemente restringida y posiblemente sería más acertado llamar únicamente como herederos abintestato a los hijos, los padres, al viudo o viuda y a los hermanos e hijos de hermanos, a estos últimos por derecho de representación, conservando en todo caso el cónyuge supérstite la cuota de legítima en la forma y extensión que se establezca. La expresión gráfica, teniendo en cuenta lo que luego diremos, pudiera ser ésta:



2.º Adelantar al cónyuge supérstite en la ordenación jerárquica de llamamientos, colocándole delante de los hermanos e hijos de hermanos. Concurriendo el cónyuge viudo con los padres tal vez debiera buscarse una fórmula armónica que conciliaría usufructo universal y adjudicación de cuotas a los padres, teniendo en cuenta que éstos, en muchos casos, son de edad avanzada. La razón de esta propuesta radica en la comunidad de existencia que el matrimonio supone y que exige un reconocimiento de derechos para el cónyuge que sobrevive, a todos los niveles, incluido, por supuesto, el sucesorio. También los padres debieran recibir, cuando esto sea posible, su cuota en usufructo.

(209) V. el sistema de viudedad universal del Derecho foral aragonés.

(210) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 639.

d. *Otras modificaciones.*

En el artículo 781, núm. 6, hay que suprimir la expresión pena de interdicción civil si esta institución desaparece, y en el número 8, la referencia a criados debe sustituirse por la de dependientes.

En los artículos 807, núms. 1 y 2, hay que suprimir la expresión «legítimos», y en el núm. 3 la de «naturales», en el 808 lo mismo, en el 836 eliminar la expresión «naturales», en los artículos 840 a 847 eliminar toda referencia a hijos ilegítimos, cubriendo el hueco que queda con el contenido de la reforma correspondiente, en los artículos 852, 853 y 854 tener en cuenta el artículo 756, causa 5.^a, con arreglo a la modificación llevada a cabo recientemente (Ley de 26 de mayo de 1978, A 1.162).

En los artículos 913, 931 y 935 suprimir la palabra «legítimos» y en los artículos 939 a 945, ambos inclusive, debe eliminarse la expresión «naturales reconocidos». En el artículo 952, como ya dijimos, debe situarse al cónyuge viudo en lugar de más preferencia, y en el 960 debe sustituirse la expresión Juez Municipal por la de Juez de Distrito, con arreglo a la nueva estructura orgánica de los Tribunales de Justicia. En el artículo 962 quitar la expresión «legitimidad»; en el 971, la de «legítimos», igual que en el 973, en el que aparece la expresión dos veces, y lo mismo en el 975.

En el 977 debiera decir, en vez de «El viudo o viuda al repetir matrimonio...» «El viudo o viuda al celebrar nuevo matrimonio». El artículo 980 debe suprimir la expresión «natural reconocido». En el artículo 946 habrá que adaptar o ampliar, si procede, las expresiones Cabildos, Diputaciones, etc., a las que puedan corresponder en lo sucesivo. El 749 debe hablar de Juez de Distrito. En el 756, número 3, debe decir pena superior a seis meses. El número 5 ya está, como sabemos, reformado (211). El 761 debe alterarse en función de la supresión del usufructo paterno si se establece el sistema de no concesión del usufructo a los padres.

En materia de reservas, a nuestro juicio habrá que cambiar mucho y aun suprimir gran parte de su contenido, adaptándolas en todo caso a las necesidades de hoy. También, entre otras instituciones, el albaceazgo debe ser reformado (212), y con él otras varias instituciones y preceptos.

(211) V. Ley 26 de mayo de 1978.

(212) ALBALADEJO, MANUEL: *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Ed. Tecnos, 1969.

CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.^a: *La Constitución del Albaceazgo en el Derecho comparado y en el Derecho español*, RDP, XLVI, pág. 401.

GÓMEZ YSABEL: *Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo* (prólogo de Marín Pérez), Madrid, 1963.

IV. CONCLUSIONES.

1. RESUMEN DEL TRABAJO.

1.^a Las circunstancias actuales son muy favorables para una reforma de nuestro Ordenamiento jurídico. Los cambios experimentados por la sociedad española, la próxima promulgación de una nueva Constitución, el acercamiento a los países más afines a nuestro desarrollo cultural, y la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial, son campo abonado para el cambio.

2.^a El ordenamiento jurídico está en gran medida, y en muchas de sus partes, absolutamente desfasado. El Código civil no es una excepción. La reforma ha de hacerse en dos etapas, una primera de reforma en profundidad de lo más acentuadamente desadecuado, la filiación, por ejemplo, y de retoque de muchos de sus preceptos, y una segunda elaboración de un nuevo Código civil que responda a nuevos principios y a nuevas exigencias.

3.^a Las líneas de la reforma en sus dos manifestaciones, a las que acabamos de referirnos, han de incidir sobre estos puntos: Descubrir lo que hoy necesita la sociedad española (problema político y sociológico y, en cierta manera, metajurídico), y una vez descubierto construir un nuevo Ordenamiento, utilizando el jurista sus propias técnicas y sus instituciones, haciendo realidad legislativa lo que hasta entonces era simple, aunque justa, apetencia social. Pero adviértase que el Derecho no puede ni debe ser un ciego servidor de una idea política, sino un instrumento de transmisión de justicia, de seguridad y de bien común.

4.^a La llamada crisis del Derecho, tan llamativamente destacada, creemos que es una crisis de ordenamientos jurídicos positivos, no propiamente del Derecho en cuanto ordenador justo de las conductas humanas. El Derecho ha existido, existe y existirá siempre.

5.^a El reto de nuestro tiempo, más dramático que en ninguna otra época anterior, consiste en descubrir con urgencia cuáles deban ser las normas por las que ha de regirse nuestra sociedad. El jurista, ya lo hemos dicho, ha de llevar a cabo esta tarea, buscando con honestidad, en una misión muchas veces notarial, la realidad social que le rodea y sus legítimas apetencias. La decisión orientadora del Derecho es una decisión política y el político ha de buscar su razón de ser en el pueblo. El jurista debe utilizar sus propias técnicas y métodos al llevar a cabo la construcción de las normas que haya de ofrecer a la sociedad, en la medida en que la sociedad las quiera.

6.^a Codificar no es equivalente a inmovilizar, sino a ordenar con coherencia, con sistemática y con armonía. No debemos de tener miedo a cambiar las leyes cuando ello sea justo y necesario por muy codificadas que estén. En todo caso, si las normas respon-

den a las exigencias de una realidad social profunda, no coyuntural y episódica, y si los Tribunales tienen un poder relativamente creador para poder adecuar la ley a las distintas situaciones, sin faltar a la seguridad, las leyes no tienen tampoco que estar cambiando todos los días.

7.^a La reforma debe recibir, en definitiva, su principalísima inspiración de la Constitución en aquellos puntos, por supuesto, en los que la Constitución se haya pronunciado, directa o indirectamente, siendo en todo caso fiel a su espíritu y a sus principios informadores.

8.^a Toda la reforma que proponemos puede y debe coronarse finalmente con un nuevo Código civil, que con un enfoque moderado, lo que no quiere decir extravagante, busque soluciones jurídicamente lo más perfectas posibles, con técnicas depuradas, con la colaboración de los mejores juristas y que se proyecte hacia un entendimiento de la justicia con un profundo sentido social, más de acuerdo con la época que hoy afortunadamente vivimos en el mundo entero.

El trabajo, ya lo habrá comprobado quien haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, unas veces ha hecho referencia a reformas parciales y minúsculas, otras a modificaciones totales y profundas, ha mezclado situaciones diversas y ha repetido ideas y problemas. Si de su lectura se obtiene una única conclusión: la necesidad urgente de poner mano a la tarea reformadora, sin precipitaciones que a la postre agravan el problema, pero sin pausas ni dilaciones injustificadas que también lo deterioran, habrán coincidido finalidad y realidad, aun a costa, inqueridamente, de haber cansado con exceso a quienes lo hayan leído.

2. CONSIDERACIONES FINALES.

Después de este largo e involuntariamente monótono recorrido por el Código civil siento la inquietud de si habré sabido acertar al expresar la finalidad casi única que el trabajo pretendía: Necesidad de una reforma y presupuestos básicos de la misma. Ahora, en esta reflexión última, quisiera dejar otra vez expresa constancia de estos sentimientos:

1.º Si el Código es, en muchas instituciones, una sombra, una carencia de luz en la regulación de las relaciones jurídicas de hoy, ha de ser reformado y, mejor aún, sustituido.

2.º El nuevo Código ha de ser muy sencillo, muy claro y, hasta donde sea posible, reducido.

3.º Las líneas maestras del mismo han de construirse pensando en las necesidades reales de la comunidad, entendida como una pluralidad organizada de personas a la que hay que dirigirse básicamente, sin olvidar, por supuesto, la fenomenología más concreta que ha de quedar sujeta fundamentalmente a la apreciación judicial.

4.º La idea de función social ha de presidir todo el derecho; creer que enmarcando la propiedad y la sucesión en la simple expresión antes enunciada está todo resuelto, lo consideramos equivocado. El ejercicio del derecho de arrendamiento o de usufructo, o la partición hereditaria, han de llevarse a cabo haciendo compatible el interés individual, jurídicamente protegido, con las exigencias sociales. Ni siquiera el impuesto, con ser uno de los instrumentos de justicia social más importantes, es suficiente para culminar el necesario proceso de socialización del Derecho.

5.º No se trata de hacer una regulación jurídica pensando exclusivamente en la comunidad, lo que sería un grave error, porque la comunidad no es otra cosa que una serie de personas individuales. Se trata más bien de que cada derecho individual se inserte en un orden superior en el que se tengan en cuenta los derechos de los demás. La obligación de cultivo, la prohibición de tener viviendas vacías, una determinada ordenación de la propiedad de los bienes de producción, de las servidumbres por razones de utilidad pública, una más agilizada utilización de la expropiación forzosa con las máximas garantías de que el destino es auténticamente social, etc., etc., son manifestaciones de cuanto acabamos de indicar.

6.º Si la Constitución constituye algo más que un símbolo, si de ella sabemos todos extraer los principios que la inspiran, como los cimientos o presupuestos básicos de nuestro Ordenamiento, y con ella conjuntamos la teoría que inspiró la reforma del Título Preliminar, especialmente referida al ejercicio antisocial del derecho y al abuso del mismo, entiendo que el avance puede ser realmente espectacular e irreversible.

7.º El acercamiento efectivo a Europa y la posterior proyección de España a la América hispana pueden ser caminos insospechados hacia metas de una más justa ordenación jurídica de todos los pueblos. Ciertamente que el Consejo de Europa está llevando a cabo esta tarea, creemos que de manera muy racional y efectiva, y esto es alentador. Con sólo examinar sus informes o asistir a sus Comités se descubre esta específica andadura. Despojarse de innecesaria literatura, dirigirse sólo a los puntos verdaderamente decisivos y permitir finalmente unas ciertas flexiones jurídicas para la mejor adaptación a las concretas exigencias de cada pueblo y en cada momento, son puntos cardinales del sistema utilizado por dicho Organismo internacional al que España está prestando su más acentuada e ilusionada colaboración.

Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)

IVAN C. IBAN

SUMARIO: I.—Introducción. II.—La regulación del matrimonio en España hasta 1870. Inexistencia del matrimonio civil. III.—La primera ley moderna en materia matrimonial: Ley de 1870. El matrimonio civil como único matrimonio posible. IV.—La promulgación del Código civil y el establecimiento de un sistema matrimonial mixto. El término “profesar la religión católica”, primera normativa interpretadora del artículo 42. V.—La legislación matrimonial de la II República española. Establecimiento de un sistema de matrimonio civil obligatorio. VI.—Matrimonio civil y matrimonio canónico desde 1938 hasta la actualidad. La reforma de 1958. Las interpretaciones administrativas del artículo 42.

I.—INTRODUCCION

La simple enumeración de las disposiciones legislativas de máximo nivel (Leyes constitucionales y ordinarias), que han regulado la celebración del matrimonio en España en el último siglo, llevaría a la errónea conclusión de que el legislador se ha manifestado como especialmente conservador en tal materia. En efecto, han transcurrido largos períodos —décadas, en ocasiones— sin que ninguna ley tratase de modificar la regulación matrimonial. Cualquiera especialista, sin embargo, es sabedor de que, por el contrario, tal calma aparente en la regulación del matrimonio se ha visto alterada con notable frecuencia en la práctica.

El propósito de este trabajo no es otro que el de realizar un catálogo, con pretensiones de exhaustividad, de las disposiciones de todo rango que han incidido en la regulación de la celebración del matrimonio. Más específicamente, nos hemos limitado a recoger aquellas disposiciones que han afectado a un punto esencial de la reciente Historia de la legislación española: cual ha sido la clase de matrimonio que se ha podido celebrar en España y, en los supuestos de pluralidad de clases, cuales han sido los requisitos necesarios para acceder a una u otra clase de matrimonio.

No pretendemos realizar una historia del sistema matrimonial español (concepto que ni tan siquiera definiremos). Sólo pretendemos realizar una historia de la legislación, entendiendo por legislación las disposiciones normativas dictadas con pretensión de generalidad (1).

Renunciaremos a estudiar las disposiciones dictadas por la Administración para resolver casos específicos (singularmente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), las interpretaciones doctrinales de tal o cual disposición, y las Sentencias dictadas por los Tribunales, y en especial por el Tribunal Supremo, para la interpretación y aplicación de una determinada norma o grupo normativo. Todo ello, y en especial la Jurisprudencia del Supremo, son elementos esenciales para determinar el sistema matrimonial vigente en España en un momento dado. Pero junto a ello la legislación ocupa un importante lugar, en ocasiones determinante, de ella nos vamos a ocupar.

II.—LA REGULACION DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA HASTA 1870. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO CIVIL

La regulación del matrimonio en España, hasta fechas muy recientes, constituye prácticamente una incógnita histórico-jurídica. No existe una obra que analice con precisión y en una visión de conjunto tan importante tema. Todos los factores se combinan para hacer de tan dilatado período, un período de oscuridad en materia legislativa. La inexistencia de la unidad jurisdiccional en España, derivada de la ausencia de unidad política; la ausencia de una regulación clara y concreta por parte del Derecho canónico del matrimonio hasta Trento; el ser la distinción entre clase y forma de matrimonio algo desconocido; todos ellos y otros muchos factores dificultan extraordinariamente cualquier investigación al respecto.

En toda la historia del sistema matrimonial español un año resulta clave: 1870; desde entonces se puede hablar de sistemas matrimoniales, hasta entonces nos encontramos en la prehistoria del sistema matrimonial. No es esta una peculiaridad de España, tal situación se da en todo el ámbito jurídico próximo al nuestro, si bien las fechas de arranque de la historia del sistema matrimonial son —es obvio— diversas.

Nuestra civilística, que es quien ha elaborado y manejado el concepto de sistema matrimonial, ha adoptado tres posturas ante tal situación de penuria de datos:

(1) Haremos alguna excepción, como se verá más adelante. Nos referimos a aquellas disposiciones que habiendo nacido para resolver un caso concreto, sin embargo lograron en la práctica una eficacia general.

1.—Renunciar al estudio de tal período (2).

2.—Renunciar al estudio, o aludir brevemente a algunos aspectos parciales, hasta 1564, y considerar que con la Real Cédula de 12 de julio de 1564 se establece un sistema de matrimonio religioso obligatorio (3).

3.—Considerar que el sistema matrimonial español es de matrimonio religioso obligatorio hasta 1870, sin especificar el momento en que se inicia tal sistema (4).

En cualquier caso, es lugar común en la doctrina el considerar, ya sea manifestándolo explícitamente, ya sea deducible del tenor del texto, que el único matrimonio existente en España en este período es el matrimonio religioso obligatorio (5). Tal deducción es, con toda probabilidad, exacta, pero requiere de ciertas matizaciones.

Es importante insistir en que la diferencia entre clase y forma de matrimonio, en el sentido que hoy se da a tal distinción, no aparece con claridad en tal época. La palabra forma de matrimonio sí tendrá algún sentido; se entenderá por forma en tal período el conjunto de ritos y formalidades externas que acompañan a la celebración del matrimonio (6). Pero si la expresión forma de matrimonio podía tener algún sentido, la palabra clase carecía de sentido alguno, al menos del que se le da en la actualidad.

No se puede hablar de un sistema de matrimonio religioso obligatorio, ya que si bien el matrimonio religioso es el único posible, ello no se deriva de una opción del legislador civil, sino del hecho de que no hay posibilidad de opción, puesto que el legislador civil ni siquiera se puede plantear la posibilidad de regular el matrimonio al margen de la Iglesia.

En definitiva, hasta 1870, el concepto de sistema matrimonial es un concepto inexistente, ya que uno de los elementos necesarios para que se pueda formular un sistema matrimonial es el matrimonio civil y no se puede hablar de esa figura en tal período.

La anterior afirmación no sería cierta de haber existido un

(2) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos en Derecho Civil*, tomo IV, volumen I, «El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes», Barcelona, 1967; ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y sucesiones*, Barcelona, 1974.

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, I, segunda edición, Barcelona, 1974, pág. 27; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, volumen IV, 3.ª edición, Madrid, 1972, pág. 22.

(4) PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, «Derecho de Familia», volumen I, «Teoría General del Matrimonio», Madrid, 1953, pág. 57; BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia», Madrid, 1960, pág. 63.

(5) Existe una notable excepción, a tal sentir general, que es la postura mantenida por SÁNCHEZ ROMÁN, a la que aludiremos más adelante.

(6) Puede verse un resumen de algunas de ellas en GONZÁLEZ, Jerónimo, *Formas y ritos matrimoniales*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», tomo V, 1929, págs. 593-609, 683-691, 809-826 y 913-928.

matrimonio civil en España con anterioridad a 1870; ello nos obliga a aludir, siquiera sea muy brevemente, a la posición de Sánchez Román.

Sánchez Román afirma textualmente: «...Desde que España se constituyó en nacionalidad, con vida y derecho propio, a principios del siglo v, hasta que muy vencido el xvi, Felipe II introdujo, como legislación del Estado en materia matrimonial, la Reforma Tridentina, más bien puede decirse que coexisten las formas *civil y religiosa* del matrimonio; y por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio por un número de siglos evidentemente mayor que los *trescientos ocho años* en los que subsiste como *exclusivo* el matrimonio *canónico*, después de la Real cédula de aquel monarca, no obstante el influjo social del clero y su intervención en la vida pública del país y hasta en las funciones del poder» (7). Dos aclaraciones son necesarias: 1.—Aunque Sánchez Román emplee la palabra «formas», estimamos que no la emplea en el sentido actual de la palabra, sino que, más bien —y así se deduce del contexto— se quiere referir a clase. 2.—El matrimonio en forma civil a que se refiere, es el llamado matrimonio a yuras, como se puede deducir de su afirmación: «Hasta la celebración del Concilio de Trento coexistió, al lado del matrimonio solemne religioso *in facie Ecclesiae*, el llamado primitivamente a *yuras* y después *presunto* o clandestino, por falta de párroco, y aún la ley otorgó cierta consideración civil a las imperfectas relaciones de los sexos que tomaron el nombre de barraganías» (8).

La doctrina posterior ha rechazado con toda fuerza la tesis de Sánchez Román. En algunos casos, la no adhesión a tal postura se desprende de la forma de enfocar el problema; el caso típico se da cuando se alude al sistema matrimonial español anterior a 1870 y se le califica como de matrimonio religioso (9). Otros autores, aun sin mencionarlo, tienen en su mente la afirmación y la rechazan (10). Por último, algunos aluden expresamente a la afirmación de Sánchez Román, así, por ejemplo, Puig Peña dice: «En [la Edad Media]... aunque se hayan reconocido y regulado distintas formas de matrimonio celebrado *in facie ecclesiae*, coexiste el llamado primitivamente matrimonio *a yuras*, y después, presunto o clandestino. Pero esta dualidad matrimonial, ¿puede dar a entender la coexistencia del matrimonio religioso con el civil? Así lo

(7) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, «Derecho de Familia», segunda edición, Madrid, 1912, pág. 408.

(8) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, ob. cit., pág. 404.

(9) No es necesario repetir anteriores citas.

(10) Así, por ejemplo: «Es un hecho históricamente incontrovertible que el matrimonio civil no es conocido en nuestra legislación hasta el año de gracia de 1870...». CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del Matrimonio Civil en España*, Madrid, 1977, pág. 55; «...inexistencia [en España] del matrimonio civil hasta el año 1870...». ALONSO PÉREZ, Mariano, *Matrimonio civil y divorcio*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez», Madrid, 1978, pág. 49.

entendió Sánchez Román... Estudios posteriores, sin embargo, han determinado que la naturaleza del matrimonio *a yuras* era bien distinta» (11). La práctica unanimitad doctrinal, nos exime de cualquier ulterior precisión. En definitiva, con anterioridad al siglo XIX (12) el matrimonio civil es una institución desconocida. Con anterioridad a 1870 no se puede hablar de sistema matrimonial.

La inexistencia del matrimonio civil, y la inexistencia de un sistema matrimonial, no implica que el legislador civil no pretenda regular algunos aspectos del matrimonio. El legislador civil no se limita a abstenerse de regular el matrimonio (lo que sería una remisión tácita al Derecho canónico), o a remitirse expresamente al Ordenamiento canónico; el legislador va más lejos y regula algunos aspectos, que sin afectar al fondo, inciden sobre el matrimonio. Los ejemplos son numerosísimos, y naturalmente no aludiremos a todos ellos, señalaremos solamente algunos, que permitan dejar constancia de que efectivamente tal regulación ha existido históricamente en España.

Así, si acudimos al Fuero de Soria (1109-1114), encontramos que su capítulo XXX lleva como título: «Capítulo de los casamientos».

Por su parte, el Fuero de Coria (anterior a 1227), regula diversos aspectos relativos a las sanciones por contraer matrimonio sin autorización paterna, matrimonio de viudas, o sanciones por abandono de familia. La transcripción de algunos de tales preceptos nos eximirá de ulteriores comentarios:

— 60 «Manceba en cabello que ascondamientre, sin sus parientes, tomar marido, sea deseredada. E el que la recibiere ixca por enemigo de sus parientes.»

— 62 «Manceba en cabello huerfana, los parientes de anbas las partes la casen. E si los parientes de la una parte la casaren, los que la casaren salgan por enemigos, e pechen el coto a los otros parientes, como si la matasen.»

— 63 «Biuda no faga boda en domingo, nin vaya cavallera, ni tome marido antes d'anno. E si lo recibier, peche la colona asi como dicho es.»

— 75 «Mugier que antes de anno tomar marido, peche III maravedis a los alcaldes de la hermandad. E si con mandado de los alcaldes casare, peche dos maravedis. E si mugier prennada recibier marido, sea deseredada e tomen la mitad del aver, tambien mueble como raiz, los parientes del muerto, e la otra meatad tomen poral castillo. El que recibiere por mugier, si muerta fue

(11) PUIG PEÑA, Federico, ob. cit., pág. 60.

(12) Sería interesante determinar el momento exacto en el que aparecen, a nivel doctrinal, las primeras alusiones a un matrimonio civil. No es tarea que corresponda realizar aquí.

la criatura, peche la colonna e salga por enemigo de las parientes: del muerto.

— 287 «Todo ome que su muger de benicion o de juras dexar, o ella a el, vaya al obispo o el que tovier sus vezes, e el obispo manda a los alcaldes que apierten que tornen el marido a la muger o la muger al marido. E si los alcaldes no acotaren ho no apartaren fasta que se ayunten en uno, e si ansi no fizieren, elos alcaldes sean perjuros e pechen X maravedis al obispo o al que tovier sus vezes. E el pariente que la anparar, peche diez maravedis al marido, cada día de trasnochar en casa del pariente» (13).

No realizaremos, ya lo hemos dicho, ningún comentario ulterior sobre estos textos (14).

Prosiguiendo esta rápida enumeración, meramente a título de ejemplo, podemos citar el Fuero Real, cuyo título I, libro III lleva como encabezamientos «De los casamientos». La enumeración de los encabezamientos de las leyes que componen este título, será suficiente para hacerse una idea general de su contenido, que es lo único que ahora pretendemos.

Ley I - No lleva encabezamiento. Haremos referencia a su contenido más adelante.

Ley II - Como la muger que casare sin licencia de los hermanos, no debe ser deseredada.

Ley III - Como la muger viuda, o que haya tenido amigo, o señor, si casare sin licencia de los parientes, no puede ser deseredada.

Ley IV - Como toda muger viuda puede casar sin licencia de su padre, e madre.

Ley V - Como la moza en cabello que casare sin licencia de su padre, o madre, no les sucede.

Ley VI - Como la moza que estuviera en poder de los parientes, si la no casaren fasta treinta años, pueda casar sin pena.

Ley VII - Como ninguno sea osado de casar contra los Mandamientos de la Sancta Iglesia.

Ley VIII - Que ninguno sea osado de casar, seyendo su muger viva.

Ley IX - Como antes de la cópula carnal habida, el marido, o la muger pueden entrar en religión.

Ley X - Como el matrimonio de futuro se desfaze por el matrimonio de presente.

(13) Aparece con toda claridad en este precepto el hecho de que el poder civil no cuestiona en absoluto la competencia del poder religioso en materia matrimonial. El aparato represivo para evitar el abandono de familia se pone en marcha por el obispo «o el que tovier sus vezes», aunque utilizando los instrumentos del poder secular. Por otra parte, es destacable de este precepto la mención de las dos formas de matrimonio («de benicion o de juras») sin establecer ninguna distinción; de seguir la postura de SÁNCHEZ ROMÁN, el matrimonio de juras sería un matrimonio civil, y entonces, ¿cómo explicar la intervención del obispo en su protección?

(14) Puede verse un comentario en: *El Fuero de Coria. Estudio Histórico-Jurídico*, por José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, transcripción y fijación del texto, Emilio SÁEZ, Madrid, 1949.

Ley XI - Como ninguna muger puede casar con otro, fasta ser certificada de la muerte del otro primer marido.

Ley XII - Como ninguno puede casar con la muger que conoció viviendo la suya.

Ley XIII - Como la muger viuda no puede casar antes del año.

Ley XIV - Como ninguno case con la moza en cabello, sin licencia de su padre, o madre.

Al margen de la manifestación expresa de acatamiento a la legislación canónica, en las Leyes I y VII, se desprende de la lectura del Título completo un respeto general al sistema de la Iglesia católica.

Junto a las regulaciones amplias, valga la expresión, de diversos aspectos del matrimonio, también aparecen alusiones muy específicas o aspectos muy concretos, en diversos cuerpos, así por ejemplo la Ley LXII de las leyes de Estilo relativa a la prueba del adulterio, o la tan citada Ley XLIX de Toro (1505) (15) que supone una clara remisión expresa al ordenamiento canónico para la calificación de un matrimonio como clandestino.

Pondremos punto final a este brevísimo epígrafe con un análisis, algo más detallado, de dos disposiciones: la Ley de Partidas y la Real Cédula de 12 de julio de 1564.

La Partida cuarta lleva como título: «Que fabla de los desposorios, e de los casamientos».

Se abre esta Partida con el reconocimiento del origen divino de la institución matrimonial (16).

Su primer Título viene dedicado a la regulación de los desponsorios, que son «...el prometimiento que fazen los omes por palabra quando quieren casar...» (17).

El segundo título está dedicado a los casamientos; la definición que se da de casamiento es la siguiente: «Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entención de beziv siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro e non se ayudando al varón a otra muger, nin ella a otro varón, biviendo ambos a dos» (18), y su origen es consensual (19). El resto del título está dedicado, prácticamente en su totalidad, a las causas que hacen nulo el matrimonio, la coinciden-

(15) «Mandamos que el que contragiere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho él y los que en ello interviniere y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados á nuestra Cámara, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los quales no entren, sopena de muerte: y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar, si quisieren á sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo cual otro ninguno no puda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre.»

(16) «... que fue fecho, e ordenado por Dios mismo en el Parayso...»

(17) P. 4, 1, 1.

(18) P. 4, 2, 1.

(19) «Consentimiento solo, con voluntad de casar, faze matrimonio». P. 4, 2, 5.

cia en este punto con el ordenamiento canónico es prácticamente total (20).

El título III está dedicado monográficamente a los «casamientos que se refazen encubiertos»; es éste uno de los problemas que más preocupa al legislador secular en materia matrimonial. La falta de seguridad jurídica que supone el hecho de que pueden existir matrimonios válidos no conocidos en el fuero externo, es, tal vez, uno de los mayores puntos de fricción entre el ordenamiento secular y el religioso, hasta que el Derecho Canónico pasa a reconocer la necesidad de una forma *ad validitatem* (21).

Distingue tres tipos de matrimonios «ascondidos»: 1. Cuando se realiza encubiertamente y sin testigos. 2. Cuando se celebra sin autorización del padre o de la madre y «nin le dan sus arras ante ellos, nin les fazen las otras onrras que Santa Iglesia», y 3. Cuando no se comunica a su parroquia (22).

Respecto a la posible nulidad de los matrimonios clandestinos, la Ley II de este mismo título es lo suficientemente clara como para que baste con su transcripción.

«Levantándose desacuerdo entre el marido, e la muger que fuessen casados ascondidamente, si aquel que se partiesse del otro casasse despues con otro, o con otra a paladinas, judgaria Santa Iglesia, que valiesse el segundo casamiento, e non el primero. Como quiez que el primero sea verdadero, e vale quanto a Dios, e aquellos quel fizieron. E esto sería, por la razón que es dicha en la fin de la ley ante desta. Otrosi, confessando, e conociendo manifiestamente, que eran marido e muger, algunos de los que diximos que avian casado en ascondido; vale su confesión, o su conoscencia: e deven los tener parende por marido, e por muger. Fuera ende, si despues desto apareciesse alguno, o alguna que dixesse que era casado, o casada con alguno dellos primero; e lo provasse segund manda Santa Iglesia. Ca estonce la conoscencia non embargaria el casamiento que assi fuesse provado. E como quier que tal conoscencia vala, para durar el casamiento, segund que es sobredicho; si algunos fiziessen otra conoscencia para se departir, como si dixesen que eran parientes, o cuñados, o otra cosa semejante; non valdria, a menos de lo provar, o a menos de ser tal fama en la mayor parte de la vezindad, que assi era como ellos noscieran. Pero si alguno destes cassados confesasse que fiziera adulterio, en tal razón seria creyda la conoscencia. E esto es, por que por tal conoscencia non se desfaze el matrimonio del todo, salvo e quanto a non se ayuntar carnalmente».

Es decir, tales matrimonios son válidos, pero como el poder secular trata de evitarlos establece algunas sanciones —nunca la nulidad, es obvio— en las siguientes Leyes de este Título.

(20) De hecho la similitud entre la Partida IV y las Decretales es notable.

(21) Algunas precisiones a este respecto pueden verse en ACUÑA, Sara, *La forma del matrimonio hasta el Derecho «Ne temere», «Ius Canonicum»*, vol. XIII, núm. 25, enero-junio 1973, págs. 137-192.

(22) P. 4, 3, 1.

El Título IX señala la jurisdicción componente para declarar la nulidad o separar un matrimonio, y en ello se insiste en el Título X.

El Título XII establece que «Casamentar... pueden los omes e las mugeres, dos vegadas o mas, después que fuere departido el primero matrimonio por algun embargo derecho, o por muerte...» (23).

El Título XIV regula la barragania, y los títulos XIII y XV y siguientes constituyen lo que podríamos llamar —con un amplísimo criterio— derecho de filiación y hereditario.

Creemos, pues, que de la Cuarta partida se puede deducir la siguiente idea. La cuarta partida pretende ser una regulación bastante amplia del Derecho de familia, aún a pesar de que tal pretensión no entra nunca en aspectos de fondo (clase) del matrimonio, e incluso sus alusiones a las formalidades (forma) son escasas. La Ley de partidas respeta, en lo substancial, la legislación eclesiástica sobre la materia; ello se desprende, no sólo de algunas alusiones a la Iglesia, sino del tenor general del texto.

En un análisis de la Legislación estatal en materia matrimonial, es imprescindible aludir a la Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novísima, 1, 1, 13).

El texto completo de tal Real Orden es el que sigue: «Cierta y notoria es la obligación que los Reyes y Príncipes cristianos tienen a obedecer, guardar y cumplir, y que en sus Reynos, Estados y Señoríos se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Iglesia, y asistir, ayudar y favorecer á el efecto y execución y á la conservación de ellos, como hijos obedientes y protectores y defensores de ella, y la que ansimismo por la misma causa tienen el cumplimiento y la execución de los Concilios universales que legítima y canónicamente, con la autoridad de la Santa Sede Apostólica de Roma, han sido convocados y celebrados: La autoridad de los quales Concilios universales fue siempre en la Iglesia de Dios de tanta y tan grande veneración, por estar y representarse en ellos la Iglesia Católica y universal y asistir a su dirección y progreso el Espíritu Santo. Uno de los quales Concilios ha sido y es el que últimamente se ha celebrado en Trento, el qual primeramente á instancia del Emperador y Rey mi Señor, después de muchas y grandes dificultades fue indicto y convocado por la felice memoria de Paulo III. Pontífice Romano, para la extirpación de las heregías y errores que en estos tiempos en la cristiandad tanto se han extendido, y para la reformación de los abusos, excesos y desórdenes, de que tanta necesidad había. El qual Concilio fué en vida de dicho Pontífice Paulo III comenzado y después con la autoridad de la buena memoria de Julio III se prosigió, y últimamente con la autoridad y bulas de N. M. S. P. Pío IV se ha continuado y proseguido hasta se concluir y acabar; en el qual intervinieron y concurrieron de toda la cristiandad, y especialmen-

(23) P. 4, 12, 1.

te de estos nuestros Reynos, tantos y tan notables Prelados y otras muchas personas de gran doctrina, religión y exemplo; asistiendo asimismo los Embaxadores del Emperador nuestro tío y nuestros, y de los otros Reyes y Principes, Republicas y Potentados de la cristiandad: y en el con la gracia de Dios y asistencia del Espiritu Santo se hicieron en lo de la Fe y Religión tan santo y tan católicos decretos; y asimismo se hicieron y ordenaron en lo de reformation muchas cosas muy santas y muy justas, y muy convenientes y importantes al servicio de Dios nuestros Señor y bien de su Iglesia, y al gobierno y policía eclesiástica. Y ahora habiéndonos S. S. enviado los decretos del dicho Santo Concilio impresos en forma auténtica, nos como Rey Católico, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos, y siguiendo el exemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido y *aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio; y queremos, que en estos nuestros Reynos sea guardado, cumplido y executado;* y daremos y prestaremos para la dicha execución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en él ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo á ello nuestra autoridad y brazo Real, quanto será necesario y conveniente. Y así encargamos y mandamos á los Arzobispos y Obispos y á otros Prelados, y á los Generales, Provinciales, Priors, Guardianes de las Ordenes, é á todos los demás á quienes esto toca é incumbe, que hagan luego publicar é publiquen en sus Iglesias, distritos y diócesis, y en las otras partes y lugares do conviniere, el dicho Santo Concilio; y lo guarden y cumplan y hagan guardar, cumplir y executar con el cuidado, zelo y diligencia que negocio tan del servicio de Dios y bien de su Iglesia requiere. Y mandamos á los del nuestro Consejo. Presidentes de las nuestras Audiencias, y á los Gobernadores, Corregidores é á otras qualesquier Justicias, que den y presten el favor y ayuda que para la execución y cumplimiento de dicho Concilio y de lo ordenado en él será necesario; y Nos ternemos particular cuenta y cuidado de saber y entender como lo suso dicho se guarda, cumple y executa, para que en negocio, que tanto importa al servicio de Dios y bien de su Iglesia, no haya descuido ni negligencia» (24). Numerosos comentarios podría suscitar el texto de la Real cédula de Felipe II, y no podemos detenernos en ello (25). Desde nuestra perspectiva sólo cabe decir que supone la integración en el ordenamiento jurídico estatal de los cánones tridentinos, y más específicamente: la recepción en el ordenamiento estatal de la regulación matrimonial de Trento.

Nuestra civilística ha destacado tal fecha con especial relieve

(24) El subrayado es nuestro.

(25) ¿Es tal integración voluntaria o forzosa? La expresión: «Queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos», ¿se refiere a una obligación jurídica o moral? ¿Es tal distinción posibles en el XVI?

ve (26), no discutiremos la indiscutible importancia de la Real cédula, pero, ¿es el primer ejemplo de una adopción, expresa, de la regulación canónica en materia matrimonial? Estimamos que no, basten dos ejemplos para probar nuestro aserto.

Un ejemplo es próximo, anterior a la Real Cédula de 1564, y el objeto es el mismo: la normativa tridentina. El firmante del precepto, el mismo Felipe II. Nos referimos a la Real Cédula expedida por el Príncipe Don Felipe, por ausencia de Carlos I, en 27 de octubre de 1553, en la que manda observar lo prescrito en el Concilio de Trento.

Un segundo ejemplo sería la Ley I del Libro III del Fuero Real, que dice: «Establecemos, é mandamos, que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda la Santa Iglesia...».

Es bien cierto que la pretensión de esta Ley I es evitar los matrimonios clandestinos, pero el método empleado para evitar tales matrimonios (que, sin duda, plantean graves problemas de seguridad jurídica) es una clara remisión expresa a la regulación canónica.

Se puede afirmar, y no sería inexacto, que tal remisión es sólo a la forma del matrimonio, pero no al fondo, a tal hipotética objeción responderemos con una pregunta de fácil respuesta, ¿es que el poder civil, tenía la más mínima sospecha de que alguien distinto a la Iglesia puede regular el fondo del matrimonio?

Como resumen de la exposición que antecede diremos:

1. La diferencia entre forma y clase es cuestión sin sentido en la época analizada.
2. El concepto «sistema matrimonial», es concepto inexistente en nuestro ordenamiento hasta el siglo XIX.
3. El legislador estatal no muestra ninguna pretensión de regular el fondo del matrimonio.
4. El legislador estatal acata la regulación eclesiástica en materia matrimonial, ya explícita ya implícitamente.
5. Hasta el 18 de junio de 1870 el matrimonio civil en España no existe.

III.—LA PRIMERA LEY MODERNA EN MATERIA MATRIMONIAL: LEY DE 1870. EL MATRIMONIO CIVIL COMO UNICO MATRIMONIO POSIBLE

Como consecuencia de la Revolución de 1868, y su cristalización jurídica en la Constitución de 1869, se promulga la Ley de 18 de junio de 1870 que introduce en España —por primera vez— la figura del matrimonio civil.

Los juicios de esta disposición por la doctrina posterior no son

(26) No queremos ser reiterativos en exceso, mencionemos sólo dos ejemplos. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 27; ESPÍN, Diego, ob. cit., pág. 22.

muy favorables, se ha dicho de ella que «...emborriona las páginas de nuestro Derecho Matrimonial patrio...» (27), que «...provocó muchas y muy hondas perturbaciones en las familias y en la moralidad pública...» (28), que «...chocaba... con las tradiciones patrias y con el ambiente social...» (29), que «...hacía tabla rasa del régimen anterior con un criterio rabiosamente secularizador...» (30).

También se habla «...de los graves estragos que causara en menos de un quinquenio de vigencia...» (31).

También el método que se siguió para aprobarla ha sido criticado y calificado como «Travesura de Ruiz Zorrilla» (32).

Independientemente de cual sea el juicio de la doctrina, un análisis detenido de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870 merece ser hecho.

Mediante Ley de 18 de junio de 1870 (publicada el día 21), el Regente D. Francisco Serrano y Domínguez manda publicar: «... como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva...» (33).

(27) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pág. 13.

(28) HERNÁNDEZ ASCO, Miguel, *Problemas latentes en el sistema matrimonial español*, Valladolid, 1964, pág. 11.

(29) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, «Derecho de Familia», vol. I, «Relaciones conyugales», novena edición, Madrid, 1976, pág. 124.

(30) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El matrimonio como contrato civil*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero 1976, pág. 94.

(31) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema matrimonial español. (Comentario al artículo 42 del Código Civil)*, Madrid, 1959, pág. 6.

(32) DE FUENMAYOR describe esta «travesura» con las siguientes palabras, que nos resistimos a no transcribir: «... el proyecto de matrimonio civil se votó casi por sorpresa y escamoteo (que los periódicos llamaron *travesura*), después de una pobrísima discusión. La *travesura* tuvo lugar en la sesión de 24 de mayo, que constituye una página poco honrosa del parlamentarismo español. Lo ocurrido fue que, a instancias del Presidente, el diputado García San Miguel interrumpió el discurso que estaba pronunciando aquella tarde sobre un tema muy alejado, por cierto, de la discutida cuestión matrimonial. El diputado trataba, en su larga disertación, de oponerse a un proyecto de ley municipal y provincial. Ruiz Zorrilla le pidió, amablemente, que suspendiera por breve tiempo su discurso para proceder a la aprobación de varios proyectos de ley. En aquel momento, los diputados presentes en el salón de sesiones no llegaban a treinta. El secretario encargado de la lectura cumplió su tarea en voz tan tenue que ni las tribunas se dieron cuenta de que se trataba del proyecto de ley que autorizaba al Gobierno para publicar, como leyes provisionales, los proyectos presentados por el Ministerio de Gracia y Justicia, y entre ellos el relativo al matrimonio civil. Así queda definitivamente aprobado, por el descuido de los diputados de la oposición y por la habilidad de Ruiz Zorrilla, que —logrado su intento— solicitó amablemente de García San Miguel prosiguiera su interrumpido discurso de oposición a la ley municipal y provincial». DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El matrimonio...*, cit., págs. 97 y 98.

(33) Artículo 1.º.

Se transforma así el proyecto de Ley en Ley.

Enfrentado el legislador con la tarea de regular la institución matrimonial, volvió sus ojos —sin duda— a la regulación más acabada de dicha institución, a una regulación plurisecular: la canónica. Un somerísimo análisis de la Ley provisional permite llegar a tal conclusión. El matrimonio es perpetuo e indisoluble (art. 1.º), no existe acción para obligar al cumplimiento del contrato de esponsales (art. 3.º), impedimento de edad (art. 4.º, primero), uso de razón (art. 4.º, segundo), impedimento de impotencia (art. 4.º, tercero), impedimento de vínculo (art. 5.º, primero), impedimento de orden y voto solemne (art. 5.º, segundo), impedimento de consanguinidad (art. 6.º, primero), impedimento de crimen (art. 6.º, octavo), posibilidad de dispensas de los impedimentos (sección segunda del capítulo II), formalidades necesarias para su validez (capítulo IV), etc...

Sin embargo, ninguno de aquellos preceptos tiene especial interés para nosotros. El precepto clave a nuestros efectos es el artículo 2.º:

«El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.»

En este precepto se establece, por primera vez en la historia del ordenamiento jurídico español, un sistema de matrimonio civil obligatorio. Si este extremo es de notabilísima importancia, tal vez la tenga aún mayor el hecho de que con esta ley se «construya» por primera vez la figura de «matrimonio civil».

De la lectura de la doctrina, ya citada, que comenta la elaboración, puede deducirse que en el caso presente nos encontrábamos en un supuesto de desajuste entre normativa jurídica y realidad social. La sociedad española no era propicia a la secularización de la institución matrimonial. Es muy probable que los impulsores del proyecto no quisieran apartarse, tampoco, de la doctrina eclesiástica; las siguientes palabras del Ministro Montero Ríos (34), tal vez sirvan de prueba de tal afirmación: «si yo creyera, si sospechara siquiera, con la sinceridad de mi fé religiosa que el proyecto de matrimonio civil se opone en manera alguna a las creencias que profeso, y que pienso profesar toda mi vida; si yo creyera que el matrimonio civil adolecía de tendencias anticatólicas, siquiera fuese en su espíritu o en la más remota de sus consecuencias, yo lo declaro, señores Diputados, yo no lo defendería, yo abandonaré este puesto, y abandonaré la Cámara, y me retiraría al hogar de la vida privada antes que dar un voto que lastimase mi conciencia

(34) Recordemos que MONTERO RÍOS, uno de los principales impulsores de la Ley, fue sucesivamente catedrático de Disciplina Eclesiástica en las Universidades de Oviedo y de Santiago de Compostela, y de Derecho Canónico en la Central. Puede encontrarse una amplia biografía de MONTERO RÍOS, en GRAHIT FERRER, Enrique, *La indisolubilidad del matrimonio civil según los liberales españoles*, Pamplona, 1976 (Tesis doctoral inédita), páginas 43 y ss.

religiosa» (35). Nada permite dudar de la sinceridad de tales palabras, y menos motivo de duda se plantea si analizamos algunos preceptos de tal disposición que pretenden mostrar el respeto hacia la religión católica (36) (y nos referimos aquí a las similitudes con la legislación canónica motivadas por razones técnicas, y a las que se aludió más arriba). En concreto, en el artículo 1.º se declara la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo (37) invocando el Derecho Natural. El punto segundo del artículo 5.º, señala la prohibición de contraer matrimonio civil por parte de «los católicos que estuvieren ordenados *in sacris* o que hayan profesado en una orden canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica», prohibición que no sólo supone un respeto a la religión católica, sino —y, tal vez, es más importante— supone un reconocimiento, siquiera parcial, de la fuerza de obligar de la legislación canónica, pues hay una remisión del ordenamiento civil al canónico en cuanto al establecimiento y dispensa de un impedimento. Y por último el artículo 34 que indica que «los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil». Precepto innecesario para lograr la meta propuesta: autorizar la celebración de matrimonios canónicos; ya que la simple no prohibición hubiera bastado; a pesar de ello el legislador lo señala en el texto legal lo que es una prueba más de su respeto a la religión católica.

No podemos extendernos más en el análisis de la Ley de 1870 digamos en resumen que se trata de la primera norma en la que se introduce en España el matrimonio civil, pero que ello se hace con un notable respeto, llegando a reconocerle efectos jurídicos, hacia la legislación canónica.

Toda norma legal exige un posterior desarrollo de rango inferior; como consecuencia de la Ley de matrimonio civil se producen, necesariamente, algunas normas que tratan de aplicarla. A continuación realizaremos un análisis —somerísimo, poco más que una mención— de tales normas.

La primera norma en la que se menciona la Ley de 18 de junio de 1870 es, curiosamente, del día anterior; nos referimos a la ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870, en la que se regula todo lo relativo a la inscripción de matrimonios en los artículos 66 al 74, haciéndose mención expresa a la Ley de matrimonio civil en el artículo 66.

Una Real Orden de 11 de enero de 1872, emanada de la «Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado», resuelve un problema surgido como consecuencia de la falta de aplicación de la Ley de Matrimonio Civil en algunos su-

(35) «Diario de sesiones», núm. 269, 29 de abril, pág. 7564, citado en DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El matrimonio...*, cit., pág. 97.

(36) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, págs. 124 y ss.

(37) «El matrimonio es por naturaleza perpetuo e indisoluble».

puestos. El supuesto de hecho es claro, la pregunta es concreta, ¿con qué carácter deben de inscribirse los hijos habidos de un matrimonio celebrado canónicamente con posterioridad a la Ley de 1870? La respuesta es concisa «El Rey... se ha servido resolver que los hijos habidos de matrimonio solamente canónico deben inscribirse en el Registro bajo la denominación de hijos naturales». En realidad es claro que la Real Orden se limita a aplicar escrupulosamente la legislación en vigor: sólo el matrimonio civil produce efectos civiles.

Si la Real Orden del 72 se limita a aplicar, sin modificarla, la Ley de Matrimonio Civil, un Decreto del siguiente año podemos afirmar que modifica la Ley del 1870; nos referimos al Decreto del 1 de mayo de 1873 del Ministerio de Gracia y Justicia, y ello a pesar de que en el preámbulo del Decreto se diga textualmente «...cuyo objeto [del Decreto] ha de limitarse a establecer la verdadera inteligencia de algunas prescripciones legales, no siempre bien comprendidas, aclarando el sentido de otras y dictando algunas que faciliten su ejecución...».

Esta primera norma republicana, y prácticamente única, relativa al sistema matrimonial, bajo pretensiones, enunciadas en el preámbulo, meramente aplicadoras, y restringida al ámbito registral, realiza un cambio muy importante en el sentido de secularizar la institución matrimonial. En efecto: en su artículo 8.º, el Decreto del 73 afirma: «La establecido en las prescripciones del art. 48 del reglamento respecto del impedimento del núm. 2.º, art. 5.º de la Ley de Matrimonio Civil, no podrá aplicarse en el caso de que el interesado manifieste por escrito, ante la Autoridad judicial, que ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica...».

García Cantero señala que «...El único punto de conexión con la legislación canónica [de la Ley de 1870], puede decirse que es la admisión de la ordenación sagrada y de la profesión solemne como impedimentos no dispensables por el Gobierno (art. 5.º, núm. 2); pero el art. 8.º del Decreto de 1.º de mayo de 1873 restringió bastante su alcance al disponer que tales impedimentos no se aplicaran "en el caso de que el interesado manifieste por escrito ante la Audiencia Judicial que ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica"» (38). Creemos que el Decreto va más lejos de una simple restricción, el Decreto republicano suprime, lisa y llanamente, el impedimento de orden y el de voto solemne. Si se pueden inscribir como hijos legítimos los habidos en matrimonios contraídos subsistiendo un impedimento (dirimente), el impedimento queda vacío de contenido. Tema distinto sería discutir si el artículo 8 del Decreto del 73 es legal o no —si un simple Decreto puede derogar una Ley— pero si lo es, el artículo 5.º, núm. 2.º de la Ley de 1870 ha quedado derogado.

Es bien cierto que exige una declaración de acatolicidad, es bien

(38) GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 12.

cierto que cabría decir que el impedimento del artículo 5-2 sigue vigente para los católicos, pero si un profeso u ordenado ha violado la normativa canónica contrayendo matrimonio civil, resultaría insólito que se retrayese ante una declaración de acatolicidad.

Un último aspecto del artículo 8.º del Decreto del 1873 merecer destacado. Por primera vez se plantea el tema de la acatolicidad, tema que a partir del Código Civil quedará centrado en la expresión «profesar la religión católica». Se produce en el Decreto del 73 la primera interpretación de este concepto. El término «católicos» del punto 2.º de la Ley del 1870 queda transformado mediante el artículo 8.º del Decreto de 1873 en «no manifestar por escrito, ante la Autoridad judicial, que se ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica».

Con este Decreto quedaba, pues, borrado uno de los elementos fundamentales para permitir hablar de respeto por la legislación canónica en la Ley de 1870. No queremos decir que la supresión de los impedimentos de orden y de voto solemne implique necesariamente una falta de respeto, pero, por lo menos, indica una tendencia en ese sentido.

Sin embargo, más adelante, y aún dentro de la I República, se produce una Orden de 20 de junio de 1874, que supone un importante reconocimiento del matrimonio canónico. La brevedad y claridad de la misma aconsejan su transcripción textual:

«En vista de las comunicaciones dirigidas a esta Dirección general por los Jueces municipales de Castromonte y Carlet en 10 y 19 de último abril, consultando si podrían acordar la celebración de los matrimonios civiles que intentaban contraer con distintas personas algunas unidas ya con matrimonio canónico después de 1870:

Considerando que, según el núm. 1.º del art. 5.º, no pueden contraer matrimonio los que se hallen ligados con un vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

Considerando que a pesar de negarse en dicha ley efectos civiles al matrimonio canónico, no por eso dejará de ser un vínculo digno de respeto, y comprendido por tanto en el espíritu del artículo citado:

Considerando, que con arreglo a las disposiciones del Código penal, la celebración del segundo matrimonio, no disuelto el primero, constituye un delito:

Considerando que, además de las disposiciones a que se alude anteriormente, y si sólo hubiera de consultarse el pudor y las buenas costumbres, la celebración del segundo matrimonio, en el caso de la consulta, también será un delito castigado expresamente en el Código, por constituir un hecho de grave escándalo y trascendencia:

Oído el Consejo de Estado, y de conformidad con su dictamen:

El Presidente del Poder Ejecutivo de la República se ha servido resolver que no puede celebrarse el matrimonio civil cuando

los contrayentes se hallan ligados por un matrimonio canónico no disuelto legalmente».

Creemos que esta orden es de trascendental importancia, tal vez sea cierto «... que fue motivada por la enorme resistencia del pueblo al cumplimiento de aquella Ley [la de Matrimonio civil de 1870]» (39); pero independientemente de cuál sea su causa es un hecho que introduce notables cambios.

Es bien cierto que el artículo 5-1 de la Ley de 1870 establece la prohibición de contraer matrimonio para «Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente», pero es aún más cierto que el artículo 2.º de la citada Ley establece que «El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta Ley, no producirá efectos civiles...». Y en el caso de la presente Orden se concede un importante efecto civil (el que haga surgir el impedimento de ligamen del artículo 5-1), a matrimonios contraídos —con posterioridad al 18 de junio de 1870— violando la normativa en vigor, violación que en principio, supondría la inexistencia —en el orden civil— de tal matrimonio.

De ser legal (y volvemos, una vez más, al tema de la nulidad de disposiciones que violan otras de rango superior) esta Orden podemos decir que el sistema de matrimonio civil obligatorio iniciado el 18 de junio de 1870 finaliza el 20 de junio de 1874.

Las invocaciones, en la Orden comentada, a la legislación penal carecen del más mínimo valor a efectos de determinar la eficacia de tales matrimonios.

Este proceso iniciado en la República, proceso encaminado al establecimiento de un sistema matrimonial mixto, se ve acelerado con el pronunciamiento de Martínez Campos, de 29 de diciembre de 1874 que restaura la monarquía en la persona de Alfonso XII.

Un mes más tarde se promulga la primera norma relativa al sistema matrimonial, nos referimos al Decreto de 22 de enero de 1875, Decreto que en opinión de Castán fue «... dictado por el Ministerio Regencia... para poner fin a las situaciones irregulares creadas por la ley de Matrimonio civil...» (40) independientemente del contenido de este Decreto, lo importante es la tendencia que marca.

El contenido de este Decreto podría afirmarse que se limita a derogar la Real Orden de 11 de enero de 1872, estableciendo que podrán inscribirse como legítimos los hijos de matrimonio canónico independientemente de la fecha en que se contraiga (artículos 1.º, 4.º y 6.º), y la posibilidad de que aquellos que se inscribieron como naturales, en cumplimiento de la Real Orden de 1872, puedan pasar a inscribirse como legítimos (artículo 3.º). Lo más importante, a nuestros efectos, no es que derogase la Real Orden de 1872, sino que concediese el carácter de legítimos a los hijos de un matrimonio que sería inexistente de aplicarse la legislación

(39) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 12.

(40) CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, pág. 124.

aún vigente: la Ley de 1870. Así pues el matrimonio canónico, que no produce efectos civiles, hace surgir, por una parte, el impedimento de vínculo (Orden de 20 de junio de 1874), y los hijos nacidos de tal matrimonio son legítimos (Decreto de 22 de enero de 1875).

Pero decíamos que, más importante que el propio Decreto, es la tendencia que marca. Analicemos el preámbulo de Decreto: por una parte se afirma que la Real Orden de 11 de enero de 1872 —y por tanto la Ley de matrimonio civil de la que es mero desarrollo— «...ha lastimado profundamente la dignidad del matrimonio católico suscitando continuas perturbaciones en la familia y en la sociedad», para más adelante anunciar que «El Gobierno... se ocupa con preferencia en la reforma de la Ley de Matrimonio civil» cuya misión será «...[conciliar] los derechos de la Iglesia con los del Estado...[y] reconocer en el matrimonio católico todos los efectos...», apoyando estas modificaciones en el «...incesante clamor de la opinión pública...».

Y en efecto la reforma anunciada en enero de 1875 tiene lugar el mes siguiente mediante el Decreto de 9 de febrero de 1875 publicado el día 10.

Una vez más el preámbulo es, tal vez, más importante que el propio articulado, se ha dicho que en este preámbulo «...se encuentra ya el germen de la fórmula transaccional ideada por Alonso Martínez, y que pasó a constituir el texto del artículo 42» (41).

En el primer párrafo del preámbulo se ataca a la Ley de 1870, en razón de que se aparta de la conciencia social, ya que la religión católica es la que «...con pocas excepciones profesa la nación española». Una afirmación de este primer párrafo (42) puede llevar a la conclusión, errónea, de que el Decreto se muestre favorable a un sistema de matrimonio canónico obligatorio; veremos que tal impresión sería falsa.

Más adelante señala, como justificación de un sistema matrimonial que favorezca al matrimonio canónico, el hecho de la existencia de una confesionalidad —católica— sociológica.

En el tercer párrafo aduce como una causa más de modificación de la Ley de 1870, la seguridad jurídica, ya que la Ley de 1870 había sido sistemáticamente incumplida.

El método para lograr tales fines será —según indica el preámbulo del Decreto— la concesión de efectos civiles al matrimonio canónico (recordemos que algunos efectos ya le habían sido concedidos por la Orden de 20 de junio de 1874 y por el Decreto de 22 de enero de 1875).

La intervención del Estado a efectos registrales y la retroactividad del Decreto en algunos aspectos con respecto a los matrimo-

(41) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema*, cit., pág. 7.

(42) «... Nuestros Monarcas, rindiendo justo tributo a la fe religiosa de los españoles, se habían limitado a sancionar con su autoridad en el orden civil el matrimonio instituido por Dios y regularizado por la Iglesia...».

nios exclusivamente canónicos durante la vigencia de la Ley de 1870, son también objeto de la atención del preámbulo.

Pero son los tres últimos párrafos del preámbulo los que más interesan aquí. Se señala la permanencia, junto al matrimonio canónico, del matrimonio civil según la regulación de 1870. Pero, ¿quiénes podrán contraer matrimonio civil? El preámbulo responde: «...los que no profesando la religión de nuestros padres [debe entenderse la católica]...». Aparece así en nuestra legislación la expresión que hará correr ríos de tinta durante el siguiente siglo. Pero, ¿cuál es el significado exacto? Como ha señalado García Cantero, «...no aparece con claridad qué personas están sujetas a la forma civil...» (43); del preámbulo se puede desprender una interpretación muy restrictiva, ya que habla de los que «...estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento», o bien que «...cesará el matrimonio civil para todos los que puedan contraer el canónico...». Pero la impresión contraria puede deducirse si fijamos nuestra atención en otros puntos del Decreto; así por ejemplo cuando habla de «...[no obligar] a los malos católicos...»; y más claramente en el párrafo destinado a restablecer el impedimento de orden y de voto solemne, ya que en él se afirma que no será suficiente, para que los ordenados o los que han hecho voto solemne puedan contraer matrimonio civil, el que «...declarasen haber abjurado de la fe católica...». Luego, *a sensu contrario*, sí bastará tal declaración para que contraigan matrimonio los laicos que no hubiesen hecho voto solemne.

El artículo del Decreto, de menor extensión que el preámbulo nada añade de importancia a lo dicho hasta ahora.

En resumen, el Decreto concede efectos civiles al matrimonio canónico (artículo 1.º) y regula un matrimonio civil (artículo 5.º).

El desarrollo, en el aspecto registral, del Decreto de febrero se realiza en la Instrucción mandada publicar por la Real Orden de 19 de febrero de 1875; de la que cabe destacar su artículo 15 en el que se prescribe: «De los matrimonios que en adelante autoricen los Párrocos, darán cuenta a los encargados del Registro Civil en relaciones que contengan todas las circunstancias enumeradas en el artículo anterior.

Estas relaciones, o comunicación negativa en su caso, se remitirán de oficio a dichos funcionarios en los días 1.º y 15 de cada mes».

Tal vez esa «comunicación negativa» y su posterior remisión al Registro Civil, sea el método para probar que «no se puede contraer matrimonio canónico», lo que constituye —a la luz del preámbulo del Decreto de 9 de febrero de 1875— el requisito para acceder al matrimonio civil.

Por tanto, del Decreto y de la Real Orden de febrero de 1875 podría deducirse que en España tienen acceso al matrimonio civil solamente aquellos que no puedan contraerlo canónico: y a efectos

(43) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 14.

de prueba —de probar que no se puede contraer matrimonio canónico— servirá la mención de la «negativa a celebrar el matrimonio canónico» en la relación que quincenalmente enviarán los párrocos al Registro Civil.

De ser esta interpretación exacta, el procedimiento a seguir para contraer matrimonio civil sería el siguiente:

1. Acudir a contraer matrimonio canónico.
2. Negativa del párroco a celebrar tal matrimonio.
3. Notificación del párroco al Registro Civil de tal negativa.
4. Solicitud, y posterior expedición, de certificación del Registro de tal circunstancia:

a) De constar en dicha certificación —y nada se prevé en la Real Orden— el motivo de esa negativa:

a') Si la circunstancia es el no bautismo o la separación de la Iglesia, se podrá contraer matrimonio civil de acuerdo con lo preceptuado en la Ley de 1870;

b') Si es otra circunstancia que impidió el matrimonio no se podrá contraer matrimonio civil;

b) De no constar el motivo de la negativa, el que pretenda contraer matrimonio civil, deberá probar —¿cómo?— que los motivos que impulsaron a tal negativa fueron la no pertenencia a la Iglesia.

El procedimiento es, pues, complejo y muy restrictivo en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio civil, y además se transfiere la potestad de decir quién puede contraer matrimonio *civil*, a una autoridad *eclesiástica*: el párroco.

Tales dificultades surgidas de la inconcreción legislativa, tan habitual en la normativa matrimonial, motivó una Real Orden de 27 de febrero de 1875.

Su texto íntegro es el siguiente (44): «Por la Dirección General de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado se ha comunicado al Ilmo. Sr. Presidente de esta Audiencia (Burgos) con fecha 27 de febrero último la Real Orden siguiente:

«Ilmo. Sr.: Al reformar el Decreto de 9 del corriente la ley de 18 de junio de 1870, restableció la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, dando por lo mismo a este sacramento todos los efectos civiles que le atribuía nuestra antigua legislación. Cesó por tanto el matrimonio civil para todos los católicos, conservándose únicamente como el medio necesario de que pueden constituir familia los que no correspondiendo al gremio de la iglesia se hallan imposibilitados de celebrar unión ante el párroco. No obstante lo explícito de las disposiciones que comprende el mencionado decreto, han sido diversamente interpretados entendiéndose por algunos Jueces municipales en un sentido distinto, ocasionado a prácticas

(44) Citado en UCELAY, Enrique, *El Decreto del Ministerio-Regencia sobre Matrimonio Civil y el Partido Liberal Dinástico. Estudio jurídico-político*, Madrid, 1881, págs. 104 y 105.

viciosas y que da lugar a notables perjuicios de los intereses particulares. En la necesidad de uniformar en este punto tan importante la aplicación de la nueva reforma, se hace indispensable inculcar a dichos funcionarios la obligación de atemperarse a lo que establecen los artículos 5.º y 6.º del referido decreto: haciéndoles comprender que sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica, y que suspendan la tramitación de todos los expedientes incoados con arreglo a la ley de 18 de junio de 1870, salvo en el caso excepcional a que se refiera el artículo 6.º ya citado. En vista de las anteriores consideraciones, el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver comuniqué V. I. a los jueces de primera instancia del territorio de esa Audiencia la presente circular, que explica la verdadera inteligencia de las prescripciones que comprende la reforma que ha de plantear, y les encargue lo hagan a la mayor brevedad a los jueces municipales que de ellos dependan previniendo a dichos funcionarios la más puntual observancia de aquéllas, sin perjuicio de que consulten en la forma prevenida por el Reglamento las dudas que puedan suscitarse. De Real orden lo digo a V. I. para su conocimiento y efectos oportunos».

Esta Real Orden, nunca publicada oficialmente, es la primera disposición dedicada a interpretar el concepto de «católico» a efectos de contraer matrimonio civil. Podrían contraer matrimonio civil «aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la iglesia católica». Solución, pues, muy facilitadora del acceso al matrimonio civil.

El hecho de no ser publicada (45), y de estar únicamente dirigida a la Audiencia de Burgos con orden de ser comunicada a los jueces de primera instancia y jueces municipales pertenecientes a tal Audiencia, hace que su importancia se vea reducida notablemente. Pero en cualquier caso, indica una tendencia hacia una interpretación menos rígida del sistema en vigor.

Esta etapa de la legislación matrimonial española quedaría cerrada con el proyecto de Ley sobre los efectos civiles del matrimonio, presentado a las cortes el 17 de mayo de 1880 por el Ministro de Gracia y Justicia; que en nada afecta a la calificación del sistema matrimonial (46).

Quedaría así esbozada una etapa de la legislación matrimonial española. Las continuas vacilaciones, el tejer y destejer legislativo —propiciado por violentas discusiones parlamentarias y continuos cambios políticos, a los que aquí no hemos podido hacer referencia para no alargar excesivamente este trabajo— no es otra cosa que un mero anticipo de lo que sería la actividad legislativa en el siguiente siglo.

Como resumen de esta etapa puede afirmarse:

(45) Vid la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN al respecto en sus *Estudios...*, cit., págs. 474 y 475.

(46) Puede verse el texto de tal proyecto en UCELAY, Enrique, ob. cit., páginas 144 y ss.

a) El 18 de junio de 1870 se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio, con respeto al matrimonio canónico, respeto que se concreta básicamente en el establecimiento de los impedimentos de orden y de voto solemne.

b) El 11 de enero de 1872, se indica con toda claridad que los hijos de matrimonio exclusivamente religioso son hijos naturales.

c) El 1 de mayo de 1873 se suprimen los impedimentos de orden y de voto solemne.

d) El 20 de junio de 1874 se establece que el matrimonio canónico hará surgir el impedimento de vínculo en el orden civil.

e) El 22 de enero de 1875 se dispone que los hijos de matrimonio canónico serán legítimos.

f) El 9 de febrero de 1875 se establece un sistema matrimonial mixto, difícilmente calificable.

g) El 19 de febrero de 1875, se establece un sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario muy restrictivo.

h) El 27 de febrero de 1875 se, establece un sistema matrimonial mixto con grandes facilidades para acceder al matrimonio civil.

La anterior periodificación sería exacta siempre que las normas mencionadas fueran todas ellas válidas. Si alguna no lo fue, bien por oponerse a una de rango superior, bien por no haber sido publicada, la periodificación sería otra. La determinación de tal extremo nos apartaría, sin duda, del proyecto trazado. Sin embargo, independientemente de la validez o no de todas las normas, lo que sí se marca es una tendencia. Tendencia que no sería una línea recta, sino una quebrada.

IV. LA PROMULGACION DEL CODIGO CIVIL Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA MATRIMONIAL MIXTO. EL TERMINO «PROFESAR LA RELIGION CATOLICA», PRIMERA NORMATIVA INTERPRETADORA DEL ARTICULO 42.

Los proyectos de codificación civil, la Ley de Bases que se transformaría en el Código, el propio Código y las primeras disposiciones interpretadoras del artículo 42, constituirán el objeto de este epígrafe.

El término final de este período sería la II República española, el inicio sería menos claro, ya que los proyectos de Código vienen de lejos, aunque legislativamente se concretan sólo en 1889.

La primera etapa de los intentos codificadores queda expresada con toda claridad por Castán (47), nos limitaremos pues a transcribir su resumen de tal etapa:

(47) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo primero, Introducción y parte General, volumen primero, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, undécima edición, Madrid, 1975, págs. 232 y ss.

«Se inicia en nuestra patria el movimiento codificador con el planteamiento del sistema constitucional. Las Cortes de Cádiz aprobaron en 5 de febrero de 1811 una proposición del diputado Espiga y Gadea para que se llevase a cabo la codificación de las más importantes ramas del Derecho español; y la Constitución de 1812 recogió la misma aspiración en su artículo 258, que decía así: «El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán uno mismo para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Para dar aplicación práctica al proyecto constitucional se nombraron en 1813, 1814 y 1820 comisiones encargadas de formar el Código Civil, pero sus trabajos fueron interrumpidos por virtud del restablecimiento del antiguo régimen. Bajo la nueva situación publicó don Pablo Gorosabel, con carácter particular un proyecto de Código Civil, y se encomendó por Fernando VII un trabajo de igual naturaleza a don Manuel María Cambronero, quien murió dejando incompleta su labor, que terminaron en 1836 otros juriscóndulos.»

Pocos datos tenemos acerca de los resultados de tales intentos codificadores.

Sabemos que la comisión nombrada en 1820 (¿1821?) elabora un completo proyecto, cuyo contenido desconocemos, y que fue redactado por Cano Manuel, Cuesta, Hinojosa, Navarro y San Miguel. El proyecto de Gorosábal fue publicado en los años 1825 a 1830, estando distribuido en 1.419 artículos. El proyecto Cambronero fue completado por Ayuso, Tapia y Vizmanos, integrantes de una comisión nombrada en 1834, y tal proyecto fue presentado oficialmente en 15 de septiembre de 1836, comprendiendo 2.458 artículos (48). Estos primeros ensayos codificadores han sido calificados de «inmaduros» y «personales» (49). Tan calificada opinión, y los escasos datos existentes, tal vez justifiquen la omisión de un análisis de tales intentos.

La siguiente etapa codificadora, y que ya daría frutos, comienza con una Comisión nombrada el 19 de agosto de 1843, que fue dividida en secciones, una de las cuales llegó a redactar un proyecto de los libros primero, segundo, y parcialmente del tercero; tal Comisión fue suprimida mediante Decreto de 31 de enero de 1846.

Tal proyecto «...es el antecedente claro de nuestro C. c.: ...» (50). Y ello justificará un análisis, siquiera sea somero, del mismo.

La comisión que presenta tal proyecto estaba presidida por García Goyena, quien redactó —en palabras de la Comisión— un libro «... comprensivo de los precedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrecía concordadas todas sus disposiciones con el De-

(48) Vid. MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, *Voz Código Civil*, en «Enciclopedia Jurídica Española», tomo sexto, Barcelona, s. f., págs. 1 y ss.

(49) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Nota preliminar a GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza, 1974, pág. IV.

(50) LACRUZ BERDEJO, José Luis, ob. cit., pág. V.

creto anterior, y aun con el extranjero más notable, con motivos y comentarios sobre cada uno de sus preceptos, fijando su espíritu y resolviendo algunas cuestiones que probablemente se suscitarían en la práctica...» (51). Tal libro es el que vamos a comentar a continuación (52).

El matrimonio viene regulado en el título III del Libro primero de tal proyecto; pero el artículo que a nosotros nos interesa ahora es el 48. Su texto literal es el siguiente:

«El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica que admitimos en España».

Mediante tal precepto se establecería un sistema de matrimonio religioso obligatorio. Los matrimonios se celebrarían conforme al ordenamiento canónico, y ello en razón de que tal legislación ha sido admitida en España. Lo que es sin duda una alusión a la Real Cédula de 1564.

Sin embargo, tal sistema quebraría, al menos parcialmente, en el siguiente artículo: «El matrimonio celebrado entre extranjeros, que sea válido con arreglo a las leyes de su país, surtirá todos los efectos civiles en España», y recordemos que en tal período, al menos en Francia y Holanda, el sistema matrimonial era de matrimonio civil obligatorio.

En su comentario al artículo 48, García Goyena hace referencia, en primer lugar, a la separación entre contrato y sacramento, entendiéndolo que aquél es anterior a éste y alude consecuentemente al carácter de Derecho natural de la institución matrimonial.

Son interesantes y a propósito de la separación contrato-sacramento y de la competencia para regular el matrimonio, las siguientes afirmaciones de García Goyena.

«Andando el tiempo, y transcurriendo siglos, el Sacramento se reputó lo principal y el contrato lo accesorio; el primero absorbió al segundo, y todo pasó a la autoridad eclesiástica, por delegación expresa o tácita de las leyes; pero, como los derechos de la soberanía son inalienables e imprescriptibles, pueden los reyes de España hacer hoy lo que sus antecesores hicieron en otros tiempos, separando el contrato del Sacramento; por consiguiente no podrá argüirse con este artículo para menguar en lo sucesivo aquellos derechos soberanos». (53).

Se señala así que la Iglesia es competente para legislar en materia matrimonial en España, sólo en razón de una delegación que puede ser avocada unilateralmente en cualquier momento.

Así, pues, este proyecto propugna un sistema de matrimonio religioso obligatorio —en coherencia con el momento histórico en el que se formula— pero matizado en dos puntos: 1.—Se reconocerán los matrimonios civiles de extranjeros celebrados al amparo

(51) Citado en MOUTÓN OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 2.

(52) Esta obra ya citada (Vid. nota 49), ha sido publicada recientemente por la cátedra del Dr. LACRUZ BERDEJO.

(53) GARCÍA GOYENA, Florencio, ob. cit., págs. 29 y 30.

de su legislación si ésta se lo permite. 2.—Una cláusula de reserva, que se concreta en la expresión «admitimos en España» del artículo 48, y que se desarrolla en los comentarios de García Goyena, cláusula en virtud de la cual el legislador español sería competente para regular el matrimonio, independientemente de que delegue tal facultad en un momento dado.

Sea por las razones que fuere (54), este proyecto no llegó a convertirse en Ley, e incluso se le ha acusado de ser «el causante de no haberse alcanzado la codificación civil en España...» (55). Su «congelación» oficial tuvo efecto por la Real Orden del 12 de junio de 1851 (56). Tal situación es mantenida durante las dos décadas siguientes para concluir en 1869, año en el que se promulga la Constitución del 1.º de junio, que en su artículo 91 establece la necesidad de promulgar unos Códigos Generales.

La idea es recogida por el Ministerio Romero Ortiz, que presenta un proyecto de Libro 1 del Código Civil que recoge la institución del matrimonio civil. La dimisión del ministro y la aparición de la Ley de 1870 (ya analizada) hacen que no se llegue a discutir tal proyecto.

Se ve nuevamente impulsada la tarea codificadora el 2 de febrero de 1880, fecha en la que un Real Decreto manda se añadan a la Comisión de Códigos representantes de las diversas regiones, con el fin de eliminar el centralismo que hizo abortar el Proyecto de 1851, y el siguiente 21 de marzo comienzan las discusiones en la sección de lo civil, bajo la presidencia de Alonso Martínez; el 22 de octubre del mismo año presenta Alonso Martínez un proyecto de Bases para el Código civil al Senado. En tal Ley de Bases se pretende lograr la autorización para publicar como Ley el proyecto de 1851 con ciertas modificaciones. Tal proyecto «... reputaba válido el matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, el civil celebrado en España con sujeción a los

(54) Se ha dicho que estas razones fueron que «... Representaba este proyecto... el sistema de unidad en su forma más centralista... eliminando, casi en absoluto, las instituciones del Derecho Foral...». CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo primero, pág. 233; y en el mismo sentido «... el citado proyecto de Código Civil, más parece un Código para Castilla que un proyecto de Código general...». MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 4.

(55) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 4.

(56) El texto de esta Real Orden es el siguiente: «1.º Que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual titulado el Derecho Moderno, a fin de facilitar su examen y estudio. 2.º Que se excite el celo de todos los Tribunales de fuero común para que se expongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su ilustración les sugiera, acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones. 3.º Que se excite también el celo de los demás Tribunales especiales, de las Autoridades a cuyas atribuciones pueda referirse de alguna manera el proyecto, de los Colegios de Abogados, de las facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el Código, y 4.º Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de Gracia y Justicia el 1.º de enero de 1852».

preceptos del nuevo Código y el contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviere lugar su celebración, produciendo efectos civiles desde la fecha de su inscripción en el Registro...» (57); se pretendía, pues, establecer, por primera vez en la historia, un sistema matrimonial mixto.

En cualquier caso, el proyecto no pasó de ser tal, y Alonso Martínez se ve obligado a renunciar a él. Y presenta un nuevo proyecto en 24 de abril de 1882, solamente de título preliminar y de los dos primeros libros del Código.

Este proyecto de 24 de abril de 1882 (58), cristalizaría en lo que se refiere a los libros I y II en el proyecto de 1888 (59), proyecto (el de 1888) «... que constituye el antecedente próximo y el fundamento legal del vigente Código civil» (60).

Se regula, en el proyecto de 24 de abril de 1882 el matrimonio en el título III del libro I, que lleva como nombre «Del matrimonio».

En su artículo 30 establece.

«Son válidos:

1.º El matrimonio celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y Cánones de la Iglesia Católica.

2.º El celebrado en España conforme a lo dispuesto en este Código.»

Se establece así la eficacia del matrimonio canónico en España, y asimismo la existencia de un matrimonio civil, cuya regulación viene dada en el capítulo II de este título.

Matrimonio civil indisoluble y en el que se regulan los impedimentos de orden y de voto solemne, indispensables por el Estado.

En cuanto a una respuesta a la pregunta: ¿Quién tiene acceso al matrimonio civil?, nada dice el Código. Podría suponerse que se inclina por la postura más facilitadora si atendemos a su artículo 66, en el que se señala:

«Los que pretendieren contraer matrimonio en la forma señalada en este Código presentarán al Juez municipal de su domicilio una declaración firmada por ambos contrayentes, en que consten:

1.º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes.

(57) MOURÓN OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 9.

(58) El proyecto completo, incluyendo los libros III y IV de más compleja historia en la que no entramos por no afectar al matrimonio, ha sido publicado, con importantes comentarios, recientemente bajo el siguiente título: *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*. Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid, 1965.

(59) «... Estos libros se consideran terminados desde entonces y los esfuerzos ulteriores se concentran en la redacción de los libros III y IV...». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El Anteproyecto del Código Civil en 30 de abril de 1888*, «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», tomo XIII, fascículo IV, octubre-diciembre MCMLX, pág. 1172.

(60) CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo primero, pág. 236.

y 2.º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres.

Acompañarán a esta declaración la partida de nacimiento y el estado de los contrayentes, la licencia o consejo si procediere y la dispensa cuando sea necesaria.»

Nada se establece respecto a la prueba de acatolicidad y ello sencillamente porque en ningún lugar del proyecto se exige tal prueba. Este proyecto pretende establecer un sistema matrimonial plenamente facultativo. Ningún requisito relativo a la profesión —que por sencillo que fuera establecería una nota de subsidiariedad en el sistema— es necesario para tener acceso al matrimonio civil.

Nuevamente queda frustrado el intento codificador como consecuencia de los sucesos políticos que causaron la dimisión de Alonso Martínez, hasta que el 7 de enero de 1885, el nuevo ministro de Gracia y Justicia, Silvela, solicita autorización de las Cortes para publicar un Código civil con sujeción a las bases contenidas en un proyecto de ley que presentaba.

En estas bases se determinaba «... que el Código habría de ajustarse en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se hallara contenido en este sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico de Castilla...» (61). En lo que se refiere al matrimonio se declaraba «... que la institución del matrimonio... se ajustaría en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal creado por virtud de la aplicación del Real Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Ley de 18 de junio de 1870 armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiraban, y manteniendo en la solución de las dudas que había suscitado la experiencia como criterio el respeto estricto a la jurisdicción de la Iglesia sobre los españoles que profesaran la religión católica, y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa desearan constituir consorcio perpetuo y familia legítima sin la santificación del sacramento» (62), lo que suponía, en opinión de Mouton, notables cambios con respecto al Proyecto de Alonso Martínez, «La institución del matrimonio, que en el proyecto del señor Alonso Martínez se consideraba válida, lo mismo en el aspecto canónico que en el civil, que perfectamente se distinguían y separaban; en el trabajo del señor Silvela aparecía un tanto confusa y poco clara con relación a las condiciones preceptivas en que las personas amparadas por el artículo constitucional y viviendo fuera del gremio y obediencia de la Iglesia católica, podían contraer matrimonio con total independencia de la sanción religiosa; no obstante declarar que no se apelaría a violencias ni opresión para *nadie* en cuestión de tal naturaleza, y que se dejaban en vigor las disposiciones de la Ley de 18 de junio de 1870, para los que no celebraran el matrimonio canónico.

(61) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 13.

(62) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 13.

Tampoco se puntualizaba bien el derecho del Estado respecto de los matrimonios católicos contraídos exclusivamente bajo las reglas y condiciones canónicas, toda vez que la obligación de inscribirlos en el Registro, por sí sola no constituía ni podrá constituir la necesaria sanción de la ley civil al contrato, fuera cualquiera el lugar en que el casamiento se celebrara y la persona que lo legalizara» (63).

Aprobado el proyecto, con modificaciones, por el Senado es remitido al Congreso de Diputados, donde no se logra pasar de la discusión de la base 3.^a como consecuencia de la disolución de las Cámaras.

Reunidas en 1886 las nuevas Cortes, continúa el difícil caminar hacia el Código civil, cuya siguiente etapa sería la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

La Base 3.^a de la citada Ley establece los puntos a tener en cuenta para redactar los artículos del Código relativos a la regulación del matrimonio. El texto de tal base es el siguiente:

«Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará de modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica, admitida en el Reino por la Ley 13, tít. 1.º, de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil.»

Esta base fue negociada con la Santa Sede; las líneas maestras de tal negociación pueden resumirse con Postius así: «El ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez, entabló negociaciones confidenciales con el Nuncio Rampolla del Tíndaro para llegar a una fórmula de avenencia acerca de la base 3.^a del Código civil. La Santa Sede no admitía dos formas de matrimonio, una para los católicos y otra para los no católicos, y sólo se prestaba a callar si el Gobierno daba por su cuenta una ley sobre el matrimonio de los católicos. El Gobierno quería el asentimiento expreso a la legislación matrimonial y entonces se convino entre Ministro y Nuncio la fórmula [de la Base 3.^a]... El Gobierno aceptó la fórmula con la reserva de presentarla a las Cortes y el Nuncio con la de someterla a la aprobación del Papa, quien, por conducto del Cardenal Mocenni, comunicó al Embajador la fórmula definitiva: «Su Santidad aprueba lo que en las dos partes de la base se refiere al matrimonio de los católicos —la Santa Sede deja que el Estado regule efectos civiles del matrimonio—. La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la Iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos;

(63) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., págs. 14 y 15.

el Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas...» (64).

No podemos entrar en un análisis de las negociaciones conculatorias (65), pero a tales negociaciones se deben las alteraciones, meramente formales, pero que contribuyen a precisar el contenido, con respecto al artículo 30 del antiguo proyecto de Alonso Martínez (recordemos que en esta nueva fase codificadora la cartera de Gracia y Justicia era nuevamente desempeñada por Alonso Martínez).

Se pretendía con esta Base 3.^a establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario; el matrimonio canónico tendría efectos civiles, su regulación queda encomendada al ordenamiento canónico, y estarán obligados a contraerlo aquellos que «profesen la Religión Católica». La presencia de una autoridad estatal está justificada «... con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil...»

Aún serían necesarios varios pasos más para alcanzar la vigencia del deseado Código: un Real Decreto de 6 de octubre de 1888 manda que se publique el texto del Código conforme a la redacción dada por la comisión siguiendo la Ley de Bases; un Real Decreto de 11 de febrero proroga el plazo de entrada en vigor del Código hasta el 1.º de mayo siguiente; una iniciativa de Gumersindo Azcárate, hace que se dicte una ley en 26 de mayo de 1889, por la que se ordena al Gobierno hacer una nueva edición del Código, en la que se incluirán las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, fueran necesarias según el resultado de las discusiones surgidas en ambas cámaras; al fin un Real Decreto de 24 de julio de 1889 manda insertar en la «Gaceta de Madrid» esta nueva edición.

La codificación civil, cuyos primeros intentos surgen el 5 de febrero de 1811 por los auspicios de las Cortes de Cádiz, llegaría a cristalizar en un cuerpo concreto con la firma de María Cristina, tras setenta y ocho años de intensos cambios políticos que influyen, sin duda, en las oscilaciones codificadoras.

Concretado el sistema matrimonial en el artículo 42 del Código civil: «La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código». No significa esto, en absoluto, la claridad en el sistema. El matrimonio canónico surte efectos civiles, y junto a él se regula un matrimonio civil, pero sólo podrán contraerlo los que no «profesen el catolicismo». Pero ¿qué es «profesar...»? Los continuos cambios legislativos, en materia matrimonial, hasta la promulgación del Código civil no terminan con su publicación, a partir de entonces también se va a dar en la práctica, en España, todos los sistemas matrimoniales posibles a nivel teórico.

(64) POSTIUS Y SALA, Juan, *El Código Canónico aplicado a España en forma de instituciones*, quinta edición, Madrid, 1926, págs. 315 y 316.

(65) Se puede ver un completo análisis de las mismas en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., págs. 35 y ss.

El término «profesar...» entra así con todas las solemnidades —a nivel de Código— a formar parte del ordenamiento jurídico español, y con él una grave dificultad para determinar con exactitud, cual es el sistema matrimonial español.

La Administración inmediatamente trató de interpretar tal término —en realidad de calificar el sistema matrimonial español—. A indicar el contenido de esos intentos calificadores, en el período comprendido entre la promulgación del Código civil y la II República española estarán dedicadas las siguientes líneas.

La afirmación de García Cantero en el sentido de que «La imprecisa expresión terminológica del artículo 42 ha permitido, que según las condiciones político-religiosas de los partidos turnantes en el Poder, se exigiera con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica y, en consecuencia, se diera mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil» (66), es perfectamente cierta en este período (es obvia su inaplicabilidad en los posteriores períodos, ya que durante la II República el artículo 42 queda virtualmente derogado, y que en nuestra más reciente historia, hasta muy recientemente, los partidos políticos carecen de existencia legal). Así quedará puesto de relieve a continuación.

Las dificultades que tal expresión iba a plantear fueron señaladas por Azcárate, aún antes de la promulgación del Código, «¿Quién va a declarar si los contrayentes son o no católicos?... ¿Ellos mismos? ¿O será preciso que la Iglesia lo declare?» (67) no obstante la expresión subsistió, y la primera respuesta a las preguntas de Azcárate fue dada mediante la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, dictada durante el Gobierno conservador.

La Real Orden de 1900 se inclina por una solución relativamente restrictiva si la comparamos con la siguiente, pero menos restrictiva de lo que cabría suponer (68). Considera la Real Orden de 1900 que

(66) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 16.

(67) Citado en DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., página 15.

(68) Este es el texto completo de tal Real Orden: «Instruido expediente con motivo de una instancia de D. J. P. V. en solicitud de que se resolviera, según lo dispuesto en el artículo 83 y siguientes del Código civil y en la Orden de la Dirección General de 19 de junio de 1880, que la manifestación por los interesados del deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código Civil, y la ratificación exigida en el 89 del mismo, exime de todo otro requisito que no sea de los taxativamente expresados en la Ley para conseguir su pretensión: Vistos los artículos 4.º y 42 del Código, la resolución... de 1.º de junio de 1880 y las Reales órdenes recaídas en expedientes de dispensa, de impedimentos para contraer matrimonio civil.

Considerando que para la celebración del matrimonio civil han de observarse, no sólo y exclusivamente, según pretende el recurrente, los preceptos consignados en el cap. 3.º del título 4.º, libro 1.º, del Código Civil, que tratan de un modo concreto o especial de dicho matrimonio, sino además los contenidos en el capítulo 1.º del expresado título y libro, que comprenden, como su epígrafe declara, las disposiciones que convienen a las dos únicas formas del matrimonio reconocidas por dicho Código:

Considerando que el artículo 42 del mismo Código, que es el primero

no profesar la Religión Católica es equivalente a «declaración hecha ante la autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...». Así, pues, esta Real Orden no sólo pretende solucionar el tema del contenido del término «profesar, sino que soluciona otro problema planteado por el artículo 42: bastará con la declaración de uno de ellos de los contrayentes para que se pueda celebrar el matrimonio civil.

Aunque esta Real Orden sea dirigida a resolver un caso concreto, su importancia es trascendental, y así lo ha entendido la generalidad de la Doctrina (69), desprendiéndose de sus opiniones que consideraran tal Real Orden de aplicación general.

A pesar de la escasa dificultad que supone para acceder al matrimonio civil, la declaración exigida por la Real Orden de 1900 —extrema facilidad que ha motivado críticas doctrinales (70)— el Go-

del referido cap. 1.º, impone a los que profesan la Religión Católica, la obligación de contraer matrimonio canónicamente, o sea, con arreglo a las disposiciones de la Iglesia y del Santo Concilio de Trento, según declara el artículo 75 del propio cuerpo legal:

Considerando que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión Católica y quieren contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigirles autorizando actos de tanta trascendencia que adoleciesen el vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4.º del Código Civil.

Considerando que, de acuerdo con esta interpretación, se ha dictado repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...:

Considerando que la resolución de esta Dirección general de 19 de junio de 1880, que invoca el recurrente en apoyo de su petición, aunque se refiere al Real Decreto de 9 de febrero de 1875, que estableció la eficacia jurídica o civil del matrimonio canónico, se halla inspirada en el mismo sentido que las dictadas con posterioridad a la promulgación del Código Civil, en cuanto a la necesidad del que tenían los que solicitaban la celebración del matrimonio civil de manifestar al funcionario competente para celebrarlo que no profesaban la Religión Católica:

Considerando que la pretensión deducida por D. J. P. V. se halla en abierta oposición con los referidos preceptos del Código...:

El Rey (Q. D. G.)... ha tenido a bien resolver que no ha lugar a la pretensión formulada ante este centro directivo por el mencionado D.J.P.V.».

(69) ESCUDERO ESCORZA, Ferrando, ob. cit., págs. 104 y 105; DE FUENMAYOR CHAMFÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 15 y 16; GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 16; CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, pág. 126; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil y revisión del Concordato. (Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XXVIII, fascículo III, julio-septiembre MCMLXXV, pág. 654.

(70) Vid., por ejemplo, LÓPEZ NIÑO, José María, *Los sistemas Matrimoniales en el Derecho concordatario*, Madrid, 1971, pág. 139, y DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 645.

bierno liberal de Romanones suaviza tal exigencia mediante una nueva Real Orden de 27 de agosto de 1906 (71).

En virtud de la Real Orden de 1906 se da la interpretación más amplia posible del artículo 42 de C. c. Para justificar tal interpretación se emplean varios argumentos: 1. La Real Orden de 1900 sólo se dictó para ser aplicada en un caso concreto —y por lo tanto no tiene validez general—; por nuestra parte nos preguntamos: ¿Si no es de aplicación general, por qué mencionarla?; 2. El artículo 42 del C. c.

(71) «Ilmo. Sr.: Habiéndose suscitado dudas sobre la manera de aplicar las disposiciones del Código Civil vigente que se relacionan con los requisitos que han de preceder a la celebración del matrimonio civil, establecido por el capítulo 3.º, título 5.º, libro 1.º, del mismo Código.

Teniendo en cuenta que la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, última disposición que se ha dictado sobre esta materia, no es de aplicación general, refiriéndose tan sólo a un caso especial, que fue resuelto en el sentido de denegar la instancia del solicitante, que pedía se resolviese «que la manifestación por los interesados de su deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código, y la ratificación exigida en el 89 del mismo eximen de todo otro requisito que no sea de los expresados taxativamente en la Ley para conseguir su pretensión».

Atendiendo asimismo que la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualización que más puede satisfacer a la conciencia de los que profesan la Religión Católica y que por profesarla tienen la obligación de orden moral de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

Considerando que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los artículos 86 y 89 del citado Código, ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

Considerando que la interpretación en este sentido de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la Comisión que defendieron el proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución vigente y, a mayor abundamiento se ajusta a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue:

Considerando que, no obstante lo resuelto por la Real Orden antes mencionada de 28 de diciembre de 1900 y alguna resolución adoptada en el sentido de que se exigiera celebrando matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos:

En atención a las razones y fundamentos legales expuestos, S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86 y 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa a la religión que profesan, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece.

De Real Orden lo digo a V. I. para conocimiento y efectos que correspondan, debiendo comunicarlo, en la forma más conveniente, a todos los jueces municipales encargados de los Registros civiles, Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 27 de agosto de 1906, Romanones.—Señor Director general de los Registros civiles y de la propiedad y del Notariado».

no establece ninguna restricción para los católicos, en cuanto a la posibilidad de acceder al matrimonio civil; 3. La declaración de no profesión no viene exigida en ningún lugar del Código, y 4. Según la interpretación dada por la Real Orden de 1906, no es necesario, para acceder al matrimonio civil, declarar que se profesa por lo tanto «no profesar» es según la Real Orden del 1906 equivalente a acudir a contraer matrimonio civil.

Estimamos que algunos de los argumentos empleados pueden ser considerados como válidos. No obstante la reacción contra tal Real Orden parece ser que fue fulminante, el propio Romanones la describe así:

«No puede sospecharse la estrepitosa protesta que levantó esta resolución, seguro estoy de que en ningún país del mundo, en pleno siglo xx, se hubiera producido otra igual... El Episcopado no omitió medio para atacarme. Hubo Obispo, como el de Tuy, que no se detuvo ante los respetos más elementales debidos al poder público, y me hizo blanco de los mayores vituperios, con tal arrojito que despertó en mi ánimo la simpatía. En una larga pastoral, deleitosa para las derechas, lo más suave que me llamó fue tonto... con el de Tuy habían hecho causa común todos los obispos de España. A sus ataques siguieron los de varios cabildos; el de Córdoba se destacó con tal violencia que fue necesario procesarlo» (72).

Mediante una circular de la Dirección General de Registros de 31 de agosto del mismo año se insta al cumplimiento de la Real Orden (73), ocasión que es aprovechada por el obispo de Badajoz para atacar el nuevo sistema con algo más que palabras. En efecto, el mencionado prelado interpone recurso contencioso administrativo contra la circular, resuelto por auto de 4 de febrero de 1907, en el sentido de considerar que no era impugnabile por su carácter civil (74).

Tales críticas, que son reiteradas por nuestra más moderna doctrina (75), provocan la pronta caída de la Real Orden de 1906.

En efecto, una Real Orden de 28 de febrero de 1907 pasa a modificar el sistema nuevamente (76).

(72) *Obras completas del Conde de Romanones*, tomo 3, «Memorias», páginas 216-218, citado en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., pág. 107.

(73) No transcribimos su contenido, pues no afecta, en absoluto, al tema aquí planteado; puede encontrarse en *Colección Legislativa de España*, primera serie, parte primera, «Legislación y disposiciones de la Administración central», tomo XXVI, volumen 3.º de 1906, Madrid, 1906, págs. 516 y 517.

(74) Vid. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema*, cit., págs. 17 y 18.

(75) Vid. ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., pág. 106; GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 17; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 645.

(76) El texto completo de tal R. O. es el siguiente:

Ilmo. Sr. Vista la consulta elaborada por el Juez de primera instancia de Montblanch:

Resultando que a fin de comprobar una solicitud de dispensa de impedimento para contraer matrimonio civil, José Miguel Vidal y Josefa Antonia Miquel Flanques pidieron certificaciones de ciertos documentos que obran en el archivo parroquial de Espluga de Francolí, y el cura párroco

Nuevamente coincide la más moderna doctrina en señalar la im-

se negó a expedirla y persistió en esta negativa cuando el Juzgado de Primera Instancia de Montblanch reclamó los aludidos documentos por gestión que los interesados hicieron en 24 de diciembre último. Expresó en el oficio denegatorio que «sin ánimo de desobedecer las legítimas ordenaciones de la Autoridad civil, estaba dispuesto a cooperar a la recta administración de justicia y expedir las certificaciones de las partidas que se le pidieron para actos del estado civil o para asuntos del Registro, no pudiendo, sin violentar su conciencia, librarlas cuando se pidan para celebrar matrimonio civil de católicos, que, además de cometer con ello un gravísimo pecado, vienen obligados, según el artículo 42, en su relación con el 75, del Código civil, a contraer el canónico».

Resultando que renovada la orden del juez, con apercibimiento al párroco de ser procesado por desobediencia y denegación de auxilio si en el término de cuarenta y ocho horas no expedía las certificaciones, contestó éste que los libros de la época a que ellas se referían están en el palacio Arzobispal de Tarragona:

Resultando que el Prelado Metropolitano, a quien el Juzgado entonces las reclamó, manifestó no poder acceder «por razón de pedirse dichas certificaciones para contraer matrimonio civil por dos súbditos suyos que antes de dirigirse al Juzgado a pedir la dispensa la habían pedido a su propio párroco y al Expedicionero Diocesano de preces a Roma. Nos no podemos (añadió), sin gravar nuestra conciencia, cooperar con nuestro auxilio a la comisión de un gravísimo pecado, como es el que cometen dos católicos que, con desprecio de las leyes de la Iglesia, contraen o intentan contraer matrimonio civil... Entendemos, por otra parte, que el acto intentado por los referidos contrayentes no tan sólo es anticanónico, sino también ilegal. Ninguna competencia tiene ni se ha querido arrogar el Estado referente al matrimonio de los católicos, según se desprende de los artículos 42, en relación al 75, del Código Civil». El Arzobispo rogó, por fin, al Juez exhortante que suspendiese las diligencias, indicando a los peticionarios que acudiesen a él para obtener la dispensa:

Resultando que el Juez de primera instancia de Montblanch, con suspensión del curso del expediente, pide que se le comunique la resolución que se estime procedente:

Considerando, cuanto a las certificaciones reclamadas, que expedirlas o denegarlas no es potestativo, ni puede quedar al arbitrio de las Autoridades eclesiásticas, toda vez que por efectos de la coordinada armonía entre la Iglesia y el Estado, los documentos cuyos originales se custodien en archivos parroquiales o diocesanos resultan con frecuencia necesarios e insustituibles para comprobación de hechos definitorios del estado civil de las personas, o concernientes al vínculo matrimonial, para ejercitar derechos de otra índole en el orden civil o para apoyar instancias o gestiones del orden administrativo; necesidad que todavía se acrecienta cuando los documentos datan de tiempos anteriores a la institución del Registro Civil:

Considerando que, según el artículo 11 de la Constitución de la Monarquía y lo dispuesto en el título IV, libro I, del Código Civil, las certificaciones o compulsas de documentos custodiados en archivos parroquiales o diocesanos pueden ser necesarias para instruir y formalizar expedientes o actuaciones de matrimonio civil, o con este relacionadas, y en casos tales el ejercicio de derechos que las leyes reconocen y amparan tampoco puede quedar subordinado al acuerdo de la Autoridad eclesiástica, ni ésta puede optar entre expedir o denegar copias fehacientes en razón del designio con que fueron reclamadas:

Considerando que las negativas opuestas por el cura párroco de Espluga de Francolí y por el prelado Metropolitano de Tarragona no implican desconocimiento de esta doctrina, sino que provienen del hecho de ser tenidos por católicos, esta vez, los solicitantes de dispensa de impedimento para

portancia de la Real Orden (77), y en señalar que con esta Real

contraer matrimonio civil, quienes antes la habían pedido a su propio párroco y en el Expedicionero Diocesano de Preces a Roma, y se fundan en estimar que el artículo 42 y sus concordantes del Código civil obligan a los católicos que quieran contraer matrimonio a observar y guardar las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino; de manera que los motivos invocados para denegar las certificaciones caducarían si constase que los futuros contrayentes del matrimonio jamás pertenecieron, o dejaron de pertenecer a la Iglesia Católica:

Considerando que la Real Orden emanada de este ministerio en 27 de agosto último, al proclamar «la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley» y al disponer «que no se exija a quienes pretenden contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen», excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación a interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración, a las Cortes con el Rey.

Considerando que, además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial otras muchas y graves perturbaciones causarían hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de rigurosa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales que por ministerio de la Ley sean competentes, según quedó reconocido en Reales Ordenes de 27 de diciembre de 1905 y 17 de marzo de 1906:

Considerando que al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, y cuando sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia acerca de derechos civiles y de cualquiera materia reservada a la competencia de los Tribunales, según aconteció al expedir la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, en contra de la cual y de los precedentes por ella mencionados resulta dictada con carácter de estatuto general la otra Real Orden de 27 de agosto de 1906:

Considerando que para la generalidad de casos de desacuerdo entre las Autoridades civiles y eclesiásticas sobre opción entre ambas formas de matrimonio o sobre incidencias de tales asuntos, incumbe al Ministerio fiscal promover, en el orden de jurisdicción que cada vez señalen como adecuado las circunstancias, la aplicación de las disposiciones vigentes, a reserva de las que nuevamente fueron acordados o estatuidas con el desigmo de prevenir o resolver mejor estos conflictos.

S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver:

1.º Que se deje sin efecto la citada Real Orden de 17 de agosto de 1906.
2.º Que en cuando llegue a constar en el expediente que sus promovedores, José Miguel y Josefa Antonia Miquel, según el artículo 42 del Código, no deban contraer matrimonio canónico, el Juzgado de Montblanch, oído el Ministerio Fiscal, podrá y deberá insistir en la reclamación de cualesquiera documentos custodiados en los archivos eclesiásticos que estime necesario para completar las diligencias relativas al matrimonio civil o a cualquiera de sus incidencias.

3.º Que, como regla general, en los desacuerdos que entre Autoridades monio, entrega de certificaciones u otras incidencias de asuntos tales, el Fiscal de S. M. en la Audiencia del territorio sea oído para que cada vez que corresponda promueva la aplicación de las disposiciones vigentes.

Orden de 1907 se vuelve a poner en vigor la Real Orden de 1900 (78). Si bien la primera idea es correcta, tal vez la segunda exija alguna matización. Pero analicemos la Real Orden de 1907.

Al igual que en la Real Orden de 1900, también ahora un caso concreto hace surgir una disposición de pretendida aplicación general.

La contumacia de un párroco secundada por un obispo —que da claro, una vez más, que el Episcopado español no renunció a ningún arma para luchar contra la Real Orden— en no facilitar una documentación obrante en sus archivos (y que están obligados a facilitar, según se ocupa de señalar la propia Real Orden), y necesaria para que se pueda celebrar un matrimonio civil, aduciendo que ello permitiría que se celebrase tal matrimonio, lo cual contradice a la moral («cometer un gravísimo pecado») y al ordenamiento civil español («vienen obligados, según el art. 42»), dio lugar a que la autoridad estatal derogase la Real Orden de 1906. Es bien cierto que la Real Orden de 1908 aduce razones jurídicas, pero es igualmente cierto que el elemento desencadenante de la actuación administrativa es la actitud de la Autoridad Eclesiástica.

Decíamos más arriba que no considerábamos exacta la opinión doctrinal, en virtud de la cual mediante la Real Orden de 1907 entra nuevamente en vigor la Real Orden de 1900. En efecto:

Las afirmaciones básicas, de la Real Orden de 1907 en las que apoyamos nuestra opinión son las siguientes:

«... la Real Orden emanada de este Ministerio en 17 de agosto último... excede el límite de las facultades ministeriales, por cuanto *la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de justicia...*» y «...al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, *y cuando sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia a cerca de derechos civiles y de cualquier materia reservada a la competencia de los Tribunales..* ».

Lo que la Real Orden de 1907 dice realmente es, que si la administración tiene que «interpretar», debe de hacerlo en el sentido en que hayan interpretado los Tribunales. Si lo hace en

De Real Orden, lo digo a V. I. para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 28 de febrero de 1907, Figueroa. Señor Director general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado».

(77) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 17; DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 18 y 19; CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, pág. 126; ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., págs. 107-109; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 646; LÓPEZ NIÑO, José María, ob. cit., pág. 141; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHEO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 29; ESPÍN, Diego, ob. cit., pág. 26.

(78) Vid. nota anterior.

sentido distinto tal «interpretación» será nula de pleno derecho. Si se alude a la Real Orden de 1900 no es para señalar su validez general, sino meramente a título ejemplificador: la Real Orden de 1900 era válida porque no se oponía la interpretación jurisprudencial.

Desde tal punto de vista parece innecesario el «Resolver que se deje sin efecto la ... Real Orden de 27 de agosto de 1906»; ya que tal disposición, en el caso de oponerse a la interpretación jurisprudencial, era nula de pleno derecho.

La Real Orden de 1907 adopta una postura que consideramos plenamente acertada: la interpretación del término «profesar»... corresponde a los tribunales de justicia, unificando los criterios el T. S., y las disposiciones administrativas sólo serán legales en la medida en que se ajusten a la interpretación jurisprudencial del término.

Siguiendo escrupulosamente su propio texto, la Real Orden de 1907 en su parte resolutoria afirma: «...cuando llegue a constar en expediente que sus promovedores... según el art. 42 del Código, no deban contraer matrimonio canónico...», sin pretender señalar qué es lo que exactamente debe constar en el expediente, dejando tal extremo a merced de la opinión judicial.

La siguiente etapa de esta agitada historia viene marcada por la Real Orden de 28 de junio de 1913 (79).

(79) Este es el texto completo de tal disposición:

«Vista la instancia dirigida al juez municipal de..., con fecha 31 de agosto último, en la que N. N. y N. N., vecinos de dicha población, solicitaron del juzgado, acompañando los documentos necesarios, que se instruyan las diligencias previas para el matrimonio civil que pensaban contraer, declarando no pertenecer a la Religión Católica y no habían demostrado estar separados de ella ni reconocido otra alguna:

Vistos el párrafo 2.º del artículo 11 de la vigente Constitución de la Monarquía, los artículos 2.º y 42 del Código civil, las órdenes resolutorias de 28 de junio de 1880 y de 28 de diciembre de 1900, la Real Orden de 28 de febrero de 1907, así como el párrafo último del artículo 369 del Código penal y el 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Considerando que ha sido y es criterio constante de interpretación, del citado artículo 42 *con reducidas y efímeras desviaciones*, que la declaración hecha por ambos o uno solo de los que pretendan contraer matrimonio civil de no profesar la Religión Católica, basta para exceptuarlo de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo.

Considerando que esta declaración expresa la han hecho N. N. y N. N. en el escrito presentado al juez municipal de..., en 31 de agosto del año último, que dice: «...desean contraer matrimonio civil, por no pertenecer a la Religión Católica, y conforme a las disposiciones vigentes, artículos 42 y siguientes del Código civil, para cuyo efecto acompañan a esta declaración los necesarios documentos...».

Considerando que al proveer a esta petición el juez municipal de..., en 16 de septiembre inmediato, desestimando la pretensión deducida en el escrito de referencia, «por cuanto que los recurrentes consta de un modo fehaciente pertenecen a la Religión Católica, y no han demostrado ni antes ni después al matrimonio proyectado estar separados ni conocida otra religión que la Católica Apostólica Romana», infringe las primeras disposiciones citadas al principio, desconoce un derecho atribuido a los solicitantes, ejercitado en forma legal, a pretexto tan exorbitante como el de suponer

Nuestra doctrina ha concedido menor interés a la presente: Real Orden que las anteriores (80), es cierto que no supone, en apariencia, un cambio radical, pero sí tiene una importancia notable.

Según la interpretación que hemos dado a la Real Orden de 1907, de acuerdo con el propio artículo 42 del C. c., la situación quedaba clasificada en el sentido de que era competencia de los jueces el completar el contenido del término «profesar»... Sin embargo, en el caso resuelto por la Real Orden de 1913, se insta al fiscal para que incoe un sumario, contra un Juez que se opone a la celebración de un matrimonio civil, en razón de que estima que los contrayentes «profesan la Religión católica», y que por tanto, estarían obligados a contraer matrimonio canónico.

La Real Orden de 1913 considera válida la Real Orden de 1907—la cita varias veces para apoyar sus conclusiones— y sin embargo, intenta sancionar a un Juez que la aplica. ¿Cómo explicar esta contradicción?

Tal vez la única explicación posible —y es una mera hipótesis, pues nada se dice expresamente en la Real Orden comentada— es que los jueces habían ejercitado su función interpretadora —según señalaba la Real Orden de 1907—, pero que en algún momento el T. S. completó la tarea interpretadora de todos los escalones del

que autorice la ley, ni pueda existir ni prevalecer contra ella otra prueba del estado de conciencia, de naturaleza tan íntima y respetable, como la solemne declaración del interesado:

Considerando, por último, que no son los jueces municipales en todo caso los funcionarios encargados de discernir la permanencia o alejamiento de la comunidad de fieles de la iglesia Católica Apostólica Romana, y en este sentido, y para el caso no suscitado de desacuerdo sobre el particular entre autoridades civiles y eclesiásticas, al párrafo 3.º de la Real Orden de 28 de febrero de 1907, establece un procedimiento que no ha seguido el juez municipal de...

S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido disponer:

1.º Que se remita al Fiscal de la Audiencia de... la instancia extractada para que promueva, si procediere, la incoación del aportado sumario contra el juez municipal de..., quien parece incluso en la responsabilidad señalada en el artículo 369 del Código penal, y que dé cuenta a este Ministerio del recibo de la orden y de su cumplimiento.

2.º Que se imponga al repetido juez municipal la multa de 100 pesetas, cuya esación será encomendada al juez de primera instancia de...

3.º Que se ordene al nombrado juez de primera instancia que requiera a los interesados para que reproduzcan su instancia acompañada de los documentos oportunos ante el dicho juez municipal, y a éste para que admita y tramite sin dilación el oportuno expediente, bajo apercibimiento de proceder contra él a lo que haya lugar.

4.º Que esta resolución se publique en la «Gaceta de Madrid» y en «Boletín Oficial» de este Ministerio.

De Real Orden, comunicada por el excelentísimo señor Ministro de Gracia y Justicia, lo digo a V. S. para su conocimiento y fines expresado. Dios guarde a V. S. muchos años. Madrid, 28 de junio de 1913.—El Director General, Fernando Weyler. Señor Fiscal de la Audiencia de...»

(80) No es citada en ESPÍN, Diego, ob. cit.; LÓPEZ NIÑO, José María, ob. cit.; CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto.

poder judicial, con su misión unificadora. En definitiva, que el T. S. sentó jurisprudencia en el sentido de considerar que «no profesar...» es equivalente a «declarar que no se profesa...». Si aparece claro en la Real Orden de 1913 que tal era la interpretación dominante en la época.

La primera historia de nuestro artículo 42 del C. c. podría resumirse en el sentido de que en el período transcurrido desde su promulgación hasta la II República, el término «profesar...» ha tenido una interpretación mayoritaria en el sentido de que «no profesar...» equivale a «declarar que no se profesa...» interpretación a la que, con De la Hera, consideramos que «... no le falta lógica... en lo que hace a la fuerza de la declaración de acatolicidad, no es que ésta se presuma verdadera *iuris et de iure*, sin que quepa alegar en contra la vida hasta ese momento llevada por el declarante; es que, al declarar su acatolicidad para celebrar un matrimonio civil está indudablemente separándose de la Iglesia en ese instante, y así la declaración es siempre verdadera...» (81). Sólo hay un breve paréntesis en tal interpretación, es el transcurrido desde la Real Orden de 27 de agosto de 1906 hasta la Real Orden de 28 de febrero de 1907. Siendo de destacar esta última Real Orden por situar la resolución del problema en sus justos términos —al menos en nuestra opinión—, como ya se indicó más arriba.

V. LA LEGISLACION MATRIMONIAL DE LA II REPUBLICA ESPAÑOLA. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO.

La tortuosa ruta seguida por la legislación matrimonial, sufriría un nuevo quiebro con el advenimiento de la II República española. El sistema se clarificó —es obvio— con la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil.

Un rápido recorrido por la legislación matrimonial de la II República en sus dos primeros años, será suficiente para obtener una clara panorámica de la situación del matrimonio en España, en ese momento. Dedicaremos una mayor atención al período transcurrido desde el 14 de abril de 1931 hasta el 4 de julio del siguiente año; ya que en este período se plantean los principales problemas relativos al sistema matrimonial.

Instaurada la República el día 14 de abril de 1931 comienza la actividad legislativa ese mismo día, uno de los cuatro decretos que se dictan en esa fecha incide directamente en la temática aquí analizada (82). Nos referimos al Decreto en el que se marcan las

(81) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 647.

(82) Los otros tres decretos se refieren: 1.º Nombramiento de Niceto Alcalá Zamora como Presidente del Gobierno provisional de la República. 2.º Concesión de una amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta, y 3.º Declarando fiestas nacionales el 15 de abril de 1931 y el 14 de abril de los sucesivos años.

líneas de actuación del Gobierno provisional, y más en concreto a su punto 3.º en el que se dice: «El Gobierno provisional hace pública su dedicación de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, *sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas*» (el subrayado es nuestro). Aunque el Gobierno se sometía a las Cortes Constituyentes (preámbulo y punto 1.º del Decreto), esta declaración tendría una notable importancia. En razón de que se insiste en el mismo sentido en otro Decreto posterior, dejaremos para ese momento nuestro comentario.

La siguiente disposición republicana en materia de Derecho matrimonial es una Orden Ministerial de 5 de mayo de 1931 relativa a la aplicación del Código Civil para la determinación de la mayoría de edad a efectos de aplicación del régimen de protección social a la familia. Su nula incidencia en la regulación jurídica del acceso al matrimonio exime de cualquier comentario.

La sustitución de un régimen de tolerancia por uno de libertad de cultos, hace que el Ministro de Justicia presente un proyecto de Decreto de libertad de cultos al Consejo de Ministros, que se transforma en Decreto con la sanción del presidente del Gobierno. El artículo 1.º de esta disposición de 22 de mayo de 1931 decreta:

«Nadie, en ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión; en su virtud, *los funcionarios así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les están subordinando*» (el subrayado es nuestro).

El tenor es el mismo que el del punto 3.º del Decreto del 14 de abril, ello permite un comentario conjunto de ambas disposiciones.

De la Hera, refiriéndose a ambos Decretos y a las Reales Ordenes de 1900 y 1913, afirma: «... De atenerse a lo dispuesto por el Gobierno republicano, se hace imposible exigir la declaración de no profesión de la religión católica que las citadas Reales Ordenes imponían interpretando el artículo 42 del Código civil...» (83). Si el sistema matrimonial español venía regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, en el sentido que las interpreta la generalidad de la doctrina, y hay que aplicar los Decretos de 1931, llevando el razonamiento de De la Hera al límite, cabría concluir que la República había prohibido el matrimonio civil; ya que en virtud de los Decretos de 1931, nadie podría cumplir los requisitos, exigidos por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, para contraer matrimonio civil. Tal conclusión sería absurda, pero además técnicamente incorrecta:

De ser cierto, y no lo es, que el acceso al matrimonio civil viene regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913; tales disposiciones quedarían derogadas, en lo que se refiere a la declaración de no

(83) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 648.

profesión, como consecuencia de la promulgación de normas contrarias, posteriores y de rango superior: los Decretos de 1931. Con este razonamiento se llegaría a la conclusión de que el régimen de acceso al matrimonio civil, sería regulado por la Real Orden de 27 de agosto de 1906.

Pero es que tal razonamiento tampoco es correcto. La regulación de la admisión al matrimonio civil viene dada en el artículo 42 del C. c., artículo que debe ser interpretado en el sentido propugnado por la Real Orden de 28 de febrero de 1907. Así las cosas cabría plantear otro problema: ¿Puede el poder judicial interpretando, como es su obligación, el artículo 42, apartarse de los Decretos de 1931? La pregunta tiene en apariencia difícil respuesta. Pero teniendo en cuenta la especialísima naturaleza del Decreto del 14 de abril —al que cabría calificar del Decreto constitucional—, se debería responder en el sentido de que los jueces no podrían solicitar la declaración de no profesión. Así pues, por este otro camino que es el que consideramos correcto, se llega a la misma solución, el régimen aplicable sería el de la Real Orden de Romanones, pero ello en razón únicamente, de su coincidencia con los Decretos de 1931.

Las restricciones para los matrimonios de militares son suprimidas mediante Ley —la primera norma, en materia matrimonial, de la República, con rango de Ley— de 18 de septiembre de 1931 (84).

Un Decreto de 3 de noviembre de 1931, a la vez que anuncia la preparación de las leyes de divorcio y matrimonio civil, transpasa la competencia de los Tribunales eclesiásticos a los civiles en las causas de nulidad y separación.

El 9 de diciembre de 1931 se promulga la nueva Constitución (85).

(84) «Artículo único. A partir de la fecha de la promulgación de esta ley, todos los generales, jefes y oficiales y sus asimilados y clases de tropa de segunda categoría que pertenezcan al Ejército, en cualquier situación, podrán contraer matrimonio libremente, sin más limitación que la exigida por las leyes generales del Estado.»

(85) A partir de dicho texto legal, los elementos del sistema de Derecho Eclesiástico Estatal Constitucional serían los siguientes:

Art. 3.º «El Estado español no tiene religión oficial.»

Art. 14, punto 2.º «Son de exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes... Relación entre las Iglesias y el Estado y régimen de cultos.»

Art. 15, punto 1.º «Corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: ...en cuanto a la legislación civil, la forma de matrimonio...»

Art. 25, párrafo 1.º «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: ... las creencias religiosas.»

Art. 26. «Todas las confesiones religiosas serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán,

Es bien sabido que el vértice de la pirámide kelseniana no es de aplicación inmediata. Que las normas constitucionales deben de ser desarrolladas en otras ordinarias que permitan su aplicación.

En materia matrimonial la Constitución de 1931 marca unas líneas claras; se va hacia un sistema de matrimonio civil obligatorio, siendo este matrimonio disoluble.

Creemos que el 9 de diciembre de 1931 el artículo 42 del C. c. no fue derogado, y que el sistema matrimonial era aún facultativo. Un análisis de los matrimonios celebrados desde tal fecha hasta

favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Clero.

Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que estatariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustadas a las siguientes bases:

1.º Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado.

2.º Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia.

3.º Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.

4.º Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.

5.º Sumisión a todas las leyes tributarias del país.

6.º Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación.

Los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados.»

Art. 27. «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno.

Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución, para el nombramiento del presidente de la República y para ser presidente del Consejo de Ministros.»

Art. 41, párrafo 2.º «No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales y religiosas.»

Art. 43, párrafo 1.º «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.»

Art. 48, párrafos 5.º y 6.º. «La enseñanza será laica...

Se reconoce a las iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos.»

Art. 70, punto b). «No podrán ser elegibles ni tampoco propuestos para candidatos [al puesto de presidente de la República]... los eclesiásticos, los ministros de las varias confesiones y los religiosos profesos.»

la promulgación de la ley de matrimonio civil permitiría admitir o refutar esta opinión.

La proximidad de una Ley del Divorcio hace que el Decreto de 3 de noviembre sea suspendido el 10 de diciembre siguiente, las demandas pendientes se tramitarán de acuerdo con la ley en proyecto (una prueba más de la provisionalidad, patológica, de la legislación matrimonial en nuestro país en todas las épocas).

La inexistencia de una norma clara —pensamos que sólo las Reales Ordenes de 1906 y 1907 han sido claras— en cuanto a la regulación de acceso al matrimonio civil, motiva que, con un retraso de diez meses, se dicte una Orden Ministerial el 10 de febrero de 1932 (86); la finalidad básica de tal Orden es derogar una norma: La Real Orden de 1900. Suponiendo que la Real Orden de 1900 fuese de aplicación general, al dictarse la Orden de 1932 llevaba ya más de un cuarto de siglo derogada, pero aun suponiendo que la

(86) «Considerando que establecidos en la Constitución vigente los principios de afesionalidad del Estado y de plena libertad de conciencia para profesar y practicar cualquier religión, es de toda evidencia que hasta que la Ley de Matrimonio Civil que actualmente redacta, para someterla a la aprobación del Gobierno y después a la de las Cortes, la Comisión Jurídica Asesora, se regulen definitivamente los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio, no debe exigirse a los que se propongan contraer la civilmente declaración previa alguna acerca de sus creencias, quedando el precepto del artículo 42 del Código civil reducido a sus verdaderos límites de simple advertencia que solamente puede atender la conciencia de los interesados;

Considerando que por consecuencia de lo antes expuesto, y hasta que se apruebe y publique la Ley sobre Matrimonio civil, procede declarar derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y disponer que los jueces municipales y los agentes diplomáticos y consulares que hagan sus veces en el extranjero, procedan a los matrimonios civiles de los que lo soliciten, sin exigir la declaración previa prevenida en la citada Real Orden;

Considerando que hasta tanto que aquella Ley se publique, es deber del Estado de facilitar la celebración del matrimonio civil, limitando y disminuyendo las dificultades que el actual sistema presenta, y a este fin deben existir en todos los Juzgados Municipales y Consulados impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil, que contengan todos los requisitos exigidos por el artículo 86 del Código civil, y puedan sencillamente llenarse por los interesados, sin que por facilitar esos modelos e instruir a los solicitantes puedan exigir los encargados del Registro derechos ni emolumentos de ninguna clase, pues será obligación suya el hacerla de modo absolutamente gratuito;

Este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1.º Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen.

2.º En todos los Juzgados Municipales de la República y Consulados de España en el extranjero existirán impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil formados con arreglo al modelo que adjunto se publica, con el fin de que puedan ser llenados por los solicitantes. Estos impresos serán facilitados gratuitamente por los jueces municipales y por los cónsules o vicecónsules, que deberán dar a los interesados las instrucciones para llenarlos debidamente, y todas las demás que sean precisas para la celebración del matrimonio, sin que por esto puedan percibir derechos ni retribución alguna.»

Real Orden de 1900 estuviese vigente al advenimiento de la República, la propia República la había derogado ya en tres ocasiones: 14 de abril, 22 de mayo y 9 de diciembre de 1931.

Podemos afirmar, sin ninguna pretensión irónica, que lo único que, la Orden de 10 de febrero de 1932, aporta al sistema matrimonial español es un impreso (87).

Uno de los dos proyectos más ambiciosos, en materia de la legislación matrimonial, de la República: el divorcio, obtiene su carta de naturaleza jurídica mediante la ley de 2 de marzo de 1932. En nada afecta a nuestro trabajo. El artículo 42 del C. c. sigue vigente.

Es, por fin, el 28 de junio de 1932 cuando se promulga la Ley de Matrimonio Civil, cumpliéndose así el segundo objetivo de la República en materia matrimonial (88). Finaliza con esta norma

(87) Vid. art. 2.º.

(88) Este es el texto íntegro:

«Artículo 1.º A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del libro primero del Código civil, con las modificaciones siguientes:

1.º Los mayores de edad no están obligados a obtener ni acreditar el consejo a que se refiere el número primero del artículo 45 y el artículo 67 del Código civil.

2.º La licencia que deben obtener los menores de edad se acreditará mediante documento autorizado por notario, por el funcionario ante quien debe celebrarse el matrimonio o por el juez municipal del domicilio del que haya de otorgarla, si no fuese elegido para la celebración del acto.

3.º Queda suprimido el impedimento señalado en el número cuarto del artículo 83 del Código civil.

4.º No podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, sustituyéndose con esta disposición lo establecido sobre impedimentos en los números segundo, tercero y cuarto del artículo 84 del mismo Código.

5.º El juez de primera instancia del partido al que pertenezca el juzgado municipal designado para la celebración del matrimonio corresponderá dispensar, a instancia de parte y mediando justa causa, los impedimentos nacidos de la consanguinidad en tercer grado entre colaterales, de la afinidad en la línea colateral, el comprendido en el número segundo del artículo 45 del Código civil y los referentes a los descendientes del adoptante con el adoptado. El mismo juez de primera instancia podrá dispensar la publicación de edictos por las causas que se indican en el artículo 92 del referido Código.

6.º El matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil omitiendo la lectura del artículo 57 de dicho cuerpo legal.

Art. 2.º No se exigirán derechos por el expediente matrimonial ni por la celebración del acto.

Art. 3.º Las certificaciones del Registro Civil y demás documentos que sean precisos para la celebración del matrimonio se expedirán en papel timbrado de la última clase y sin exacción de derechos, expresándose al pie de los mismos que sólo serán válidos para este fin.

Art. 4.º La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que da lugar la aplicación de esta Ley, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del

el cambio comenzado el 14 de abril anterior estableciendo un sistema de matrimonio civil obligatorio.

El artículo 42 del Código Civil queda borrado del Ordenamiento jurídico español (89); no es éste el único precepto matrimonial del Código civil que se deroga, pero no todos ellos son derogados, y no entramos en su análisis (90). Para nosotros el camino concluye, un sistema claro se establece en materia matrimonial. Es el legislador quien califica el sistema, los Tribunales no tienen ya que intervenir en la calificación del sistema matrimonial (91) la Ley de 28 de junio de 1932 establece un sistema de matrimonio civil obligatorio (92). Sería necesaria una guerra para cambiarlo, pero eso se verá más adelante.

Código civil. Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltos por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídas. Las sentencias y demás resoluciones, de los tribunales eclesiásticos sobre lo que constituye el objeto de esta Ley, no producirán efectos civiles.

Art. 5.º La presente Ley comenzará a regir a los treinta días, a contar desde el siguiente de su publicación en la «Gaceta de Madrid».

Art. 6.º Quedan derogadas todas las disposiciones legales, reglamentos, decretos y órdenes que se opongan a lo dispuesto en esta Ley.»

(89) «Queda derogado el artículo 42 del Código civil...». PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, *El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República*, Madrid, 1932, pág. 41. «Con esta disposición... desaparece el sistema de matrimonio civil facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio, incompatible por completo con el art. 42 y por tanto derogativo del mismo...». DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., págs. 649 y 650. «...ya no se trata de interpretar el art. 42 del Código civil: se le suprime de nuestro ordenamiento...». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 21. «... el 28 de junio de 1932 quedó suprimido el artículo 42 del Código civil...». LÓPEZ NIÑO, José María, ob. cit., pág. 141.

(90) Una tabla de artículos vigentes y derogados puede verse en PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, ob. cit., págs. 33 y ss.

(91) No queremos decir con esto que los Tribunales no interviniesen en materias matrimoniales. No intervinieron para calificar el sistema matrimonial. Pero hay numerosas sentencias en materia matrimonial; a título de ejemplo enumeraremos algunas de las más importantes, sólo del Tribunal Supremo y anteriores al 18 de julio de 1936: S. T. S. 3-II-33, S. T. S. 14-III-33, S. T. S. 29-III-33, S. T. S. 31-III-33, S. T. S. 30-III-33, S. T. S. 22-IV-33, S. T. S. 24-IV-33, S. T. S. 26-V-33, S. T. S. 26-VI-33, S. T. S. 11-X-33, S. T. S. 14-X-33, S. T. S. 16-X-33, S. T. S. 30-X-33, S. T. S. 7-XII-33, S. T. S. 21-XII-33, S. T. S. 30-I-34, S. T. S. 1-II-34, S. T. S. 8-II-34, S. T. S. 12-II-34, S. T. S. 28-II-34, S. T. S. 7-III-34, S. T. S. 27-III-34, S. T. S. 21-IV-34, S. T. S. 28-IV-34, S. T. S. 12-VI-34, S. T. S. 20-VI-34, S. T. S. 25-VI-34, S. T. S. 7-XII-34, S. T. S. 12-XII-34, S. T. S. 15-II-35, S. T. S. 4-III-35, S. T. S. 6-III-35, S. T. S. 19-III-35, S. T. S. 13-V-35, S. T. S. 27-VI-35, S. T. S. 19-XII-35, S. T. S. 9-I-36, S. T. S. 15-I-36, S. T. S. 6-II-36, S. T. S. 24-VI-36, S. T. S. 6-VII-36. De entre todas estas sentencias destacaremos la de 30 de octubre de 1933, y ello en razón de que es una de las escasas sentencias, en toda la Historia de la Jurisprudencia Matrimonial del T. S., en las que aparece la expresión «profesar...». Sólo lo mencionamos a título de curiosidad, ya que nada puede aportar a la concreción del contenido de la expresión del 42 C. c., por el sencillo motivo de que el 42 C. c. no estaba vigente en ese momento.

(92) No es ésta, por supuesto, la última norma republicana en materia

VI. MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO CANONICO DESDE 1938 HASTA LA ACTUALIDAD. LA REFORMA DE 1958. LAS INTERPRETACIONES ADMINISTRATIVAS DEL ARTICULO 42.

Desde la promulgación del C. c. y hasta nuestros días, excepto, el paréntesis constituido por la Ley de Matrimonio Civil de la II República, el sistema matrimonial español se ha articulado en torno a varios preceptos jurídicos, de entre ellos hay que destacar el artículo 42 del C. c. (93).

En dos ocasiones, en su actual redacción —párrafos segundo y tercero— el artículo 42 del C. c. emplea la expresión «profesar...» (94). De entre los numerosos problemas interpretativos planteados por el artículo 42 del C. c., el determinar el contenido de tal expresión (95) es, tal vez, uno de los que mayores dificultades

matrimonial, pero ninguna de las siguientes afecta a nuestro estudio. Citemos sólo las promulgadas en lo restante del año 1932: Orden de 14 de julio de 1932, Orden de 19 de agosto de 1932, Ley de 11 de septiembre de 1932, Ley de 27 de octubre de 1932 y Orden de 22 de noviembre de 1932.

(93) «... [El artículo 42 del C. c. es] uno de los preceptos más importantes de nuestro Derecho de familia... [es el] precepto cardinal del sistema matrimonial español». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 3; «... [el] texto básico del sistema [es] el art. 42 del C. c....». GONZÁLEZ CAMPOS, en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil Internacional*, volumen II de Derecho Internacional Privado, 4.ª edición, Madrid, 1975, pág. 277.

(94) El posible origen de tal expresión es recordado por MALDONADO en los siguientes términos: «A propósito de los inconvenientes que presente... [el] término [«profesar la religión católica»] no es inoportuno recordar que fue el empleado en el Concordato con Colombia, de 1888, en cuyo artículo 17 se dice que «el matrimonio que deberán celebrar todos los que profesen la Religión Católica» producirá efectos civiles sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento...». MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, «Anuario de Derecho civil», tomo VII, fasc. I, 1954, pág. 17 (se sigue la paginación de la separata). Sin embargo, como ya indicamos más arriba, una expresión muy similar se empleó en el Decreto de 9 de febrero de 1875.

(95) Expresión que DE FUENMAYOR ha calificado como «concepto clave» y «eje del sistema». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 53 y 56. La misma expresión «eje del sistema» es empleada por GONZÁLEZ CAMPOS en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil Internacional*, volumen II, Derecho de Familia, Derecho Patrimonial y Derecho Sucesorio, Madrid, 1973, pág. 44; el mismo autor ha hablado a propósito de la «professio religionis» de «pieza maestra» en AGUILAR NAVARRO, M., ob. cit., 4.ª edición, págs. 281 y 287; LACRUZ ha preferido hablar de «clave» y «caballo de batalla», en LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 30; DE LA HERA condensa y hace suya la opinión de dos importantes autores, repetidamente citados a lo largo de estas páginas, en la siguiente frase: «La profesión o no del catolicismo es... el concepto decisivo, según apunta CASTÁN y con él PUIG BRUTAU, para dilucidar qué personas se hallan en el supuesto de hecho del art. 42 del Código civil...». DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 671; similar postura es adoptada por ESPÍN al afirmar: «... el requisito fundamental para que pueda celebrarse el matrimonio civil es el de la... prueba de no profesar la Religión Católica». ESPÍN, Diego, ob. cit., pág. 76.

ofrece (96), dificultades que adquieren una especial trascendencia por el hecho de que el término «profesar...» incluye a todo súbdito del ordenamiento jurídico español en uno de estos dos grupos: aquellos que tienen acceso al matrimonio civil o aquellos que sólo pueden contraer matrimonio canónico (97).

Ningún indicio da el C. c. para determinar qué debe de entenderse por «profesar...» (98).

Han quedado señalados a lo largo de esta página muchos de los problemas que ha planteado la legislación matrimonial española; no pocos de entre ellos son técnicos, pero bastantes de ellos —incluso los técnicos— son consecuencia del profundo transfondo político que tiene, o se ha pretendido que tenga, la adopción de uno u otro sistema matrimonial. Si el transfondo político se manifiesta en las opiniones doctrinales vertidas en cada momento, con mayor razón trasluce en las actuaciones directas de la Administración, y con especial énfasis al salir de una situación de profundas tensiones políticas que producen importantes, radicales, cambios en la concepción —desde el poder político— de la sociedad organizada en Estado. Dos ejemplos típicos de la situación más arriba descrita serían los constituidos de una parte por la instauración de la II República, y en el polo opuesto la nueva legislación del sistema político surgido al finalizar —y aún antes— la guerra que terminó con la República.

De realizarse un estudio comparativo, y este no es el lugar para hacerlo, entre la evolución estrictamente política y las modificaciones estrictamente legislativas del sistema matrimonial, sin duda, aparecería claro un evidente paralelismo.

Pretendemos realizar ahora un somero análisis —poco más que una enumeración de fechas y disposiciones— de las numerosísimas disposiciones que, directa o indirectamente, han influido en

(96) DE FUENMAYOR dice: «Se tacha de equívoca la frase «los que profesan la Religión Católica»..., y más adelante la califica de «ambigua» y de «... [admitir] varias y aun opuestas significaciones...». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 6 y 56; en la misma línea ESCUDERO afirma: «De suyo el vocablo impreciso «profesar» admite una gama ilimitada de interpretaciones...». ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., pág. 176.

(97) O como prefiere decir FUENMAYOR, «... criterio discriminador de los que *han de observar* la forma canónica y de los que *pueden contraer* el matrimonio civil». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 56; opinión compartida por ARECHEDERRA al afirmar: «... debe considerarse el artículo 42 como una norma que contempla ambos ordenamientos para discriminar entre los súbditos españoles, encauzándolos unos al matrimonio canónico y otros al civil...». ARECHEDERRA, Luis, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1976)*, «Anuario de Derecho civil», tomo XXV, fascículo IV, octubre-diciembre, MCMLXXII, pág. 1242.

(98) «... los términos empleados en el artículo 42 resultan en cierto modo ambiguo, al no precisar, sin que quede lugar a dudas..., qué debe entenderse por «profesar» la Religión Católica...». DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 644.

la configuración del sistema matrimonial español a lo largo de los últimos cuarenta años.

Normas constitucionales, Leyes ordinarias, Decretos, Ordenes Ministeriales, en definitiva toda la amplísima gama de normas posibles han sido empleadas para influir en el sistema matrimonial.

Nuestro análisis, el propio título del epígrafe hace innecesaria esta aclaración, se referirá exclusivamente al conjunto de disposiciones promulgadas en el período comprendido entre el fin de la guerra civil y el momento presente. Del amplio número de aspectos que tales disposiciones tratan de regular uno será objeto de nuestra atención preferente: quien, en cada momento, puede acceder al matrimonio civil; en último extremo que ha significado, a nivel de disposiciones legales, el término no «profesar», porque el artículo 42 del C. c. señala que sólo tendrán acceso al matrimonio civil los que no profesan la religión católica, y el artículo 42 del C. c. ha estado vigente, en cualquiera de sus redacciones, en todo el período objeto de nuestro estudio, o al menos desde el 12 de marzo de 1938.

La disposición que cierra la actividad legislativa de la II República en materia de Derecho de familia —no aludiremos a la legislación republicana durante la guerra civil— es un Decreto de 13 de junio de 1936 del Ministerio de Hacienda que regula el régimen de tributación de los frutos de los bienes parafernales a efectos de la contribución general sobre la renta.

La disposición que abre la nueva legislación del bando que más adelante vencería en la contienda militar es una Orden de 3 de noviembre de 1936 de la Comisión de Justicia en la que se regula la «manera de suplir documentos necesarios para contraer matrimonio» (99).

(99) Transcribiremos este precepto, pues a partir de él se puede reconstruir, parcialmente, el sistema matrimonial vigente en España en un oscuro período.

«Íltmo. Sr. Vista la consulta formulada por V. I. el 27 de octubre último, ha dispuesto, con carácter general, que cuando no pueda obtenerse la partida de nacimiento de alguna de las personas que pretenden contraer matrimonio, por estar en poder del enemigo el pueblo de su naturaleza, se procederá en la forma siguiente:

1.º La declaración aludida en el artículo 86 del Código civil contendrá los nombres, apellidos, edad, estado, profesión, naturaleza y domicilio o residencia de los padres y de los abuelos paternos y maternos.

2.º Para comprobar las anteriores circunstancias examinará el juez municipal por sí mismo a los contrayentes; recibirá información testificada, debiendo dar fe el secretario del conocimiento de los testigos, y si no los conociera, exigirá la presentación de dos testigos, y si no los conociera, y se aportará, sin es posible, certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento del domicilio de los futuros cónyuges, expresiva de las circunstancias personales de éstos que conste en el último padrón municipal.»

En los primeros meses de guerra, en la llamada zona nacional, creemos que se continúa aplicando la Ley de Matrimonio Civil, mantenemos tal opinión por dos motivos: 1.º No hay una norma expresa de derogación hasta

Sin embargo, habría que esperar hasta 1938 para encontrar disposiciones que permitiesen intuir cuál es el sistema que se pretendía delinear; abre la muy larga lista un Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de marzo de 1938. El contenido de Derecho positivo de tal disposición queda resumido en su primer artículo: «Se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos».

Es decir, en este artículo si bien se admite que la legislación republicana sobre la materia —no podía ser de otro modo (100)— sigue vigente, sin embargo, se trata de congelarla, de dejarla sin eficacia aunque sea válida.

Esta disposición sería complementada más tarde por una Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre de 1938. Con la transcripción parcial de su texto será suficiente para comprender su alcance:

«La paralización procesal impuesta por el Decreto de 2 de marzo de 1938, a los pleitos de separación y divorcio, derivados de la Ley de 2 de marzo de 1932, ha suscitado diversos problemas que normativamente deben ser resueltos por el Poder Público con criterio de decidida protección y amparo del vínculo matrimonial.

Una de esas situaciones, que declara imperiosa decisión del Gobierno, es la causada por sentencias denegatorias del divorcio o separación, pendientes del recurso de revisión interpuesto ante el Tribunal Supremo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 de la referida Ley, fallos que deben considerarse firmes a todos los efectos.

En su virtud dispongo:

Que las sentencias dictadas en pleitos de separación o divorcio tramitados al amparo de la Ley sea denegatorio del divorcio o separación, y se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo, se considerarán firmes a todos los efectos».

Es importante, como ocurría en las primeras disposiciones post-bélicas, la exposición de motivos del citado Decreto; el segundo y tercer párrafo son claros para determinar las pretensiones de tal disposición.

«El Gobierno ha anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra

1938, y 2.º La Orden de 3 de noviembre de 1936 alude únicamente al artículo 86 C. c. (incluido en el capítulo sobre el matrimonio civil). No obstante, estimamos, y es una mera hipótesis, que fue aplicada con cierta laxitud. Pensamos que se celebraron matrimonios canónicos, no acompañados de matrimonio civil, sin dificultades; la no alusión, de la primera doctrina post-bélica, a prohibiciones de matrimonios canónicos, así lo permite suponer.

(100) «Las Leyes sólo se derogarán por otras leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario» artículo 5.º del C. c. en su redacción anterior a la reciente reforma del Título Preliminar.

patria el sentido católico y espiritual de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta revisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley del Divorcio.

Mientras llega a ese momento, y con objeto de evitar que, al amparo de preceptos revisables puedan seguir creándose situaciones jurídicas inalterables.

A propuesta del Ministerio de Justicia y de acuerdo con el consejo de Ministros,

DISPONGO: [y sigue el articulado]».

Un propósito a alcanzar: revisar y modificar la legislación republicana. Una solución provisional: bloquear su aplicación.

El carácter de provisionalidad y precipitación latente en toda la legislación de la época aparece con absoluta nitidez en la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil de 1932 (101).

Se puede afirmar que el espíritu que impulsa a esta Ley es

(101) «La Ley de 28 de junio de 1932 constituye una de las agresiones más elevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único posible legalmente en España desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia nacional.

Se impone, en consecuencia, como imperativo de justicia y desagravio a la conciencia católica de los españoles, la apremiante derogación de la sectaria Ley de 28 de junio de 1932, volviéndose a la legalidad el matrimonio mientras el Estado español no determine la adopción de normas que lo modifiquen.

En su virtud, previa de liberación del Gobierno y a propuesta del Ministerio de Justicia,

DISPONGO:

Artículo 1.º Quedan derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación.

Artículo 2.º Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración y sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras partes. A los fines de los artículos 325 y 327 del Código civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el Registro de este nombre de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días a contar desde la publicación de la Ley.

Artículo 3.º Se declaran nulos los matrimonios civiles contraídos por personas comprendidas en el número cuarto del artículo 83 del Código civil, ordenados «in sacris» o profesados ligados con votos solemnes de castidad no dispensados canónicamente y únicamente surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fe y de los hijos.

Artículo 4.º Por el Ministro de Justicia se dictarán las órdenes necesarias para la ejecución de lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 5.º La presente Ley empezará a regir a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Disposiciones transitorias.—Hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el título cuarto del libro primero del Código civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga.»

más el destruir —derogar, si se prefiere— un sistema, que el crear uno nuevo. Tal meta necesitó de disposiciones posteriores para ser alcanzada, como más adelante veremos. Algunas inexactitudes aparecen en el texto de la disposición, así por ejemplo la afirmación que aparece en el primer párrafo de la la expresión: «La Ley de 28 de junio de 1932... [instituye] el matrimonio civil como el único posible legalmente en España...» es falsa; la Ley no prohíbe el matrimonio canónico, la Ley de 32 se limita a conceder efectos civiles exclusivamente al matrimonio civil.

Constituye también una inexactitud la afirmación implícita en la Exposición y en las Disposiciones transitorias de que la legalidad republicana había derogado la totalidad del Título cuarto del Libro primero del Código civil (102).

La retroactividad de la Ley en algunos extremos es también digna de ser destacada (103).

Una importante ambigüedad aparece en el artículo 3.º, al afirmar que el matrimonio civil contraído durante la vigencia de la Ley del 32 por ordenados in sacris o profesos con voto solemne de castidad sólo surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fe: ¿Quién es el cónyuge de buena fe? ¿Se presumirá la mala fe de aquél que acudió, respetando la legalidad vigente, el matrimonio civil estando ordenado in sacris?

Pero el extremo en que más evidente resulta la falta de meditación de la norma comentada es en la disposición transitoria que, como ha señalado De la Hera (104), viene a cubrir provisionalmente el vacío dejado en la legislación matrimonial por el art. 1.º de la propia Ley. Habíamos indicado, más arriba que la Ley pretendía acabar con la legislación republicana y que no lo consiguió, y en efecto así fue, pues las Disposiciones transitorias al declarar «... vigentes... las normas... que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga» lo que hace es declarar como derecho vigente la Orden de 10 de febrero de 1932; que no fuese eso lo que se pretendía es probablemente cierto, pero que fue eso lo que se hizo es un hecho (105).

(102) Vid. supra, nota 90.

(103) Artículos 2.º y 3.º.

(104) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 651.

(105) Estos mismos resultados, pero por camino distinto, son a los que llega DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., págs. 651 y ss. No estamos de acuerdo con tal camino, pues creemos admisibles dos posturas: 1.ª Lo que el legislador quería restablecer era la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y la restablece, puesto que la voluntad del legislador está por encima del texto de la ley, y ello aunque sea de una forma técnicamente incorrecta. 2.ª Lo que el legislador restablece, aunque fuera otra su voluntad, es la Orden de 1932, pues así se deduce del texto de la Ley de 1938. Lo que no consideramos correcto, es decir, que la Ley de 1938 restablece la Orden de 1932, porque es igual a la Real Orden de 1900, que es la que realmente quería restablecer. No olvidemos que, como el mismo autor afirma, lo que el legislador quería no era establecer uno u otro sistema matrimonial, sino «... borrar la obra legislativa de los años republicanos...». DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo y libertad religiosa*. Sevilla, 1971, pág. 69.

La situación es, pues, en tal momento la siguiente: la legislación matrimonial está constituida por una ley (106) que declara vigente el artículo 42 del C. c. y la interpretación dada al mismo por la Orden de 10 de marzo de 1932 (en contra de la voluntad del legislador), y por otra Ley (107) que permanece bloqueada por un Decreto (108). Podemos calificar el sistema, sin temor a exagerar, como contrario a la seguridad jurídica y técnicamente incorrecto (109).

A los pocos días, como recuerda De Fuenmayor (110), «... se vio la necesidad de evitar el equívoco, y efecto, se dicta la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo de 1938» (111).

Se plantea, en esta Orden, el nuevo legislador por primera vez el dar contenido al término «profesar...» del artículo 42 del C. c. Tal vez, lo que impulsó tal Orden no fue precisamente eso, sino el dejar claro que la legislación matrimonial republicana no era aplicable, y para alcanzar dicha meta, como demostramos más arriba, no había sido suficiente con la Ley derogatoria de la del matrimonio civil.

Bien es cierto que el ámbito normativo a que se aplica la nueva Orden queda reducido a «Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932...», lo que

(106) De 12 de marzo de 1938.

(107) De 2 de marzo de 1932.

(108) De 2 de marzo de 1938.

(109) Un análisis de los matrimonios civiles contraídos en tal período sería fundamental para saber cómo se aplicó en la práctica tan complejo sistema.

(110) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 22.

(111) «En aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 derogatoria de la del matrimonio civil de 28 de junio de 1932, debe preverse sin demora a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendiente y que deseen llevar a su fin los interesados.

Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico, a cuantos españoles profesen la religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la religión católica, por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos; y cumplidos tales requisitos, cabe darse a los expedientes de matrimonio civil promovidos después de 28 de junio de 1932.

En virtud, dispongo:

Artículo 1.º Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, pueden seguir tramitándose y ultimarse siempre que ambos contrayentes o uno de ellos declaren expresamente que no profesan la religión católica; sin esa declaración previa no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles.

Artículo 2.º Para reanudarse la tramitación de dichos expedientes deberá proceder instancia de las partes interesadas, considerándose fenecidos los expedientes cuyo seguimiento no se inste en el plazo de treinta días, a partir de la publicación de la presente Orden.

Artículo 3.º La tramitación de los expedientes referidos deberá sujetarse a las normas del artículo 100 del Código civil, con todos los requisitos en él comprendidos.»

en buena técnica jurídica quiere decir que los expedientes de matrimonio civil promovidos con posterioridad a la Orden comentada, deberán atenerse a la Orden de 10 de febrero de 1932, que para dichos expedientes seguiría vigente. El legislador, en su precipitación para borrar la legislación republicana, no conseguía pues otra cosa que suprimirla pracialmente, y ello a consta de introducir notables ambigüedades en el sistema.

Ciñéndose al marco de aplicación de la Orden del 38, debemos de destacar que el sistema establecido para acceder al matrimonio civil podría calificarse de subjetivista con restricciones; desde luego, el anterior sistema (el de la Orden del 32) hacía más fácil el acceso al matrimonio civil; pero que para acceder al matrimonio civil bastase la declaración expresa de no profesión de uno de los contrayentes, supone tanto como configurar el sistema matrimonial más liberal de todo el período comprendido entre la promulgación de la Orden y el 1 de diciembre de 1977 (112).

Una prueba del carácter «liberal» de la disposición puede ser la afirmación de Montero «[La Orden de 1938] estando inspirada, sin duda, en una buena intención, hubiera sido de desear que se hallase más conforme con el Derecho canónico, según el cual no basta la declaración de no profesar la religión católica para dejar de ser católico y poder contraer matrimonio civil válido» (113).

El artículo 2.º de la citada Orden es inexplicable, salvo en un contexto político muy determinado: el dar un plazo de 30 días para instar la reanudación de expedientes, en un momento de guerra civil, es un plazo demasiado breve (114).

Una semana más tarde una nueva disposición, la Orden del Ministerio de Justicia de 29 de marzo de 1938 (115), se refiere

(112) Real Decreto 3455/1977 de 1 de diciembre, reformador de varios artículos del Reglamento del Registro Civil.

(113) MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 2, abril-septiembre 1940, pág. 10.

(114) Recordemos que una de las primeras disposiciones de la Junta de Defensa Nacional fue el Decreto de 24 de julio de 1936 en el que quedaban suspendidos los plazos y términos judiciales, así como los plazos de vencimiento de las letras de cambio y efectos mercantiles.

(115) «Ilmo. Sr.: Publicada la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, y acordada en este aspecto la vigencia del Código civil, se impone la necesidad de volver a las normas de la Real Orden de 31 de diciembre de 1920 en todo lo relativo a la Sección de Matrimonios del Registro Civil, debiendo en su consecuencia derogarse la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1932.

En su virtud dispongo:

1.º Se restablece la vigencia de la Real Orden del Ministerio de Justicia de 31 de diciembre de 1920 en todo lo referente a los libros de la Sección de Matrimonios del Registro Civil que en lo sucesivo se ajustarán al modelo publicado con la misma.

2.º El día 20 del próximo mes de abril, a las doce de la noche, se cerrarán en todos los Registros Civiles de la zona nacional los libros impresos de la Sección de Matrimonios existentes en la actualidad. A este efecto, en

también a temas matrimoniales, si bien de escasa trascendencia en lo que aquí interesa; se trata de la regulación de la forma que debe de tener los libros de la Sección Matrimonial del Registro Civil. Dos puntos destacaremos: la insistencia en la restauración del Código civil—dando por tanto por supuesta su derogación durante la República—y de otra parte el borrar cualquier residuo de la legislación republicana (en este caso volviendo a la Real Orden de 31 de diciembre de 1920).

En el aspecto puramente Registral de la cuestión incide una nueva Orden del Ministerio de Justicia de 12 de agosto de 1938, que en su artículo primero declara nulas «las inscripciones autorizadas por funcionarios distintos de los que determina la legislación del Registro civil anterior a la misma fecha».

En aplicación de la mencionada Orden, una nueva Orden del mismo Ministerio, del 22 de septiembre de 1938, dice en su artículo 2.º: «Las inscripciones practicadas a consecuencia de hechos conceptuados como matrimonios civiles contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes, antes del 18 de julio de 1936, y comprendidas en el artículo primero de la Orden Ministerial de 12 de agosto ya citada, se considerarán nulas, debiendo anotarse marginalmente en las actas esta nulidad y solamente podrán practicarse otras referentes a las mismas personas si contraen matrimonio con sujeción a las normas legales actualmente en vigor».

Lo que es tanto como considerar nulos los matrimonios civiles contraídos después de tal fecha, matrimonios que sin duda, en algunos casos fueron canónicamente válidos al amparo del canon 1.098 en su punto 1.º (116).

Una pregunta se puede plantear a partir de esta Orden: ¿Ca-

el último folio en blanco se extenderá una diligencia de clausura con referencia a esta Orden, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870, y el resumen circunstanciado que ordena el artículo 13 del mismo. Los demás folios que hayan quedado en blanco se inutilizarán, trazando en toda su extensión dos líneas de tinta cruzadas en forma de aspa estampando en el centro el sello del Juzgado; en la parte inferior se inscribirá con caracteres claros la palabra «inutilizado» y firmarán a continuación el Juez Municipal y el Secretario.

3.º Se autoriza a los Jueces municipales hasta que se provean de los nuevos libros de la Sección de Matrimonios, para abrir, con carácter provisional, libros y cuadernos en forma y condiciones análogas a las que previene la segunda disposición transitoria del citado Reglamento. Las inscripciones de matrimonios que en ellos se extiendan se ejecutarán al modelo referido. Estos se cerrarán en cuanto se adquieran los nuevos libros impresos que en todo caso habrá de ser antes del día 1.º de junio del presente año.»

(116) Canon 1098 1.º del C. J. C.: «Si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo parochus vel Ordinarius vel sacerdos delegatus qui matrimonio assistant ad normam canonum 1095, 1096:

1.º In mortis periculo validum et licitum est matrimonium contractum coram solis testibus; et etiam extra mortis periculum, dummodo prudenter praevideatur eam rerum conditionem esse per mensem duraturam.»

bría incluir en el supuesto de hecho regulado a los matrimonios contraídos en la llamada zona nacional en el período transcurrido entre el 18 de julio de 1936 y el 22 de marzo de 1938?

Los artículos 2.º y 3.º de la Orden de 8 de marzo de 1939 vuelven sobre el tema (117).

Algunas disposiciones incluidas en tal Orden merecen una mención: anular las actas de los matrimonios contraídos por menores sin consentimiento constituye una ilegalidad estando vigente el artículo 50 del Código civil; el anular las actas producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate (¿a ambos lados de los frentes de combate?), sin dar ninguna razón, no

(117) «Art. 2.º Se declararán nulas:

A) Las actas extendidas a consecuencia de matrimonios celebrados ante funcionarios distintos de los que preceptúa la Ley del Registro Civil, según se declaró en la Resolución del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado del día 5 de noviembre de 1938.

B) Las originadas por matrimonios a los que no se hubieren aportado los documentos exigidos por la Ley, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación de los mismos en el Juzgado Municipal donde se celebró el matrimonio.

D) Las producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. Estas actas no pueden ser convalidadas gubernativamente.

E) Los procedentes de matrimonios celebrados por menores de edad, según el Código civil, sin consentimiento paterno, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación del mencionado consentimiento.

F) Cualquiera clase de las extendidas a virtud de matrimonios contraídos a tenor de la legalidad revolucionaria en que halla fallecido uno de ellos. Estas actas no podrán convalidarse gubernativamente.

G) Las dimanantes de matrimonios celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938 publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del día 21 del mismo mes y año con infracción del número cuarto del artículo tercero de la Ley citada, y del 42 del mismo cuerpo legal interpretado por la Orden del Ministerio de Justicia del día 22 de marzo del mismo año en el sentido tradicionalmente admitido de que para autorizar la celebración del matrimonio civil debe exigirse la declaración expresa de no profesar la religión católica ambos o al menos uno de los contrayentes. Las actas anuladas por haber infringido el artículo 83 del Código civil son insubsanables gubernativamente. Las que violaron el artículo 42 del mismo podrán convalidarse mediante la declaración anteriormente expresada ante el Juez Municipal. Encargado del Registro en que estuvieron inscritas.

La anulación de las actas a que se hace referencia en todos los apartados de este artículo se entenderá siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por los hijos, y por el cónyuge de buena fe si hubiesen sido originados por matrimonios contraídos con infracción del número cuarto del artículo 83 del Código civil.

Art. 3.º. Sólo se mantendrán las anotaciones marginales sobre divorcios cuando éstos han sido acordados conforme a las causas señaladas en la Ley de 2 de marzo de 1932 por los Tribunales en la forma que la misma disponía, a virtud de sentencia firme acordada antes de la vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1938, que suspendió la sustanciación de estos pleitos, y con la limitación introducida por la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre del año último, en virtud de la cual cuando el pronunciamiento sea denegatorio del divorcio y las sentencias se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo se considerarán firmes a todos los efectos. Estas anotaciones no pueden nunca ser objeto de convalidación gubernativa».

tiene fácil explicación, o al menos no tiene explicación el que las actas anuladas no puedan ser convalidadas gubernamentalmente. Pero lo más destacable, para nuestro estudio de tal Orden, es el apartado G de su artículo 2.º. En dicho apartado, a la pregunta ¿qué es «profesar...»? se responde que no profesar es declarar expresamente que no se profesa; se sigue pues la línea ya marcada con anterioridad, pero lo más destacable, lo que convierte al sistema, al menos para un grupo de matrimonios, en un sistema prácticamente subjetivista en sentido estricto, es que para convalidar las actas anuladas en razón de no haberse hecho la mencionada declaración, es bastante que tal declaración se haga ante el Juez Municipal, aun con posterioridad a la celebración del matrimonio. El hecho de que se considere que el contraer matrimonio civil sin hacer la declaración de no profesión supone una violación del artículo 42 del Código civil es tanto como decir que el único sentido que se pueda dar al artículo 42 es precisamente ese, ya veremos más adelante que el mismo legislador y tan sólo dos años más tarde, adoptó una postura distinta en cuanto al contenido del 42 Código civil.

Una nueva Orden Ministerial, de fecha 22 de abril de 1939 (118) amplía los plazos de inscripción, exageradamente cortos, concedidos por la Ley de 12 de marzo de 1938 y la Orden de 8 de marzo de 1939. Tal plazo sería aún prolongado una vez más (119) hasta el 31 de diciembre de 1939 y otra más en 1940 (120), para acabar suprimiendo todo tipo de límite temporal, en absoluta coherencia con los principios que pretendían inspirar la legislación matrimonial, según Orden del 31 de diciembre de 1940 cuya simple transcripción justifica suficientemente su existencia:

«Con las sucesivas prórrogas concedidas al plazo señalado a la Ley de 12 de marzo de 1938 el objeto de transcribir en los Registros civiles los certificados de matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil se ha conseguido que se inscriban la mayor parte de estos matrimonios, pero puede haber ocurrido, por distintas causas, que no haya sido posible realizar la transcripción y no parece justo someter a los cónyuges que tuvieron el valor de no aceptar la legislación laica sobre el matri-

(118) «La Ley de 12 de marzo de 1938 concedió un plazo de sesenta días para la transcripción de los matrimonios canónicamente contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, que no fueran acompañados ni seguidos de éste, el cual plazo terminó hace ya bastante tiempo. Por otra parte, la Orden de 8 de marzo del corriente año concedió también un plazo de sesenta días para la transcripción de los mismos, aplicable a los territorios recientemente liberados o al rescate de cada población española y habiendo resultado breve este último plazo y pareciendo necesario unificar las normas sobre esta materia, este Ministerio ha acordado disponer:

Que los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 y que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta el día 31 de julio, inclusive, del año actual».

(119) Orden de 1 de septiembre de 1939.

(120) Orden de 9 de enero de 1940.

monio civil a la instrucción de un expediente de inscripción fuera de plazo del matrimonio único reconocido legal por la Iglesia, con las consiguientes molestias y dilaciones y, sobre todo, con la limitación de no producir efectos civiles sino desde su inscripción.

En virtud de las razones anteriores, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Artículo único.—Los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta nueva disposición con la simple presentación en los mismos del certificado correspondiente, expedido con las formalidades legales».

El proceso de hacer desaparecer cualquier vestigio de legislación o actuación jurídica realizada en nombre de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936 exigiría una nueva norma, y así, el 8 de mayo del 39 una nueva Ley dice en su artículo 6.º: «Se declararán nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja». Obviaremos cualquier comentario sobre tal resolución en razón de no interesar directamente a nuestro tema.

Habían transcurrido ya más de tres años desde que se inició la actuación militar que acabaría con la II República Española, y aún permanecía vigente la Ley del Divorcio, lo que constituía una incoherencia dentro de un sistema con claras pretensiones antidivorcistas; finalizada ya la guerra civil el legislador fue consciente de tal incoherencia y dictó una Ley con fecha 23 de septiembre de 1939 derogatoria de la Ley del Divorcio (121). Al margen de su ele-

(121) «El nuevo Estado Español anunció, desde un principio, la derogación de la legislación laica, devolviendo así a nuestras leyes el sentido tradicional, que es el católico.

Por tanto, derogada la Ley de Matrimonio Civil y puestas en vigor, si quiera sea de un modo transitorio, las disposiciones del Título IV, Libro primero, del Código Civil, no podía quedar en período de mera suspensión la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, siendo necesaria ya una derogación explícita de la misma, por tratarse de Ley distinta de la mencionada de Matrimonio y radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española.

En su virtud, dispongo:

Artículo único. Queda derogada la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigentes en la materia las disposiciones del Código civil.

Disposiciones transitorias:

1.ª Las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la Autorización judicial a instancia de cualquiera de los interesados.

2.ª Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltos para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados.

mento fundamental —su artículo único, que deroga la Ley del Divorcio— esta Ley tiene escasa repercusión en nuestro tema, pues se limita a convenir una situación de hecho —la mera suspensión de la Ley de Divorcio, que nosotros preferimos llamar bloqueo o congelación pues la Ley sigue vigente, no suspendida, aunque inoperante— en una situación de derecho: su derogación; dos aspectos merecen, sin embargo, ser destacados, y ambos son recogidos en la exposición de motivos: el insistir en considerar que el Título IV, libro primero del Código civil, quedó derogado durante la República, y el declarar la intención de proceder a una reforma del artículo del Código en materia matrimonial («... siquiera sea de un modo transitorio...»), casi una década sería necesaria para alcanzar tal objetivo.

El aspecto puramente procesal de esta disposición fue regulado más tarde mediante la Ley de 26 de octubre del mismo año, y aún fue necesaria otras dos disposiciones reguladoras de tal aspecto:

3.ª Serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las precedentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyentes.

4.ª La patria potestad de los hijos nacidos de las segundas o ulteriores uniones civiles corresponderá, en el caso de disolución de ésta, al que por mutuo acuerdo determinen sus propios padres y, a falta de acuerdo, al que el Juez designe.

Dichos hijos, en el caso de disolución de las referidas uniones civiles, gozarán, por concesión de la Ley, de la condición que tuvieran al ser declarada la disolución.

5.ª Se reconoce plena eficacia jurídica en el Fuero civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes declarando la nulidad de un matrimonio, y a los Rescriptos Pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgadas respectivamente, durante la vigencia de la llamada Ley de Separación y de Divorcio o con posterioridad a aquélla.

Los interesados quedarán obligados a inscribir dichas sentencias y Rescriptos en el Registro civil correspondiente, en el plazo de seis meses, que comenzará a contarse desde la fecha de promulgación de esta Ley.

6.ª Ningún cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley que se deroga podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista su vínculo canónico.

Esta prohibición comprende al cónyuge divorciado que, habiendo celebrado segundas o ulteriores uniones civiles, se considerase civilmente viudo, en tanto no se declarase la nulidad de su matrimonio canónico que primeramente contrajo.

7.ª De conformidad con lo dispuesto en el Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de mayo de 1938, las diligencias incidentales del artículo 68 del Código civil, acordadas en armonía con los preceptos de la Ley que se deroga, podrán convalidarse mediante ratificación en el Juzgado correspondiente, siempre que se presente en el plazo de un mes, a partir de la publicación de esta Ley, y se admitan las demandas a que hace referencia el artículo 67 del Código civil.

El Ministerio de Justicia dictará las disposiciones que regulen la tramitación y efectos de esta derogación».

nos referimos a la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de diciembre de 1939 y a la Orden de 7 de enero de 1941.

Concluía con la Ley derogatoria de la de Divorcio, y todo el grupo normativo consecuente, lo que constituye, en nuestra opinión, una primera fase en la actividad legislatora en materia matrimonial del llamado Nuevo Estado.

La meta básica, exclusiva y excluyente, que se había propuesto el legislador en tal fase estaba concluida; dicha meta era —ya lo hemos señalado anteriormente— el borrar cualquier vestigio de legislación republicana, e incluso los efectos jurídicos que tal legislación había producido, para ello necesitó una avalancha de disposiciones, disposiciones que en repetidas ocasiones causaron situaciones a las cuales tuvo que atender la Jurisprudencia por la inconcreción legislativa.

Señalábamos páginas más atrás el carácter de provisionalidad y precipitación que la primera legislación tuvo, lo que pensamos que ha quedado suficientemente demostrado; el simple recuento de las disposiciones promulgadas en materia matrimonial —cerca de la veintena— sería la mejor confirmación de tal aserto.

Una nueva fase empezaba; la guerra civil quedaba atrás y aún más lejos la República; al menos se pretendió que quedara lejos jurídicamente. Las nuevas disposiciones legales comenzaron a ser más creadoras que destructivas, y lo que fue una regla general en toda la legislación no quedó ausente en la específicamente matrimonial.

Esta nueva fase (122) se abre con la disposición no derogatoria más importante de los últimos cuarenta años, su rango fue el de una simple Orden Ministerial: la del 10 de marzo de 1941.

Con esta Orden la legislación matrimonial española adquiere un aire más pausado, más meditado; las principales modificaciones se producirán muy distanciadas, y la Jurisprudencia y la D. G. R. adquieren una posición que hasta entonces les había estado vedada.

Pasemos, pues, a realizar un análisis de tal norma, cuyo texto es el siguiente:

«El artículo 42 del Código civil ordena la obligatoriedad del matrimonio canónico para cuantos, proponiéndose contraer legítimas nupcias, profesen la religión católica. La defectuosa redacción de dicho artículo, que ni siquiera llegó a prever la distinción entre la acatolicidad de ambos o de uno sólo de los contrayentes, así como también la desacertada de otras varias disposiciones correlativas del mismo título IV, libro I, del Código civil, más acentuada después de la publicación del nuevo Código canónico, incorporado a la legislación española por Real Decreto de 19 de mayo de 1919, exigen una revisión meditada de aquellos artículos. Pero ello no obsta a que, en tanto continúen vigentes, obtengan su debida aplicación.

(122) Vid. Espín, Diego, ob. cit., pág. 28.

A aumentar las dificultades expresadas concurre la diversidad de disposiciones administrativas, tantas veces contradictorias de su propia esencia, con que los regímenes anteriores, víctimas del doctrinalismo liberal, vacilaron en sus interpretaciones, cuando no las rindieron escandalosamente al sectarismo político, enfrenándolas con el verdadero sentido del precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia.

La contradicción evidente entre tales disposiciones, agravada posteriormente por la perturbación que en tan delicada materia introdujo el espíritu anticatólico de la República, ha originado una lamentable confusión en la aplicación de los textos legales, que es preciso desvanecer con la promulgación de una norma general, que unificando los criterios, restablezca el sentido verdadero de la disposición y ampare el espíritu de instituciones tan sagradas como la familia y el matrimonio, objeto de las atenciones preferente del nuevo régimen.

En su virtud, este Ministerio, previa deliberación del Consejo de Ministros, ha tenido a bien disponer:

1.º Los jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquéllos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión Católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de referidos matrimonios.

2.º Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden».

Centraremos nuestro análisis en tratar de descubrir cuál es el sentido que esta disposición da al término «profesar...»; pero antes de pasar a tal extremo creemos necesario referirnos, siquiera sea muy sucintamente, a algunos de los aspectos más relevantes de tal disposición.

La primera —y principal— duda que suscita la Orden del 41 es la de su validez. Las dos posturas extremas quedarían resumidas en las opiniones doctrinales. Para Vellve (123) «... la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941 derogó o abrogó (prácticamente) el artículo 42 del Código civil...». La postura contraria la encontraríamos en todo el amplio grupo de autores que, mencionando tal Orden, no aluden a su nulidad.

¿Es o no es válida la Orden del 41? La respuesta es clara: será válida en la medida en que se ajuste a las disposiciones de rango superior, en este caso concreto al Código civil, ya que una Orden Ministerial no puede derogar una Ley. El problema es que dichas disposiciones de rango superior —artículo 42 del Código civil básicamente— no tienen un contenido inequívoco. Ante tal hecho se pueden adoptar dos posturas: 1.—Doctrinalmente, unilateralmen-

(123) VELLVE BUENO, Ernesto, *Matrimonio civil de acatólicos en España*, «Revista de Derecho Privado». Tomo XLI, enero-diciembre 1957, pág. 536.

te, considerar que el artículo 42 del Código civil tiene un contenido específico; en consecuencia, si la del Orden del 41 violenta ese contenido, no será legal. 2.—Considerar que el fijar el contenido, inconcreto —voluntaria o involuntariamente inconcreto— del artículo 42 del Código civil no es misión doctrinal, sino jurisprudencial. De adoptarse tal posición —que es la que nosotros consideramos correcta—, la Orden del 41 será conforme a derecho si no es contraria a la solución jurisprudencial; así, pues, para determinar la validez de la tan repetida disposición, será necesario descubrir el espíritu jurisprudencial sobre la materia en el período de vigencia —o de pretendida vigencia— de tal disposición. Y no se diga que, en el supuesto de que la jurisprudencia sea concordante con la Orden del 41, la validez de la Orden del 41 es reconocida por el Tribunal Supremo al fallar conforme a ella, el proceso es el inverso. Las sentencias del Tribunal Supremo no son conforme a Derecho por respetar la Orden de 1941, sino que, por el contrario, la Orden del 41 es legal porque se ajusta a la interpretación dada por la jurisprudencia del artículo 42 del Código civil.

En la Exposición de Motivos de la Orden se recoge una declaración de objetivos: modificar la legislación matrimonial española y modificarla en el sentido de adaptarla al Derecho canónico.

En el segundo párrafo de dicha Exposición de Motivos se acude a los anteriores regímenes de dificultar la interpretación del artículo 42 del Código civil por haber dictado varias disposiciones administrativas; esta acusación, hecha por la Administración —en una disposición administrativa interpretadora del artículo 42 del Código civil— que había dictado en un trienio una docena larga de disposiciones administrativas que incidían en tal tema, no puede menos que ser calificada de paradójica.

El considerar que esta Orden restablece el sentido verdadero del artículo 42, es tanto como decir que esta Orden está de acuerdo con el sentido de tal precepto. ¿Por qué, pues, proceder a su desarrollo, si el texto tiene ya un sentido?

Otras muchas dudas y comentarios plantea esta disposición, no es este el lugar de extenderse en ellas habiendo ya la doctrina señalado varias (124).

¿Qué es «no profesar...» para la Orden del 41? No profesar, a tenor de su artículo 1.º será, o bien probar documentalmente la acatolicidad, o presentar una declaración jurada de que no se ha sido bautizado, y que tal declaración sea cierta.

Ei probar un hecho es algo, en principio, siempre posible; el probar la inexistencia de un hecho es algo prácticamente imposible.

Yo podré probar que soy acatólico —siempre que se me diga que se entiende por acatólico— y aun esto con dificultades; lo que no podré probar es que no estoy bautizado.

(124) Para un resumen de algunas de ellas, vid. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 25 y 26.

Así, pues, creemos que para la Orden del 41 profesar es idéntico a estar bautizado, y no necesariamente en el catolicismo.

De la Hera ha dicho que «... el sistema matrimonial de la Orden de 10 de marzo de 1941 es el del matrimonio civil subsidiario en su más rígida formulación...» (125).

Nosotros creemos que el Ministerio de Justicia va más lejos, creemos que el Ministerio de Justicia pretende volver al sistema de la Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novísima Recopilación 1,1,13), es decir, al sistema de matrimonio religioso —canónico— obligatorio. Es bien cierto que teóricamente no es así, que el matrimonio civil es una figura que contempla nuestra legislación en 1941; que aquél que no haya sido bautizado, y lo declare mediante juramento, podrá acceder a dicho matrimonio; pero debemos de tener en cuenta la configuración de la estructura poblacional española. ¿Cuántos españoles, en 1941, no estaban bautizados, en cualquier Iglesia, y además estaban dispuestos a declarar bajo juramento? Insistimos, en la práctica, la Orden Ministerial de 1941 configura —o pretende configurar— un sistema matrimonial próximo al de matrimonio religioso —canónico— obligatorio.

El proceso institucionalizador del nuevo régimen comenzó (126) y se desarrolló paralelamente al proceso de acercamiento —a nivel jurídico— entre España y la Santa Sede (127) que concluiría, en su hito más fundamental, con el Concordato de 26 de octubre de 1953. Es precisamente este acuerdo concordatario el texto legal que incidiría en el sistema matrimonial español inmediatamente después de la Orden del 41, si bien no conviene olvidar que: «... el Concordato no contempla todo el campo jurídico del matrimonio, ni directamente (128) ... ni indirectamente...» (129).

El artículo XXIII del Concordato dice: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», precepto que en nada altera al sistema ya vigente.

Es en el artículo XXIV en el que «El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio

(125) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 655.

(126) Ley de 17 de julio de 1942 creando las Cortes Españolas; Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945; Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947.

(127) Acuerdo sobre el modo de ejercicio del Privilegio de presentación entre el Gobierno español y la Santa Sede, de 7 de junio de 1941; Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno Español para la provisión de beneficios no consistoriales, de 16 de julio de 1946; Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Seminarios y Universidades de Estudios Eclesiásticos, 8 de diciembre de 1946; Decreto-Ley de 1 de mayo de 1947 reconociendo el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España.

(128) Dice «indirectamente» en el original por evidente error tipográfico.

(129) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., págs. 639 y 640.

Paulino», y que en los sucesivos números regula determinados aspectos procesales y de relación entre los Tribunales eclesiásticos y civiles. Es, e ncierta medida, un corolario del anterior artículo.

Por último, los cuatro párrafos del protocolo final dedicados al tema son un mero desarrollo del artículo XXIII, fundamentalmente en su aspecto registral.

No creemos, en definitiva, que el Concordato del 53 haya tenido la importancia que la doctrina ha pretendido darle en materia de sistema matrimonial (130).

Así, pues, la Orden del 41 seguía siendo válida, si alguna vez lo fue, y lo seguiría siendo plenamente, al menos hasta el 26 de octubre de 1956, fecha en la que un Decreto modifica determinados artículos del Reglamento del Registro civil. Decreto cuyo texto íntegro es el siguiente:

«Artículo 1.º Los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870 para la aplicación de la Ley provisional del Registro Civil, quedarán redactadas como sigue:

Art. 37. De conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesen la Religión Católica.

Artículo 38. Los que intenten contraer matrimonio presentarán al Juez o Cónsul correspondiente la declaración y los documentos señalados en el artículo 86 del Código civil. Cuando no pueda ser firmada por alguno de los contrayentes lo hará alguna persona a su ruego.

Acompañarán a dicha declaración, además, las certificaciones para acreditar su domicilio o residencia durante los dos últimos años, y en todo caso, la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio.

Artículo 40. Inmediatamente después de presentada la declaración solicitando la celebración del matrimonio, el Juez dictará providencia, mandando que se ratifiquen en ella los interesados. Si la celebración adoleciere de alguna omisión o defecto, se suplirá o subsanará en el acto de la ratificación, adicionándose o corrigiéndose lo que para ello fuere necesario, la diligencia de ratificación se firmará por el Juez, por la persona que suscribió la declaración a su ruego, y por el Secretario.

Artículo 41. Una vez hecha la ratificación, el Juez dispondrá que se formen y publiquen los correspondientes edictos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 del Código civil, salvo caso de dispensa.

Además, si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de

(130) A propósito del Concordato y la regulación del matrimonio, MALDONADO afirma con acierto: «... era esa una magnífica ocasión para mejorar y dejar perfilado y fijado, que buena falta le hace, ese precepto del artículo 42 del Código civil, cuyo alcance ha venido a estar, desde su promulgación en un movimiento de avance y retroceso, como en vaivén de marea, determinado por simples Ordenes ministeriales». MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, ob. cit., pág. 3. La ocasión no se aprovechó.

aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio civil entre sí o con persona católica, una vez hecha la ratificación el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en el plazo de ocho días mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresa.

Si antes de celebrarse el matrimonio civil se advirtiese la existencia de algún impedimento u obstáculo legal, se procederá conforme determinan los artículos 97 y 98 del Código civil.

Artículo 100. Las dudas que ocurriesen a los Jueces encargados del Registro Civil acerca de la preparación y celebración de los matrimonios o sobre la inteligencia y aplicación de la Ley del Registro Civil y del presente Reglamento, serán consultados por los mismos en comunicación clara y precisa a los jueces de Primera Instancia, quienes las resolverán por auto motivado a la mayor brevedad, con audiencia del Ministerio Fiscal si las dudas surgieran sobre la concurrencia de la forma civil de los matrimonios a que se refiere el párrafo segundo del artículo 41, o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes, a la Dirección General para su resolución definitiva.

Artículo 2.º Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a las de este Decreto, y autorizado el Ministerio de Justicia para dictar las complementarias que su aplicación requiera».

Nos limitaremos a, sobre el texto del Decreto, tratar de determinar en qué sentido se inclina ahora el legislador.

El nuevo artículo 37 del Reglamento del Registro Civil se limita a ratificarse en la posición adoptada por la Orden del 41, contra la interpretación tradicional del artículo 42 del C. c., acerca de la necesidad de no profesión de ambos contrayentes para que el matrimonio civil sea posible; estimamos que es esta la interpretación correcta del precepto legal. El C. c. afirma en su primitiva redacción, entonces vigentes, que «...el [matrimonio] canónico [es aquél] que deben contraer todos los que profesen la religión católica...» (131). Así, pues, del tenor literal de tal precepto se deduce inmediatamente que todo aquel que, profesando la religión católica, pretenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónicamente, independientemente de con quién lo contraiga, y de esta regla general ni el Código civil, ni ninguna otra norma del mismo rango —y posterior— o de rango superior, establece excepción alguna. Consideramos, pues, injustificadas las críticas doctrinales acusando de inexactitud a nuestro C. c. en dicho punto, del mismo modo que consideramos innecesaria la reforma del artículo 42 C. c. respecto de tal punto. No estamos emitiendo un juicio de valor

(131) Artículo 42 del C. c.

respecto de una posición legislativa —clara—, nos limitaremos a exponer tal posición.

Pero el aspecto más importante de ese Decreto, el punto en el que quiebra la interpretación mantenida desde 1941, es respecto a qué se debe entender por «profesar...».

El sistema interpretativo del término se basa en tres prescripciones:

a) «...el matrimonio civil será autorizado en el caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión católica» (132).

b) «...[ambos contrayentes deberán presentar] la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio» (133).

c) «Si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio entre sí o con persona católica... el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio en el plazo de ocho días, mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresada» (134).

¿Quién tiene acceso al matrimonio civil en virtud de este Decreto?

Para acceder al matrimonio civil será necesario probar que no se profesa el catolicismo y probar los motivos que se alegan para celebrar tal matrimonio. ¿Son estas dos pruebas distintas? Pensemos que no (135), ya que el único motivo que se puede alegar para no contraer matrimonio canónico es que no se es católico, cualquier otro motivo creemos que traería como consecuencia automática el dejar de ser católico, y por tanto sería reconducible a éste. Se requiere algo más, y esto solamente en el caso de los bautizados en la Iglesia Católica, una comunicación a la Autoridad eclesiástica y esperar un mes tras dicha notificación, la respuesta, en el supuesto de que se produzca con carácter denegatorio, de la Autoridad eclesiástica, a tenor del Decreto no será vinculante.

Así pues, no profesarán el catolicismo: 1.º los no bautizados (al igual que el sistema de la Orden Ministerial del 41); 2.º Los bautizados en Iglesias no católicas (a diferencia de la Orden del 41); 3.º Los bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella que hayan apostatado previa notificación a la Autoridad eclesiástica y transcurrido un mes de tal notificación. En este tercer supuesto, ¿basta con eso?, o ¿será necesaria la autorización discrecional del Juez? El último párrafo del artículo 41, y el artículo 100, per-

(132) Artículo 37 *in fine* del R. R. C.

(133) Artículo 38, párrafo 2.º, *in fine*, del R. R. C.

(134) Artículo 41, párrafo *in fine* R. R. C.

(135) Vid. una opinión contraria en VELLVE BUENO, Ernesto, ob. cit., página 543.

miten suponer que tal autorización no será necesariamente automática. Estimamos, sin embargo, que los artículos 97 y 98 del C. c. no son aplicables a la prueba de no profesión, ya que dichos artículos se refieren a impedimentos, y no creemos que dentro del concepto de impedimentos del C. c. (136) pueda incluirse tal supuesto.

En cuanto al artículo 100 creemos que la idea de fondo es que el Juez puede conceder la autorización, y en el caso de que no la conceda es la D. G. R. y N. la competente para autorizar o denegar el matrimonio civil. Al menos así funciona en la práctica.

Consciente la D. G. R. y N. del lugar preeminente que le tocaba, en orden a la aplicación del artículo 42 del C. c., en virtud del Decreto del 56, poco tiempo más tarde —el 2 de abril de 1957— dirige una Instrucción Circular a los Presidentes de las Audiencias, que incide muy directamente en el tema, consideramos necesaria su transcripción íntegra.

«Aunque la nueva redacción del Decreto de 26 de octubre de 1956 (Boletín Oficial de 13 de noviembre) a los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil termina con antiguas dudas interpretativas del artículo 42 del Código civil, ha parecido oportuno, en razón a la gravedad de la materia, instruir a los órganos que intervienen en la celebración de matrimonios civiles sobre el espíritu del citado artículo 42 en orden a la no profesión de la Religión católica, que constituye un presupuesto necesario para que estos actos puedan ser autorizados.

I. Según dispone actualmente el artículo 37 del Reglamento del Registro Civil «de conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica».

Basta que uno de los contrayentes profese esta Religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes para que la unión civil sea posible. Requisito previo obligado de la celebración del matrimonio civil es, pues, la prueba de que ninguno de los dos profesen la Santa Religión Católica, Apostólica y Romana. En consecuencia, la circunstancia de profesar o no profesar la Religión Católica queda erigida por la norma en concepto clave, en concepto decisivo para la delimitación de los sujetos a quienes es posible el matrimonio civil.

La incorporación o adscripción a la Religión Católica se produce por el Bautismo en la Iglesia Católica o por la conversión a ella de la herejía o del cisma.

Así resulta claro que no profesan la Religión Católica los no bautizados y aquellos que lo fueron en la herejía o en el cisma.

Igualmente resulta claro. Conforme al recto sentido del artículo 42 del Código civil y a nuestra conciencia católica, la de la que es expresión nuestro vigente Concordato con la Santa Sede, que la adhesión o profesión de la fe católica se presume válidamente en

(136) Vid. arts. 45, 83, 84, 85, 89, 96, 97, 98, 99, 329 y 919 del C. c.

toda persona que se incorpore a la Iglesia Católica por el bautismo o la conversión. Mientras no se de una actitud desvinculadora y apóstata, material o formalmente evidente, ha de entenderse que el bautismo en la Iglesia Católica o convertido a ella de la herejía o del cisma continúa en la Religión Católica. Lo que quiere decir (supuesto del párrafo 2.º del artículo 41, en relación con el 37, ambos del Reglamento del Registro Civil, modificado por Decreto de 26 de octubre de 1956) que la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de ambos contrayentes hayan evidentemente apostatado de la fe católica o si una persona que se halla en tales condiciones intenta contraer con una acatólica, sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión.

Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado; pero el carácter imperativo del artículo 42 del Código civil, que impone el matrimonio canónico a los que profesen la Religión Católica, exige que se desconfie de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio. De permitir fácilmente estas apostasías iríamos prácticamente al matrimonio civil facultativo, repudiado por la Iglesia y por los deberes que al Estado impone su catolicidad declarada, y no acogido en el derecho español vigente.

El supuesto de apostasía es excepcional y por tanto, deben ser objeto de interpretación y aplicación restrictiva.

II. Quede bien entendido que continúa permaneciendo en pleno vigor lo dispuesto en el artículo 83, núm. 4.º del Código civil, relativo a los que han recibido Ordenes Sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, los cuales no pueden contraer matrimonio, a no ser que unos u otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

III. El artículo 37 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción actual, exige, para que el matrimonio civil, pueda ser autorizado, que «ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica», y a esta prueba se refiere también el artículo 38, al requerir «la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio».

En congruencia con lo dicho sobre las condiciones que integran el concepto de «profesar la Religión Católica» se entenderá acreditada la no profesión cuando se pruebe, por los medios admitidos en Derecho la concurrencia de alguna de estas dos disposiciones: 1.º No haber sido bautizado en la Santa Iglesia Católica o no haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. 2.º Haber apostatado formal y materialmente.

Para demostrar la falta de incorporación, en momento alguno, de la persona a la Religión Católica, la prueba ha de acomodarse a

la naturaleza de un hecho negativo, cual es que no está bautizada en el seno de la Iglesia Católica, o que, estando bautizada en la herejía o en el cisma, no se convirtió. Normalmente podría ser suficiente la propia declaración de los contrayentes, ratificada por testigos o que no han sido bautizados ni se convirtieron a la herejía o de la misma, según los casos, o que nacieron en un ambiente acatólico en el que resultara anómalo bautizar al nacido. Sin embargo, es lógico, que en este último supuesto no se admita con facilidad que en España puedan darse estos ambientes, dado que los españoles son católicos en su casi totalidad. Y en estos casos ha de ser sumamente conveniente exigir las certificaciones negativas del bautismo expedidas por los párrocos correspondientes, con referencia al trimestre siguiente al nacimiento.

En cambio, cuando conste que el contrayente fue bautizado en la Iglesia Católica o converso, debe exigirse prueba suficiente y adecuada de su actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo. Esta prueba ha de realizarse también por los medios admitidos en Derecho, pero ha de ser lo suficientemente expresiva para llevar al ánimo del Juez la convicción de una auténtica apostasía. El Juez, si la prueba presentada no fuese concluyente, exigirá se complete con otros medios referidos a las situaciones en que se manifiestan las profundas creencias de las personas, cuidando siempre de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del artículo 42 del Código civil, pero evitando, así mismo, que sus exigencias constituyan obstáculos de hecho invencibles.

IV. En la declaración presentada por los contrayentes, al efecto de contraer matrimonio civil, éstos manifestarán siempre si están bautizados en el seno de la Iglesia Católica o fueron convertidos a ella de la herejía o del cisma. En caso de que por este u otros medios le conste al Juez el bautismo o la conversión de uno de los dos contrayentes procederá a hacer la notificación a la autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en los términos establecidos en el artículo 41 del Reglamento, consignando los datos que identifiquen a los contrayentes, domicilios respectivos, actitud en que se hallan, según la declaración, respecto a la Religión Católica, y cuantos elementos de juicio consten en el expediente. Si la autoridad eclesiástica diocesana demandase una mayor información o el conocimiento de antecedentes, el Juez, si obrasen en el expediente, deberá facilitar copia o nota suficiente.

Están obligados a hacer la notificación expresada los Jueces que, conforme al Código, reciban las declaraciones de los contrayentes. Ahora bien, el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez elegido para la celebración del matrimonio.

Ha de advertirse que en caso de que los contrayentes figuren con domicilios distintos, pertenecientes a diferentes diócesis, no procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haberse realizado la notificación a uno y otro ordinario diocesano.

No obstante, el Juez autorizará el matrimonio civil del que se halle en inminente peligro de muerte, si ambos contrayentes declarasen que no profesan la Religión Católica, en este supuesto se cumplirán las prescripciones establecidas en cuanto fuesen compatibles con la urgencia del acto.

V. Las dudas que, conforme al artículo 100 del Reglamento puedan ser consultadas, han de versar sobre cuestiones de Derecho entre las que están las que se originen sobre los conceptos utilizados por las normas, y concretamente el de profesar o no profesar la Religión Católica, en relación con la prueba practicada. Sin embargo, quedan a salvo las superiores prerrogativas de la Dirección y de los Jueces de primera instancia, quienes acordarán lo que estimen más conveniente para el mejor desempeño de las funciones que los Jueces que le están subordinados tienen en orden a la celebración del matrimonio, como, por ejemplo, el ordenar la ampliación de las pruebas, e incluso imponer la superior apreciación de las presentadas.

En garantía de cumplimiento de las normas legales, queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

El Ministerio Fiscal, que debe ser notificado por el Juez de la existencia del expediente sobre matrimonio civil, puede aportar las pruebas oportunas, y si estimase, frente al Juez que habrá de autorizar el matrimonio, que no debe procederse a su celebración (párrafo 3.º del artículo 41) actuará en cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio, conforme a los artículos 97 y 98 del Código civil, suspendiéndose aquella celebración mientras dure el procedimiento.

VI. Dada la importancia de estas cuestiones, los jueces de primera instancia velarán muy especialmente por el cumplimiento de cuanto se expone en esta instrucción por parte de los Jueces competentes para autorizar los matrimonios civiles; celo que igualmente podrán los Jueces municipales y comarcales, tanto para cumplir ellos mismos lo jurídicamente dispuesto como para hacerlo cumplir a los jueces de paz.

Los Jueces municipales exigirán de los de paz que les den cuenta inmediata de las solicitudes de matrimonio civil que reciban, para instruirles urgente y debidamente de sus obligaciones, a fin de que se atengan a lo que en cada caso proceda».

Lo primero que hay que tener en cuenta es un hecho que, tal vez, aparezca como obvio: que nos encontramos ante una mera circular de la D. G. R. y N., por tanto con escasa capacidad —a nivel teórico— modificadora del sistema vigente legislativamente. Si algo de esta circular se opone a la legislación evidentemente no será aplicable en dicho punto.

Sorprende la afirmación contenida en el primer párrafo de la circular en el sentido de que el Decreto del 56 había resuelto las posibles dudas interpretativas del artículo 42 del C. c.; esta afirmación al comienzo de una circular tan extensa cuya misión es ins-

truir en la interpretación del 42 C. c. puede ser calificada de paradójica. Sin embargo, hay que reseñar que pocas son las novedades que esta circular supone con respecto al Decreto que reformó el Reglamento del Registro Civil.

En el punto I de la circular se insiste en aspectos que quedaban claros en el Decreto: ambos contrayentes deberán «no profesar...» si pretenden contraer matrimonio civil, y no profesaran los no bautizados, ni los bautizados en secta acatólica y que posteriormente no ingresen en el catolicismo.

El intento de apoyarse en el Concordato para justificar tal interpretación, el señalar que el matrimonio civil facultativo se opone a la confesionalidad del Estado, y el considerar que la apostasía debe ser objeto de interpretación restrictiva son también puntos notables.

El punto III resuelve, en el mismo sentido que nosotros, una duda que planteaba el Decreto: la prueba de no profesión y la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio, son lo mismo.

Esta circular trata también de resolver el problema planteado por nosotros más arriba, acerca de la prueba de un hecho negativo: no estar bautizado; la circular entiende que bastará con la declaración y otra prueba más (por ejemplo: la testifical). ¿Son necesarias ambas? Si bien se parte de la idea de que los supuestos de hecho a los que será aplicable serán muy escasos al afirmar que «...los españoles son católicos en su casi totalidad...». La exigencia de las certificaciones negativas del bautismo, pensamos tiene el mismo sentido.

Con respecto a los casos de apostasía parece que la circular es partidaria de exigir pruebas aún más concluyentes, sin embargo, trata de apartarse de un sistema de matrimonio civil subsidiario estricto al indicar que el Juez no debe llevar sus exigencias de prueba hasta el punto que «...constituyan obstáculos de hecho invencibles».

En el punto IV se resuelve otro aspecto que no aparecía claro en el Decreto: a pesar de ser necesaria la notificación a la autoridad eclesiástica, «...el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez...».

En el caso de matrimonio civil en caso de peligro de muerte, ¿será dicho matrimonio válido, independientemente de que se cumplan o no los requisitos? Si fuera válido aún en el supuesto de que no se cumplieran tales requisitos, ello significaría que los requisitos no son de fondo, sino meramente formales. Nada resuelve la circular acerca de tan decisivo extremo.

El punto V está dedicado a insistir en la importancia de la D. G. R. y N. en materia matrimonial, y ello aunque «...queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

En la continuada actividad legislativa que incide en el tema.

matrimonial surge el 8 de junio de 1957 —no entró en vigor hasta el primero de enero de 1959— la Ley Reguladora del Registro Civil.

Dejaremos a un lado el aspecto meramente registral de la cuestión con el fin de no hacer excesivamente largas estas páginas. El precepto que en mayor medida interesa en este momento es el recogido en el párrafo 2.º de su artículo 80.

«A petición del interesado o del Ministerio Fiscal se anotarán... 2.º el [matrimonio] civil, mientras no acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos».

Nada podemos añadir al comentario de De Fuenmayor que transcribimos:

«Como se ve, queda constituido, aquí también, en concepto clave para la celebración del matrimonio civil la «no profesión» de ambos contrayentes, como en el Decreto de 26 de octubre de 1956. Advierte Batista que el precepto citado —art. 80, núm. 2.º— parece contradictorio con lo dispuesto en los artículos 37 y 41 del Reglamento del Registro Civil, tal y como aparecen reformados por el Decreto del 56, que exigen la justificación previa de ambos extremos, sin que hasta tanto quepa matrimonio civil; pero entiende que tal norma es simple aplicación del artículo 93 del Código civil, que permite al Juez municipal autorizar el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, con carácter condicional...»; si bien amplía la condicionalidad a los supuestos en que no se acredite, por la misma urgencia, la acatolicidad de los contrayentes» (137).

El artículo 80 de la nueva Ley del Registro Civil viene, pues, a confirmar también el requisito de la prueba de la no profesión» (138)

Las tantas veces pretendida reforma del cuerpo básico de la legislación matrimonial —el Código civil— llega al fin con la Ley de 24 de abril de 1958, con la que se modifican varios artículos de dicho cuerpo legal relativos al matrimonio (139).

El nuevo artículo 42 queda redactado así:

«La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica».

En el aspecto que a nosotros interesa, la antigua redacción del artículo 42 del C. c. decía:

(137) BATISTA, *La nueva Ley del Registro Civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre de 1957, pág. 300. Es nota de DE FUENMAYOR.

(138) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 53 y 54.

(139) Se modifican los artículos 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 104, 105, 106, 107, 166, 168, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 184, 206, 209, 211, 220, 237, 244, 294, 295, 492, 681, 701, 772, 807, 809, 814, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 841, 953, 1.333, 1.340, 1.341 y 1.413.

«... el [matrimonio] canónico [es el] que deben contraer todos los que profesen la religión católica...».

Y después de la reforma del 24 de abril de 1958 pasa a decir:

«El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica».

Creemos que la modificación del texto no supone ningún cambio esencial en el precepto, y de eso precisamente se deriva una pregunta, cuya respuesta consideramos esencial: ¿Cómo se explica que el legislador perpetúe el término «profesar», cuando, sin duda, es perfectamente consciente de las dificultades que han planteado en las siete décadas anteriores la interpretación de tan controvertido término?

Cualquier respuesta que ahora podamos dar a tal pregunta carecerá de la certeza que nos agradecería pudiese tener. Más que una respuesta, será una opinión.

Suponer que el legislador mantiene tal expresión por no haber reparado en las dificultades que ella acarrea, es, sin duda, inexacto. El problema se plantea, pensamos, en otros términos.

Dos tipos de respuestas se pueden dar a la pregunta planteada, ambas partiendo de la consciencia de que el término «profesar», plantea indudables problemas interpretativos:

1. El legislador no puede establecer un sistema de mayor claridad, por razones del contexto sociológico e histórico en que se desarrolla su actividad.

2. El legislador, que es consciente de la ambigüedad del término, lo perpetúa puesto que decide dejar en manos de otro la fijación exacta del sistema matrimonial.

Tratemos de ampliar ambas respuestas.

En el primer supuesto, el legislador es consciente de que la utilización del término «profesar» supone una inconcreción, pero no tiene otra posibilidad que mantenerla, por los siguientes motivos. Recordemos que nos encontramos en 1958, que faltan diez años para la Ley de Libertad Religiosa (Ley que ni establece un sistema de plena libertad religiosa, ni es recibida con especial satisfacción por muchos miembros de las Cortes), que hablar de libertad religiosa en España es similar a violar la esencia misma del Estado. En definitiva, que la tesis vigente en materia de actitud del Estado frente a las religiones no católicas es la de tolerancia. No entraremos en el contenido exacto de la doctrina de la tolerancia, baste con decir que supone una especial protección de la religión católica, que no llega a prohibir otras religiones, pero que se limita a admitirlas como un mal menor.

Con tal situación parece claro que un sistema de matrimonio civil obligatorio es absolutamente contrario a la especial protección que una determinada confesión religiosa (la católica, en nuestro caso), debe merecer en un sistema de tolerancia. La solución

contraria: sistema de matrimonio religioso obligatorio, debe ser también rechazada. Ya que, si bien un sistema de tolerancia lleva consigo la esencial protección a un culto concreto, ello no supone el ignorar las restantes confesiones. Las restantes confesiones religiosas no están en plano de igualdad con la católica, pero no están prohibidas, están admitidas. El obligar a todo ciudadano español, que desee contraer matrimonio, a celebrarlo canónicamente, sería contrario a un sistema de tolerancia, siendo por otro lado evidente que la propia Iglesia no admitiría al matrimonio canónico a dos no bautizados.

Excluidos los dos sistemas límites, pasemos a estudiar los intermedios en conexión con un sistema de tolerancia.

Un sistema plenamente facultativo (reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, pero con plena libertad para celebrarlo canónica o civilmente) tal vez desde una perspectiva actual no aparezca obviamente contrario a un régimen de tolerancia. La especial protección a la confesión católica, vendría garantizada por el hecho de ser el matrimonio canónico el único matrimonio religioso reconocido. La admisión de las restantes confesiones religiosas, vendría reflejada en el hecho de que los no católicos (y los católicos que así lo desearan) podían contraer un matrimonio no canónico (el civil). Desde una perspectiva de 1958 esto no es, tal vez, tan evidente. La exigencia de una especial protección a la religión católica no puede quedar reducida al hecho del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, es necesario que quede garantizado, por el ordenamiento estatal, que todo católico venga obligado a contraer matrimonio canónico.

De lo anterior podría deducirse que el sistema matrimonial adecuado sería el de matrimonio civil subsidiario. Trataremos de exponer las razones que, posiblemente, impulsaron al legislador a no establecer con toda claridad un sistema de matrimonio civil subsidiario. Las razones son de dos tipos: técnicas y de política legislativa.

Establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario no es tarea técnicamente fácil; la solución óptima, en apariencia, es realizar una remisión al ordenamiento canónico en cuanto a quién debe contraer matrimonio canónico; pero tal tipo de remisión plantea siempre problemas graves. La solución, en apariencia, clara es la que pretendió establecer la Orden de 1941: todo bautizado deberá contraer matrimonio canónico. Pero tal tipo de solución lleva a un resultado absurdo: el ordenamiento civil obliga a contraer matrimonio en forma canónica a personas que están dispensadas de tal forma por el propio ordenamiento canónico.

Pero junto a estas dificultades técnicas, que pensamos que el legislador hubiera podido solucionar, existen otras de mayor peso, a las que llamaremos de política legislativa.

El legislador es consciente de que «La práctica ha impuesto un creciente respeto hacia el texto del Código Civil [y de que] las

modificaciones no se hacen periódicamente... sino que deben, casi siempre, a causas concretas y urgentes...» (140). Que si el ordenamiento jurídico es dinámico, el texto legislativo tiende a ser estático.

El legislador de 1958 es consciente de que la instauración de un sistema de libertad religiosa es algo, próximo o lejano, que tiene que llegar. Y sabe que tal instauración no se produce en un momento dado, sino que es un proceso de progresiva adaptación de las normas. No quiere recoger con toda claridad un sistema matrimonial inequívocamente unido a un régimen de tolerancia —por otra parte: ¿Cómo reflejar en un texto legislativo, con toda claridad, una idea como la de tolerancia?— pues es consciente de que tal sistema cambiará.

El legislador mantiene la misma Ley, pero tratando de convertir la ley ambigua en ley flexible (141), que la permita adaptarse a las circunstancias cambiantes.

Así pues, llegamos a la conclusión de que el legislador de 1958, consciente de la inconcreción del término «profesar...», lo mantiene precisamente por eso (142), por su inconcreción, ya que amparándose en su flexibilidad se podrá hacer evolucionar el sistema.

(140) DE CASTRO Y BRAVO Federico, *Compendio de Derecho Civil*. Introducción y Derecho de la persona, quinta edición, Madrid, 1970, pág. 51.

(141) «... se debe distinguir la formulación imprecisa que informa la Ley de contenido incierto (ley ambigua) de la formulación imprecisa que informa la ley de contenido indeterminado (ley flexible).. La primera entraña cierta contradicción al fin propio de la obra legislativa porque con un dudoso significado, la ley se cierra a sí misma posibilidades de eficacia en cuanto no alcanza su natural grado de practicidad. Contrariamente, la norma de contenido indeterminado se ajusta a la finalidad de la ley, en cuanto la naturaleza de la materia regulada postula una conexión directa con la realidad, que lógicamente no se puede establecer desde el nivel de generalidad de la ley. La norma de contenido indeterminado tiene un significado cierto; lo incierto en ella no es su contenido, sino la determinación de los supuestos reales en que la norma (de significado claro) se debe aplicar. Todas las normas cuyo supuesto de hecho se define en función de una línea (siempre imprecisa) de la conducta humana se enuncian con fórmulas de contenido indeterminado sin las cuales no se podría alcanzar el fin de la ley en cuanto este depende de una valoración directa de acontecimientos o comportamientos correctos». LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes de Derecho*, Pamplona, 1969, págs. 204 y 205.

(142) «La frase «profesar la religión católica» gramaticalmente ambigua, ha albergado muy distintas intenciones legislativas desde la promulgación del Código Civil. Inicialmente, esa frase hace del artículo 42 del Código la transacción lograda en un clima de tensiones políticas, es en su origen una cuerda floja de nuestro sistema matrimonial. El artículo 42, fruto de una norma ambigua, que provoca interpretaciones divergentes y a veces contradictorias. La Orden de 10 de marzo de 1941 viene a identificar el concepto profesar la religión católica» con el hecho de la recepción del bautismo en la Iglesia, sin atender a valoraciones de conducta confesional, con lo que el precepto se convierte en una norma rígida. Con la reforma del Código por Ley de 24 de abril de 1958, el artículo 42 se precisa en su contenido indeterminado cuya aplicación se hace depender en buena medida de la función crítica del Encargado del Registro Civil». LALAGUNA, Enrique, ob. cit., páginas 205 y 206.

Surge así una pregunta: ¿A quién encomienda el legislador la tarea de hacer evolucionar el sistema matrimonial a medida que lo requieran las circunstancias?

El problema de hacer evolucionar el sistema matrimonial, queda convertido en otro distinto: interpretar el término profesar.

La interpretación queda encomendada, pensamos, a los Tribunales y, en especial al Tribunal Supremo.

Pensamos que el legislador de 1958 ha actuado con los siguientes criterios: conservar el término «profesar», y que a su aplicación al caso específico colabore el Encargado del Registro (143), que vendrá orientado en su tarea por el Tribunal Supremo. Y no se diga que tal sistema conducirá a contradicciones interpretativas ya que, como ha dicho Lalaguna «... se puede afirmar que todas las normas de contenido indeterminado que dejan abierto un margen muy amplio de valoración de la realidad al juzgador..., no crean propiamente un riesgo de interpretaciones contradictorias si se admite que las variaciones que necesariamente se han de producir en el campo de aplicación de la ley no están determinadas por el significado incierto de la norma, sino por los cambios que la realidad social introduce en el contenido de la norma o en los criterios para su valoración» (144).

En resumen, y en nuestra opinión, el legislador de 1958 pretende establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario encomendado al Tribunal Supremo la tarea de fijar el grado de subsidiariedad, tomando como elemento clave en la fijación de tal grado el momento histórico-sociológico. Repetimos, la libertad del T. S. no es total, el único sistema matrimonial aplicable en España con el texto del artículo 42 del C. c. vigente es el subsidiario, la libertad se da en cuanto al grado de subsidiariedad, y no se confunde libertad con discrecionalidad absoluta, pues el Tribunal Supremo debe interpretar el término «profesar» del artículo 42 del C. c. atemperando su interpretación a las circunstancias específicas del caso concreto, y a las circunstancias generales que existan en el momento de aplicación de la norma.

Se promulga el 17 de mayo de 1958 una nueva Ley de las llamadas Fundamentales, la de Principios del Movimiento Nacional. Dicha Ley ha sido objeto de escasísimo interés por parte de los matrimonialistas, sin embargo, para nosotros, es un texto básico en la configuración del sistema matrimonial español.

Dicha Ley ha sido considerada, con todo acierto, por el Profesor Lombardía como «... el texto fundamental de la confesionalidad del Estado...» (145). Pero además de ser el texto fundamental de la confesionalidad del Estado, en sentido formal, supone más: supone también una confesionalidad sustancial, al establecer la obligatorie-

(143) Vid. nota anterior.

(144) LALAGUNA, Enrique, ob. cit., págs. 207 y 208.

(145) LOMBARDÍA, Pedro, *La confesionalidad del Estado, hoy*, en «Escritos de Derecho Canónico», I, Pamplona, 1973, págs. 428 y 429.

dad de que la legislación española se inspire en la doctrina de la Iglesia. Creemos que puede afirmarse que tal texto podría suponer una limitación de soberanía.

El Principio II dice:

«La nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

Y el artículo 3.º de la misma Ley indica que:

«Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino.»

Conjugando ambos preceptos obtendremos la siguiente afirmación:

«Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren la Ley de Dios según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana.»

Sabemos que nunca llegó a estar en práctica tal sistema; no sabemos que se haya presentado jamás un recurso de contrafuero apoyado en la violación por una norma estatal de la Doctrina de la Iglesia. Pero es un hecho evidente que tal norma estatal del máximo rango, si bien no supone la recepción en pleno del ordenamiento canónico, sí marca un claro límite a la legislación española. A nivel meramente teórico, el indicar cuáles son las normas que son nulas del pleno derecho por oponerse al II P. M. N. y en último extremo a Ley de Dios interpretado por la Doctrina de la Iglesia, sería tarea laboriosísima y que desbordaría los conocimientos de un jurista.

En materia matrimonial la Ley de P. M. N. supondría que cualquier norma que se opusiese a la Ley de Dios, interpretada por la Doctrina de la Iglesia, sería inaplicable; el sistema matrimonial vigente —a nivel teórico— en el período transcurrido desde el 17 de mayo de 1958 hasta nuestros días, es el que marque la Iglesia Católica, al interpretar la Ley Divina y no es éste el lugar adecuado para exponerlo (146).

(146) Ante un tema muy distinto del matrimonial, una reciente sentencia del T. S. de 25 de mayo de 1976 incide sobre la cuestión del Principio II de los del Movimiento Nacional, en los siguientes términos:

«... la actuación del recurrente no puede ampararse en los principios del Movimiento Nacional que cita en los fundamentos jurídicos de su demanda, pues si el acatamiento a la Ley de Dios que proclama dicho principio es un timbre de honor, la exaltación de una conducta opuesta a la legalidad del Estado que proclama tal acatamiento debe ser en principio contraria a la doctrina de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana que deslinda perfectamente las atribuciones de uno y otro Poder, pero es que la conducta del sacerdote recurrente perturba abiertamente el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles, incurriendo en la infracción del apartado a) del art. 2.º de la Ley de Orden Público, por cuanto que el libre ejercicio de la función religiosa que garantiza dicho Fuero no puede aprovecharse para censurar la actuación gubernativa que ha velado en el caso de autos por el mantenimiento de la unidad nacional, contra la que.

La permanencia e inalterabilidad de los P. M. N. recogida en el artículo 1.º de la Ley que los formula, es tema de trascendental importancia para nuestro trabajo, obviamos cualquier comentario pues la más prestigiosa doctrina, la lógica y los mismos hechos legislativos posteriores han dado la solución a tan exagerada pretensión (147).

La nueva Ley de Registro Civil parecía exigir la promulgación de un nuevo reglamento, y en efecto así se hace mediante Decreto de 14 de noviembre 1958, que trata del matrimonio civil en la sección 2.ª del capítulo II de su título V (148).

se ha pronunciado el demandante haciendo la apología de una actitud separatista, conducta incurso en el ap. b) de la Ley de Orden Público en sí mismo, artículo 2.º, de 30 de julio de 1959, en relación con la fecha de emisión de los hechos sancionados».

(147) En cualquier caso, la cuestión ha quedado definitiva y felizmente resuelta con la disposición derogatoria incluida en la Constitución de 1978.

(148) «Artículo 243. Los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1.º Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2.º Que no profesan la Religión Católica y si hubieran sido bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella.

3.º Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4.º Que no existe impedimento para el matrimonio.

5.º El encargado elegido, en su caso, para la celebración.

6.º Pueblos en que hubieren residido o estado domiciliados en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos a ruego del contrayente que no pueda hacerlo.

Artículo 244. Con la declaración se acompañará la prueba de nacimiento y la de que no profesan la Religión Católica.

Presentarán, en su caso, además, la de disolución de anteriores vínculos, la licencia matrimonial o la dispensa: ésta no prejuzga la inexistencia de otros impedimentos u obstáculos.

En el caso de ratificación, o cuando se adviertan, se indicará a los contrayentes los defectos de alegación y prueba que deben subsanarse.

Art. 245. Ratificados los contrayentes, si se trata de personas que bautizadas en la Iglesia Católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, hubieren apostatado posteriormente, el Encargado expondrá circunstancialmente el proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, la que podrá pedir información suplementaria.

No se celebrará el matrimonio en tanto no transcurra un mes desde la expedición de la comunicación o desde la última, si las declaraciones de los contrayentes se presentaran a diferentes Encargados.

Art. 246. Mientras transcurre el mes o se tramitan los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar la religión, estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

El Encargado oír a ambos reservadamente y por separado, para cerciorarse de la existencia de obstáculos a la celebración.

Art. 247. Todos aquellos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio están obligados a denunciar cualquier impedimento que haya de autorizar el matrimonio; conocida la existencia de obstáculo legal, suspenderá la celebración.

No supone el nuevo Reglamento un cambio importante con respecto a la situación legislativa en 1958; sin embargo, el hecho de que sería un elemento clave en la configuración del sistema matrimonial español durante más de diez años —hasta el 22 de mayo de 1969—, justifica un somero análisis de su contenido.

La impresión que se desprende de una primera lectura del Decreto, es el intento de separar a aquellos que tienen acceso al matrimonio civil en dos grupos; el primero estaría integrado por los no bautizados y por los bautizados en iglesias acatólicas que no se convirtieran al catolicismo, el segundo estaría formado por los apóstatas. Para aquellos las facilidades de acceder al matrimonio

Contra la resolución de suspensión cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general, sin perjuicio de que por el trámite de incidentes se declare la improcedencia o falsedad del impedimento u obstáculo legal

Denunciado un obstáculo y no acordada la suspensión por falta de prueba, se pasará la denuncia al Ministerio Fiscal; puede procederse a la celebración si dentro del plazo de quince días hábiles, siguientes a la comunicación al representante de la Ley, no se acredita la interposición de la demanda de oposición.

Si se instruye doble expediente, el Encargado que no haya de autorizar el matrimonio se limitará a remitir lo actuado al elegido, único al que corresponde decidir sobre la celebración o suspensión.

Art. 248. Para autorizar el matrimonio civil «in articulo mortis», basta que ambos contrayentes declaren no profesar la Religión Católica; en su caso, en cuanto sea posible, se hará la previa comunicación a la autoridad eclesiástica a través del Párroco.

La inscripción se extenderá en virtud del acta levantada, con las circunstancias necesarias para practicar aquélla y del correspondiente expediente gubernativo.

El Juez de Paz está dispensado de pedir instrucciones al encargado cuando lo impida la urgencia del caso; pero le dará cuenta inmediata del matrimonio autorizado.

Art. 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes.

Al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá, especialmente, que conforme al Derecho español, dicho matrimonio sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión Católica.

Art. 250. Las dudas que ocurrieren a los Encargados acerca de la preparación y celebración de los matrimonios serán consultadas en comunicación clara y precisa a los Jueces de Primera Instancia, quienes la resolverán a la mayor brevedad, por auto, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Si las dudas surgieren sobre la concurrencia de los requisitos para hacer viables los matrimonios civiles a que se refiere el artículo 245 o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará con el dictamen del fiscal y demás antecedentes a la Dirección General para su resolución definitiva.»

civil serían mayores que para éstos. La inclusión en principio en uno u otro grupo viene marcada en el punto 2.º del artículo 243.

La necesidad de prueba de la no profesión viene señalada en el artículo 244, sin que nada aclare acerca de qué es lo que efectivamente debe ser probado.

Al segundo grupo —a los apóstatas— está dedicado el artículo 245; en este supuesto, además de la imprescindible prueba de la acatolicidad, será necesaria la comunicación a la autoridad eclesiástica del propósito de contraer matrimonio civil.

La Circular de la D. G. R. y N. de 2 de abril de 1957 señalaba que la posible respuesta a tal notificación no era vinculante, que era la autoridad estatal y no la eclesiástica, la competente para determinar quién podía acceder y quién no al matrimonio civil. Nada hace suponer que tal criterio debería ser modificado. Pero en cualquier caso parece lógico pensar que la opinión de la autoridad eclesiástica tendría un cierto peso en la autorización o denegación del matrimonio civil por parte del Juez. Lo que era inevitable era la comunicación en sí y la espera de un mes.

El artículo 246 parece señalar un plazo máximo para practicar las pruebas «... encaminadas a acreditar la religión [debe de entenderse la profesión de una religión]...», plazo que será de quince días en el caso de los no bautizados en la Iglesia Católica, o bautizados en iglesia acatólica y no convertidos (149), y de un mes en el supuesto de apóstatas (150); estimamos que el plazo es distinto porque el artículo 246 dice *ab initio*: «Mientras transcurre el mes...» y esa singularización de la unidad de tiempo no puede tener otro sentido que el referirse al plazo señalado en el artículo anterior, artículo que —ya lo hemos dicho— contempla solamente los supuestos de apostasía.

El artículo 247 señala la obligación de que aquellos que tengan conocimiento de algún impedimento y conozcan el intento de celebración del matrimonio están obligados a comunicarlos, pensamos que no están obligados a comunicar el hecho de la «profesión...».

El matrimonio civil en peligro de muerte viene regulado en el artículo 248, que continuando la posición legislativa hasta entonces vigente concede las máximas facilidades para contraer tal matrimonio. Podemos afirmar que para los matrimonios «in artículo mortis» el Reglamento se inclina por la postura «subjetivista» en materia de no profesión.

El artículo 11 del C. c. (151) es interpretado, en lo que se refiere

(149) Artículo 89 del C. c.

(150) Párrafo 2.º del artículo 245 del R. R. C.

(151) «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observará en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante, lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen

a la no profesión para poder ser considerado eficaz un matrimonio civil en España, por el último párrafo del artículo 249 en el sentido de considerar que la «no profesión» es un requisito de fondo y no de forma, a efectos de la validez del matrimonio civil.

El lugar preeminente de la D. G. R. y N. en materia de autorización de matrimonio civil es señalada en el artículo 250, en los supuestos de duda a cerca de la apostasía o en «...cualquier otro caso igualmente grave...», la D. G. R. y N. es la encargada de «...su resolución definitiva». Parece lógico pensar que, a pesar de hablar de «resolución definitiva», la vía judicial permanecerá siempre abierta.

La promulgación de este Reglamento marcará el inicio de un paréntesis de casi dos lustros de una calma prácticamente absoluta en materia de legislación matrimonial. Calma solamente interrumpida con la Ley de 22 de julio de 1961, en la que se señalaban las normas para contraer matrimonio los funcionarios de la carrera diplomática, aplicable también —en parte— a los alumnos de la Escuela Diplomática; el sentido es idéntico al de la Ley de 13 de noviembre de 1957, ya comentada y sólo es destacable la alusión al Concordato como causa de la promulgación de esta Ley, ningún otro aspecto relevante para la temática aquí analizada merece ser mencionado.

Dicho paréntesis es cerrado con la promulgación de una de las leyes más importantes dentro del sistema de Derecho Eclesiástico Español, nos referimos a la Ley 44/1967 de 28 de junio, reguladora del Derecho civil a la libertad en materia religiosa.

Antes de entrar en el análisis del texto vigente creemos conveniente realizar un breve análisis de la evolución sufrida por los artículos relativos al aspecto matrimonial de la cuestión desde el Proyecto de Ley remitido a las Cortes hasta su aprobación definitiva (152).

El número 951 del Boletín Oficial de las Cortes Españolas de fecha 10 de marzo de 1967 inserta el Proyecto de Ley.

En su preámbulo se recoge con absoluta nitidez el hecho de que esta Ley venía exigida por el cambio de actitud de la Doctrina de la Iglesia en materia de libertad religiosa que había supuesto la declaración conciliar «*Dignitatis humanae*», y como consecuencia de la necesidad de que la legislación española estuviese inspirada en la Doctrina de la Iglesia (153).

por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero.»

(152) Emplearemos para ello la recopilación que aparece en DE LA HERRA, Alberto, *Pluralismo...*, cit., págs. 97 y ss.

(153) «El precepto de la Ley de rango fundamental, de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye fundamento muy sólido de la presente Ley.» Nótese que, en realidad, la Ley de P. M. N. no hace referencia directa a la Doctrina de la Iglesia, sino a la Ley Divina de la que la Doctrina de la Iglesia es mera intérprete.

Del articulado del proyecto son los siguientes preceptos que inciden en el tema aquí planteado:

«Art. 3.º Las creencias de los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso motivo de desigualdad ante la Ley, que ampara el derecho de todos, sin excepción de personas ni discriminación alguna.»

Art. 6.º 1. Todos los españoles con independencia de sus convicciones religiosas, dispondrán de facilidades y plazos idénticos para contraer matrimonio.

2. Se autorizará el matrimonio civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica.

3. Quienes hubieran sido ordenados «in sacris» o estén ligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código Civil.

Art. 38. La prueba de que se profesa una determinada confesión religiosa no católica o de que no se profesa a efectos del ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley, se efectuará por los medios establecidos en los artículos siguientes.

Art. 39. 1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del Ministro competente para extenderla.

2. Cuando la adscripción implique abandono de otra confesión religiosa, el Ministro que certifique de ella por primera vez deberá dar traslado literal de su certificación al Ministro de la confesión anterior que sea competente.

Art. 40. 1. La circunstancia de no profesar ninguna religión se acreditará mediante declaración expresa del interesado corroborada por dos testigos.

2. Cuando el interesado hubiese estado anteriormente adscrito a una confesión religiosa deberá acreditar asimismo que ha comunicado el abandono de la misma al Ministro de dicha confesión que sea competente.

3. En estos casos la validez de los actos jurídicos que se realicen dependerá de que la declaración sea verdadera.»

Un brevísimo comentario merecen estos artículos del proyecto, extenderse en el mismo sería un esfuerzo inútil, tanto como comentar lo que pudo llegar a ser pero no fue.

De una primera lectura del artículo 3.º se podría deducir una conclusión inmediata: los párrafos 2.º y 3.º del artículo 42 del C. c. quedan automáticamente derogados, ya que es evidente que se produce una desigualdad entre la Ley si sólo los que no profesan el catolicismo pueden acceder al matrimonio civil (todo ello en el supuesto de que el término «profesar»... signifique algo).

Sin embargo, esta primera impresión queda inmediatamente desvanecida. En el número 2 del artículo 6.º se señala con toda

claridad la vigencia del artículo 42 del C. c. Otras desigualdades se producen —contra la letra del artículo 3.º— en el propio artículo 6.º en su punto 3, ya que el Ordenamiento Canónico recibe una protección que no reciben los restantes ordenamientos confesionales y como consecuencia de ello algunos católicos tienen algunas restricciones para acceder al matrimonio, que no tienen los miembros de otras confesiones en circunstancias paralelas.

Del hecho de que las creencias de los españoles en materia religiosa sí constituyan un motivo de desigualdad ante la Ley, se deriva la necesidad de establecer un sistema probatorio para determinar si se profesa o no una religión y tal sistema es establecido en los artículos 38, 39 y 40.

Setenta y ocho fueron las enmiendas que los procuradores propusieron a tal Ley, catorce de ellas se refieren de una u otra manera, a lo preceptuado en el proyecto de Ley que incide en materia matrimonial. Son las siguientes:

NUM. DE ENMIENDA	PRIMER FIRMANTE
9	Antonio José Hernández Navarro
13	Eduardo Nolla López
15	Diego Sevilla Andrés
26	Manuel Batlle Vázquez
40	Fernando Fugardo Sanz
49	Ramón Muñoz G. Bernaldo de Quirós
54	Ramón Muñoz G. Bernaldo de Quirós
58	Manuel Manglano y Cucalo de Montull
59	Lucas María Oriol Urquijo
60	Blas Piñar López
61	Purificación Sedeño Fuentes
64	Ramón Albitur Esparza
66	Manuel Rivas Guardilla
67	Eduardo Villegas Girón (154)

Al análisis de cómo esas enmiendas influyen en la modificación del Proyecto de Ley, hasta llegar al articulado vigente, estarán dedicadas las próximas líneas.

Dos enmiendas, las número 58 y 64, lo son a la totalidad y pretenden que sea retirado el proyecto, la primera de ellas es además enmienda a diversos artículos y será analizada en su momento. Pocos comentarios suscita la número 64 en lo que a nosotros nos interesa.

Las enmiendas al preámbulo son las número 58, 59 y 60. La primera de ellas considera que debe ser retirado por oponerse a la Ley Orgánica del Estado, no se apoya en ningún argumento jurídico de peso. La número 59 insiste en que es el cambio de actitud de la

(154) Citaremos las enmiendas por su número.

Doctrina de la Iglesia lo que justifica esta nueva Ley, en razón del II P. M. N. La enmienda 60 tiene escasa trascendencia en el aspecto matrimonial aquí analizado.

El texto promulgado como preámbulo de la Ley 44/67 recoge la idea —a nuestro entender básica— de que el II P. M. N. es la causa de la propia Ley, reproduciendo en su primer párrafo textualmente el párrafo primero del Proyecto del Gobierno: «El precepto de la Ley de rango fundamental de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye un fundamento muy sólido de la presente Ley» (155).

El artículo 3.º del Proyecto reconocía el derecho a la no discriminación por motivos religiosos. Para algunos —enmienda número 15— tal precepto debe ser suprimido ya que debe «...ser objeto material de una disposición fundamental y no de una Ley ordinaria...». La enmienda número 59 considera que tal artículo debe ser además un motivo más para insistir en la confesionalidad del Estado y además pretende eliminar la expresión «sin discriminación alguna», el motivo que aduce es que no se puede dar el mismo tratamiento a los ateos que a los adeptos «...a una de las modalidades de religión, más o menos ajenas a la voluntad de Dios, pero que reconoce su autoridad y le adoran». La enmienda número 60 respeta el texto del gobierno pero postula la inclusión del término «por sí mismas», lo que daría el siguiente resultado: «Las creencias de los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso, por sí mismas, motivo de desigualdad...». La ponencia no acepta la enmienda número 59, considera innecesaria la insistencia en la confesionalidad propuesta por la misma; pero sin embargo sí acepta la número 60. ¿Qué supone la inclusión de la expresión «por sí mismas»? Es difícil emitir un juicio, ya que el texto finalmente aprobado no recoge tal expresión y por tanto no se puede conocer cuál hubiera sido su alcance en la práctica. Sin embargo, no creemos arriesgado el afirmar que su sentido era claramente restrictivo con respecto al Derecho Fundamental de igualdad religiosa. En efecto: si «Las creencias a los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso, por sí mismas, motivo de desigualdad...», cabe entender *a sensu contrario*, que sí podrían constituir motivo de desigualdad sus consecuencias, así por ejemplo en las manifestaciones externas de culto —consecuencia lógica de profesión de una religión— cabría un trato discriminatorio. El mismo alcance creemos que tenía la pretensión de la enmienda 59 de suprimir el término «sin discriminación alguna». El texto final del artículo 3.º (156) recoge, en cierta medida, tal pretensión.

El artículo del proyecto que más directamente incide en el

(155) Es curioso constatar que no se menciona a la Ley del P. M. M. con su nombre.

(156) «Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley.»

tema matrimonial es el 6.º, y contra él se presentan una decena de enmiendas.

Analicemos su contenido y consecuencias.

El artículo 6.º del proyecto se articulaba en tres párrafos, cuyas ideas centrales eran:

1. Igualdad ante el matrimonio.
2. Vigencia del artículo 42 del C. c.
3. Vigencia del artículo 83 número 4 del C. c.

Y siguiendo tales ideas la enmienda número 26 propone una nueva redacción del artículo 6.º, y para cumplir el primer principio el enmendante razona con lógica que «...pugna con los más elementales dictados de la equidad o de la justicia que se haga discriminación entre el matrimonio católico y el acatólico en culto admitido, por lo que se refiere a la producción de efectos civiles...», y consecuentemente propone un punto 3 del artículo 6.º que preceptuaría: «si ninguno de los contrayentes profesa la religión católica, y en los casos de matrimonios mixtos dispensados en la forma canónica, podrá celebrarse el matrimonio de acuerdo con los ritos y formalidades de confesión no católica legalmente reconocida, que producirá los efectos civiles señalados en la Ley una vez inscrito en el correspondiente Registro y cumplidos los requisitos previos que reglamentariamente se determinen». En este mismo sentido se inclina la enmienda número 13 y aunque con menos firmeza también la número 66.

Con la finalidad de establecer una discriminación para los ateos, lo que constituye una obsesión en toda la enmienda, la número 59 propone sustituir «convicciones» por «creencias».

El suprimir la prueba de la no profesión dejándola reducida a una simple declaración es la pretensión de la enmienda número 9 (157). Y se inclina por la posición subjetivista la enmienda número 40, al proponer como texto del punto 2 del artículo 6.º el siguiente: «se autorizará el matrimonio civil», argumentando que «...El hecho de que quieran contraer matrimonio civil ya es una demostración de que no aceptan la misma y, por tanto, esto debe ser tomado ya como punto demostrativo de ello». La misma idea mueve a los autores de la enmienda número 61 al afirmar: «Respondiendo al título del proyecto, la libertad religiosa debe quedar para *todos*. Dada la forma de ser de los españoles, el encontrarnos con trabas y tener que justificar una postura, creo da más inconvenientes a nuestra religión que la total libertad». Sin embargo tal pretensión no se hubiese logrado de prosperar el texto propuesto por los enmendantes (158), ya que la alusión al artículo 42 del C. c. hace que continúe vigente la exigencia de la prueba de la no profesión, mientras que de haber prosperado el texto propuesto

(157) «Añadir después de "Religión Católica" "bastando su simple manifestación en tal sentido"..."»

(158) «Se autorizará el matrimonio civil conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.»

en la enmienda número 40 hubiese supuesto la derogación de los párrafos 2.º y 3.º de tal artículo de nuestro Código civil.

De opinión opuesta es la enmienda número 58 ya que pretende que se añada la expresión «... y así lo hayan acreditado antes legalmente», por tanto no sería suficiente con el simple hecho de acudir al matrimonio civil, ni tampoco con la declaración hecha con motivo del matrimonio.

Por último la supresión del punto 3 del artículo 6.º del proyecto es lo propugnado por la enmienda número 49, lo que tal vez tendría escasa trascendencia de subsistir el artículo 83 del C. c.

Del análisis de las enmiendas al artículo 6.º se puede deducir un saldo claramente positivo a favor de un régimen de mayor igualdad y libertad religiosa a la hora del acceso al matrimonio. ¿Cuál fue el efecto sobre el texto final? Ninguno. En efecto: el texto que propone la ponencia es el siguiente:

«Art. 6.º 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.

2. Quienes hubiesen sido ordenados «in sacris» o estén ligados con voto solemne de castidad dentro de la Iglesia Católica, no podrá contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil».

Tal texto es idéntico al promulgado finalmente.

Las diferencias entre este texto y el propuesto por el Gobierno son las siguientes:

— Supresión del punto 1 del artículo del proyecto, punto en el que se reconoce la igualdad de los españoles ante el matrimonio.

— Añadir al punto 2 del proyecto (1 del texto definitivo), la autorización para que *además* del matrimonio civil que es el que produce efectos civiles, los que no profesen la religión católica pueden celebrar otras ceremonias que no tendrán ninguna eficacia civil, lo que, en nuestra opinión, ya era perfectamente legal.

Paradójicamente, pues, una postura «liberal» de los enmendantes produce, como respuesta una postura restrictiva de la Ponencia y luego de las Cortes con respecto al Proyecto gubernamental.

Mejor suerte corren las enmiendas al artículo 38, las números 58 y 60, que propugnan la supresión del término «... o de que no se profesa ninguna», propuesta aceptada por la ponencia y que cristaliza en la siguiente redacción del artículo 31 de la Ley 44/67 «La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes».

El intento de discriminar a los ateos con respecto al resto de los ciudadanos tiene, pues, éxito.

Un elemento fundamental en la configuración del sistema ma-

trimonial español a lo largo del último siglo, como hemos señalado, repetidamente ha sido la prueba de la no profesión. De lo que se considera que se debe probar y de cómo se debe probar ha dependido la facilidad o dificultad de acceder al matrimonio civil. A este aspecto hacen referencia los artículos 39 y 40 del Proyecto de Ley.

Ninguna enmienda es presentada al primero de dichos artículos, que está destinado a la prueba de que se profesa una religión acatólica. El punto primero de dicho artículo del proyecto pasa a ser el texto del 32, 1, de la Ley, y el número 2 desaparece en parte y en parte se integra en el 32, 3. Por el contrario son muy numerosas las enmiendas al número 40.

La supresión del artículo 40 es propugnada en la enmienda número 61, en coherencia con el espíritu de la enmienda en materia matrimonial antes analizado, la misma solución y por los mismos motivos es la apuntada en la enmienda número 9.

La supresión de la declaración de dos testigos para probar que no se profesa ninguna religión es pedida en la enmienda número 54 (así como en la 67), que asimismo propone la supresión del párrafo 3 del mencionado artículo. La supresión de dicho punto es también solicitada en la enmienda 66. La misma idea es mantenida en la enmienda 59, aunque por razones distintas: «... la veracidad de las declaraciones forma parte del sistema jurídico general».

La insistencia en discriminar, e incluso desconocer su existencia, a los ateos queda, una vez más, patente en la enmienda 58 que pretende la supresión del artículo 40,1.

La modificación del 40,2 propuesta por la enmienda 40 tiene escasa trascendencia para nuestro estudio.

Los intentos de suprimir el artículo 40 no consiguen el resultado pretendido, y tanto la ponencia como el texto definitivo lo mantienen, si bien con modificaciones.

Es acogido por la ponencia y el texto final la supresión de la necesidad de dos testigos que declaren que no se profesa religión alguna, la medida parece acertada, no sólo por razones de fondo, sino incluso meramente prácticas, la dificultad —si existe— de encontrar dos testigos que hagan tal declaración es mínima, pero constituiría un intento de dificultar tal declaración.

Se acepta también la supresión del artículo 40, 3, lo que justifica la ponencia en razón de «...la inseguridad jurídica que implicaría someter la validez de los actos realizados a la certidumbre de la declaración de acatolicidad». No estamos de acuerdo con el argumento, parecería más correcto decir que la simple declaración de acatolicidad supone de hecho la acatolicidad. Frente al argumento de las enmiendas 55 y 66 y de la ponencia aparece como más correcto jurídicamente el expuesto por la enmienda 59, y ello aunque no estemos de acuerdo con lo pretendido en tal enmienda.

El intento de la enmienda 58 no alcanza su objetivo y el 39, 1 del proyecto se mantiene en todos sus términos si bien pasa a ser el 32, 1 del texto promulgado.

El 39, 2 queda suprimido y el 40, 2 pasa a ser el 32, 3 con algunas modificaciones en la redacción, pero de escasa trascendencia.

Por último, el artículo 41 del Proyecto es mantenido en todos sus términos por no haberse formulado ninguna enmienda al mismo y pasa a ser el artículo 33 de la Ley.

En resumen, estimamos que las modificaciones sufridas por el proyecto se pueden considerar restrictivas en lo que se refiere a los artículos 3.º y 6.º y 31. Aclaratoria en lo que se refiere al artículo 32 de la Ley; y liberalizadora en la supresión del 40, 3 del proyecto.

Expuesto ya como se llega a la Ley de 28 de julio de 1967, corresponde ahora analizar su contenido.

Los artículos de la Ley que nos interesan quedan redactados así:

«Art. 3.º Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley.»

«Art. 6.º 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.

2. Quienes hubieren sido ordenados in sacris o estén obligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil.»

«Art. 31. La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes.»

«Art. 32.1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del ministro competente para extenderla.

2. La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado.

3. El abandono de una confesión religiosa exigirá la prueba de que el mismo ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiese sido abandonada.»

Art. 33. Se entenderá que cualquier cambio de adscripción religiosa no afecta a las obligaciones que hayan sido contraídas en virtud de una adscripción confesional anterior.»

El primer tema a plantear sería determinar a quién va dirigida esta Ley. El tema desborda el ámbito de este estudio, y la respuesta que a él demos debe ser considerada como una hipótesis de trabajo, revisable en otro momento (159).

Entendemos que esta ley va dirigida a aquellos que profesando

(159) Para un estudio de este aspecto, vid. PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid, 1974, páginas 355 y ss.

una religión no son católicos. Quedan, pues, excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, de una parte los ateos y de otra los católicos. Así creemos que lo entiende De la Hera, al afirmar: «La Ley atiende a ofrecer a los no católicos igualdad de derechos con los católicos en materia religiosa, a aquellos puntos en que la situación favorable de la religión [católica] no lo impide...» (160) y también Pérez-Llantada, cuando escribe: «...no pretende abarcar en su ámbito de aplicación más que el derecho de los *creyentes acatólicos* y sus Asociaciones religiosas...» (161) y ello aunque más adelante matice la afirmación. Y así se desprende del articulado de la Ley, artículos: 1.º 3, 2.º 1, 5.º 3, 6.º 1, 6.º 2, 7.º 4, 8.º 2, 8.º 3, 9.º 1, 9.º 2, 10.º, 11.º 1, 12.º, 13.º 1, 13.º 2, 13.º 3, 14.º, 15.º 1, 15.º 2, 15.º 3, 15.º 4, 16.º, 17.º 1, 17.º 2, 17.º 3, 18.º 1, 18.º 2, 18.º 3, 19.º, 20.º, 21.º 2, 22.º, 24.º, 25.º 2, 25.º 3, 26.º, 27.º 1, 27.º 2, 28.º 1, 28.º 2, 29.º, 30.º 1, 30.º 2, 30.º 3, 31.º, 32.º 1, 36.º y disposición transitoria.

Centrándonos ya en el tema que nos interesa, y no olvidando la hipótesis formulada cabe plantearse la pregunta: ¿Afecta la Ley de Libertad Religiosa al sistema matrimonial español? ¿Se modifica el artículo 42 del C. c.? y en definitiva ¿qué significa «profesar...» a partir del año 1967?

El artículo 3.º debería ser matizado en el siguiente sentido: «Las creencias religiosas, a excepción de la católica, no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley», puesto que los católicos tienen vedado el acceso al matrimonio civil a diferencia del resto de los súbditos del ordenamiento estatal, y puesto que los acatólicos no ven reconocidos efectos civiles a sus matrimonios religiosos.

El artículo 6.º no tiene otra pretensión que indicar que el artículo 42 del C. c. y el 83, número 4 del mismo cuerpo legal siguen vigentes. Estimamos que tal aclaración no era necesaria, puesto que en nuestra interpretación, era evidente que tales preceptos eran derecho vigente.

El punto en el que la doctrina se apoya para considerar que la Ley de Libertad Religiosa supone una modificación del sistema matrimonial es el capítulo IV de la Ley. Veamos hasta qué grado llegan tales modificaciones.

En primer lugar hay que señalar que la idea de que el artículo 6.º 1 de la Ley de Libertad Religiosa supone la derogación de la exigencia de la prueba de la no profesión para acceder al matrimonio civil no es correcta. De una parte la vigencia del artículo 42 del C. c., en todos sus términos es señalada en el propio artículo 6.º, y de otra los artículos 31 y 32 de la Ley de Libertad Religiosa hacen suponer que la necesidad de prueba sigue vigente (162).

El texto básico del sistema matrimonial español sigue siendo el artículo 42 del C. c. en la redacción dada al mismo por la Ley de

(160) DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo...*, cit., pág. 87.

(161) PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, ob. cit., pág. 363.

(162) Vid. DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 675.

abril de 1958, y según tal artículo para acceder al matrimonio civil es necesario probar que no se profesa la religión católica; para el 32.1 de la L. L. R. no basta como prueba de la no profesión del catolicismo la certificación del ministro competente de que se profesa una religión no católica, pero siempre que se pruebe previamente que no se profesa el catolicismo, al menos a los efectos del 42 C. c.

El artículo 32, 2 tampoco quiere decir que basta con la simple declaración del interesado para probar que no se profesa una religión, eso será exacto solamente en los casos en que se pretenda acreditar la no profesión de una religión acatólica, pero no bastará en el caso de que se pretenda probar que no se profesa el catolicismo.

La Ley de Libertad Religiosa, pensamos, no afecta en absoluto al sistema matrimonial español; otra cosa es que haya influido en la legislación posterior sobre la materia (163), que haya influido en la elaboración de la doctrina jurisprudencial (164), única competente para especificar el alcance del término «profesar...»; pero como ya dijimos a propósito de la Orden del 41, la jurisprudencia no es acertada porque se acople a la Ley de Libertad Religiosa —en materia matrimonial— sino al contrario, tal Ley tiene alguna influencia en la configuración práctica del sistema matrimonial porque así lo ha querido el T. S.

Como ya hemos indicado la Ley 44/67 incide sin lugar a dudas en la legislación posterior sobre la materia, ello aparece con absoluta nitidez en el Decreto de 22 de mayo de 1969 que reforma varios preceptos del Reglamento del Registro Civil, quedando redactados los números 245 y 246 de la siguiente manera:

«Art. 245. Si se tratara de personas que hubieren abandonado la religión católica, se exigirá, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo.»

«Art. 246. Mientras se tramiten los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar el estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

En los casos no comprendidos en el artículo precedente la prueba de que no se profesa la religión católica podrá efectuarse, bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida por ministros competentes o representante autorizado de la respectiva asociación confesional, o bien mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado.

Bernárdez ha afirmado que la reforma del artículo 245 del Re-

(163) Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 31.

(164) Vid. S. T. S. 12-VI-69, S. T. S. 20-IV-74, S. T. S. 4-X-74, S. T. S. 11-III-75 y S. T. S. 23-XII-77.

glamento del Registro civil «... convierte al sistema matrimonial, en la práctica, en una modalidad que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a la del matrimonio civil facultativo» (165). Eso es perfectamente cierto pero con la salvedad hecha por Bernárdez de que sólo en la práctica.

El nuevo artículo 245 tiene como diferencia fundamental con el antiguo del Decreto de 14 de noviembre de 1958 que frente al requisito de que el encargado del Registro notificase a la Autoridad Eclesiástica la intención del apóstata de contraer matrimonio, y que ésta pudiese solicitar mayor información al respecto y teniendo que esperar en cualquier caso, durante un mes, el nuevo requisito se reduce a la comunicación al párroco del abandono de la religión católica, ya sea directamente por el interesado ora sea a través del encargado del Registro.

El nuevo artículo 246 en su primer párrafo reproduce el mismo párrafo del antiguo, con la única diferencia de suprimir las palabras «... transcurre el mes...» y «... la religión...». La primera supresión es una exigencia ineludible del hecho de haber desaparecido el requisito de la espera de un mes en el nuevo artículo 245. ¿Qué alcance tiene la segunda supresión? La primera impresión es que se suprime el requisito de la prueba de la no profesión que pasa a ser sustituida por la prueba de que se ha comunicado el abandono al párroco (166); pero esto sería tanto como considerar el artículo 42 del C. c. como derogado, ya que éste en su tercer párrafo exige la prueba de la no profesión.

Creemos que en virtud del primer párrafo del nuevo artículo 246 de R. R. C. y del 42 del C. c. en realidad son dos pruebas distintas exigidas. Hay que probar que no se profesa el catolicismo, pero además en el supuesto de apostasía hay que probar que esta se ha comunicado al párroco.

El párrafo 2.º del nuevo artículo 246 no aparecía en el primitivo; este párrafo va destinado a los católicos no apóstatas, insistimos en que el artículo 42 del C. c. sigue vigente y que habrá que probar la «no profesión»... entendiendo por «no profesar»... lo que entienda el T. S. que no tiene que ser necesariamente, para el caso contemplado en el 2.º párrafo del artículo 246 del R. R. C., equivalente a la certificación de ministro competente, o a la declaración del interesado.

El párrafo 3.º es reproducción literal del 2.º del primitivo artículo 246.

Estimamos, pues, que la única modificación en el sistema matrimonial inferida por el Decreto del 69, se limita a la sustitución

(165) Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades españolas, *Derecho Canónico*, vol. II, Pamplona, 1974, págs. 435 y ss.

(166) En este sentido, vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 33, y DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 676.

del requisito de notificación a la Autoridad Eclesiástica y espera de un mes, por parte del Juez en el caso de intento de matrimonio civil por apóstata, por el requisito —indudablemente más cómodo, pero sin diferencia esencial— de la prueba de haber notificado al párroco.

Una instrucción de la D. G. R. y N. de 22 de marzo de 1974 trata de simplificar los complejos trámites que constituyen el expediente previo al matrimonio civil. Dicha Instrucción se refiere también a la prueba de la no profesión y dice en su punto III-3.º:

«Prueba de no profesar la religión católica. En el momento actual está tan facilitada esta prueba que su exigencia nunca debe ser causa de dilaciones, pues, según Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 1970 es medio de prueba idóneo «la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica». Solamente se establece una diligencia especial para el supuesto de que se tratase de personas que hubiesen abandonado la religión católica «se exigirá que, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo» (artículo 245 del Reglamento Registro Civil). Naturalmente la realización de esta diligencia no debe paralizar el curso de los demás trámites».

Así pues, la instrucción de la D. G. R. y N. sigue con absoluta fidelidad el espíritu del Decreto del 69. Pero si un Decreto no puede modificar una Ley (el Código Civil) tampoco puede una Instrucción de la D. G. R. y N.

La última disposición que trata de regular el acceso a una u otra clase de matrimonio es el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977, modificador de varios artículos del Reglamento del Registro Civil.

Este es el texto de los preceptos que afectan a nuestro estudio:

«Art. 243. Los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1.º Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2.º Que no profesan la religión católica.

3.º Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4.º Que no existe impedimento para el matrimonio.

5.º El Encargado elegido, en su caso, para la celebración.

6.º Pueblos en que hubieran residido o estado domiciliados, en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos a ruego del contratante que no pueda hacerlo.»

«Art. 245. La prueba de que no se profesa la religión católica se efectuará mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado.»

«Art. 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la religión católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración. A efectos de este expediente, se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil. En el expediente se publicarán edictos y proclamas, si se hubieran omitido, y se practicarán, en su caso, de oficio las debidas diligencias probatorias.»

Así pues, una vez más, se introducen importantes modificaciones sustantivas en el sistema matrimonial español al modificar un cuerpo legal cuya finalidad es reglamentar un Registro.

El método empleado tampoco es nuevo: interpretar el término «profesar». El número 2.º del artículo 243 exige que en el momento de pretender contraer matrimonio civil se deberá declarar que no se profesa la religión católica, y tal declaración se convierte, en virtud del artículo 245, en prueba suficiente de la no profesión, y consiguientemente en requisito bastante para no quedar obligado al matrimonio canónico. La solución, ciertamente, no es original, fue la empleada en el Decreto de 9 de febrero de 1875 (si nuestra interpretación de tal disposición es correcta), y también por la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 (si bien, en aquella disposición bastaba con la declaración de uno de los contrayentes, mientras que en el Real Decreto de 1977 es necesaria la de ambos).

En los supuestos señalados en el artículo 249, el Real Decreto va aún más lejos, en su espíritu facilitador del acceso al matrimonio civil. Se vuelve, en tales casos, a la interpretación dada por la Real Orden de 27 de agosto de 1906, «... se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil» (167).

Así pues, se acoge, con la última reforma del Reglamento del Registro Civil, la interpretación más liberal posible del artículo 42 del C. c. El hecho de que las soluciones adoptadas no sean nuevas, nos exime de repetir comentarios que ya hicimos al estudiar las disposiciones que son antecedente claro de la presente.

El Real Decreto de 1977 cierra una etapa de la historia de la legislación matrimonial española. Con toda probabilidad un período muy distinto va a comenzar. Esperemos que el legislador no caiga en precipitaciones habituales —como hemos demostrado—, cuyas únicas consecuencias son crear la inseguridad jurídica que se deriva de las incesantes modificaciones legislativas y posibilitar inter-

(167) No se comprende la inclusión en el mismo artículo de la siguiente afirmación: «... se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica». ¿Qué sentido tiene exigir una acreditación de algo que se presume, con toda probabilidad, *ius et de iure*?

pretaciones administrativas, en ocasiones de dudosa legalidad, guiadas por concepciones políticas del Gobierno en el poder, más que por el respeto a la Ley. Todo ello sin olvidar la realidad social del momento presente (168) y la correlación existente entre el sistema matrimonial que se adopte y el grado de protección con el que se provee el Derecho Fundamental a la libertad religiosa*.

(168) Compárase la reacción de la Iglesia Católica española frente a la Real Orden de 1906 (Vid. supra, notas 72 y 74) con la inadvertencia, aparente, ante el Real Decreto de 1977.

* En contra de nuestras previsiones, el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977 no ha cerrado una etapa, ya que aún ha existido otra disposición que —sin la ya *imprescindible* reforma del artículo 42 del C. c.— ha incidido en la configuración de nuestro sistema matrimonial. Nos referimos a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978. Nos limitaremos a transcribirla: «La aprobación de la Constitución española ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre celebración del matrimonio civil.

En efecto, el artículo 32-1 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y su artículo 16-2 señala la que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (artículo 16-3) y de no discriminación por razón de religión (artículo 14), y llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no pueden preguntar.

Atendiendo a estas consideraciones, así como al hecho de que aquellas normas constitucionales tienen vigencia inmediata (cfr. artículo 53 y disposiciones derogatoria y final), esta Dirección General ha acordado declarar que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil y que, por tanto, los Jueces y Cónsules Encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes.

Lo que digo a VV. SS.

Dios guarde a VV. SS. muchos años.

Madrid, 26 de diciembre de 1978.—El Director general P. D., el Subdirector y Jefe de la Inspección Delegada, Manuel Peña y Bernaldo de Quirós. Sres. Jueces y Cónsules Encargados de los Registros Civiles.»

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ACADEMIE POLONAISE DES SCIENCES. INSTITUT DE L'ETAT ET DU DROIT: "La Filiation. Colloque franco-polonais. Poznan, 8-10 octubre 1974". Ossolineum, 1977, 330 págs.

Un doble motivo me impulsa a dar cuenta de esta publicación a los lectores del ANUARIO. El artículo 39.2 de la vigente Constitución española obliga a reformar nuestro Derecho de filiación bajo el principio de igualdad ante la ley de toda clase de hijos. Principio que ha acogido Polonia, siguiendo la tónica de todos los países socialistas, estando ahora desarrollado en el vigente Código de la Familia y de la Tutela de 1964; y que también ha inspirado la reciente reforma francesa de 1972. Por otra parte, no obstante el tiempo transcurrido desde su celebración y aun contando con la natural demora en la publicación de este tipo de trabajos, la mayoría de las intervenciones recogidas conservan su actualidad, siendo útiles, no sólo para conocer el derecho en vigor en cada país, sino que, a mi modo de ver, son un modelo de aplicación del método comparativo.

Después de las alocuciones de rigor de los profesores Lopatka y Czachorski, el desarrollo del coloquio se dividió en dos partes, la primera relativa a la filiación en el Derecho francés y polaco, y la segunda a los aspectos de Derecho internacional privado en ambos ordenamientos.

Como es habitual, los temas de cada parte se desarrollaron paralelamente, y giraron en torno a tres cuestiones claves: La investigación judicial de la paternidad natural, la impugnación de la paternidad legítima, y las relaciones personales y patrimoniales entre los padres y los hijos nacidos fuera de matrimonio. Por parte francesa intervinieron los profesores Foyer, Tallon y Catherine Riu-Labrousse; por parte polaca, los profesores Radwanski, Nowakowski y Smyczynski. Las materias de Derecho internacional privado tuvieron por objeto la exposición de las reglas de conflicto en cada país, y los problemas relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia de filiación y alimentos. Se transcriben también las intervenciones habidas en la subsiguiente discusión de las ponencias generales, así como las muy interesantes conclusiones debidas al profesor Czachorski.

Aunque Francia y Polonia se inspiran en el principio de equiparación entre hijos legítimos e ilegítimos, no hay total coincidencia en la forma de llevarla a cabo. Se ha dicho que Francia ha suprimido la discriminación legal, pero no ha llegado a la total igualdad. Hay diferencias de trato con relación a los hijos adulterinos e incestuosos, y tam-

poco ha suprimido la terminología de "hijo natural", que, aunque no deja de ofrecer flanco a la crítica, no ha encontrado, sin embargo, adecuada sustitución. Por otra parte, si bien todavía puede ser prematuro sentar afirmaciones categóricas acerca de las consecuencias sociológicas de la nueva legislación francesa, acaso convenga tener presentes las siguientes observaciones de la profesora Riu-Labrousse: "La frecuencia de la ilegitimidad no parece depender de la suerte más o menos favorable que el Derecho reserva a los hijos naturales; puede parecer curioso que la mayor o menor tolerancia de las leyes en materia de anticoncepción o aborto no parece influir de modo determinante en la tasa de ilegitimidad".

Polonia presenta en materia de filiación ilegítima una legislación más simple y radical que Francia, sin restricciones a la total equiparación. Con todo, puede ser útil recoger la advertencia del profesor Smyczynski: "Es preciso no olvidar que, pese a la igualdad jurídica de todos los hijos, su suerte no es idéntica y depende en gran parte: a) de si el padre es o no conocido; b) de las relaciones entre ambos progenitores; c) de las actitudes del padre para con el hijo; circunstancias todas ellas de hecho que escapan prácticamente a la acción de la ley, cuya influencia aquí es muy reducida. No podría incitarse a los padres, especialmente al padre de un hijo ilegítimo, a amarle ni a asegurarle un ambiente que únicamente puede ofrecerle una familia normal".

De lo expuesto se deduce claramente que junto a la comparación jurídica entre ambos sistemas de filiación ilegítima, no faltan muy interesantes consideraciones humanas y sociológicas.

Es digno de encomio el esfuerzo reiterado de la Academia Polaca de Ciencias por dar a conocer a los juristas occidentales las notas más características de su Derecho privado, así como la multiplicación de sus estudios comparativos.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio: «La empresa agraria y el concepto jurídico unitario de empresa». Trabajo publicado en la Revista de «Estudios Agro-Sociales», núm. 102, enero-marzo 1978, págs. 169 a 189.

Resalta en este trabajo la tendencia a poner de relieve la importancia histórica y actual de la empresa agrícola. El Derecho agrario, en gran parte perteneciente al Derecho civil —dice el autor—, es su punto de partida en la búsqueda del concepto unitario de empresa, pues el titular de la explotación agrícola es el empresario agrario y, como tal, el primer empresario conocido en la Historia. Se persigue el objetivo de hallar el concepto unitario de empresa partiendo de la noción de explotación agraria como centro unificador del concepto general de empresa. En cinco capítulos del Derecho civil aparece inscribible la empresa (en los negocios jurídicos, como personalidad, como objeto de derechos, como universalidad compuesta de elementos heterogéneos y como patrimonio). Dos elementos básicos conducen

al concepto jurídico unitario de empresa: el de unidad patrimonial y el de responsabilidad del sujeto titular. El empresario, como sujeto de derechos y obligaciones, titular de la empresa y responsable de las actividades de ella, es el motor y alma que coordina en unidad patrimonial los factores de capital, trabajo y producción, de control técnico y de técnica contable, de relaciones públicas y de soluciones laborales. Por otra parte, la empresa agraria es explotación y unidad orgánica, a lo que no se opone la idea de utilidad, aprovechamiento y buena administración, que son precisas en toda explotación agraria. Por tanto, unidad orgánica, unidad económica, unidad patrimonial, es el núcleo fundamental de la empresa agraria evidenciado por las leyes reguladoras de las explotaciones y de las fincas rústicas. Destaca en ella, según se deduce de las leyes, su constitución unitaria, tanto en normas generales como en las particulares de carácter fiscal y laboral. Empresario agrario es el titular de la explotación agraria, sin poder confundirse en sentido propio, titular de la explotación con titular dominical de la finca. Aparece, pues, la empresa con trascendencia superior al empresario individual, como unidad patrimonial en coordinación de actividades y responsabilidades, produciendo bienes y servicios traducidos en beneficios lucrativos. Después de tratar de los criterios de la jurisprudencia, muy tenida en cuenta en todo el trabajo, principalmente en cuanto a arrendamientos urbanos y rústicos, sienta el autor como conclusión final la de que en la convergencia de las dos líneas investigadoras, la de la empresa agraria y la de la empresa mercantil, se encuentra el concepto jurídico unitario de empresa. Y se define así: unidad orgánica patrimonial compuesta por elementos espirituales, personales y materiales, y dirigida por el titular a producir bienes o servicios con la finalidad de obtener beneficios lucrativos. Su naturaleza se corresponde con la de un patrimonio especial, de la teoría general del patrimonio y más propiamente inserta en el capítulo del Derecho de obligaciones del Derecho civil.

Como se ve por el bosquejo que a grandes rasgos hemos trazado de este trabajo, se trata de hallar el concepto unitario de empresa, de uno de los muchos puntos de confluencia en que juegan criterios y conceptos económicos y criterios jurídicos, y en lo que, también como en otros supuestos, el Derecho da las normas rectoras para la ordenación de los fenómenos económicos. Un trabajo, en definitiva, que constituye una novedad en nuestra literatura jurídica, y que sin dudarle servirá de punto de partida óptimo para otros estudios derivados de su contenido.

J. SANTOS BRIZ

BONET CORREA, José: "Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo". Pamplona, 1978, 2.^a ed. revisada y puesta al día. Editorial Aranzadi. Un volumen de 266 págs.

La obra del profesor Bonet Correa, sobre la renta actualizada en los arrendamientos urbanos, alcanza ahora su segunda edición, siendo enri-

quecida por la doctrina y la jurisprudencia habida en estos últimos años. Es muy importante en cuanto a la cuestión de la validez de las cláusulas de estabilización, actualmente resulta por el artículo 100 de la LAU, al admitirlas, pero se plantea más dudosa para las cláusulas de elevación de renta, debido a la interpretación y aplicación de la doctrina legal que sigue haciendo el Tribunal Supremo, a pesar de lo dispuesto por el artículo 98 de dicha LAU.

La obra mantiene inalterada su originaria estructura expositiva, por lo que, después de un prólogo explicativo de cuestiones, resultados y fines, se divide en tres capítulos: el primero contiene una introducción sobre la historia inmediata de la legislación de arrendamientos urbanos referida a las cuestiones de bloqueo de la renta, su actualización legal y su estabilización voluntaria a través de la legislación especial del período 1914 a 1936, así como en las legislaciones locativas urbanas de 1946, 1956 y la vigente de 1964.

El capítulo segundo se dedica al examen particularizado de aquellas sentencias del Tribunal Supremo donde se habían pactado cláusulas de estabilización de la renta, bien en locales de negocio (SS. 25 enero 1955, 28 noviembre 1957, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967, 15 febrero y 26 diciembre 1972, 25 enero 1973, 27 febrero 1974 y 11 junio 1974), o ya en viviendas (S. 15 febrero 1972).

El capítulo tercero aborda las posiciones del Tribunal Supremo ante cláusulas de elevación de la renta en arrendamientos de locales de negocio, donde el Tribunal Supremo muestra su posición contradictoria, ya por su admisión (SS. 20 diciembre 1972, 23 abril 1973, 26 diciembre 1973, 25 septiembre 1976, y 4 junio 1977) o, bien, al declararlas nulas (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 18 febrero 1971, 16 junio 1973, 9 febrero, 5 marzo y 23 diciembre 1974, 28 octubre y 28 noviembre 1975, 31 marzo y 2 diciembre 1977).

En el apartado segundo de este capítulo, además, se trata a las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamientos de industria que son declaradas como válidas (SS. 29 diciembre 1971 y 4 junio 1977).

La obra concluye con un índice completo de las Sentencias del Tribunal Supremo que han abordado y debido resolver sobre una cláusula de actualización de la renta, ya de estabilización o bien de elevación, así como con otro índice de materias muy especificado, lo que facilita muy útilmente su consulta.

R.

CREMADES, Bernardo María: "Panorámica española del Arbitraje Comercial Internacional". Editorial Pons. Madrid.

Con razón y por muchas razones, el autor del libro reseñado pondera la importancia del arbitraje. Hoy, la cláusula compromisoria o, como se dice con prurito de precisión técnica, el contrato preliminar de arbitraje,

se ha hecho tan usual que se ha convertido en una cláusula de estilo. Aconsejada por notarios y asesores jurídicos, se incluye en los contratos individuales y también aparece como normal en los contratos de adhesión. El libro que nos ocupa está centrado en el estudio del arbitraje comercial internacional. Es donde el arbitraje desempeña una función más fecunda y también en la que su uso importa más.

Comienza el libro con una Introducción en la que se pone de relieve el especial interés que para España tiene el arbitraje, desde el momento en que se integra en la comunidad económica internacional. Después se hace una escueta referencia a la Ley de 1953, la que se califica con cierta dureza como "el verdadero freno para el desarrollo del arbitraje en la vida jurídica española" (p. 19), y, por ello, se predica su "urgente modificación". Desde el capítulo tercero se trata del arbitraje comercial internacional, dedicándole cinco capítulos. En ellos se va examinando sucesivamente la base legal de este arbitraje en el Derecho español, la cláusula arbitral, el nombramiento de los árbitros, el procedimiento arbitral y la ejecución en España de los laudos extranjeros.

Como es natural, a lo largo de la obra se puede observar la atención especial que se dedica a los convenios internacionales, a la obra de la Cámara de Comercio Internacional y a la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Se ha procurado facilitar el estudio de las obra al lector con dieciséis anexos. Además de los textos de la ley sobre arbitraje de Derecho privado y de los artículos 951-958 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se recogen los convenios fundamentales en la materia, es decir, el Protocolo de Ginebra de 1923, el Convenio de Ginebra de 1927 y el Convenio de Nueva York de 1958. También se reproducen el Reglamento sobre arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1975 y el Anteproyecto de Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional, confeccionado en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1975 (1). Se insertan, además, los convenios sobre materia de arbitraje celebrados por España con Cerdeña, Suiza, Colombia, Checoslovaquia y Francia. Todavía se encuentran recogidos unos dieciséis autos del Tribunal Supremo sobre "exequatur" y ejecución de laudos extranjeros.

Bastará esta escueta referencia para que el lector advierta el interés y práctica utilidad de la obra de la que se da aquí cuenta.

R.

(1) El texto definitivo del Reglamento de Arbitraje de la CMDMI ha sido publicado con el *Informe* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en el noveno período de sesiones (12 de abril a 7 de mayo 1976). Asamblea General. Documentos oficiales: Trigesimoprimer período de sesiones. Suplemento núm. 17 (A/31/17). La Asamblea General, en su 99.^a sesión plenaria, 15 de noviembre de 1976, *recomienda* su uso.

FUENTESECA, Pablo: «Derecho privado romano». Madrid, 1978. Un volumen de XXXI + 614 págs.

El civilista actual, a pesar de estar preocupado por el poderoso influjo que ejerce la novedosa problemática contemporánea de alcance político, económico y social sobre las vetustas instituciones privadas, ha de volver con cierta frecuencia a las lecturas y reflexiones que el Derecho romano le brinda, sí, verdaderamente, quiere ejercitarse en esa actitud tan idónea de realizar la justicia, bien sea escrita con mayúscula, cuando esa Justicia la proclama el legislador para todos, o cuando sea realizada con minúscula, cuando esa justicia se aplica al caso particular, la que deben practicar los profesionales del Derecho y realizar los jueces y tribunales.

Así, cuando aparece un nuevo manual o tratado sobre el Derecho civil romano o, más concretamente, del «Derecho privado romano», como ahora prefiere titularlo el ilustre romanista, profesor Fuenteseca, se puede decir que es una fiesta para los juristas y estudiosos, ya que con él se aporta no sólo el acierto de saber exponer y transmitir el complejo cúmulo de las instituciones jurídicas privadas de esa gran cultura que fue la romana, sino que también se aportan y ponen al día los resultados de la investigación de los frutos obtenidos por los romanistas europeos, así como los del propio autor.

Esta obra del profesor Fuenteseca, que elabora para su cátedra universitaria, tiene las atenciones debidas para la docencia, según se advierte por su exposición y tratamiento; pero también estamos ante una obra madura en la que ha integrado laboriosamente los valiosos resultados de su propia y continuada trayectoria monográfica anterior.

En cuanto al método expositivo que elige para la realización de la obra en su tratamiento de las instituciones es el criterio sistemático, el cual, si bien no es el propiamente romano, tal como el mismo autor precisa en su prólogo, no obstante, pertenece a la tradición romanística desde Savigny hasta la ciencia iusprivatista europea moderna. Con ello, la metodología adoptada, se pone así más al servicio del jurista actual y, sobre todo, para los estudiantes que se inician en unos estudios históricos, de una sociedad de otra época, pero que van a familiarizarse con la sistemática jurídica privada utilizada en nuestros días.

Este aspecto formal de lo didáctico no dejará de contribuir a fomentar el interés del alumno, como de los propios investigadores, a tener que calar más hondo sobre el originario y auténtico contenido de las instituciones, sus modalidades y modo de empleo de acuerdo con sus finalidades y resultados más idóneos en la tarea de la justicia; de este modo, se irá consiguiendo tanto el mejor conocimiento del Derecho romano, como el modo de llevar a cabo una *praxis* que ejercita esa virtud de la prudencia dentro del quehacer jurídico a todos sus niveles, estudiantiles, profesionales o científicos.

En base a este criterio sistemático, que la Escuela histórica pandectista divulgó para el Derecho privado, el profesor Fuenteseca distribuye su obra en seis partes perfectamente delimitadas.

La primera parte se refiere, pues, a los «conceptos generales», donde se

destaca a los sujetos del Derecho, es decir, a la persona física, ese protagonista indiscutible, pero actualmente discutible en cuanto al alcance de su libre albedrío o derechos subjetivos, reducidos a un *minimum* insospechado en tanto países. El examen de los sujetos del Derecho, incluyendo la persona jurídica, la capacidad y limitaciones de las personas, así como el formalismo de su actuación, componen los tres capítulos de esta primera parte.

La segunda parte contiene el «proceso civil», esa vía formal por la que se legitiman y ejercitan los derechos y las obligaciones de las personas, distribuyéndose en varios capítulos, que tratan del «origen y evolución del proceso romano», el «procedimiento de las *legis actiones*», el «procedimiento formulario romano», el «procedimiento extraordinario (*cognitio extra-ordinem*) y protección pretoria extraprocesal».

La tercera parte trata la posesión y los derechos reales, donde se delimitan «los bienes y el derecho de propiedad», los derechos reales en cosa ajena, las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación, los derechos reales de enfiteusis y de superficie, para concluir con los derechos reales de garantía (*fiducia cum creditore, pignus, hypotheca*).

La cuarta parte examina el «Derecho de obligaciones» que se extiende ampliamente al estudio de la *obligatio*, de las fuentes de las obligaciones, su transmisión y extinción, la garantía y su incumplimiento, los contratos verbales y literales, los contratos reales, los contratos consensuales, los innominados, los cuasicontratos, las promesas no contractuales y los pactos, los delitos privados, los cuasidelitos y los delitos pretorios.

La quinta parte, más breve, del «Derecho de familia», analiza el concepto y evolución de la familia, su constitución y el matrimonio, sus efectos y disolución, las relaciones patrimoniales entre cónyuges, la tutela y la curatela.

Con un desarrollo más amplio, la sexta parte de esta obra aborda el «Derecho hereditario», donde se precisa el concepto de herencia, la delación de la herencia, la sucesión testada, la sucesión intestada, la sucesión testamentaria, el contenido del testamento, especialmente los legados, los fideicomisos, las manumisiones y el nombramiento de tutores, la interpretación, la eficacia y la apertura del testamento, la sucesión contra el testamento, la adquisición y aceptación de la herencia, los efectos de la adquisición hereditaria, las acciones hereditarias y las donaciones.

A esta obra de madurez sobre el Derecho romano y de aportación investigadora sobre la genuidad de sus instituciones, se le añade una selecta bibliografía, además de las más importantes ediciones de las fuentes jurídicas romanas, así como de las obras auxiliares para la utilización de las fuentes, vocabularios y léxicos. De este modo, el investigador, como el docente y el universitario, encontrarán en este libro el instrumento de trabajo idóneo para iniciar y desarrollar sus tareas en este ámbito, tan sugestivo como genial, como es el Derecho del pueblo romano

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón: «Curso de Derecho Administrativo, Vol. II. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1977., 604 páginas.

Hace alrededor de dos años me cupo el placer y el honor de hacer la reseña del Vol. I de este importante libro, que se encuentra ya en su segunda edición. Poco tiempo después apareció la primera edición del Volumen II, que ahora, aunque con algún retraso, no hemos querido dejar de reseñar. Es de esperar que casi de inmediato (tal vez cuando estas líneas hayan visto la luz) dispongamos ya del Vol. III, con el cual quedará cerrado lo que se puede considerar como una muy importante parte general o un estudio revisado de los fundamentos del Derecho Administrativo. Debo reiterar aquí, en el pórtico de estas líneas, lo que ya dije en la ocasión anterior. Hace la reseña, el análisis y la crítica una persona muy poco indicada para ello a causa de los amplios márgenes de incompetencia y de ignorancia que en la materia padece. Tal vez, para los especialistas, descubramos el Mediterráneo y cosas que para ellos son de sobra conocidas. Es, sin embargo, un riesgo que hay que correr y que se corre gustosamente.

A mi juicio, la nota más saliente de toda la obra, que aparecía ya en el Volumen I y que reaparece con la misma nitidez en el II, es un esfuerzo muy serio por una reconstrucción sistemática y adecuadamente ordenada de todos los temas generales de Derecho Administrativo. Para aquellos, como yo, para quienes el Derecho Administrativo constituía una especie de magma, seguramente por nuestra falta de formación, va cobrando con este libro la categoría de un auténtico sistema. Lo que significa que las piezas van colocándose en lugares donde cobran un especial sentido y que, a través de esa sugestiva colocación de las piezas, el conjunto se ilumina decisivamente.

En el Vol. I el protagonista del libro fue la Administración, como no podía por menos de ser: la Administración como ordenamiento jurídico; la Administración como persona jurídica y la constelación de las potestades de que se encuentra asistida para el cumplimiento de su función o de sus funciones y de los principios que la rigen, en virtud de una concepción principal que es cara al E. García de Enterría.

En este Vol., aunque en la división en títulos y en capítulos se engarza, sin solución de continuidad, con el anterior, la cámara se traslada a la búsqueda de otra figura fundamental en el asunto. Cambia el protagonista, con ello, de algún modo el panorama. La figura central de este libro no es ya la Administración, sino el administrado. La temática del Vol. se desarrolla al hilo de lo que se llama la «Posición jurídica del administrado», que examina en cuatro grandes apartados: a) La posición jurídica del administrado en general, sus situaciones jurídicas, las libertades públicas y los derechos subjetivos del administrado, la incidencia de la acción administrativa sobre las situaciones jurídicas del administrado y las sanciones administrativas; b) El sacrificio y la lesión del patrimonio del administrado, que comprende principalmente los institutos de la expropiación forzosa y de la responsabilidad patrimonial de la Administración; c) Las garantías formales de la posición jurídica del administrado, que comprende el pro-

cedimiento y los recursos administrativos; b) La tutela jurisdiccional de la posición jurídica del administrado, que comprende el estudio de la jurisdicción contencioso-administrativa y el estudio de la posición especial de la Administración ante la justicia ordinaria.

Dentro de este extensísimo panorama, que, por razones de espacio y de generalidad de la temática, no es posible detallar aquí de una manera particularizada, acaso convenga delimitar algunos temas con notoria incidencia en una teoría general del Derecho o en el campo del Derecho privado.

a) *La capacidad del administrado y sus circunstancias modificativas* (p. 19 y siguientes). Aunque se reconoce que la *sedes materiae* de esta cuestión continúa encontrándose en la regulación general del Derecho civil, se subrayan las diferencias muy notables que se producen en el campo del Derecho administrativo. Hay, se nos dice, zonas donde juegan menos estrictamente las limitaciones de la capacidad de obrar del Derecho civil. Hay también una flexibilidad normativa, que, unida al espíritu antiformalista que inspira la regulación del procedimiento administrativo, tiende a ampliar considerablemente las técnicas propias del Derecho civil. Existe, además, una doctrina jurisprudencial que, en aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos, veda a la Administración poner reparos a la personalidad y a la representación por ella aceptadas inicialmente en una fase anterior del procedimiento.

Por otra parte, se detecta en esta materia un claro casuismo del ordenamiento jurídico administrativo, que construye singularmente sus normas en función de las distintas exigencias de los concretos intereses públicos que subyacen en cada tipo de relaciones públicas.

De esta manera, aun cuando se reconoce que los principios continúan estando en la regulación del Derecho Privado, se subraya el cúmulo de excepciones que en el ordenamiento jurídico administrativo los matizan y hacen más flexibles.

b) *Las situaciones jurídicas del administrado*.—Son aquellas de las que se es titular al desplegar la propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que reconoce el ordenamiento jurídico.

Convencionalmente, tales situaciones se agrupan en dos grandes categorías: situaciones activas y pasivas, según que comporten una ampliación o una disminución o limitación de la esfera jurídica.

Las *situaciones activas* suelen ser clasificadas en tres grupos —potestades, derechos subjetivos e intereses legítimos—, según la mayor o menor intensidad de la ventaja que supongan para su titular. A su vez las situaciones jurídicas pasivas se clasifican en sujeciones, deberes y obligaciones. En todo caso se observa que el esquema es en alguna medida escolástico y que comporta una cierta simplificación, pues, junto a las mencionadas, existen otras figuras que tienen carácter intermedio, en las que confluyen al mismo tiempo y en forma inescindible situaciones activas y pasivas. Entre estas situaciones jurídicas intermedias se encontrarían las cargas y los llamados poderes funcionales, poderes-deberes o funciones.

1.º *Potestades*.—Se definen como una especie del género común de los poderes jurídicos y por contraposición a los derechos subjetivos. Constituyen

una manifestación de la personalidad que consiste en un poder efectivo atribuido directamente por el ordenamiento jurídico, previo e independiente de toda relación jurídica concreta y susceptible de desplegarse y de actuar frente a círculos genéricos de personas. Su correlativo en la esfera jurídica pasiva son las situaciones de sujeción.

Las potestades son titularidades que la mayor parte de las veces competen a la Administración, pero existen también potestades del administrado. Entre ellas se destacan la potestad de poner en marcha el aparato de justicia o la potestad de interponer recursos y acciones judiciales frente a la Administración. En este supuesto ha de hablarse de potestades, porque la posibilidad no está condicionada por la titularidad de un derecho subjetivo previo.

2.º *Derechos subjetivos*.—Significan el reconocimiento de un poder en favor de un sujeto concreto para que lo haga valer frente a otros sujetos dentro de relaciones jurídicas concretas. En el campo del Derecho administrativo hay derechos de naturaleza patrimonial, derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares y situaciones de libertad articuladas técnicamente como derechos subjetivos. Su correlativo en la esfera pasiva lo constituyen los deberes y las obligaciones.

3.º *Sujeciones*.—Son situaciones pasivas determinadas únicamente por la eventualidad de tener que soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, sin que lleguen a constituir deberes u obligaciones, que siempre constituyen comportamientos necesarios. Así, por ejemplo, la sumisión a la potestad expropiatoria.

4.º *Deberes y obligaciones*.—Son dos especies de un género común (p. 31). Los deberes en sentido amplio que son comportamientos positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a unos intereses que no son los suyos propios, sino los de otros sujetos distintos o los generales de la colectividad.

Se puede, sin embargo, distinguir entre deberes y obligaciones. Los deberes «operan en direcciones genéricas», de forma que «los gravados por ellos no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo propiamente tal, que exija de ellos el comportamiento en que el deber consiste». En cambio, cuando la situación de deber se produce en el seno de una relación dada, en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte en dicha relación y que en consecuencia tiene el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada y en atención precisamente a los específicos intereses del titular del derecho, hay que reservar para él el nombre de obligación.

Esta concepción tiene la ventaja del rigor geométrico: potestad-sujeciones, intereses-deberes, derechos subjetivos-obligaciones. Sin embargo, a una mayor profundidad las diferencias comienzan a borrarse. Yo confieso que no he sabido nunca distinguir entre sujeción y deberes y obligaciones negativas, como tampoco he llegado nunca a comprender del todo la distinción entre los deberes y las obligaciones «in non faciendo» frente a los que con-

sisten en tolerar o soportar o «in patiendo». Es verdad que esa distinción puede establecerse a través de que en el primer caso («non facere») el sujeto lo que tiene que hacer es abstenerse de desplegar su propia libertad (por ejemplo, no penetrar en un lugar en el que está prohibida la entrada o no transitar con un vehículo por una dirección prohibida), mientras que en el segundo caso lo que se le impone es, como antes decíamos, el tener que soportar la actuación de otro. Pero la sujeción parece de algún modo un deber «in patiendo».

c) *La responsabilidad de la Administración.*—Para los especialistas en Derecho civil creemos que presenta una especial relevancia el capítulo dedicado a la responsabilidad patrimonial de la Administración (pp. 303-318), en la medida en que, para comprender hoy el instituto genérico de la responsabilidad civil, no puede dejarse de hacer un contraste cuidadoso entre el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, sometido a una muy particular moldeación por obra de la jurisprudencia, con el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en la forma extraordinariamente objetiva en que se presenta. Partiendo del originario principio de irresponsabilidad, hoy se llega a una regla general de resarcimiento de toda lesión patrimonial producida al administrado por toda actuación administrativa. Este planteamiento permite hermanar la responsabilidad patrimonial de la Administración con el tratamiento de la expropiación forzosa, pues curiosamente fue en la Ley de Expropiación Forzosa donde se consagró la concepción objetiva de la responsabilidad de la Administración. Se trata de una norma de garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, pues puede revestir esta acción la forma de un despojo directo y querido o la del simple funcionamiento de los servicios públicos. Se garantiza el patrimonio de los administrados, para que quede a cubierto frente a toda posible lesión que proceda de la acción administrativa.

De esta manera, la responsabilidad de la Administración se construye a partir de unos presupuestos que son en algún modo distintos de los que recoge el Derecho civil tradicional. La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad directa, con independencia por consiguiente de la persona que actúe, y como una responsabilidad objetiva. En la fórmula legal se incluyen los daños ilegítimos, consecuencia de una actividad culpable de la Administración y de sus agentes, pero también los daños producidos a partir de actividades perfectamente lícitas, como lo indica claramente la referencia que el legislador hace a los casos de funcionamiento normal de los servicios. Para que exista lesión resarcible se requiere que el daño sea antijurídico, pero no en función de que la conducta del autor será contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva). Ello lleva a entender que el presupuesto básico de la responsabilidad es un título y un problema de imputación, entendida esta idea como base legal de atribución del deber de reparar, que se construye en forma también especialmente objetiva. El título de imputación básico es simplemente el de acción administrativa y en particular los «standards»

del rendimiento del servicio y del control del mismo. En alguna medida es una responsabilidad por riesgo, pues la titularidad de la empresa administrativa justifica la imputación a la Administración del riesgo creado.

Se nos dice también que el enriquecimiento sin causa a favor de la Administración es una modalidad de imputación que permite aplicar la fórmula consagrada por los artículos 121 y 40, dada la generalidad de sus términos.

Esta incardinación del principio del enriquecimiento sin causa en el Derecho administrativo, dentro del campo de la responsabilidad y como título de imputación de una lesión resarcible, es, a nuestro juicio, sobremanera dudosa. La acción de responsabilidad lleva a la indemnización mientras que la acción o pretensión de enriquecimiento lleva a la restitución, que en ocasiones pueden coincidir, pero que pueden también ser distintos. El enriquecimiento sin causa de la Administración exigiría, a nuestro modo de ver, un tratamiento separado y más amplio.

Hemos hecho unas pequeñas calicatas aquí y allá y el análisis detecta un material de excelente calidad. Sólo nos resta, pues, para nuestro provecho, esperar el volumen siguiente y la culminación de la obra, que es una de las más importantes de la ciencia jurídica española en los últimos años.

LUIS DÍEZ PICAZO

“L’information en Droit privé”, bajo la dirección de los profesores LOUS-SOUARN y LAGARDE. Paris, 1978. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 590 págs.

Cuando dentro de una colectividad humana civilizada, los hombres son conscientes de su libertad y de su madurez social, tanto los gobernantes como los gobernados han de conocerse y entenderse para lograr su sistema de gobierno. Como dice el profesor Loussuoarn, en el prefacio de esta obra monográfica dedicada al tema tan actual de la información en el Derecho privado, por distintos especialistas que hacen su promoción, el ser tratado como un adulto resulta una de las aspiraciones actuales de los pueblos y de los individuos; de aquí la legitimidad de esta reivindicación en el Derecho público y su corolario el derecho a la información. Por eso, en el ámbito político es tradicional afirmar que el derecho de los gobernados a la información es uno de los aspectos fundamentales de la democracia.

Esta aspiración no debe ser realizable sólo en el ámbito del Derecho público, sino también en el área del Derecho privado, donde cierta información es mucho más discreta, ya que se produce, excepcionalmente, por la intervención de los “mass media”. Salvo la publicidad formal que garantizan los registros para el conocimiento de los estados, situaciones y relaciones de las personas y las cosas a ellos ligadas en sus patrimonios, es necesaria y complementaria la información en el complejo ámbito de las relaciones patrimoniales privadas.

Esta obra está dedicada al estudio de los diversos ámbitos del derecho de la información, donde se pone de relieve su multiplicidad y variedad, así como la necesidad de reagrupar y tratar con cierto sentido unitario esta dispersión de problemas en las relaciones de Derecho privado. Su estudio se divide en dos partes: la primera, dedicada al derecho de información y la segunda al derecho de informar y sus límites.

La primera parte abarca cuatro títulos con sus correspondientes contribuciones y estudios. El primer título, sobre "el derecho a la información durante el curso de un proceso", contiene los siguientes trabajos de Tallon-Frouin, Irene: "Los derechos de la defensa respecto a la información en el proceso penal"; de Salah Bey: "Los derechos de la defensa en cuanto a la información en el proceso civil"; de Guimezanes, "Los derechos de la defensa respecto a la información en el proceso civil internacional", y de Buy: "Los derechos del extranjero expulsado".

El título segundo, bajo el epígrafe "El derecho a la información en la vida profesional", contiene los estudios de Escolano "El derecho a la información de los trabajadores"; de Vezian, "El derecho a la información de los accionistas" y de Berlioz, "El derecho a la información en materia de fusiones".

El título tercero abarca "La obligación de informar o constatar", referida concretamente en el estudio de Leyssac: "La obligación de informar en los contratos". El título cuarto trata de "La información del consumidor", que Bonjean aborda específicamente en "El derecho a la información de los consumidores".

La segunda parte de la obra se dedica al derecho de informar y sus límites, que se concreta en los estudios de Contamine-Raynaud, Monique: "El secreto y la vida privada"; de Crémieux, "El secreto de los negocios"; de Coviaux, "El secreto en los antecedentes criminales" y de Cheyron, "Los secretos de la defensa nacional".

Esta obra, por sus planteamientos y contribuciones, es de gran interés para los civilistas y mercantilistas, así como para los juristas en general.

JOSÉ BONET CORREA

MUÑOZ VIDAL, Antonio B.: "El arbitraje cooperativo". Caja Rural Provincial de Murcia. Murcia, 1978. 496 págs.

El libro de cuya publicación damos cuenta ofrece el doble interés de tratar de una materia prácticamente tan importante como es la del arbitraje y el de haberse considerado enfocando su estudio desde el ángulo especializado y poco conocido del arbitraje cooperativo.

El autor ha dividido su obra en cuatro grandes secciones. Comienza con unos capítulos, a modo de Parte general, en los que recoge sus investigaciones sobre el concepto y naturaleza jurídica del arbitraje cooperativo, sus antecedentes legislativos y las reglas vigentes sobre el mismo. Después, como Parte especial, se van examinando: el objeto material del

proceso cooperativo y tipos de controversias susceptibles de este especial arbitraje, estudio que se completa exponiendo los principios que informan el proceso arbitral cooperativo y sus características; seguidamente de los sujetos que intervienen en el proceso, es decir, del órgano arbitral y las partes en el proceso arbitral cooperativo; por último, contiene el estudio del procedimiento arbitral mismo, de los recursos ejercitables y de la ejecución del laudo arbitral. Completa la obra unas conclusiones en las que resume el autor su criterio y unos apéndices sobre: Bibliografía, con enumeración de obras consultadas; Legislación, en el que se recogen los artículos pertinentes de la Ley de Cooperativa, 1974, Ley de 1942, Anteproyecto de Reglamento de la Ley General de Cooperativas, Reglamento de 1971, Reglamento de 1943, Reglamento de actuación del Consejo Superior y de los Consejos provinciales de cooperación aprobados por el mismo con fecha 16 de diciembre de 1972, Estatutos de la Federación Nacional de Cooperativas y el texto completo de la Ley de 22 diciembre 1953 sobre Arbitrajes de Derecho privado; y Jurisprudencia, con extracto de las principales sentencias citadas en el texto de la obra.

El mérito de la obra reseñada es doble. En primer lugar, se ocupa con cuidado y excelente preparación de una materia poco conocida, descuidada por la mayoría de la doctrina y a la que no ha prestado el legislador la debida atención; también, en segundo lugar, por contener interesantes sugerencias de "lege ferenda" sobre el arbitraje cooperativo, e incluso respecto del arbitraje en general, atendibles en las previstas reformas legislativas. Las que pueden verse resumidas en el elenco de cuestiones planteadas en la conclusión vigésima, con la que se cierra la obra.

R.

SANTOS MARTINEZ, Vicente: "Para una didáctica del Derecho". Murcia, 1978. Instituto de Ciencias de la Educación. Un volumen de 108 páginas.

La literatura jurídica española acerca de los estudios pedagógicos sobre la labor docente e investigadora en la Universidad no es de las más copiosas entre nosotros. Por ello, se puede decir, y no como frase hecha, que esta obra viene a contribuir y aumentar el escaso bagaje con que contamos a la hora de tratar esta faceta tan importante por su interés práctico o de realización de la vida universitaria.

El profesor Santos acomete su documentada obra con sistematización y minuciosamente, aportando datos y facetas de gran interés. Comienza así con una "Introducción" en la que hace la "delimitación y planteamiento" de las cuestiones más fundamentales, por lo que recuerda, a este respecto, las funciones de la actividad intelectual que Sánchez Román ponía de relieve: la formación y la comunicación, la heurística y la didáctica. Después, pasa a examinar la "función investigadora y la función docente o formativa de la Universidad", tema importante, actual-

mente, sobre todo cuando instituciones especializadas en investigación (públicas y privadas) y las tareas docentes masivas en la Universidad, separan a ésta de su cometido investigador y donde no parece que la Universidad como tal deba renunciar a esa función investigadora. Por último, la distinción de "la necesidad actual de atender a la didáctica universitaria y a la didáctica del Derecho", es decir, a la preparación didáctica del profesorado.

Después de esta introducción, el autor analiza "los presupuestos de la enseñanza e investigación", tanto sus "presupuestos subjetivos" (alumno, profesor, relación profesor-alumno), como los "presupuestos objetivos", los "presupuestos didáctico-instrumentales", los "presupuestos circunstanciales y ambientales y, en general, histórico-culturales".

La tercera parte está dedicada a "los fines y objetivos de la labor docente" y la cuarta a "los medios de enseñanza y formación", donde resalta el sentido de tales medios, la ejemplaridad y el profesor, las clases teóricas, la enseñanza práctica y el adiestramiento profesional, las tutorías, la enseñanza individualizada y los trabajos por grupos, los cursos monográficos y las tareas de seminario, así como los medios y recursos didácticos.

En esta obra no podía faltar lo que constituye su quinto título: "La valoración del rendimiento educativo", como son los planteamientos a las cuestiones que implican las pruebas y los exámenes orales, los exámenes escritos, las llamadas pruebas subjetivas, las pruebas objetivas y las semiobjetivas, la valoración continua y la intermitente o la valoración conjunta, para concluir con lo referente a la autocorrección y la autoevaluación por el propio alumno, a base de fichas elaboradas *ad hoc*, labor no exenta de dificultades, por lo que se muestra más como un elemento educador que como un medio de valoración utilizable objetiva o transitivamente.

En definitiva, estamos ante una obra sugestiva realizada reflexivamente por el profesor Santos, donde abundan los ejemplos aplicativos a su disciplina, el Derecho mercantil, y que viene a ilustrar y a concienciar tanto al docente como al investigador en su tarea cotidiana universitaria.

JOSÉ BONET CORREA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Estudios sobre donaciones". Madrid, 1978. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 735 págs.

La obra monográfica de nuestro gran jurista Vallet de Goytisoló, dentro de la órbita del Derecho privado español, es tan amplia como profunda, por lo que los civilistas están de enhorabuena cuando aparecen sus fundamentales contribuciones. Ahora bien, en este caso, muchas de estas publicaciones han aparecido ya en diversas revistas y en épocas distintas, por lo que al ir a consultarlas se hace incómodo su acceso a ellas o algunas están agotadas. Por lo tanto, hay que agradecer al autor

la idea de reunir las en un solo volumen, especialmente cuando se trata, como en esta obra, de los varios aspectos y cuestiones que encierra una misma temática como es el caso de las donaciones.

La obra, dividida en seis secciones, aborda los diversos aspectos de su problemática más fundamental. Así, la sección primera está dedicada a las donaciones *mortis causa*, donde, después de un estudio histórico sobre el Derecho romano y el medieval, pasa a los regímenes forales, para concluir con las cuestiones doctrinales y jurisprudenciales de nuestro Código civil y la interpretación de su artículo 620.

La sección segunda aborda ciertas donaciones especiales, como son las promisorias, donde examina su posibilidad respecto a nuestro ámbito normativo y las donaciones indirectas, en cuanto a su constitución conceptual y las reglas por las que se regula.

La sección tercera trata la cuestión concreta de las donaciones entre cónyuges, el problema de su validez como donaciones *mortis causa*, de las compras hechas por la mujer casada durante el matrimonio con dinero que su marido confesó era parafernalia.

La sección cuarta estudia la donación y sus relaciones con la condición, especialmente el aspecto coordinado de la donación, la condición y la conversión jurídica material.

La sección quinta recoge las cuestiones sobre imputación y colación de donaciones, concretándose a los problemas que plantea la computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del occidente europeo (francés, italiano, portugués, suizo y alemán), así como la colación propiamente dicha en el Código civil español.

Por último, la sección sexta está dedicada a un aspecto de las donaciones disimuladas, concretamente el referente a las donaciones disimuladas de bienes inmuebles según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta magnífica obra de conjunto se concluye con abundantes índices, como el analítico, el bibliográfico, el de autores y el general, tan útiles para su consulta y búsqueda concreta de los puntos tratados.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José R. Antón Riesco

BALDO DEL CASTILLO, Vicente: «El Registro de ventas a plazos de bienes muebles y sus principios informadores». R. C. D. I., 1977, núm. 518, enero-febrero, págs. 9 y ss.

Con un primer apartado dedicado a justificar la razón de ser del Registro de ventas a plazos da comienzo esta monografía que viene a ser un estupendo resumen de la materia.

En efecto, la justificación o razón de ser de este registro no es ni más ni menos que la regulación eficaz de las garantías del vendedor a plazos para que las mismas pudieran oponerse a terceras personas, tomándose razón de los contratos de venta a plazos.

Recoge el autor la opinión de que es un Registro de reservas de dominio y de prohibiciones de disponer, que la competencia en su llevanza corresponde a los Registradores Mercantiles y que ese encuadramiento dentro de la materia mercantil hace aplicables a la materia las normas esenciales de dicho registro, y del Código de comercio.

El apartado II se dedica a examinar la organización de este Registro que si se quiere es algo especial, pero que participa de los principios y reglas de otros registros, como el de la propiedad y el mercantil.

Se examina la organización provincial y el Registro Central que se lleva y provee como un duplicado y coordinador de los distintos registros provinciales.

De forma muy escueta, pero muy comprensiva, se investiga en el apartado III los contratos y actos registrables de tal suerte que se expone de forma general todos los que han de ser objeto de inscripción, según el artículo 2.º de la ordenanza, haciendo especial hincapié en el requisito de la identificabilidad de los bienes.

Recoge con criterio muy sistemático todos los principios de derecho registral aplicables a la materia desde el principio de publicidad formal al de especialidad, pasando por otros como legalidad, legitimación y publicidad material.

Examina a continuación bajo el término registración, el acceso de los contratos a este Registro, la materia relativa a los libros de recepción que se lleva en cada registro provincial, por orden cronológico, impreso, relleable y destinándose una hoja a cada asiento.

Concluye el estudio que examinamos con un apartado dedicado a la cancelación, y finalmente se trata de poner en coordinación el presente registro con el de permisos de circulación que establece el artículo 249 del Código de circulación.

DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel: «La actividad administrativa en derecho agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo». R. C. D. I., núm. 518, enero-febrero 1977, págs. 27 y ss.

En la introducción y como resumen del pensamiento, su autor afirma que el derecho agrario no tiene una estructura concreta y autónoma, sino que afecta a diversos campos del sabor jurídico. Afirma igualmente que su estudio pretende ser un examen sectorial de la materia dando a la actuación y actividad administrativa toda la importancia que a su juicio requiere.

La idea fundamental, como él mismo expone, es demostrar cómo la actividad administrativa es de tal importancia que las formas o técnicas de Derecho privado quedan un poco en segundo lugar y en función de esta actividad administrativa.

Así, para ello seguidamente se dedica a examinar los antecedentes de la ley de reforma y desarrollo agrario, señalando tres momentos o hitos importantes que son la creación del Instituto Nacional de Colonización, el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural y el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

Más adelante investiga el carácter de la ley destacando las notas de ser un texto refundido en la que predominan su carácter de ley administrativa.

Justifica seguidamente el porqué de la intervención administrativa en el Derecho agrario a través precisamente de las notas de la propiedad privada, tales como ser un derecho con una función social, la riqueza y su finalidad, la iniciativa privada y la acción supletoria del Estado, el derecho al trabajo, el crédito como ayuda al desarrollo agrario y, en general, el interés particular subordinado.

En seguida se limita a examinar la actividad administrativa a través de la propia ley de reforma, aludiendo a determinados puntos de la misma, entre los que destacan: la actividad que desarrolla el Instituto, ya sea de fomento, policía o de servicio público; las actuaciones que el Gobierno puede encomendar al Instituto, las normas que se insertan claramente en el fenómeno de la planificación, la actuación de los jurados de fincas mejorables, etcétera.

Finalmente, el autor, en el último apartado de su estudio, sienta las conclusiones personales sobre el tema tratando de dar una aproximación al concepto de Derecho agrario, afirmando que es un Derecho especial, pero que no es un Derecho autónomo y que necesita un estudio interdisciplinar del Derecho civil y del administrativo realizado por investigadores provenientes de ambos campos del saber jurídico.

VICENT CHULIA, Francisco: «La sociedad en constitución». R. C. D. I., número 518, enero-febrero 1977, págs. 71 y ss.

Afirma el autor en la introducción que en el estudio de las sociedades mercantiles cabe distinguir dos tipos de temas: los referidos a la estructura, organización y características de la sociedad y los referidos a su dinámica.

Por lo que atañe al segundo punto, se destacan con especial interés temas como los que se refieren a la sociedad prometida, proyectada, sociedad en constitución, sociedad irregular y el procedimiento legal de constitución, las modificaciones sociales, disolución, liquidación y extinción de la sociedad.

La problemática que tiene por objeto y enfoque el presente estudio es la situación jurídica que se produce como consecuencia de un contrato de sociedad que otorgado o no en escritura pública aún no ha desplegado sus plenos efectos, tanto externos como internos.

Se distingue por el autor entre la sociedad en constitución y sociedad irregular en sentido propio, o sea, la sociedad mercantil por su objeto publicada a los terceros de hecho y no por el Registro Mercantil, que no hay que confundir con la sociedad oculta o interna. En este punto se hace un examen total y completo del derecho comparado y moderno y de las posturas más importantes de la doctrina española.

Más adelante se detiene en el examen que pudiéramos llamar histórico-legislativo, de esta figura en el Derecho español, para pasar seguidamente al régimen positivo actual de la sociedad en constitución en nuestro ordenamiento. En efecto, al hacer un completo examen de la materia se dedica un capítulo de este estudio, donde se abarca desde la delimitación temporal del período de sociedad en constitución, pasando por los gestores de la constitución, la actuación contractual de los gestores en nombre de la sociedad en constitución, la responsabilidad de estos mismos gestores derivada de esta contratación, ¿qué es lo que se debe entender por actos necesarios a estos efectos? Así, como el régimen de las aportaciones sociales durante el período de la sociedad en constitución, para finalizar con el estudio de la transmisión de las participaciones sociales en período de sociedad en constitución.

El autor sienta al final de su examen las conclusiones pertinentes en número de ocho, que son el resultado completo y a la vez original y documentado de esta materia.

Debemos añadir que el trabajo se ha realizado en honor de don Rodrigo Uría.

MARCOS JIMENEZ, Martín: «Elementos comunes, procomunales y anejos: caracteres diferenciales y disposición de los mismos». R. C. D. I., núm. 518, enero-febrero 1977, págs. 131 y ss.

En realidad, más que un trabajo es una conferencia pronunciada por su autor con motivo de un ciclo de ellas, organizadas por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona cuarta. Con el examen de la normativa de la materia aplicable a la propiedad horizontal da comienzo el trabajo que continúa con la afirmación del carácter imperativo de las normas señaladas. El estudio de los caracteres de los elementos privativos es bastante completo, pero que el autor matiza desde el punto de vista registral aclarando que ha de ser un espacio suficientemente delimitado, susceptible de aprovechamiento independiente, haber sido constituido como tal en el título

o en los Estatutos y que se ha de inscribir en folio separado abriendo folio de finca y número registral.

Pasa a continuación a delimitar con el mismo criterio los caracteres de los elementos comunes, pero antes de ello y en el mismo epígrafe distingue entre elementos generales y particulares, elementos, pertenencias y servicios comunes y elementos esenciales y convencionales, y así, después de ello, señala como caracteres más importantes: el que son dependencias necesarias o simplemente útiles para el adecuado uso y disfrute del elemento privativo, tienen una finalidad de servicio o accesoriedad con el correspondiente elemento privativo, son inseparables de la parte privativa mientras mantengan esta consideración de elementos comunes, el derecho de participación del titular en ellos se determina a través de la cuota, y su inscripción se practica en el Registro de la Propiedad en el mismo folio y número que el elemento privativo.

A continuación se centra en el estudio de los caracteres de los elementos anejos; es muy interesante esta labor de clarificación que realiza el autor, sobre todo desde el punto de vista práctico, ya que la delimitación de las notas de unos y otros determina el que posteriormente en su enajenación se siga un sistema u otro. Decimos que la encontramos acertada porque el autor además lo hace de modo sencillo y perfectamente inteligible. No vemos tan claro la afirmación de la existencia de los elementos llamados comunales, aunque acaso, desde el punto de vista práctico, sirvan en algún caso para resolver problemas.

Finalmente se examinan las diferentes posibilidades de enajenación de unos elementos y otros, señalando en el caso de la posible transmisión los requisitos para llevarla a efecto en sus diferentes modalidades.

DE LA RICA Y MARITORENA, Ramón: «La anotación preventiva en general». R. C. D. I., núm. 519, marzo-abril 1977, págs. 388 y ss.

Comienza afirmando el autor que la anotación preventiva existe en los libros registrales y que, sin embargo, no se ha dado en la ley hipotecaria una definición de la misma, exponiendo la enumeración del artículo 42 de la propia ley y afirmando que el número 10 del citado precepto es un auténtico cajón de sastre.

Continúa afirmando que la anotación tiene una triple vertiente que es asegurar las resultas de un juicio, garantizar derechos existentes, pero no definitivos, y asegurar los efectos de los títulos defectuosos para cuando, una vez subsanados, puedan ser inscritos.

Señala una serie de definiciones doctrinales de autores, que comprende a Sánchez Ramón Galindo, Campuzano, Morell, y otros modernos, como Casso, Lacruz y Roca Sastre.

Trata de fundamentar la figura de la anotación preventiva y señala igualmente los caracteres comunes de toda anotación en el sistema español de Derecho hipotecario, así entre otros descuellan el que sea un asiento principal, pública, asiento medieval, eventual que carece de sustantividad, transferible y prescriptible.

Estudia los precedentes históricos de la anotación y realiza una auténtica labor innovadora y creadora en la clasificación de esta figura, la cual aborda desde todos los ángulos y puntos de vista desde las relaciones jurídicas que garantizan, entidades registrales a que afectan, efectos registrales que producen, origen o fuentes de las mismas, petición o rogación al registrador, y la consabida de Capó de mera publicidad y constitutiva.

Pero hago especial mención del cuadro sinóptico que realiza el autor, que es una auténtica innovación desde el punto de vista clasificatorio, acompañado de la descripción del Derecho positivo que les sirve de fundamento y que pronto será tradicional, porque es omnicompreensiva, clara y concluyente. A nuestro juicio, totalmente correcta y perfecta.

Se detiene después en el examen de las circunstancias formales de las anotaciones, examina las anotaciones de suspensión y desenvuelve la conversión de las anotaciones preventivas en inscripciones con las circunstancias necesarias en cada caso.

EGEA IBÁÑEZ, Ricardo: «Propiedad horizontal y pertenencias inmobiliarias». R. C. D. I., núm. 519, marzo-abril 1977, págs. 273 y ss.

El trabajo responde a la motivación, según su autor, de encuadrar estos bienes, anejos y departamentos procomunales dentro de las categorías dogmáticas del Derecho civil, lo cual sirve para solucionar de una manera más sencilla el problema que plantea el tráfico jurídico de los pisos o locales de la propiedad horizontal juntamente con sus anejos y cuotas en departamentos procomunales.

Después de esta introducción se distingue una vez más en la clasificación que ya es casi un tópico de partes integrantes, pertenencias y accesorios y dentro de ella se afirman y se exigen una serie de requisitos que cuando se dan hacen que las pertenencias se conviertan en bienes inmuebles por destino, señalando qué parte integrante es la cosa que está unida a otra de tal forma que no puede separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

Accesorios son bienes que están en relación con el principal, pero en un grado ínfimo de dependencia.

Con relación a la propiedad horizontal, los anejos se presentan en el tráfico jurídico con un régimen distinto de las partes integrantes y de las pertenencias, pues la disposición del piso o local lleva consigo la disposición de la cosa accesoria o anejo y además el propietario no puede disponer libremente del piso o del anejo en otras palabras no pueden ser enajenados por separado.

Con criterio muy sencillo y sobre todo con una gran claridad y visión práctica se pasa a examinar la comunidad de bienes en el Código civil antes de hacer una especie de trasplante a la propiedad horizontal y de aplicar sus criterios a la misma. Seguidamente se estudia el piso o local procomunal en el que las notas principales son que está sujeto a la L. P. H.,

que no se permite ejercitar la división y que se establece para el servicio o utilidad de los copropietarios.

Finalmente, y antes de examinar la legislación española desde el punto de vista práctico, se estudian con técnica correcta las llamadas pertenencias inmobiliarias; se hace un detallado examen y una bastante completa enumeración de los autores más importantes de la doctrina jurídica y se llega a la conclusión de que en la Ley de Propiedad Horizontal las pertenencias inmobiliarias es distinto al de las pertenencias mobiliarias del Código civil, afirmando que la transmisión de un piso o local lleva aparejada la de los anejos y la propiedad limitada a una cuota que recae sobre los elementos que tengan el carácter de procomunal.

GARCIA GARCIA, José Manuel: «Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de partición de contador con aprobación de herederos o con intervención de éstos a otros efectos». R. C. D. I., número 519, marzo-abril 1977, págs. 287 y ss.

Se plantea el autor el estudio del tema en una triple vertiente, que es la que corresponde al enunciado del tema, pero haciendo especial mención en la que se realiza conjuntamente entre el contador y los herederos.

La realidad práctica obedece, sin género de dudas, a que unas veces la partición conjunta aparece o debe su origen a imprecisiones de la delimitación de los firmantes de los documentos, otras veces surge esta partición porque los interesados así efectivamente lo han querido; pero existen otros casos en que es aconsejable la intervención de los herederos, v. gr., cuando el contador se ha extralimitado, cuando ha habido preterición de algún heredero, cuando el notario tenga dudas respecto a la legitimidad o capacidad del comisario, cuando existen dudas acerca de si ha transcurrido o no el plazo del contador o incluso cuando el propio testador ha previsto el supuesto.

Se centra a continuación el esquema del trabajo en la cuestión importantísima de si ¿pueden los herederos por acuerdo unánime prescindir de la intervención del contador?. Esta cuestión se desarrolla ampliamente y con gran sentido práctico, se examinan las distintas posturas de la doctrina antigua y moderna con los argumentos a favor de una solución u otra; quizá sea tan completa que ha de decirse que este trabajo sea un punto de llegada en esta materia por la cantidad de problemas y de soluciones que plantea. Estudia la viabilidad de la partición conjunta, así como las dificultades y la superación de las mismas desde la resolución de 15 de julio de 1943, hasta señalar que se confirma la admisibilidad y validez de esta partición, demostrando que no hay que ver nulidad en esta forma de partición, sino cuestión de naturaleza jurídica y si se cumplen los requisitos de ella.

Clasifica la partición conjunta desde diversos puntos de vista, la forma de expresión, el momento de conjunción de actuaciones, herederos que participan, y grado de actuación conjunta e igualmente enumera las teorías acerca de esta figura con una original opinión propia, señalando las consecuencias prácticas según se incline o acepte una u otra teoría.

No entramos a resumir las otras clases de partición enumeradas por- que son menos importantes y debido a que el examen de ésta es tan com- pleteo y perfecto que nos hemos detenido, acaso demasiado, en ella, pero estamos seguros de que desde el punto de vista práctico, notarial y regis- tral valía la pena.

MANZANO SOLANO, Antonio: «El asiento de presentación y los títulos re- cibidos por correo». R. C. D. I., núm. 520, mayo-junio 1977, págs. 537 y ss.

Con el epígrafe de prioridad registral y asiento de presentación da comien- zo este trabajo, en el que se afirma que en el sistema español de Registro Público de la propiedad inmuebles, para que el titular de un derecho ins- cribible pueda obtener la plenitud de ventajas previstas; no le basta con solicitar y obtener el trámite registral, es necesario que lo haga **antes** que el adquirente de un derecho contradictorio.

Un segundo apartado trata de distinguir entre portador no presentante, presentante del título y solicitante del asiento definitivo, recogiendo la clasi- ficación o distinción del maestro Roca Sastre entre presentación del título y petición de registración, siendo la petición de registración una declaración recepticia que se hace efectiva mediante la presentación.

Hay una nota original en el trabajo, que es la enumeración de casos en que quiebra la regla de «prioridad-asiento de presentación» bien por estimar- los supuestos de reserva de propiedad o de alteración de la misma y que no habíamos visto recogida en ningún tratado de Derecho hipotecario y que se cita por primera vez en la ponencia de la 3.ª Comisión del II Congreso Internacional de Derecho Registral y que comprende un total de quince ca- sos. Otra afirmación es que en los primeros tiempos de la Ley hipotecaria no se distinguió perfectamente entre presentación y solicitud de inscripción, según un examen detallado que efectúa el autor de la jurisprudencia hipo- tecaria.

Más adelante se analiza un supuesto de hecho con nota al pie de página estudia en, pocas líneas, la resolución de 19 de junio de 1975.

Seguidamente, estudia un problema bizantino, ¿se pueden presentar las copias simples notariales?, a lo que evidentemente da una solución negativa, como no podía ser menos, pues una cosa es la mera información y otra la eficacia jurídica y la simple información.

Analiza seguidamente el estudio histórico y evolución del artículo 418 del reglamento hipotecario, examinando el artículo 418, en su párrafo 2.º, antes de pasar al estudio de los títulos remitidos por los particulares, con una frase muy gráfica y significativa: la marcha hacia el registro, que es come- dida y hasta lenta cuando no hay sospecha. se convierte en carrera desen- frenada y olímpica ante el peligro de ver perjudicado su derecho. ¿Quién es el presentante?, cuándo deben presentarse y triple opción del reglamento hi- potecario son las fases del trabajo antes de sentar las conclusiones perti- nentes y finales.

DIEZ PICAZO, Luis: «Los bienes inmuebles en el Código civil español». R. C. D. I., núm. 522, septiembre-octubre 1977, págs. 937 y ss.

Un trabajo claro y sencillo, fácilmente aprehensible como todos los de su autor, aunque sea una materia un tanto manida y sujeta a tópicos. Con un primer apartado en el que se estudia el artículo 334 del Código civil en la enumeración de bienes inmuebles que él mismo señala, afirmando que, por naturaleza, suele decir que son inmuebles el suelo y el subsuelo.

Más adelante examina el llamado criterio de la incorporación del 334 en los números 1, 2 y 3 del mismo, afirmando que en la incorporación hay algo más que la incorporación propiamente dicha y la unión de carácter permanente; en rigor, dice Picazo, el criterio de la incorporación hay que ponerlo de acuerdo con las técnicas constructivas y con lo que el Código llama parte integrante en el sentido de que la separación supone un quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

Estudia también los inmuebles por destinación y las pertenencias, en las que, siguiendo a Basanelli, afirma que son las dos categorías antitéticas del Derecho romano conocidas como «pars fundi» e «instrumentum fundi», que trasladadas al código civil parece que evidentemente merecen tal calificación de los bienes enumerados en el artículo 334, números 4 a 7.

Señala y enumera los requisitos que a su juicio deben darse para la aparición de los inmuebles por destino y la relación pertinencial, afirmando que son necesarios el acto de destinación, la relación de servicio entre la cosa accesoria y la principal y la voluntad o el propósito, de quien realiza la destinación de que el vínculo establecido en virtud de ella sea durable y permanente. Pasa a continuación a desarrollar más ampliamente estos requisitos estudiando individualmente cada uno de ellos y haciendo un examen más completo.

El apartado V lo dedica a la diferenciación existente entre inmovilización por incorporación y por destinación y el sentido general de la inmovilización de los muebles.

Como corolario de ello sienta, al final de su trabajo, las conclusiones pertinentes, algunas de ellas francamente innovadoras, relativas a relaciones con terceros, tráfico de inmuebles, materia de hipotecas, materia de embargo y supuestos de expropiación forzosa.

GARCIA GARCIA, José Manuel: «Los distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral». R. C. D. I., núm. 522, septiembre-octubre 1977, págs. 949 y ss.

Una introducción llamada regulación, origen y denominación de los medios catastrales de constancia registral de excesos de cabida es origen de otro magnífico trabajo que, como todos los de este autor, son densos, profundos y de marcadas consecuencias y aplicaciones prácticas.

Los supuestos que son objeto de estudio son los que tienen su base y justificación en datos catastrales y el apartado B de la letra C del artículo 298 del Reglamento Hipotecario núm. 3.

Históricamente señala la resolución de 23 de mayo de 1942 como antecedente del apartado C. Denomina al caso de base catastral como procedimiento catastral propiamente dicho, mientras que aplica la terminología de procedimiento basado en la Contribución Territorial al segundo de los mismos.

Después va analizando el estudio doctrinal y comparativo de ambos procedimientos, así como su evolución histórica, recogiendo a la vez las opiniones doctrinales y también de sistema de los principales autores hipotecaristas antiguos y actuales, si bien advirtiendo que en algunos casos no sirven sus opiniones especialmente con relación al segundo caso, creado por la reforma hipotecaria de 1959.

Examina a continuación los distintos requisitos exigidos para cada caso concreto, partiendo del examen del título formal en cada caso, afirmando que no existe diferencia alguna, pues a ambos les es aplicable el documento público.

Por lo que atañe al título material ya hay diferencias a su juicio, pues mientras para el procedimiento de la letra B puede ser título traslativo o declarativo, para el de la letra C necesariamente ha de ser título traslativo; importante diferencia, acaso la más original y distinta para ambos casos.

De ello nacen una serie de consecuencias prácticas, como la clase de título inscribible, consecuencias de la nulidad del título y de la cancelación del asiento respecto al exceso de cabida y un distinto alcance de la calificación registral, diferencias en el otorgamiento notarial y procedimientos sustitutivos de inscripción del exceso.

Más adelante señala las diferencias en tema de base catastral o fiscal, requisito de la identidad de la finca, publicación de edictos, y requisito de la previa inscripción, finalizando el estupendo estudio con el problema de la suspensión de efectos respecto de terceros durante dos años y la distinta perspectiva de los procedimientos estudiados.

DE LA RICA MARITORENA, Ramón: «Las servidumbres en el Registro de la Propiedad». R. C. D. I., núm. 521, julio-agosto 1977, págs. 749 y ss.

Es el título correspondiente a una Conferencia del autor en el Seminario de Derecho Hipotecario de Barcelona, que toma cuerpo de trabajo en el presente estudio.

El centro de este trabajo es una cuestión que está adquiriendo a pasos agigantados un predominio cuantitativo, cual es las llamadas servidumbres de propietario o servidumbre impuesta en fundo propio.

Comienza el estudio con el tema de las características de las servidumbres inscribibles sin que en ellos aporte nada nuevo, puesto que se limita a recoger conceptos elaborados de antemano por el Derecho civil.

Plantea seguidamente la pregunta de ¿cuáles son las servidumbres, entre las admitidas por el Código civil, inscribibles en el Registro de la Propiedad?.. Excluye en primer término las servidumbres naturales, las servidumbres legales de utilidad pública, afirmando que en cuanto a las servidumbres legales de interés particular o de utilidad privada, el problema de su inscripción.

o no, ha de enfocarse y resolverse de modo distinto. En efecto, afirma respecto de ellas la conveniencia de que tengan constancia en el Registro de la Propiedad, en cuanto a su existencia, extensión y modalidades para que como derecho real gocen de los beneficios del sistema inmobiliario.

Resumiendo, pues, a su juicio, son inscribibles las servidumbres voluntarias de todas clases, las servidumbres legales de interés privado, no siendo muy necesario la inscripción de las continuas y aparentes de carácter legal y de interés particular.

Seguidamente se detiene en el problema que da origen y título al estudio: la servidumbre a favor del propietario, afirmando que es un problema interesante desde el punto de vista doctrinal, pero que carece de trascendencia práctica debido a que nuestra legislación civil cierra el paso de momento a este problema.

Cita en apoyo de su admisibilidad las figuras admitidas por el Código civil suizo, y por el B. G. B., aunque si bien éste no las admite con la amplitud del primero.

Si embargo señala la técnica notarial de colocarlas sistemáticamente en los Estatutos y a través de ellos tener acceso al Registro de la Propiedad. Pues en realidad son limitaciones estatutarias más que auténticas servidumbres, afirmando que a su juicio debe darse disco verde a las mismas.

Continúa con el estudio de las servidumbres sobre partes indivisas de fincas, las inscripciones de las servidumbres y termina su trabajo con dos epígrafes dedicados a división y cancelación.

CRISTOBAL MONTES, Angel: «El Registro Público de Venezuela». R. C. D. I., número 520, mayo-junio 1977, págs. 579 y ss.

Divide el autor su estudio en tres apartados básicos o principales, uno que se refiere a los presupuestos teóricos, otro, relativo a su opinión personal, titulado exposición y diagnóstico del sistema registral venezolano y el tercero, denominado conclusiones y recomendaciones.

En el primero de ellos, después de sentar las bases para un adecuado sistema registral, cuestiona el problema terminológico que unas veces en el plano teórico se llama propiedad, público, predial, inmobiliario, jurídico-real o de los derechos reales.

Examina los principios hipotecarios más comúnmente admitidos desde el «prior tempore potior in iure», pasando por el principio de inscripción, el de legitimación, el principio de fe pública registral, el de prioridad, especialidad, tracto sucesivo y concluye esta materia con el conocido como publicidad formal.

Después de examinar, en un plano meramente teórico, los anteriores principios, pasa a solventar la exposición y crítica del sistema venezolano a la luz de los criterios o sistemas y principios anteriormente expuestos.

El origen remoto del actual sistema venezolano hay que buscarlo en la Pragmática de 31 de enero de 1768, de Campomanes y Floridablanca, que instauró en España los Oficios de Contadurías de Hipotecas.

Aquí se detiene en las notas que caracterizaron este sistema y analiza las cuestiones más importantes de sus materias y principios.

Más adelante cita la Ley de 22 de mayo de 1826, que influenciada por el sistema francés, viene a romper el criterio paralelo, sentado por la normativa anterior para España y Venezuela.

Examina seguidamente toda la evolución histórica de la materia, pasando por la Ley de 24 de mayo de 1836, deteniéndose en otras etapas intermedias, como las de 1876, 1904, etc., etc.

En la actualidad, la normativa registral viene dada por el título XXII del Libro III del Código civil de 1942 y por la Ley de Registro Público de 31 de julio de 1940, reformada parcialmente el 25 de abril de 1958.

El autor afirma que las críticas del sistema a lo largo de su evolución histórica pueden darse en la actualidad por reproducidas en muchos de sus puntos, afirmando que hoy existe un importante sector de juristas que abogan por una reforma del sistema.

Como conclusiones, el autor propone, a título enumerativo: agilizar la registración, eliminar el carácter manuscrito de las escrituras, prescindir de la transcripción por duplicado, absoluta separación entre lo registral y lo notarial, etc., etc.

ARNAIZ EGUREN, Rafael: «Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas». R. C. D. I., núm. 523, noviembre-diciembre 1977, páginas 1225 y ss.

Con una introducción en la que se afirma que la distinción entre falta subsanable e insubsanable es una de las más espinosas en nuestro Derecho hipotecario da comienzo el presente estudio. Pasa a continuación a examinar los sistemas legales, sucesivamente vigentes con una clasificación somera de las posturas doctrinales más características, sobre todo de los autores más recientes y de las tendencias interpretativas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y, por último, expone el autor su propio criterio.

Por lo que atañe al primer punto, estudia concretamente la Ley Hipotecaria de 1861, especialmente en su artículo 65, confirmada posteriormente en su redacción por el artículo 19 de la Ley de 1909. Sigue en la evolución histórica con el examen del Reglamento de 1915, antes de entrar en el estudio del régimen legal vigente.

Se detiene en el actual artículo 65 de la hipotecaria, no sólo como tal precepto, sino también en otros que le complementan, como el artículo 20 de la propia ley en cuanto al tracto sucesivo, el 140 del Reglamento Hipotecario, 103 del mismo cuerpo legal, artículo 17 de la ley respecto del principio de prioridad, el artículo 98 del reglamento en cuanto a los requisitos administrativos de determinados documentos, artículo 55 del texto de arrendamientos urbanos.

En lo que respecta a las cuestiones doctrinales, recoge la opinión de Roca Sastre, Giménez Arnau, postura de Chico Ortiz y Bonilla, agrupando

este primer conjunto de teorías en lo que el autor denomina posturas o posiciones empíricas.

Un segundo grupo, constituido por Sanz Fernández y que se llama de la distinción civil de los grados de eficacia y un tercero que atiende como criterio determinante de la agrupación a la terminología de postura crítica de la distinción legal.

Seguidamente, estudia las posturas mantenidas por la Dirección General, y, finalmente, expone el autor su propia postura, que podemos sintetizar diciendo que los impedimentos son nomenclatura sinónima de faltas a los efectos de determinar la posibilidad de su publicidad provisional, son insubsanables cuando la publicidad provisional del título es imposible, la insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente y la decisión de qué clase de falta es, constituye un juego registral propio del principio de publicidad independiente de la calificación en sentido propio, como manifestación del principio de legalidad y considerada en forma aislada, inapelable.

BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Las concesiones administrativas de autopistas y el Registro de la Propiedad». R. C. D. I., núm. 523, noviembre-diciembre 1977, págs. 1.249 y ss.

Con una breve referencia al Derecho histórico constituida por la vieja Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877, comienza este trabajo, original desde el punto de vista registral e inmobiliario, centrándose especialmente en la Ley de 22 de diciembre de 1960 que se refiere especialmente al tema al permitir las concesiones por tiempo determinado, no superior a noventa y nueve años.

Se examinan en un epígrafe bajo el título de fuentes legales los textos actuales de aplicación a la materia, contenidos especialmente por la Ley de 10 de mayo de 1972 y la Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974.

Más adelante, se estudian los autopistas como objeto de concesiones administrativas que son analizadas a partir del artículo 1.º de la Ley de Autopistas, donde además se define la autopista en cuanto tal, como aquella vía especialmente construida y señalizada para la circulación de automóviles que reúna las características de no tener acceso a la misma las propiedades colindantes, no cruzar ni ser cruzada a nivel por otra senda, vía o servidumbre de paso y constar de distintas calzadas cada sentido de circulación.

Entrando en materia, propiamente dicha, se investiga el otorgamiento de la concesión y la formalización del contrato, cuya concesión o mejor dicho contrato de concesión deberá realizarse en escritura pública, entre la sociedad concesionaria y el Ministerio de Obras Públicas, conforme al artículo 31 del Reglamento Hipotecario, 10 de la Ley de Autopistas y 26 del pliego de condiciones o cláusulas generales. Se estudian igualmente con una gran visión práctica los beneficios tributarios en relación con el impuesto de transmisiones patrimoniales con un 95 por 100 de reducción de la base, pero pendiente en cada caso de la concesión por decreto. Por último, se

entra en la materia estrictamente registral, con el estudio de la inscripción en el Registro de la Propiedad, con sujeción a lo establecido en los artículos 31 y 60 del Reglamento Hipotecario, planteando la cuestión sistemática de las inscripciones principales y la de referencia con las normas relativas a título inscribible y circunstancias propias de la inscripción en cada caso; plantea igualmente en su estudio el examen típicamente profesional de los honorarios, y en el apartado séptimo examina los efectos de la adjudicación de la concesión, así como la expropiación forzosa y las limitaciones de la propiedad privada, así como finalmente estudia los derechos reales sobre la concesión, con especial mención de la hipoteca en garantía de la emisión de obligaciones.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 EG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).

- IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Journal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSM = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

- RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und Interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZRV = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

Puede y debe ser cancelada, a petición del titular registral autenticada en acta notarial, la constancia en el arrastre de cargas de una finca, de la mención de estar libre de cargas, "salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad según la inscripción 1.^a", si de ésta resulta que se inscribió en ella el dominio de la parcela, sin reserva de derechos a favor del dominio público y no solamente una concesión de marisma en terreno público. No obstante, la cancelación debe limitarse a la porción de la finca de origen, que por virtud de agrupaciones y segregaciones ha venido a pertenecer al titular registral solicitante. (Resolución de 20 de diciembre de 1977; "Boletín Oficial del Estado" de 24 de enero de 1978).

Hechos.—El historial de la finca objeto del recurso es el siguiente: Finca 6.931, con fecha 24 de diciembre de 1929 se inmatricula en el Registro una parcela de marisma por título de concesión administrativa. Se hace constar en dicha inscripción que el concesionario queda obligado a conservar las obras que realice en buen estado, de modo que se satisfaga siempre el objeto para el que dichas obras han sido construidas; también se hace constar en la inscripción que "la concesión se hace a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedades y sin perjuicio de tercero", no entrando a disfrutar de la libre disposición del terreno hasta tanto que "no haya terminado completamente el relleno". Se añade que "la falta de cumplimiento a cualquiera de las condiciones será causa bastante para declarar la caducidad de la concesión y una vez declarada se procederá con arreglo a lo prevenido para estos casos en la Ley General de Obras Públicas y en el Reglamento para su ejecución. En la misma inscripción se recoge el acta, aprobada por la Dirección de Obras Públicas, por la que se dan por recibidas las obras, siendo el acta de inscripción del siguiente tenor:

"En virtud de todo lo expuesto, la Sociedad de Minas de Complemento inscribe la finca de este número a título de concesión administrativa". Por otra inscripción de la misma finca se inscribe un exceso de cabida en relación a ella; posteriormente dicha finca se agrupa con otras fincas normales, y de la agrupada, a su vez, se hacen diversas segregaciones: una de dichas segregaciones es la de la finca registral 8.392, a la que se contrae el recurso y en la inscripción 3.^a de dicha finca, siendo así que en todas las inscripciones anteriores se dice que la finca esté libre de cargas, se hace constar en el Registro que no tiene cargas, "salvo las

condiciones que afectan a la concesión de marisma, a perpetuidad, según la inscripción 1.^a de la finca 6.931”, expresión que se repite en las inscripciones posteriores y que se arrastra en una segregación posterior de dicha finca, y en la venta de la parcela segregada.

Por acta autorizada el 13 de abril de 1975, por el Notario de Santander, don Antonio Vázquez Presedo, comparece don José Luis Gómez Pérez, interesando que conste en forma auténtica que aparezca libre de cargas de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Santoña con el número 8.392, al folio 132 vuelto del libro 100, tomo 978, ya que figura sujeta a las condiciones que afectan al derecho de concesión a perpetuidad para sanear y aprovechar una parcela de marisma del dominio público, respecto a la parte de esta finca que procede de la finca número 6.391, que, por agrupación con otras tres, formó la finca número 7.402 de la que por segregación procede la citada número 8.392; las condiciones que afectan a esta finca según esa inscripción son las relativas a la realización de las obras de saneamiento, desecación y aprovechamiento propias de las concesiones de marismas que figuran en la inscripción 1.^a de la finca número 6.391, y que fueron establecidas por la Real Orden de otorgamiento de concesión de marisma a perpetuidad de 3 de marzo de 1899, modificada por la de 13 de noviembre de 1909; dicha concesión fue inscrita como finca número 6.931 otorgada a perpetuidad, haciéndose constar en la inscripción que se procede al conocimiento de las obras, según el acta reglamentaria que fue aprobada por la Dirección General de Obras Públicas; en el apartado 3.^o del acta autorizada se afirma que como consecuencia de lo anterior, dicha finca, inscrita a título de concesión administrativa, se convirtió, al reconocerse y recibirse las obras por la Administración, en inscripción de propiedad a condición, sin sujeción alguna, carga o gravamen según ha venido figurando inscrita en los asientos registrales anteriores a la inscripción 3.^a de la finca número 8.392, que procede de la 6.931; que habiéndose consolidado plenamente la propiedad de la finca 6.931, procede que la finca 8.392 figure inscrita en plena propiedad y sin sujeción a ninguna condición precedente de aquella antigua concesión, solicitándose del Registro que así se inscriba, transformando las inscripciones que limitan el derecho de pleno dominio, para adecuar la realidad jurídica a la registral, anulándose y cancelándose toda referencia a las condiciones que afectaban a la condición de marisma.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Santoña el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: “Presentado este documento el 14 de julio de 1976, según asiento 586 del diario 52, no procede practicar las operaciones solicitadas en su apartado 4.^o, por los siguientes motivos:

I.—No parece exacta la afirmación que contiene en el apartado 3.^o, relativa a la “conversión en plena propiedad, no sujeta a limitación ni condición alguna”, del derecho derivado de una “concesión para sanear y aprovechar una parcela de marisma del dominio público” otorgada conforme a la Ley General de Obras Públicas y su Reglamento, la Ley de Puertos y las Reales Ordenes de concesión (que causó la inscripción

1.^a, de la finca 6.931, al folio 45 del libro 73, tomo 662 de este Registro de la Propiedad, una vez realizadas las obras de cerramiento; por no tener dicha conversión apoyo legal concreto ni estar reconocido expresamente por la Administración concedente; y ser en principio contradictoria con el concepto de "concesión otorgada a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero"; características que, junto con su destino especialmente señalado y con todas las demás "condiciones" establecidas legal y documentalmente (y que están recogidas en la inscripción), configuran la naturaleza jurídica y el contenido del derecho inscrito, que no pueden ser alterados unilateralmente por quien, al adquirir, ha de entenderse "subrogado" en la posición del concesionario.

II. De las antedichas "condiciones" contenidas en el acto concesional inscrito, se derivan derechos reservados por la Administración concedente (posibilidad de reversión o rescate por causa de "caducidad" de la concesión por incumplimiento de sus condiciones; control de la Administración por la simple naturaleza de la concesión, etc.); cuyos derechos reservados deben considerarse igualmente inscritos y con el mismo carácter de perpetuidad que tiene el derecho del concesionario; por lo que no pueden ser cancelados ni alterados, si no es por sentencia firme o con el consentimiento de la Administración que es su titular; conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Estas dos consideraciones que preceden están referidas a la inscripción 1.^a de la finca 6.931, que es la primera practicada en virtud del acto concesional, pero afectan con la misma extensión a todas las fincas o partes de ellas, formadas o procedentes de aquélla, que tendrán la misma condición jurídica, como ocurre, en parte, con la finca número 8.392 que se dice inscrita a favor del requirente.

III.—Dado el principio de voluntariedad y rogación que informa nuestro Derecho hipotecario, debe limitarse la práctica de la operación registral solicitada —caso de ser posible— a la parte de finca de que sea titular en la actualidad el requirente, cuya finca sólo se indica en el documento calificado por la referencia registral (incluso incompleta), por lo que es preciso que dicha parte de finca se describa con todos los requisitos necesarios para su perfecta identificación (situación, nombre, cabida, linderos); no sólo porque así lo exigen los principios de especialidad y claridad registral, sino también porque respecto de dicha finca 8.392 se ha realizado por el requirente la segregación de una parcela de 108.665 metros cuadrados, que por escritura otorgada el 9 de julio de 1974, ante el Notario de Santander señor Vázquez Presedo se vendió a don José Castillo Morante, casado con doña María Teresa Santiago-Higuera, a cuyo favor figura inscrita (y de hecho pueden existir otras segregaciones y ventas no inscritas), cuyos titulares pueden estar conformes con la condición atribuida a la finca en la parte que deriva de la concesión de marisma, y nada soliciten".

El Procurador doña Mercedes Manero Barriuso, en la representación de don José Luis Gómez Pérez que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la finca número 7.402,

de la que por segregación procede la número 8.392, figuraba inscrita (inscripciones 1.^a y 2.^a) como una finca normal en plena propiedad y sin cargas, haciéndose constar expresamente en la inscripción 2.^a su adjudicación en pleno dominio, pero al practicarse la inscripción 3.^a en virtud de deslinde voluntario formalizado por escritura pública de 20 de octubre de 1972 es cuando aparece el dato de las cargas que la gravan y que no figuraban desde tiempos remotos en el historial de dicha finca, al advertirse en esta inscripción que “no constan cargas salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.^a de la finca 6.931, que por agrupación con otras forman la finca 7.402, de la que por segregación procede la de este número, según su inscripción 1.^a y en cuanto afectan a esta porción de fincas segregadas”; que de las cuatro fincas que por agrupación forman la número 7.402, tres de ellas son fincas rústicas inscritas en el Registro como de pleno derecho de dominio, y que la otra finca, la 6.931, se inmatriculó igualmente en el Registro, aunque el título que sirvió para la inmatriculación fue, en este caso, la Real Orden que otorgaba la concesión para sanear una marisma; que, así pues, lo que se inscribe en el Registro y abre folio registral no fue una concesión administrativa, sino una finca rústica normal, pero cuyo título de inmatriculación era una concesión administrativa; que si lo que se hubiera inscrito fuera sólo un derecho y no una finca física, en ningún caso hubiera podido agruparse con otras fincas físicas normales; que la Orden de otorgamiento de la concesión administrativa que sirvió de título para la inmatriculación tiene por objeto el saneamiento y aprovechamiento de una marisma, y que la concesión se hace a perpetuidad, no entrando el concesionario a disfrutar de la libre posesión del terreno hasta tanto no se haya terminado completamente el relleno, estableciendo por último que el terreno quedará sujeto a la servidumbre de salvamento y vigilancia litoral y demás establecidas en la Ley de Puertos; que en la inscripción 1.^a de dicha finca se hace constar que por haberse reconocido y recibido las obras, la sociedad titular de la concesión inscribe la finca mencionada, lo que ratifica el carácter y naturaleza de esta inmatriculación de finca rústica en virtud de título concesional, cuyas condiciones se han cumplido, por lo que puede inscribirse, no ya la concesión administrativa, sino la propiedad de la finca; que durante más de treinta años ha figurado esta finca inscrita en el Registro en pleno dominio y sin sujeción a ninguna condición y que en el transcurso de este largo lapso de tiempo ha de tenerse en cuenta por la posible prescripción de dichas cargas y condiciones; que a continuación el recurrente hace un estudio de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas y de las características especialísimas que dentro de ellas tienen las concesiones de marismas, respecto de las cuales asegura que en este tipo de concesiones lo que los particulares inscriben no es propiamente la concesión o sus derechos, sino la propiedad del terreno que se inmatricula en el Registro a través del título concesional como una finca física normal objeto de dominio; que las concesiones de marismas son negocios jurídicos bilaterales por los que la Administración entrega al particular un bien comprometiéndose

el concesionario a realizar las obras de desecación y saneamiento del terreno necesarias, y que una vez realizadas, el vínculo contractual no perdura por haberse consumado el contrato, y el concesionario adquiere los terrenos, produciéndose la desafectación que determina el cese del dominio público de la inalienabilidad; que esta tesis viene corroborada por la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 de noviembre de 1884 y de 23 de marzo de 1972 y que en igual sentido el Consejo de Estado, en dictamen de 14 de julio de 1964, entiende que "según la Ley de marismas, la relación concesional se extingue al término de las obras, ya que la concesión de que se trata se agota por la realización de las obras con arreglo al proyecto y satisfacción de la Administración, sin que existan con posterioridad a tal momento nuevas obligaciones concesionales; que, por lo tanto, es impropio que la nota de calificación trate de mantener sobre la finca objeto de la inscripción, las primitivas cartas o condiciones establecidas en la primera inscripción de la concesión de marisma; que aun suponiendo que la interpelación (sic) legal expuesta no fuera la correcta y la propiedad del terreno saneado continuara perteneciendo al Estado es indudable que en virtud de la prescripción adquisitiva, el titular de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad habría adquirido los bienes por la posesión durante diez años con buena fe y justo título (artículo 1.957 del Código civil), o al menos por la prescripción extraordinaria del artículo 1.959 del mismo texto por la simple posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de título ni de buena fe; y que, por último, la Dirección General de lo Contencioso, en consulta formulada por la Junta del Puerto de Santander, ha reconocido expresamente la imposibilidad de reivindicar la propiedad de una finca de igual procedencia que la que nos ocupa y de cancelar los asientos registrales referentes a la misma, por haber entendido que los titulares que primitivamente figuraban en el Registro de la Propiedad de Santoña como de pleno dominio y sin sujeción a condición alguna, eran efectivamente propietarios y sus propiedades no se encontraban sujetas a ninguna carga.

El Registrador informó que la nota de calificación se limita a mantener una situación jurídica derivada de una legislación y de unos asientos registrales antiguos, pero vigentes, con un criterio que indudablemente es contrario a una realidad de hecho y al convencimiento actual generalizado que considera pleno dominio a esa situación posesoria derivada, junto al paso del tiempo, de una concesión otorgada a perpetuidad por la Administración para cerrar, rellenar, sanear y aprovechar una marisma, pero que esta realidad, apoyada por la indiscutible autoridad de los dictámenes del Consejo de Estado que el recurrente cita, no puede ser apreciada por el funcionario calificador, sin haber sido antes constatada por los Tribunales de Justicia a quienes únicamente corresponde declarar su evidencia y realidad; que el acta notarial objeto del recurso no es documento suficiente para acceder a la pretensión de convertir en pleno dominio no sujeto a condición ni limitación alguna, lo que, según el Registro, fue y puede ser todavía limitado, sin acreditar documentalmente que esas limitaciones y condiciones han quedado extinguidas, es decir, que

si tales limitaciones subsisten no se pueden expulsar del Registro sin consentimiento expreso de su titular, o por sentencia firme en que se declaren extinguidas; que el hecho de que en los asientos registrales se hable de "finca" no es argumento para entender inscrita la propiedad, ya que, en la técnica registral, "finca" es todo aquello que abre folio registral, y la concesión lo abre, se inmatricula (artículos 31 y 44 del Reglamento Hipotecario), por lo que se la considera como una finca, siquiera sea "anormal", y sin que sea necesaria la inscripción a favor del ente público concedente, porque antes de la concesión sólo habrá un dominio público que no se inscribe por su propia naturaleza al estar excluido del tráfico jurídico (artículo 5 del Reglamento Hipotecario); que no existe obstáculo alguno para agrupar fincas físicas con concesiones que tengan su trato físico (sic) y de este supuesto encontramos ejemplos como los regulados por los artículos 44 y 76 del Reglamento Hipotecario; que ha de tenerse en cuenta que las limitaciones y condiciones que figuran en la inscripción 1.^a de la finca 6.931, derivadas del acto concesional que la originó, afectan a todas las transmisiones y a todas las partes de finca que de ella deriven, porque son limitaciones consignadas en el folio registral de la finca, aunque incidentalmente se hayan omitido en algún asiento intermedio; que según las Reales Ordenes que aprueban la concesión (inscripción 1.^a de la finca 6.931), ésta se otorga para sanear y aprovechar una marisma exigiendo como base física de su aprovechamiento que se realicen las obras de cierre y de relleno y una vez realizadas las obras el concesionario entrará en la libre posesión del terreno, pero la concesión continúa en cuanto el aprovechamiento que la Administración sigue concediendo al particular, como compensación de las obras, pero también para la satisfacción de ese interés público general constituido por el destino ulterior para el que se atribuyó. Teniendo el concesionario "la obligación de conservar las obras en buen estado, de modo que satisfagan siempre cumplidamente el objeto para el que han sido construidas", por lo que la concesión se hace a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad, y sin perjuicio de terceros y el incumplimiento de cualquiera de estas condiciones será causa bastante para declarar la caducidad de la concesión; que la inscripción también recoge que el 7 de octubre de 1912 se procedió al reconocimiento de las obras, resultando ejecutadas las de cerramiento que se dan por recibidas, pero faltan por acreditar las obras de relleno y las verificadas para la transformación del terreno en apto para el cultivo, punto importante para apreciar el cumplimiento de "la satisfacción de la utilidad general", que iniciaría el cómputo del plazo para la prescripción; que la finca se inscribe a favor del concesionario "a título de concesión administrativa", siendo sólo esto lo que se acredita en la citada inscripción 1.^a de la finca 6.931; que, así pues, se demuestra que estamos en presencia de algo distinto de la propiedad o pleno dominio, y que las Reales Ordenes de concesión no son títulos aptos para adquirir ni para inscribir el dominio; que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 alegada por el recurrente en su favor sólo contiene en su parte dispositiva la declaración de que la concesión de marisma ob-

jeto de pleito, que originariamente se había otorgado por cincuenta y cinco años nada más, debería otorgarse a perpetuidad; que en cuanto al informe de la Dirección General de lo Contencioso que igualmente alega el recurrente, aunque referido a una finca distinta, pero que tiene igual procedencia que la 6.931 no fue conocido por el Registrador en el momento de la calificación, pues no fue aportado en tal ocasión, por lo que no debería tenerse en cuenta en este recurso; y que al no alegar nada el recurrente respecto al apartado 3.º de la nota, el Registrador entiende que deberá ser mantenido en su total contenido.

El Presidente de la Audiencia, basándose en que la doctrina viene poniendo de relieve que, en la concesión de marismas, una vez desecado y saneado el terreno y cumplidas las cláusulas concesionales, el concesionario pasa a ser propietario del terreno saneado, de modo que tal "concesión" constituye una enajenación atípica de bienes ligada a finalidades trascendentales al puro hecho de la enajenación y que, con criterio análogo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de marzo de 1972, declara que este tipo de concesión otorga un derecho real administrativo de goce que a su vez "se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento", de suerte que, en definitiva, se proclama "la eficacia del saneamiento para la adquisición de la propiedad del terreno" y entendiéndose que la inmatriculación que se produjo fue de la finca normal, y no la de la concesión, por considerar legítimamente el Registrador que en su día practicó la inscripción 1.ª que la propiedad privada se había adquirido por el titular en virtud de un título concesional de una marisma ya saneada y recibida por una resolución administrativa, estimó en parte el recurso y en parte lo denegó, acordando que debe quedar plasmada en las inscripciones de la finca número 8.392 del Registro de la propiedad de Santoña, que la misma figure inscrita en plena propiedad de su titular salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.ª de la finca 6.931, que por agrupación con otras tres formó la finca 7.402, de la cual procede la citada 8.392 por segregación y en cuanto afectan a esa porción segregada, limitándose la práctica de la operación registral a la parte de la finca de que es titular el recurrente don José Luis Gómez Pérez, si bien la inscripción acordada no podrá practicarse hasta que sea subsanado el defecto consistente en la descripción completa, con todos los requisitos necesarios para su completa identificación.

El funcionario calificador se alzó contra la decisión presidencial e interpuso recurso de apelación ante el Centro directivo.

Y la Dirección General, resolviendo la apelación, acordó confirmar el auto apelado solamente en la parte que revoca el defecto primero de la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—“Al haber apelado el auto presidencial solamente el Registrador, y no haberlo hecho la persona que interpuso el recurso, queda circunscrito éste exclusivamente al defecto 1.º de la nota de calificación que plantea como cuestión primordial la de si la finca, de la que por sucesivas operaciones registrales de agrupación y segregación procede la

actualmente existente se inmatriculó en los libros del Registro en pleno dominio o únicamente a título de concesión administrativa, a favor del inmatriculante.”

“La concesión para sanear y desecar terrenos de marisma ofrece en nuestra legislación una normativa muy peculiar que la diferencia de las otras clases de concesiones administrativas, peculiaridad que se manifiesta ya en la primitiva Ley de Aguas de 1866, y en particular en la de 1879 (artículo 65), así como en la Ley de Puertos de 1880, pasando por la Ley de 24 de julio de 1918, dedicada especialmente a esta materia, que rompe en cierta manera con el criterio tradicional, volviéndose de nuevo al anterior sistema con la Ley de Puertos de 1928 (artículos 51 y 52) y la de Costas de 26 de abril de 1969, disposiciones legales todas ellas que confirman como efecto primordial la adquisición al concesionario de la propiedad de los terrenos ganados al mar, una vez ejecutadas las obras y cumplidas las cláusulas de la concesión.”

“Como han puesto de relieve diversos dictámenes del Consejo de Estado y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 en este tipo de concesiones, el derecho real administrativo de goce que toda concesión comporta “se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento”, por lo que viene a constituir, como indica el auto del Presidente, un modo de adquirir atípico, paralelo a la desafectación del dominio público producido y que tiene su fundamento en la actividad administrativa de fomento que estimula la iniciativa privada para conseguir un beneficio general al sanear un terreno que en su estado natural no es utilizable por nadie.”

“Si tenemos en cuenta la legislación aplicable y en particular la que estaba vigente cuando se realizó la inmatriculación y la documentación que para extender el asiento tuvo el Registrador a la vista (Ordenes de concesión y muy especialmente la de aprobación por la Dirección General de Obras Públicas, de 16 de diciembre de 1912 del acta de 14 de octubre del mismo año de haber sido ejecutadas las obras y aprobación de la transferencial), así como las facultades de calificación que como funcionario le atribuye la legislación hipotecaria, y aun apreciando una falta de claridad en la inscripción practicada, no ofrece duda que en el ejercicio de su función realizó una inscripción en pleno dominio de la finca discutida a favor del inmatriculante, lo que parece confirmado además por la calificación de “rústica”, que confiere al inmueble y el haber comenzado su descripción con el sustantivo “parcela”; y que este mismo carácter de inscripción en pleno dominio fue reconocido por los sucesivos Registradores, que sin ninguna dificultad realizaron operaciones registrales de agrupación y segregación del mencionado inmueble con otras fincas rústicas normales, e igualmente tuvieron acceso los posteriores deslindes realizados, todo lo cual no hubiera sido posible si se hubiera tratado de la inmatriculación de una concesión administrativa.”

“Al aparecer inscrita la primitiva finca, de la que tiene origen la actual, en pleno dominio, debido a la calificación hecha en su día por el Registrador que la inmatriculó, no cabe entender, por tanto, que se pretende alterar unilateralmente la naturaleza jurídica del derecho ins-

crita —concesión—, pues no es esta la situación que publican los asientos registrales, sino por el contrario la ya indicada de dominio, sin que por último pueda entrarse, en cuanto a la posible cancelación de las limitaciones y condicionamientos que los mismos asientos manifiestan, en el examen de los conceptos de “desafectación fáctica” y “degradación del dominio público”, estudiados con detenimiento por la moderna doctrina administrativa, al no haber sido objeto este punto de apelación.”

Consideraciones críticas

En la presente Resolución aparecen mezcladas una serie de cuestiones de difícil disección a la hora de su posible tratamiento aislado. A mi entender, la mezcla envuelve la temática de si lo que está inscrito en el Registro de la Propiedad es una finca rústica, o estamos ante una concesión administrativa que por el poder taumatúrgico de la norma es considerada como tal, pero al mismo tiempo esa temática, convertida en pieza fundamental, oscurece el verdadero problema hipotecario de rectificación registral. Los argumentos se acumulan del lado del primer problema en una auténtica obsesión de demostrar —con dominio de la técnica administrativa— que lo que se discute no es una concesión y ello hace que a la hora de argumentar el problema hipotecario quede raquítico y sin fuerza. Marginalmente se tocan problemas de arrastre de cargas, segregaciones, inmatriculaciones, etc., pero ya decimos que el fundamental y sobre el que gira el recurso es si estamos ante una *finca normal* o ante la ficción legal de considerar *a la concesión como finca* que abre folio registral.

Quizá, por ello, debemos destacar esos dos puntos fundamentales señalados de concesión y de rectificación de errores, sobre todo este último para entrar a discutir si el recurso gubernativo es o no un camino legal para su logro.

Para simplificar cuestiones creo que es preciso centrar la materia y situarnos en la verdadera problemática del tema. En una inscripción figuran, por arrastre de cargas, una afección de la finca a las condiciones que dimanar de una concesión administrativa inscrita y lo que se discute es si es procedente ese arrastre de cargas, ya que la inscripción de que procede no es la de una verdadera concesión administrativa, sino de una finca normal o, por lo menos, transformada en normal por el juego de una normativa administrativa. La consecuencia se ve clara: si es cierto que era una finca y no una concesión, no procede ese arrastre de cargas que, por error registral, se viene consignando. Y el tema se desplaza irremisiblemente a la normativa de la rectificación de errores. Y si esa era la cuestión registral habrá que destacar la doctrina mantenida ininterrumpidamente por la Dirección General de que el recurso gubernativo no está incluido en ninguno de los medios de rectificación de errores a que se refiere el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

A) *La finca registral y la concesión administrativa*

No creo que sea preciso aclarar cómo el concepto de finca dentro de la Ley Hipotecaria es muy amplio, pues al lado de lo que podríamos llamar finca normal, definida por Roca Sastre como “un trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios proindiviso”, están las fincas anormales, especiales, funcionales, urbanísticas, etc., entre las que figuran las llamadas “concesiones administrativas” que tienen, como dice el autor citado, virtualidad inmatriculadora. Se ha llegado así, doctrinalmente, a emplear un término más genérico hablándose de “entidades hipotecarias” o “fincas registrales”.

Admitida la posibilidad de que la concesión administrativa tenga esa “virtualidad inmatriculadora” y sea considerada como finca a la que se le destina un folio particular y un número especial, es preciso descender no a una concepción unitaria de la figura, sino a la admisión o no de variantes que se aparten sustancialmente de la esencia de la temporalidad que lleva consigo la misma. Genéricamente podríamos concluir con Roca Sastre que toda concesión administrativa supone: “Un acto administrativo, en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva”. De ahí se desprende la idea fundamental que guía el concepto, esto es, la de “constitución” de un derecho subjetivo. Y esto resulta importante a la hora de enjuiciar la figura, pues Villar Palasí (“Concesiones Administrativas”, voz de la Enciclopedia Jurídica SEIX) en su aportación doctrinal a la figura y al estudiar la naturaleza de la misma, distingue entre las concesiones “constitutivas” y las “traslativas” y dice: “A estos efectos preciso es escindir, dentro del género común, los casos de pura constitución de un derecho privativo, de aquellos otros supuestos en que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado algo que antes virtualmente, y en potencia, tenía su existencia en manos de la Administración. Se ofrece así una doble perspectiva, de concesiones constitutivas y traslativas, que no debe inducir al error de considerar que sólo las primeras son creadoras de derechos. La distinción hace referencia más bien a un *plus* inherente a las segundas y de que las primeras carecen...”. Si esto es así, y así parece ser, habrá de ser leído el trabajo de García de Enterría sobre “Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo”, con esa restricción que pone en balanzas de entendimiento al principio de la imprescriptibilidad del dominio público, el principio corrector de la reversión frente a la prescripción inmemorial, la duración de los noventa y nueve años y la posibilidad o no de una desafectación tácita.

Por una serie de coincidencias vitales intervine —en forma indirecta— en una famosa desecación de laguna (la de Antela, allá por Galicia) y en otras marismas en esa lengua de tierra ambientada para el turismo que es la Manga del Mar Menor, pero ninguno de los dos casos me sirven como experiencia para ser aportados al supuesto presente. Allí

los problemas fueron de distinta índole. Pero si hemos de hacer caso al segundo considerando de la Resolución resulta que sobre la base de la Ley de Aguas de 1879, la Ley de Puertos de 1880, así como la de 1928 y la de Costas de 1969, las concesiones de saneamiento y desecación de terrenos de marisma ofrecen singularidades muy peculiares. Igualmente el considerando tercero insiste en la misma idea basándola en dictámenes del Consejo de Estado (uno de ellos citado por el recurrente de fecha 14 julio 1964) y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo 1972.

Si esto es así, el proceder del Registrador en su calificación inicial de inmatriculación y en las posteriores inscripciones realizadas, sobre todo la que provocó el cerramiento y recepción de obras, pudiera afirmarse que fue improcedente, ya que añadió esa coletilla que ahora se discute de "salvo las condiciones que afectan a la concesión de la marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.^a". ¿Cómo es posible que un Registrador haya podido añadir officiosamente esa coletilla si no figuraba en los títulos o en las inscripciones anteriores? Eso tuvo que sacarlo el Registrador de alguna parte o es preciso admitir que al reflejarlo cometió un error, provocando con ello una inscripción errónea necesaria de rectificación.

¿Pero es cierto todo lo que dice la Dirección General en apoyo de su tesis? Es cierto, pero a medias, pues la Ley de 1918 (24 de junio) que también cita el considerando segundo al establecer un principio contrario a la idea de la perpetuidad había que estimarla derogada para dar paso a la de 1928, cosa que no sucedió, ya que dicha Ley no quedó derogada y lo único que cabía es plantearse su aplicación o no al caso concreto. Tampoco es cierto que la idea de perpetuidad sea la dominante en "toda la legislación", ya que la Ley del Patrimonio del Estado, en su artículo 126 plasma el principio general de que es preciso señalar un plazo de duración que no podrá exceder de noventa y nueve años, salvo que se señale otro menor en alguna disposición. Y recuerdo este artículo —común a concesiones y autorizaciones— porque estuve implicado en una lucha entre el Ministerio de Obras Públicas y el del Ejército a cuenta de un acueducto para abastecer de agua a una población, donde se evidenciaba la contradicción entre la Ley de Aguas y la del Patrimonio del Estado. Tendría que contar el final del asunto, pero sólo diré que como solución intermedia se autorizó el paso del agua por el acueducto, reservándose el Ministerio del Ejército la posibilidad de bombardearlo y sujetarlo al paso de tanques y vehículos pesados.

Pudieron pesar sobre el Registrador estas dos normas citadas para justificar su proceder. Verdaderamente que la última sólo podría afectar a las inscripciones más recientes y la falta de efecto retroactivo no pareciera aconsejable su aplicación. La otra disposición del año 1918, tampoco creemos que se tuviera en cuenta, ya que aunque los hechos no lo dicen, parece que no se ajustó a su normativa, aparte de que la concesión debió ser anterior en fecha. Pero si el Registrador al provocar ese "arrastre de cargas" no tuvo en cuenta nada de esto y su actuación dio lugar a un error, no puede ocultarse éste con la sutileza de que al practicar

la primera inscripción se iniciaba con la palabra "rústica", lo cual evidencia que estaba inscribiéndola en *pleno dominio*. Creo que esto es un argumento que la Dirección recoge de las alegaciones del recurrente, pero resulta sumamente peligroso esgrimirlo en forma tan general y con tan poco apoyo doctrinal. Una cosa es el "pleno dominio de una finca" que reflejará la cláusula de inscripción (que, según dice el Registrador, era "a título de concesión administrativa") y otra el carácter rústico, urbano de la finca, que, además, tratándose de "concesiones administrativas" nada debe extrañar que se las califique de "rústica" tal y como lo hizo la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1944. Tampoco puede admitirse que en las inscripciones de "concesiones administrativas" no puedan practicarse operaciones de segregación y agregación de terrenos, así como las realizaciones de obras, obras nuevas, planteos y replanteos, con evidente olvido, como señala el Registrador, de artículos como el 44 y 76 del Reglamento Hipotecario. Que esas operaciones tengan unas peculiaridades específicas, bueno, pero que no puedan hacerse es no querer ver la realidad registral de aquellas zonas donde proliferan las inscripciones de concesiones.

Creo que debe añadirse algo más, pues aparte del juego poco decisivo de las modificaciones fundiarias y de la utilización de la palabra "rústica", sí creo que es importante la cláusula de inscripción a que he aludido. En los modelos oficiales que acompañan al Reglamento se habla de que el Registrador o el titular inscribe *su título* de compra, de herencia, de adjudicación, etc. En alguna de mis publicaciones, y por supuesto en la forma de llevar mis diversos Registros, siempre he utilizado la fórmula que "inscribo a nombre de don... el pleno dominio de esta finca por título de ...". Es decir, que la fórmula que en la primitiva inscripción de la finca se utilizaba nada decía, por supuesto, del pleno dominio, sino —en base de un tributo a unos formularios oficiales— solamente se decía que la finca de ese número se inscribía "a título de concesión administrativa".

Si es preciso creer al Registrador, parece ser por su informe que tampoco había clara desvinculación del dominio público, pues para que esa concesión pudiéramos configurarla como "traslativa" se hacía preciso cumplir lo requisitos que como condiciones se establecían para su otorgamiento y, entre ellos, era el de justificar no sólo el cerramiento, sino las de relleno y transformación del terreno en apto para el cultivo, cosa que, como es lógico al no estar justificado da subsistencia a todos esos condicionamientos que en la inscripción tercera de la finca se reflejan en el arrastre de cargas. Este punto ha quedado sin aclaración dentro del recurso. Se han utilizado generalizaciones teóricas, pero no se ha descendido al examen concreto del supuesto, como se pone de manifiesto en el informe registral.

B) *La inexactitud registral*

Verdaderamente que el recurso planteado en los tres defectos que se alegan en la calificación, queda reducido con el Auto del Presidente al

primero, que es el que solamente recurre el Registrador y que pierde al confirmarse el auto presidencial por la Dirección.

Demostrado que aquello que figuraba inscrito no era una concesión, sobraba la referencia que en el arrastre de cargas se hace en la inscripción tercera y quizá posteriores: cabe su cancelación. ¿Pero esto es así de simple? La Dirección General tiene establecido con auténtica reiteración en sus resoluciones que la materia de errores no puede ser objeto de recurso gubernativo. Recuerdo a este respecto la de 23 enero 1975, comentada por mí en estas páginas. Igualmente la de 11 noviembre de 1970.

Este recurso era viable si sólo se discutía el problema de qué era lo que estaba inscrito, pues si el segundo defecto era el que de verdad se esgrimía quedaba fuera de toda duda que el recurso gubernativo no podía tener competencia, ya que caso de no acceder el Registrador a rectificar habría que acudir a los Tribunales de Justicia. Como tanto para el recurrente, como para el Presidente, como para la Dirección no había error y el Registrador no insiste en él, el recurso prospera.

Dentro de los errores y sus clases —materiales y de concepto— los hay *derivados*, es decir, provocados por inscripciones sucesivas, asientos accesorios o complementarios, referencias, etc. Pues bien, los llamados “arrastrés de cargas” a que parece hacer referencia el artículo 51, 7.^a del Reglamento Hipotecario, pueden provocar también errores y, de hecho sucederá con cierta frecuencia, si se sigue el sistema de la enumeración de cargas sin emplear el sistema genérico de referirse a las que figuren en asientos anteriores, pues la especificación de ellas genera el riesgo de una posible cancelación sin el necesario reflejo en ese “arrastre de cargas”. En nuestro caso, sin embargo, el posible error se debe a una interpretación registral que entra de lleno en la facultad calificadora, habiendo optado el Registrador por hacer constar esas limitaciones que parecen derivarse de las condiciones de la concesión administrativa, aunque luego en la realidad ello sea discutible.

Sea cual fuera la postura que se mantenga, lo que sí es cierto es que ese acta notarial que el interesado presenta para que se haga constar la cancelación de la referencia a las condiciones y reservas que contiene la inscripción de concesión, supone una especie de solicitud para que se rectifique el Registro en aras de un error cometido por el Registrador que, creyendo que tenía inscrita una concesión, lo que la Dirección General le aclara es que tiene una finca normal y corriente en pleno dominio, pues la concesión se purificó al reunir los requisitos y condiciones de su constitución.

Y es claro que si esto es así lo que procede, a la vista de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales, es que, aparte de que el interesado lo solicite, es que acceda a ello el Registrador, pudiendo aplicarse el artículo 213 de la Ley Hipotecaria, número 2, al referirse a las rectificaciones de “indicaciones de referencia”, sobre todo si el error lo calificamos de material, aunque también cabría aplicar la misma doctrina si el error lo reputásemos como de concepto sobre la base

del artículo 217 de la misma Ley Hipotecaria, aplicando siempre la rectificación "en cadena" de que nos habla el artículo 317.

Pero como ante la posible solicitud de rectificación del Registro, el Registrador ofreció a la parte recurrente la oportunidad de estimar no como solicitud de rectificación, sino como ataque al contenido del Registro, se ha permitido la puesta en marcha del recurso. El Registrador, a mi entender, debió negarse a rectificar la inscripción, estimando que en base de los artículos legales y reglamentarios que cita en el segundo punto de su nota calificadora, era preciso una resolución judicial en que así se ordenase. Pero entró o dejó entrar en el fondo de un asunto y por esa puerta penetró la autoridad de la resolución del recurso gubernativo.

En todo este comentario ha quedado marginado el contenido de la nota registral en cuanto al tercer defecto y creo que ello merecería una alusión en cuanto se podrían aclarar puntos que parecen mezclarse. Es evidente que el posible arrastre de cargas se debe hacer partiendo de las que figuran en la inscripción primordial y que afectan a todas y cada una de las fincas en que ha podido dividirse o configurarse la primera. Esto así, solicitada la cancelación de un arrastre de cargas de una de ellas, debe entenderse solicitado el de todas ellas, máxime cuando como en el caso presente el error se motivaba por una interpretación equivocada del contenido de la primera inscripción. Creo que esta solución es la más adecuada a la vista del artículo 317 del Reglamento Hipotecario, aun y a pesar de las afirmaciones registrales de la voluntariedad y rogación de nuestro Derecho hipotecario. Todo, sin perjuicio de que se concrete la finca a la que afecta, para así deducir de ella las que también han de ser rectificadas.

Es suficiente la solicitud del titular inscrito acompañada de la sentencia desestimatoria de tercería interpuesta por uno de los cónyuges adquirentes por compra conjunta con pacto de sobrevivencia (arts. 61 y 62 de la Compilación Catalana) frente a ejecución seguida contra el otro cónyuge comprador por su mitad indivisa; para rectificar la inexactitud resultante de haberse inscrito la escritura de venta judicial que finalizó el juicio ejecutivo con la carga de la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia que en ella se mantenía, dado que aquella sentencia estimó —acertadamente— que al consumarse la adjudicación se extinguía el pacto de sobrevivencia. (Resolución de 29 de diciembre de 1977; "Boletín Oficial del Estado" de 24 de enero de 1978.)

Hechos.—Don Francisco Murió Jansá interpuso demanda de juicio ejecutivo el 11 de agosto de 1969 contra don Miguel Güell Catalá, que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, por virtud del cual se trabó embargo sobre la mitad indivisa de una finca urbana situada en Palamós, propiedad del ejecutado, correspondiendo la propiedad de la otra mitad indivisa a su esposa, doña Rosa Puig Crosa, habiendo adquirido ambos cónyuges la finca por mitad y

pro indiviso, pactando la cláusula de sobrevivencia, mediante la cual, al fallecimiento de uno de ellos, la mitad perteneciente al cónyuge premuriere pasaría a acrecer la parte del sobreviviente; dictada sentencia de remate, se procedió por vía de apremio a la adjudicación indivisa de la finca embargada al ejecutante, una vez realizadas las subastas y demás trámites procesales pertinentes, momento en el que comparece en autos la esposa del señor Güell, doña Rosa Puig Crosa, promoviendo por medio de juicio declarativo de menor cuantía la nulidad de actuaciones con deducción de tercería de dominio, basándose en el pacto de sobrevivencia estipulado con su esposo al adquirir la propiedad de la finca; el mismo Juzgado de Primera Instancia número 1 tramitó el nuevo procedimiento como pieza separada, dictando sentencia el 29 de mayo de 1973 por la que se desestima la demanda de doña Rosa Puig y se alza la suspensión del juicio ejecutivo acordado; esta sentencia fue recurrida correspondiendo su trámite a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial que dictó nueva sentencia el 7 de marzo de 1974 confirmando la apelada y en las que tanto en una como en otra se declara la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada del pacto de sobrevivencia; seguido el juicio ejecutivo, se aprobó la adjudicación al ejecutante otorgándose escritura de compraventa que fue autorizada el 3 de abril de 1975 por el Notario —designado por turno— don Bartolomé Masoliver Ródena, por la que el Juez del Juzgado de Instrucción número 1 como Decano de los de Barcelona vende al recurrente, don Francisco Murió Jansá, la mitad indivisa de la finca urbana en litigio, con la carga derivada del pacto de sobrevivencia establecido a que ya se ha hecho referencia.

Presentada en el Registro de la Propiedad de La Bisbal primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrito el precedente documento en el tomo 1.739 del archívo, libro 65 de Palamós, folio 201, finca 442 quintuplicado, inscripción 18.ª, sujeta a la condición resolutoria de que el señor don Miguel Güell Catalá premuera a su esposa, doña Rosa Puig Crosa, derivada del pacto de sobrevivencia, entre ellos pactado al adquirirla.—La Bisbal, 16 de diciembre 1975."

El señor Murió Jansá, en instancia de 20 de enero de 1976 dirigida al señor Registrador, a la que acompaña las dos sentencias antes indicadas, solicitó se dejase sin efecto la nota y se cancelase la condición resolutoria, siendo calificada con la siguiente nota: "Denegada la cancelación solicitada en la precedente instancia por las razones siguientes:

PRIMERA.—Haberse practicado la inscripción en virtud de la escritura pública de compraventa autorizada en Barcelona el 3 de abril de 1975, por el Notario don Bartolomé Masoliver Ródenas, en cuya estipulación 3.ª se pactó expresamente que la mitad indivisa vendida se transmitía con la carga de la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia establecido por los cónyuges don Miguel Güell Catalá y doña Rosa Puig Crosa.

SEGUNDA.—No puede afirmarse, como se hace en la instancia, que el pacto de sobrevivencia sólo empieza a tener valor legal y efectividad cuando muera uno de los cónyuges, y no en vida de ambos, por ser contrario al artículo 63 de la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, que regula precisamente el régimen de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia durante la vida de los dos esposos.

TERCERA.—Si bien parece que las sentencias cuyas fotocopias se acompañan dan preferencia a los intereses de los acreedores frente a los particulares de los cónyuges, no declaran la nulidad o extinción del pacto, ni ordenan expresamente su cancelación, por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Teniendo los defectos apuntados el carácter de insubsanables no se toma anotación preventiva.

La presente nota se extiende con conocimiento y conformidad del otro Registrador titular, don Toribio de Prado Alcalá.—La Bisbal, 14 de febrero de 1976.”

Don Francisco Murió Jansá interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en la compra con pacto de sobrevivencia no existe una verdadera condición resolutoria, ya que la muerte no opera como cumplimiento de condición, sino que más bien puede configurarse como una especie de heredamiento mutuo, regulado por la Compilación catalana, circunscrito en este caso a una finca en el que la muerte de uno de los cónyuges determina la adquisición por el sobreviviente; que, en cambio, la condición resolutoria supondría, normalmente, la extinción de un derecho en vida de su titular; que el hecho de que el Notario califique como condición resolutoria un pacto de sobrevivencia, no altera la naturaleza del negocio jurídico en sí; que de la sentencia dictada por la Audiencia Territorial el 7 de marzo de 1974 se sigue que en el pacto de sobrevivencia no existe ni puede existir condición resolutoria; que ni el artículo 63 de la Compilación ni los demás concordantes pueden suponer un obstáculo a la acción de los acreedores de uno de los cónyuges, durante el matrimonio, pues de ser así el marido comerciante habría encontrado el sistema de defraudar a sus acreedores y conservar su patrimonio, utilizando el pacto de sobrevivencia para dejar de cumplir sus obligaciones; que no es de aplicación en nuestro caso el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, ya que no se trata de cancelar ningún gravamen, ni suplir el consentimiento de un titular registral, sino de dar cumplimiento a una sentencia firme e inscribir un título translativo de dominio otorgado conforme a todas las normas procesales vigentes.

El Registrador informó que la inscripción de la adjudicación de la mitad indivisa de la finca objeto de este recurso a favor del recurrente se practicó en virtud de la escritura pública de 3 de abril de 1975 otorgada por el Juez de Primera Instancia Decano y por el ahora recurrente ante el Notario nombrado de oficio señor Masoliver Ródenas, en cuya estipulación tercera se formalizó la adquisición de dicha mitad indivisa sujeta a la condición resolutoria que entrañaba el pacto de sobrevivencia cuya cancelación se solicitó y denegó después; que así pues, la modelación.

jurídica y formalización de la adjudicación se efectuó con la intervención y aprobación del recurrente en la escritura pública referida como es notorio y evidente; que en todo caso es indiscutible que por una simple instancia no se puede modificar ni enervar por una de las partes unilateralmente una situación jurídica creada con toda legalidad en un instrumento público, por impedirlo el principio de titulación auténtica que impone el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria; que el pacto de sobrevivencia origen del recurso es una institución genuina del Derecho consuetudinario catalán cuyos efectos jurídicos no se pueden estudiar prescindiendo del juego propio de las condiciones, ya que la sobrevivencia de uno de los cónyuges es un hecho futuro e incierto a cuyo acaecimiento subordinan las partes la adquisición de la totalidad de la cosa comprada, y este acaecimiento o cumplimiento de condición, producirá un efecto suspensivo respecto de la parte que haya sobrevivido y otro resolutorio respecto de la parte que hubiera premuerto, y esto debido al doble juego o doble vertiente que puede apreciarse en toda condición, doctrina implícitamente reconocida en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil y desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 22 de diciembre de 1944 y 7 de mayo de 1974; que en nuestro caso fue el mismo recurrente, otorgante de la escritura de 3 de abril de 1975, el que calificó y aceptó la condición resolutoria del pacto de sobrevivencia que ahora impugna; que los artículos 61 y 62 de la Compilación catalana que regulan el pacto sobrevivencia no se refieren expresamente a la posibilidad de que los acreedores particulares de uno de los cónyuges puedan realizar o ejecutar los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, para cobrar sus deudas, por lo que aplicando las reglas de la hermenéutica podría llegarse a dos interpretaciones distintas: una negativa según la cual los acreedores no podrían ejecutar estos bienes y otra positiva que permitiría esta ejecución; que abona la primera interpretación el hecho de que el artículo 61, al disponer la afectación de estos bienes al cómputo de las legítimas y de la cuarta marital, silencia en cambio a los acreedores, y que el artículo 62 llevado a ultranza prohíbe la enajenación o gravamen de estos bienes si no es por acuerdo de ambos cónyuges, además de que en todo caso los acreedores podrían conocer previamente la situación de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia por su inscripción en el Registro; que una interpretación positiva que permitiera a los acreedores de uno solo de los cónyuges ejecutar los bienes podría basarse en el hecho de que no admitir dicha ejecución supondría aumentar la lista de bienes inembargables del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que debe considerarse "numerus clausus", contraviniendo, por otra parte, el principio general de la responsabilidad patrimonial universal establecido por el artículo 1.911 del Código Civil; que según el funcionario calificador debe prevalecer esta segunda posición, pues sería inadmisibles el hecho de que un matrimonio catalán pueda constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge, mediante la utilización adecuada a este fin del pacto de sobrevivencia; que sería conveniente que esta cuestión tan importante fuera aclarada bien por la vía de las Memorias o bien por la jurisprudencia.

dencia; que si teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 38, 2.º de la Ley Hipotecaria se hubiera solicitado en tiempo oportuno la cancelación del pacto de sobrevivencia que se dejó subsistente, no se hubiera llegado a la situación actualmente consolidada que impide legalmente al funcionario calificador acceder a la pretensión del recurrente; que contra la opinión del mismo, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria es de ineludible aplicación al supuesto de este recurso, en el que no se trata, como afirma el recurrente, "de inscribir un título traslativo de dominio", pues dicha inscripción ya se había producido en virtud de la escritura de 3 de abril de 1975, por lo que le son aplicables plenamente las disposiciones contenidas en los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 82 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando además que la nota denegatoria de la cancelación no trasciende en el orden procesal y jurídico a sus efectos invalidatorios de la adjudicación, ni a la libre disponibilidad de la finca, aunque con la limitación del pacto de sobrevivencia, y que no implica traba a la ejecución procesal, como garantía y efectividad de los débitos contraídos, no habiendo pretendido el señor Registrador hacer inoqua dicha adjudicación; que tampoco contraría los legítimos derechos de los acreedores en el procedimiento ejecutivo porque si bien los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña no hacen referencia concreta a la posibilidad de ejecución por los acreedores de uno de los cónyuges de los bienes con cláusulas de sobrevivencia, el no admitir dicha ejecución a considerar tales bienes como inembargables, lo cual no es posible dado el carácter de "numerus clausus" de la relación que contiene el artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpuesta apelación contra el auto por el recurrente señor Murió Jansá, la Dirección General acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina.—“Este recurso versa sobre una institución de gran raigambre en el Derecho catalán, como es la compraventa con pacto de sobrevivencia realizada por cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, y que ha sido regulada en los artículos 61 y 62 de la Compilación de Derecho foral de Cataluña al permitir, en los supuestos en que comprenden bienes conjuntamente y por partes iguales, el que puedan pactar en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad.”

“Esta institución —por cierto, no muy estudiada— ha provocado en los autores serias dificultades al tratar de desentrañar su esencia, pues mientras para unos se trata de una compraventa en el que cada uno de los esposos adquiere la propiedad de una mitad del bien transmitido bajo la condición resolutoria de premorir al otro, y la otra mitad bajo la condición suspensiva de sobrevivirle; en cambio, para la mayor parte, y con fundamento en el artículo 61, 2.º, es decisivo el momento de la muerte del primer cónyuge que determina la adquisición del sobreviviente e indican que se está ante una disposición sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, e incluso algún autor señala el carácter de

donación "mortis causa" que presenta, al reunir las características de este tipo de donación, tratamiento al que le somete la legislación fiscal, según el artículo 63, 4.º, del texto refundido de 6 de abril de 1967."

"De adoptar una u otra postura se obtendrían distintas consecuencias, que sólo aparecen resueltas en la Compilación respecto de los derechos de herederos y legitimarios al indicar el párrafo 2.º del artículo 61 que la adquisición de la participación del premuerto, se computará en la herencia de éste a efectos de reservas, cálculo de legítimas e imputación en pago de la cuarta marital, lo que confirma la tesis de aquellos autores que ven en este pacto un fenómeno sucesorio, en donde la muerte opera como acrecimiento al sobreviviente de la porción del premuerto, pero no se contiene respecto de los acreedores de cualquiera de los cónyuges norma alguna que permita conocer si dicho pacto supone una restricción durante el matrimonio a la acción que los acreedores puedan ejercer sobre los bienes por obligaciones contraídas por un cónyuge, caso de que el otro no manifieste su acuerdo, pues no existe más norma que la del artículo 61, 1.º."

"El mencionado párrafo 1.º del artículo 62 prohíbe que mientras vivan ambos cónyuges sean enajenados o gravados los bienes así adquiridos, a no ser con el acuerdo de los dos esposos, pero nada indica respecto a si tal prohibición engloba no sólo a las ventas voluntarias, sino también a las forzosas, por lo que curiosamente se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia que terminó por aclarar que el artículo 1.413 del Código civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada, y que tiene todavía un mayor fundamento si cabe en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos, en el que cada titular tiene su disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios."

"En este caso concreto, en donde se suspendió el juicio ejecutivo en virtud de la comparecencia en autos de la esposa, debido a la notificación realizada a su marido-deudor, se sustanció el declarativo de menor cuantía correspondiente y la Audiencia Territorial, confirmando la sentencia del Juzgado, declaró no haber lugar a la nulidad de las actuaciones del juicio ejecutivo ni a la tercería de dominio interpuesta por la esposa mediante la correspondiente acción reivindicatoria "y que los bienes pueden ser objeto de trabas y adjudicaciones, que si llegan a consumarse llevan como consecuencia ineludible al adquirir un tercero extraño la mitad en copropiedad, que ésta se rija por las normas legales para tal institución, y se extinga el pacto de sobrevivencia."

"En resumen y como corolario de esta sentencia —que tiene especial importancia por ser antecedente del supuesto concreto de este recurso— resulta: 1.º Que la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de so-

brevivencia entre esposos, puede ser objeto de embargo, y en su caso de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario, criterio que al ser recogido en la sentencia deja a salvo los derechos de los acreedores, y evita que amparándose en el pacto pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones. 2.º Que caso de consumarse la adjudicación se extingue el pacto de sobrevivencia, lo que también constituye un acierto de la resolución judicial, pues de no ser así no se respetaría la esencia de la institución, ya que existiría el pacto de sobrevivencia entre un extraño y un sólo cónyuge, en contra de lo claramente establecido en la Compilación —artículo 61, 1.º— y para cuya salvaguarda toma este Cuerpo legal todo tipo de precauciones —artículo 62, 1.º, y, sobre todo, el 2.º— que presupone que durante la vigencia del pacto ningún tercero puede ostentar derecho alguno sobre la cosa comprada, con lo que debe estimarse revocado el defecto 2.º de la nota de calificación.”

“Reanudado el juicio ejecutivo y una vez finalizado con la adjudicación de la mitad indivisa del inmueble el acto se otorgó la escritura de compraventa correspondiente, haciéndose constar como cláusula 3.ª del otorgamiento que la finca vendida se transmite con las cargas que figuran en la certificación registral que obra en autos, entre las que se relaciona —aparte de una hipoteca y otra anotación de embargo—, “la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia”, y presentada dicha escritura en el Registro se inscribió a favor del comprador, haciéndose constar la sujeción a esta condición, con lo que llegamos a la cuestión primordial sobre la que versa este recurso, a saber, si se puede rectificar el Registro inexacto mediante la instancia a la que se acompañan las dos sentencias habidas, o si, por el contrario, existen obstáculos formales que impiden pueda llevarse a efecto de esta forma la rectificación.”

“El hecho de que en la estipulación 3.ª de la escritura de venta hiciese constar entre las cargas la derivada del pacto de sobrevivencia, no indica, tal como figura relacionada, otra cosa que en la fecha en que se expidió la certificación registral que se aportó a los autos, a la que se remite, la misma se encontraba en vigor, pero ello no quiere decir que lo esté actualmente, y ni siquiera en el momento del otorgamiento de la escritura, al igual que ha sucedido con el resto de las cargas que se relacionaron que fueron canceladas todas por haberse extinguido y que por el hecho de que figuren en la transcrita estipulación, no han de considerarse en vigor; y en cuanto a la carga discutida, la sentencia firme aportada, claramente declaró su extinción, por lo que si no se acatara esta decisión judicial quedaría sin efecto la presunción de cosa juzgada establecida en el artículo 1.251 del Código civil, todo lo cual indica que no cabe estimar el defecto primero de la nota.”

“Para la rectificación de la inexactitud padecida habrá que atenerse según lo dispuesto en el artículo 40 b) de la Ley Hipotecaria, a las normas del título IV de la misma Ley, y en especial al artículo 82 que regula esta materia, y al completarse con la sentencia firme aportada la escritura que motivó el asiento, que es erróneo sólo en cuanto a la cir-

cunstancia de no haberse recogido la extinción del pacto de sobrevivencia, queda clarificada la omisión padecida, y cumplido el requisito exigido en el artículo 82 de poderse cancelar, dado que contra la mencionada sentencia no cabe recurso alguno y que de la misma resulta extinguido el derecho, cuya cancelación se solicita.”

Consideraciones críticas

Una de las instituciones más típicas del Derecho catalán y estudiadas en profundidad con semejanza a los “heredamientos”, es la de las compras conjuntas entre marido y mujer, con pacto de adquisición por el sobreviviente de la porción del premuerto. Parece ser que su frecuencia se da en los distritos notariales del Ampurdán y actualmente la recoge la *Compilación catalana* en los artículos 61 y 62. En regímenes económico-matrimoniales caracterizados por la separación de bienes, este pacto es un reto a dicha idea, pues se parte de una adquisición conjunta y la aleatoriedad de una sobrevivencia. Parece que en nuestro Derecho común no tiene cabida: implica una modificación del sistema económico matrimonial y viola los artículos 1.334 y 1.458 C. c. ¿Cabrán en estos momentos, a la vista de la nueva redacción dada al artículo 1.320 del C. c. o seguirán pesando esas limitaciones en orden a los artículos 1.334 y 1.458 del C. c.?

Hay en la Resolución de la Dirección General que comentamos una especie de disyuntiva para la solución que se ha de dar al tema que se plantea y es que, en el fondo, todo depende de la naturaleza jurídica de la institución, y yo recuerdo de mis viejos apuntes de oposiciones que, entonces, había cinco posturas: a) Se trata de un negocio complejo compuesto de una compraventa a la que va unida una donación “mortis causa” (tesis de Roca Sastre). b) Un sector doctrinal opina que es una donación recíproca y condicional “inter vivos” con entrega “post mortem” (tesis de Sanahuja). c) Un contrato oneroso y aleatorio (postura mantenida por Sorribes). d) Un negocio inescindible en el que cada uno de los compradores adquiere una mitad indivisa de la cosa bajo condición resolutoria de premorir y la otra mitad pendiente de condición suspensiva de sobrevivir (que es mantenida por Vallet de Goytisolo); y e) Un pacto capitular semejante a una donación “mortis causa” (tesis defendida por Calvo Soriano).

Claro que en la Resolución sólo se dan como viables a estos efectos —y partiendo de una falta de estudio doctrinal— dos posturas: la de la compraventa con las condiciones resolutorias y suspensivas y la de la donación “mortis causa”. Quizá en ello pudiera tener razón la Dirección, pues las otras señaladas no son más que variantes de estas dos. No resulta importante, pero sí creo que hay que destacarlo y es que en la práctica tal compraventa suele hacerse con dinero del marido, sin perjuicio de que en la escritura se declare que la mitad del precio lo paga la mujer con sus bienes parafernales. Como consecuencia, en virtud de la “presunción Muciana”, se presume que la adquisición ha sido hecha por el marido y, por tanto, la parte atribuida a la mujer implica una

donación que, por aplicación de un senadocondueto de Caracalla, se reválidará con efectos retroactivos si el donante hubiera muerto sin revocarla. Lo que si de verdad resulta importante es que conforme al artículo 62, 1.º, los bienes adquiridos con este pacto “no podrán ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos”. Y este es el tema planteado en el presente recurso: si cabe una enajenación forzosa a pesar de la prohibición legal de disponer y si un conjunto de documentos que se presentan pueden servir para lograr la cancelación de la condición resolutoria que parece afectar a la adquisición de los bienes. De ambos puntos trataremos separadamente.

A) *Prohibición de disponer y ejecución forzosa*

Vaya por delante la afirmación de que el condicionamiento que establece el artículo 62, 1.º de la Compilación en orden a la enajenación de los bienes nada tiene que ver con una prohibición de disponer de las que regulan los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria. Aquí solamente se condiciona la enajenación o el gravamen al consentimiento de ambos esposos. En cierto modo es parecido el régimen al de los gananciales que, por virtud del artículo 1.413 C. c., se precisa el consentimiento de ambos esposos o la suplencia del mismo por la intervención judicial. Pero todo lo que son semejanzas en orden a una posible enajenación o gravamen, se convierten en diferencias si se examina a fondo el pacto, pues en el sistema ganancial al marido o a la mujer no hay quien les quite la participación en la mitad de la cosa adquirida, mientras que aquí por la preponderancia de uno se hace dueño de todo el otro.

De ahí que sea dudoso en principio la aplicación analógica no ya del 1.413 del Código civil, sino de la doctrina emanada del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en cuya virtud hasta que se cite al otro cónyuge para entender cumplido el requisito del artículo 1.413 en las ventas o embargos de carácter forzoso. Y este es precisamente el tema, ya que al no recoger en el artículo 62, 1.º de la Compilación más que los actos voluntarios, silenciando los forzosos, se plantea de una parte su posibilidad y, de otra, la forma de resolver el requisito del acuerdo de ambos esposos. En principio hay que aceptar la tesis del Registrador admitiendo la posibilidad de las enajenaciones forzosas, pues negarlo sería aumentar la lista de bienes inembargables y conceder a los cónyuges catalanes a través del pacto de sobrevivencia la facultad de constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge. Aunque también habría que pensar en que a través de esa admisión pudiera quedar sin efecto el pacto mediante una confabulación entre un tercero y uno de los cónyuges.

Pero admitiendo la posibilidad de esas enajenaciones forzosas, ¿qué sucede con esa especie de condición que afecta a la parte ideal de cada cónyuge en los bienes comprados con el pacto de sobrevivencia? Y la Dirección General, sobre unos argumentos que ofrece, entiende que ejecutada la parte indivisa del marido, protegida por la tercería de dominio la de la mujer, queda sin efecto el pacto de sobrevivencia, purificada

de condición y convertido todo ello en un *condominio ordinario*. No es posible un pacto de sobrevivencia entre un extraño y uno sólo de los cónyuges.

Existe, a mi entender, en la Resolución algo que no encaja plenamente en la línea argumental, pues parece ser que en los primeros considerandos la solución que puede dársele al caso es la configuración jurídica de la naturaleza del pacto y resulta curioso cómo inclinándose por la tesis que construye la figura como una donación "mortis causa", rechazando el juego de condiciones de que habla Vallet de Goytisolo, a la hora de resolver entiende que por las argumentaciones que se ofrecen hay que entender sin efecto esa "condición" cuya construcción se rechaza. De otra parte, la repetida construcción jurídica que se acepta y que ve en la figura, aparte de una donación *mortis causa*, una situación semejante a un *heredamiento mutua*, complica excesivamente la argumentación, pues los heredamientos mutuales (artículo 95 de la Compilación) se equiparan a los "simples" y conforme al artículo 75 en ellos el heredero contractual tiene una posición "inalienable e inembargable".

Si a esto se une que la Compilación en su artículo 62 habla genéricamente de cuatro negocios jurídicos, sin distinguir si son voluntarios o forzosos, como son las enajenaciones, los gravámenes, las transmisiones y las renunciaciones, resulta aventurado pronunciarse en contra de sus disposiciones, pues en primer término hay que tener en cuenta que "ese régimen" establecido por el artículo afecta a los bienes "mientras vivan ambos cónyuges" y la indivisión que se impone —aparte de las otras limitaciones— está en la expectativa de ganancia que la sobrevivencia o premoriencia les concede en virtud del pacto.

La solución que parece ofrecer el Registrador es la validez de esos embargos y adjudicaciones de la parte del marido con sujeción a la condición que supone el pacto y así precisamente se hizo al practicar la inscripción correspondiente en base de la escritura de adjudicación. Así parece ser que debió procederse de haberse tenido en cuenta la Resolución de 24 de diciembre de 1918 que con tanto acierto destaca Tirso Carretero (comentario a esta misma Resolución en "Rev. Cr. Dr. Inmb.", julio-agosto 1978, núm. 527, págs. 810 y ss.) y en la cual se admitía la anotación de embargo no sólo sobre la mitad indivisa perteneciente al marido, sino sobre la expectante de la mujer, quedando afecta a la condición de la sobrevivencia. Dicha Resolución es ignorada en los vistos por la Dirección y no se tiene en cuenta para nada en la nueva doctrina que se establece.

B) *Cancelación de la condición*

La pretensión de cancelación de la "condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia" se realiza sobre la base de una instancia y la presentación de dos sentencias, todas ellas anteriores a la inscripción que se practicó en base de la adjudicación hecha en escritura notarial sobre la base del juicio ejecutivo y en la cual, en su cláusula tercera constaba la carga de la condición.

La Dirección General, aparte de considerar sin efecto el pacto de sobrevivencia por la intrusión en la titularidad de los bienes de un extraño a quien se adjudica la parte indivisa que puede corresponder al marido (es decir, reputa el presente caso como un supuesto de extinción del régimen de los bienes adquiridos con dicho pacto aunque el mismo se prevea en duración "mientras vivan ambos cónyuges"), entiende que el Registrador cometió un error al transcribir el pacto ("el asiento que es erróneo sólo en cuanto a la circunstancia de no haberse recogido la extinción del pacto de sobrevivencia") y, sin embargo, aplica el apartado b) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria que no supone rectificación de errores, sino inexactitud registral por no reflejar el Registro la extinción de un derecho que en la realidad se ha producido.

Sin embargo, lo que se hace más difícil de admitir es que una sentencia anterior en fecha a una escritura pública —y que refleja en una de las cláusulas del otorgamiento la vigencia de un pacto y un condicionamiento— sea vehículo apto para entender cumplido el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La sentencia en que se basa la Dirección para considerar cumplido el artículo 82 es la que culmina el juicio de tercería y no la que da lugar a la adjudicación en el juicio ejecutivo. ¿Como puede pretenderse que una sentencia anterior al nacimiento de una inexactitud sirva para rectificar el Registro?

Hay aquí una mezcla que resulta poco clara entre inexactitudes, errores y consentimientos de cancelación, aparte de, al igual que sucede con la Resolución anterior que en estas páginas comento, se utiliza en forma muy hábil el recurso gubernativo para resolver cuestiones de rectificación de errores. A mi entender, la generalización con que se pronuncia la Resolución es sumamente peligrosa, sobre todo cuando de la reglamentación legal del pacto de adquisición de bienes con la condición de sobrevivencia no deja mucho margen para señalar sus posibles causas de extinción, aparte del fallecimiento de alguno de los cónyuges, ni permite distinguir entre deudas comunes y anteriores o posteriores de cualquiera de los cónyuges. Cautelosamente hubiese sido más procedente haber seguido la doctrina emanada de la Resolución de 24 de diciembre de 1918 que parece acomodarse más a esa continuidad del régimen de unos bienes "durante la vida de los cónyuges".

Por último, en este confuso tema, sí convendría haber aclarado que lo que el solicitante pedía era la cancelación de una condición reflejada en una inscripción vigente y que fue provocada por una escritura de adjudicación en procedimiento judicial y que lo que la Dirección concede es que en base de una sentencia firme que declara sin efecto el pacto de sobrevivencia se rectifique y cancele esa condición. Habrá que cancelar primero el pacto de sobrevivencia y, posteriormente, dejar sin efecto la condición, pero eso, a mi entender, no se solicita. No creo que sea válido el argumento de que dicha condición no estaba vigente por haberse transcrito de una certificación registral, pues mientras registralmente no se haga constar su cancelación los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y se presume que existen y pertenecen los derechos a sus titulares (artículo 1 y 38 L. H.).

El comprador de una finca, resultante de la división de otra efectuada anteriormente, puede solicitar que la escritura de división, que incluía también la venta de la otra finca resultante, se inscriba como documento previo sólo en cuanto sea necesario para la inscripción de su compra. (Resolución de 27 de febrero de 1978; "Boletín Oficial del Estado" de 30 de marzo).

Hechos.—Por escritura otorgada en Salamanca el 1 de diciembre de 1973, ante el Notario don Ignacio Sáenz de Santamaría y Tinturé, con el número 519 de protocolo, don Francisco Marcos Santos, dueño, según el Registro, de una finca en el término municipal de Santa María de Tormes, la dividió en dos porciones para formar dos nuevas e independientes, de una extensión de 6.500 y 9.578 metros cuadrados, respectivamente, vendiendo la primera de ellas en el mismo documento, y quedando pendientes de inscripción tanto la división como la compraventa otorgadas en virtud de la referida escritura; por escritura otorgada en la misma ciudad y ante el mismo Notario el 28 de septiembre de 1974, con el número 4.785 de protocolo, don Francisco Marcos Santos vendió al recurrente, señor Marcos Jiménez, y a don Angel Rodríguez Sáinz, que adquirieron por mitad y pro-indiviso, la porción o nueva finca de 9.576 metros cuadrados, resultante de la división realizada en la escritura anterior, que el propietario se había reservado.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Salamanca primera copia de la referida escritura de división, en unión de instancia del recurrente y de la posterior escritura de compraventa otorgada por el mismo fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el precedente documento en unión de una instancia suscrita por el presentante don Martín Marcos Jiménez en esta ciudad el 8 de septiembre último, con su firma legitimada notarialmente, y en la que se solicita que solamente se inscriba una de las parcelas divididas, como trámite previo a la de la compra que de ella efectúan el presentante y otro interesado en una escritura posterior otorgada ante el mismo Notario el 28 de septiembre de 1974, que a tales efectos también se acompaña, se devuelve sin practicarse la operación registral que se pide por las razones siguientes: en la presente escritura, don Francisco Marcos Santos, actual titular registral, manifiesta en forma expresa y solemne su voluntad de "dividir" la finca matriz que se describe en "dos porciones" que pasan a formar fincas nuevas e independientes y no la de segregar de referida matriz porción alguna, única forma viable, de contenido, requisitos y formalidades distintas de aquélla, según los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, para poder acceder a lo que el presentante solicita. Teniendo además en cuenta que el artículo 50 del mismo Reglamento exige en todo caso que la solicitud de una u otra clase de operación conste en escritura pública, la instancia acompañada no es documento adecuado para alterar el contenido de la presente escritura. De otra parte, la aplicación del principio de tracto sucesivo imposibilitaría, en todo caso, el que el presentante, don Martín Marcos Jiménez, rectificara, ni aun por escritura pública, la voluntad aquí manifestada por el actual titular registral, señor Marcos Santos, de que la operación que se prac-

tique sea de división y no de segregación. El defecto se considera subsanable. No se ha solicitado que se tome anotación preventiva. Esta nota se extiende a petición del presentante y previo conocimiento y conformidad del otro cotitular de este Registro. Salamanca, 13 de octubre de 1976".

El 26 de octubre siguiente fueron presentadas de nuevo en el Registro las anteriores escrituras, acompañadas de nueva instancia del recurrente, desistiendo del contenido de su instancia anterior, siendo inscritas ambas escrituras el día 27 del mismo mes y año.

Don Martín Marcos Jiménez interpuso recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales contra la anterior calificación y alegó: que la inscripción parcial o sucesiva de las fincas resultantes de una división material puede tener efectividad de varias formas, una de las cuales es convertir de oficio la división en segregación, ya que históricamente (artículos 24 del Reglamento Hipotecario de 1861 y 59 del Reglamento Hipotecario de 1915) no existe diferencia sustancial entre ambas figuras, y gran parte de la doctrina defiende esta fórmula; que la Dirección General de los Registros y del Notariado no se ha opuesto claramente a esta solución, como puede apreciarse en la Resolución de 26 de octubre de 1935, entre otras; que otra fórmula sería permitir la inscripción parcial y sucesiva de la división operada, de forma que las fincas o parcelas procedentes de la división se inscribirían sucesivamente a medida que se fuera solicitando, haciendo constar cada vez al margen de la finca matriz, además de la referida a la finca o fincas nuevas resultantes, otra referencia a las demás fincas cuya inscripción aún no ha sido solicitada; que no hay precepto alguno que impida esta fórmula, que es admitida por gran parte de la doctrina, y en la que se respeta el principio registral del tracto sucesivo y que supondría menor onerosidad.

El Registro informó: que no es aceptable la tesis del recurrente, que mantiene que el funcionario calificador puede convertir de oficio una división en segregación, basándose en que tanto en el Reglamento Hipotecario de 1861 (artículo 24) como en el de 1915 (artículo 59) no se establece ninguna diferencia sustancial entre segregación y división, empleando los dos términos indistintamente, ya que esta consideración histórica queda desvirtuada si tenemos en cuenta que el Reglamento Hipotecario vigente de 14 de febrero de 1947 ha modificado y sistematizado esta importante materia, haciendo desaparecer el confucionismo anterior, al distinguir y diferenciar en el epígrafe bajo el cual regula estas materias entre "agrupación, división y segregación de fincas", dedicando el artículo 46 específicamente a las divisiones y el 47 a la regulación, en exclusiva, de las segregaciones; que paralelamente, la forma de constatare registralmente una u otra clase de operación es diferente, puesto que la segregación da lugar a la apertura de un nuevo folio, con asignación de número de finca independiente, tan sólo para la porción segregada, conservando su primitivo folio y número de finca matriz que permanece, mientras que la división provoca esa apertura de nuevo folio y asignación de número independiente para todas y cada una de las porciones en que la matriz quedó fragmentada, cerrándose para lo sucesivo

el antiguo folio y número correspondiente a ésta; que la Resolución de 26 de octubre de 1935, que cita el recurrente en apoyo de su tesis, no tiene ninguna relación con el caso concreto que aquí se debate, ya que se refiere al supuesto de una finca matriz discontinua, formada no como una unidad con cabida total y descripción general, sino como un conjunto de unidades debidamente delimitadas en sus respectivas extensiones naturales y linderos, coincidentes con las respectivas parcelas que se deseaban separar de aquélla; que siguiendo a la mayor parte de los tratadistas cabe decir que tanto las segregaciones como las divisiones son modificaciones formales que se operan a instancia de parte y trascienden al derecho sustantivo; que en este sentido el artículo 50 del Reglamento Hipotecario dispone en forma tajante que estas operaciones no podrán practicarse en el Registro sino en virtud de escritura pública en que así se solicite; que las Resoluciones de 10 de febrero de 1928 y 4 de julio de 1933 afirmaban que “la apertura de folio aparte a una finca depende no sólo de sus características de orden físico, sino también de la voluntad de su dueño”, “sin que sea lícito deducir tal voluntad de cualquier circunstancia, siendo necesario que la misma se consigne en documento público de forma clara y expresa”; que en cuanto al caso concreto que estudiamos, la voluntad del dueño de la finca matriz, don Francisco Marcos Santos, aparece claramente manifestada al decir textualmente en la escritura de 1 de diciembre de 1973 “que para efectos de este contrato divide la finca descrita en dos porciones, que pasan a formar fincas nuevas e independientes”, siéndole imposible, por tanto, al funcionario calificador acceder a las pretensiones del recurrente de convertir de oficio la división en segregación; que la segunda proposición del recurrente consiste “en mantener la virtualidad de la forma registral de división, pero realizándose en forma parcial y sucesiva, a medida que los interesados soliciten la inscripción de las nuevas fincas resultantes”, sería tanto como convertir la división en una serie de segregaciones consecutivas, con lo que quedaría desvirtuada tal operación registral, y desfigurada la fórmula, el contenido y los efectos de la escritura pública en que la división se hizo, motivándose con ello una inadmisibile discordancia entre los asientos practicados y el contenido del documento que le sirvió de base, ya que si el propietario de una finca la divide en cinco porciones y solamente le interesa inscribir dos, no podrá el Registrador concordar el título instrumental —escritura— con su versión tabular —inscripciones—; que el aplazamiento del cierre registral de la finca matriz hasta tanto no se solicite la inscripción de la última de las fincas resultantes, no es otra cosa que eludir el fondo del problema, ya que en tanto esa última finca resultante no acceda al Registro quedará incumplida la norma reglamentaria y los asientos publicarán un situación confusa e indeterminada; que, por otra parte, el aplazamiento puede muy bien convertirse en suspensión *sine die*, con lo que el cierre de la finca matriz nunca se llevará a cabo; que con la anotación marginal de la finca matriz que propone el recurrente quedarían incumplidos los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario; que es, por tanto, completamente improcedente que se pida por una simple instancia la mo-

dificación de lo que don Francisco Marcos Santos había solicitado en documento público, en el que el recurrente no intervino y que era de obligado despacho previo a su escritura de compra; que como además el recurrente no es ni siquiera dueño único de la porción que se vendió por el señor Marcos Santos, sino condueño con don Angel Rodríguez Sáinz, que no ha suscrito instancia ni petición alguna de que la división se cambie por segregación, resulta que, aun prescindiendo de las razones anteriores, no sería posible acceder a la petición del recurrente, por faltar la manifestación de voluntad del otro condueño comprador, y que, por último, para poder alterar el contenido de la escritura pública de 1 de diciembre de 1973 sería necesaria otra escritura pública, pero nunca podría hacerse por una instancia.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que las figuras de "segregación" y "división" están perfectamente delimitadas en la vigente normativa, que la sujeta a preceptos diversos y reglas diferentes, lo que obliga a rechazar el primer pedimento de la súplica del recurrente de convertir de oficio la división en segregación, ya que pugnaría con la heterogeneidad de ambas figuras y con el principio de rogación, no pudiendo tampoco prosperar el segundo pedimento del recurso de "inscripción" parcial y sucesiva, pues se incumpliría el principio de determinación.

Interpuesta la apelación por el recurrente señor Marcos Jiménez, la Dirección General la acoge, acordando revocar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—“La cuestión planteada en este recurso es más bien de carácter formal y hace referencia a si dividido en dos un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad puede el comprador que ha adquirido sólo una de las nuevas fincas creadas solicitar o inscribir a su nombre la parcela comprada, o si, por el contrario, requiere para que esta inscripción pueda tener lugar que previamente se haya inscrito la otra parcela que se adquirió y que es totalmente ajena a sus intereses.”

“El artículo 46 del Reglamento Hipotecario, que regula división de una finca inscrita en dos o más porciones, establece que a cada una de las nuevas creadas se le abra una hoja independiente bajo número diferente, pero nada dice de que estas operaciones registrales hayan de ser simultáneas y previas a las posibles vicisitudes que cada nueva parcela experimente, lo que es perfectamente lógico que no se exija por este precepto reglamentario, dado el principio de voluntariedad de la inscripción, básico en nuestro sistema hipotecario, aparte de que de seguirse el criterio sustentado en la nota, bastaría que uno de los interesados no quisiera inscribir su porción para que se vieran perturbados en su derecho a hacerlo los demás interesados, con el consiguiente perjuicio de no poder disfrutar de las ventajas que la legislación hipotecaria ofrece.”

“Con lo anteriormente expuesto se pone de manifiesto la aproximación que existe entre las dos operaciones de división y segregación, reducida su diferencia a una pura mecánica registral, pues mientras en la primera desaparece la finca matriz una vez se han inscrito todas las par-

celas en que ésta se dividió, en la segregación solamente la parte segregada se inscribe con número diferente, subsistiendo la primitiva finca en cuanto al resto no segregado.”

“Al poder solicitar cada interesado con independencia de los demás la práctica de las operaciones registrales que al mismo interesan, no se dan las circunstancias señaladas en la nota de calificación, y en consecuencia aparece cumplido el requisito exigido en el artículo 50 del Reglamento Hipotecario, dado que la división se ha hecho en la escritura pública correspondiente.”

Consideraciones críticas

El recurso que soluciona la anterior Resolución se entabla a efectos puramente doctrinales y de ahí su importancia en el campo teórico y su poca trascendencia para el problema que en el mismo se plantea. El tema que constituye lo que podríamos llamar base del recurso, no está aparentemente tratado por la norma, la cual parte de un supuesto: división de fincas, sin posterior acto traslativo de alguna o de todas ellas. Digo esto porque el artículo 46 del Reglamento Hipotecario al relacionarlo con el 49 del mismo cuerpo legal, queda aislado, dando a entender que la división y consiguientes operaciones registrales a que tal modificación conducen se realiza por un solo dueño o varios proindiviso. Leído con detenimiento el artículo 49 sólo a segregaciones y agrupaciones se refiere, para comprender tales operaciones y su posible enajenación, adoptando el criterio de practicar una sola inscripción. No sucede así con el conocido artículo 376 del mismo Reglamento en el cual se obliga a practicar dos inscripciones: la de dominio de la finca y la del derecho real constituido.

El problema al no estar solucionado por la norma plantea la delicada cuestión del juego de intereses entre la persona que adquiere una de las partes en que se divide la finca y que solicita la protección registral y la falta de interés en esa protección del dueño que dividió la finca y del que adquirió la otra parte de finca apoyado en el principio de voluntariedad de la inscripción. ¿A quién hay que dar la razón: al que solicita protección registral o al que apoyándose en la voluntariedad de la inscripción no acude al Registro, dificultando las operaciones registrales? Planteado así o en estos términos el problema, la solución que la Dirección General ofrece no puede ser más correcta, lo que sucede es que no está bien fundamentada, a mi entender. Admitir la posibilidad de que solamente una o varias de las fincas en que se divide otra sea o sean inscritas y que la otra u otras partes divididas no se inscriban es acercar la figura de la división a la de la segregación. De ahí que dos pueden ser los puntos que se ofrecen al comentario: el carácter formal o no de las diferencias entre dichas figuras y el juego de la voluntariedad en la simultaneidad de la práctica registral.

A) *La división y segregación como modificaciones formales*

Con cierta insistencia la doctrina viene tratando la materia de las modificaciones —cuantitativas o cualitativas— de las fincas como problemas de hecho que no ofrecen más trascendencia que los resultados de una mecánica registral. Creo que ésta viene a ser la postura que brinda la Dirección en su doctrina, ya que reduce a “mecánica registral” las diferencias que separan a la segregación de la división, provocándose en la primera una continuidad de la finca matriz, reducida en su extensión y en la segunda una desaparición de ella, al practicarse tantas inscripciones como fincas se hayan formado por la división.

En los años de práctica registral he podido apreciar la gran importancia que estas modificaciones de fincas tienen, sobre todo cuando entra en juego el interés de un posible tercero. Si, por ejemplo, el legislador cuidó mucho el problema de la inmatriculación de excesos de cabida, no deja de ser importante el de “reducción” de excesos. Piénsese en un solar sobre el cual un Banco ha prestado con garantía hipotecaria una cantidad de millones y que por nueva medición ha quedado reducido en extensión a la mitad de metros cuadrados... Piénsese en aquel caso que apuntaba La Rica (“Unificación de fincas y sus problemas”, R. D. P., 1941) de fincas agrupadas, una de ellas hipotecada, que posteriormente se ejecuta y que provoca una desagrupación si no hay previo consentimiento del acreedor. Igualmente en las agrupaciones de fincas de diverso carácter y titularidad en el matrimonio y fuera de él, los problemas de accesión y obras nuevas, la accesión invertida, la extensión de la hipoteca a las modificaciones fundiarias, las condiciones resolutorias de “pisos terminados”, etc., etc. Un rico mundo en el que lo formal se mezcla de tal manera con lo material que resulta difícil separarlo y, sobre todo, relegarlo a un espacio de mecánica registral.

Aprendí a diferenciar la segregación de la división de fincas, no en base de las operaciones registrales a realizar, sino en función de lo que una y otra significaban en el campo conceptual. División supone la repartición o distribución de una cosa en un número exacto de veces. La segregación supone separar algo de un todo en el que queda un resto. Estos conceptos al ser aplicados a la técnica hipotecaria de la llevanza del registro por fincas, hace inevitablemente que en el primer caso la finca que desaparece por división tenga que provocar la apertura de otros tantos folios registrales independientes cuantas sean las partes en que aquélla se dividió, mientras que en el segundo caso sólo abre folio nuevo la parte que se segrega. Pero no hay que olvidar que ambas acepciones están tomadas en su sentido estricto, pues qué duda tiene que —como dice La Rica (“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”. Modificaciones, pág. 69)— en una acepción amplia la división comprende todos los supuestos en que de una entidad objetiva registral se forman dos o más entidades y, por consiguiente, en esta acepción se incluyen también los supuestos de segregación.

Si admitimos este juego de acepciones, amplia y estricta, habría que intentar destacar una nota que llegue en último término a la diferen-

ciación de ambas figuras y la clave puede darla el citado artículo 49 del Reglamento que prácticamente enlaza las figuras de la agrupación y segregación con la enajenación. Es decir, lo normal es que la operación de división se realice cuando se provoque una cesación de condominio o cuando el dueño de una finca quiera transformarla de una en varias, pues cuando lo que pretenda es enajenar una parte de su finca, lo más normal es que segregue. De ahí que el documento que ofrece la problemática de este recurso ofrezca al intérprete la posibilidad de saber si realmente lo que se quiso hacer fue una división con venta de una parcela o simplemente una segregación con venta. Parece que en el presente caso no hay duda que lo que se quiso hacer —bien o mal orientado notarialmente— es una división material de una finca formando dos diferentes y enajenando una de ellas, lo cual hace difícil la interpretación y dificulta esa oficiosidad que pretende el recurrente imponer al funcionario calificador al tratar de transformar la división en segregación.

Gabriel Hortal Sánchez ("Segregaciones y determinaciones de resto", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, octubre 1970, núm. 51, página 625), al tratar desde el punto de vista de "práctica registral" uno de los problemas que ofrece se pregunta ¿en qué folio registral habrá de inscribirse la venta del resto final de los metros cuadrados a favor del comprador? Y a esta pregunta que parece fácil, teniendo en cuenta la técnica reglamentaria de las segregaciones, se le interfiere, por ejemplo, la opinión de Camy Sánchez Cañete ("Revista de Derecho Privado", 1963, págs. 1124 y ss.), quien opina que después de practicadas diversas segregaciones, se actúa con el resto de la finca (no para seguir segregando, sino para operar con toda su integridad, como finca concreta hipotecaria), dicha operación implica una segregación final, puesto que, en realidad, se trataría (conectando dicho resto con la última segregación precedente a él), de una división, ya que no coetánea, sí al menos sucesiva, debiendo pasarse el resto final de finca sobre el que va a inscribir el acto o contrato otorgado, a un nuevo folio registral independiente, si bien razones prácticas y económicas lo desaconsejan, si la segregación anterior fue mínima.

A la vista de todo ello hay que llegar a un punto que aclare la diferencia entre las figuras y que supere de una parte el aspecto formal de la "mecánica" y de otra "el sustantivo" de la esencia. Si la interpretación de la voluntad no nos puede servir, es preciso que sea la "formulación de petición" la que vincule lo que ha de realizarse en el Registro: y es claro que si lo que se pidió —conforme al artículo 50 del Reglamento Hipotecario— fue una desaparición de finca registral por división en dos, presentada esa escritura habrá de cumplirse, quedando en pie la problemática de los honorarios, que es cuestión marginal, aunque parece ser que decisiva en el presente caso.

B) *Simultaneidad y voluntariedad de las inscripciones*

La posición del recurrente es que podría adoptarse como fórmula la de permitir la inscripción parcial y sucesiva de la división operada, de

forma que las fincas o parcelas procedentes de la división se inscribieran sucesivamente a medida que se fuera solicitando, haciendo constar cada vez al margen de la finca matriz, además de la referida a la finca o fincas resultantes, otra referencia a las demás fincas cuya inscripción aún no ha sido solicitada. Esto es acercar el sistema de la segregación al de la división.

La Dirección General dispone que las operaciones registrales que hayan de practicarse como consecuencia de la división, nada se dice que hayan de ser "simultáneas", y previas a las posibles vicisitudes que cada nueva parcela experimente, sobre todo teniendo en cuenta el principio de voluntariedad de la inscripción. Pero a mí se me ocurre preguntar ¿cuándo una persona o varias en una escritura dividen una finca en dos o más y solicitan —porque así se lo exige el artículo 50 del Reglamento Hipotecario— que formen finca independiente, hay que esperar a una nueva solicitud de inscripción o basta con presentar la escritura de la cual surgen las nuevas fincas?

En el caso planteado era clarísimo que presentada la escritura de división, si en ella se solicitaba la inscripción independiente de las fincas que se formaban, lo correcto era haber practicado la inscripción de las dos fincas solicitada por el dueño de ellas, dejando, por supuesto, sin inscribir la venta que no se solicitaba e inscribiendo la de la otra finca que expresamente se pedía. Esto es lo que yo hubiera hecho. marginando la problemática de los honorarios, pues es evidente que si una persona "pide" una inscripción, aunque otra sea la que presente el documento queda cumplido el requisito de la rogación para la práctica de las operaciones.

El tema, en el presente caso, se complica, pues la parte que aporta la primera escritura de división y compra de una parcela, presenta también otra escritura de compra de la parcela restante y se le ocurre la peregrina idea de aportar una instancia solicitando la práctica de una sola operación registral previa a la de su adquisición. Y yo en esto no puedo estar con la Dirección General ni con el recurrente, pues si bien es cierto que cualquier interesado puede solicitar con independencia de los demás la práctica de las operaciones registrales que le interesen, es también cierto que aquí había una escritura pública en que se solicitaba por el divisionario la formación de dos fincas independientes y su constatación en el Registro y no es que la instancia, solicitando sólo la práctica de una operación, no sea escritura pública que reúna los requisitos del artículo 50, sino es que un documento privado nada prueba para desvirtuar lo que establezca uno público (artículo 1.230 Código civil). Y es que el error —y creo que esto lo destaca con mucho acierto Tirso Carretero en el comentario que hace de esta misma Resolución ("Revisita Crítica de Derecho Inmobiliario", septiembre-octubre 1978, núm. 528, pág. 993)— es no querer ver la operación de división separada de la de la primera compraventa, no siendo el comprador el que debe solicitar la inscripción de la división, sino el que la realiza y al que el Reglamento sí impone la simultaneidad de la inscripción por el juego rogado que establece el artículo 50 del mismo. El citado autor se expresa así: "Al

escamotearse así el primero de los tres actos, resulta también eludido el problema principal y previo de si el presentante de una escritura de división, aunque a la vez sea otorgante de la misma, puede solicitar que la operación registral sea practicada *a medias*, es decir, solamente en cuanto a una (o algunas) de las fincas y no en cuanto a la otra (u otras)".

Resulta sumamente aleccionador para aportar a este caso esa práctica notarial de algunas comarcas que sobre la base —un tanto discutible en materia de ética profesional— de ahorrar inicialmente gastos (gastos que pueden ser repercutidos), en las operaciones de "división" horizontal, solicitan expresamente que sólo se haga constar la obra nueva, sin que los diferentes pisos pasen a formar finca independiente. Yo creo que la práctica notarial se apoya en el artículo 50 que exige para todos los casos (y me imagino que para la división de propiedad horizontal también) la petición de inscripción independiente. Si admitimos esa viciosa práctica (contraria a la esencia de la división) habrá también que admitir que cuando se solicite expresamente, no cabe que una instancia desvirtúe esa petición, ni siquiera alegando el juego del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, pues es evidente que cuando la petición de inscripción se formule documentalmente en el que se presente, la presentación no hace más que ratificar lo solicitado, sin que el presentante tenga la facultad de alterar —salvo que lo consienta el titular— lo que en el mismo consta.

Es una lástima que en estas Resoluciones interpuestas por razones de carácter doctrinal se les dé un tratamiento de menos importancia que a las que resuelven la inscripción o no de una situación. Entiendo que en ellas es donde debe volcarse el Centro Directivo para ofrecer doctrinalmente una solución que evite en lo sucesivo recursos gubernativos. Aquí, como el problema estaba resuelto, la *panacea de la voluntariedad* de la inscripción se ha impuesto y nos hemos quedado con las ganas de saber cuál puede ser un buen criterio para, en casos semejantes al planteado, distinguir lo que es segregación y lo que es división.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. EFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO OTORGADO SIN LA AUTORIZACION MILITAR EXIGIBLE

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1978)

JUAN FRIEND MARTIN

V. MANUEL PEREZ HERNANDEZ Y OTROS

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Zonas e Instalaciones para la Defensa Nacional de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978, habíamos sostenido que la falta de autorización militar, cuando ésta era necesaria, no provocaba la nulidad del negocio (1).

Hay tres sentencias del Tribunal Supremo, cuya cita interesa ahora: la de 3 de noviembre de 1967, la de 6 de abril de 1973 y la de 28 de abril de 1978. Esta última es la que ha motivado nuestro actual comentario. No obstante, nos ha parecido conveniente dar un previo repaso, aunque sea somero, a las sentencias anteriores, a fin de que el estudio que abordamos sea más completo.

Sentencia de 3 de noviembre de 1967. Se trata de un caso en que el abogado del Estado interpone demanda contra "Soge, S. A." y otros, sobre nulidad de contrato de compraventa de finca en las Islas Baleares y cancelación de inscripción. El argumento básico de la demanda consideraba que al ser la compradora una sociedad anónima constituida con capital extranjero, debería ser tratada como extranjera, y exigir en consecuencia la oportuna autorización militar previa a la compraventa. La sociedad demandada se opuso argumentando que no se solicitó la autorización militar porque la sociedad es de nacionalidad española y la autorización militar sólo se requiere para los extranjeros (entonces).

El juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda declarando que los contratos en ella mencionados son negocios jurídicos "in fraudem legis". Apeló la parte actora y se adhirió a la apelación la parte demandada. La Audiencia desestimó el recurso interpuesto por el abogado del Estado y estimó el promovido por la parte demandada, y con revocación parcial de la sentencia, declaró no haber lugar a ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda, absolviendo de las mismas a los demandados.

(1) En nuestra obra *La contratación en España por extranjeros*, 5.ª ed., Madrid 1976. vol. I, pp. 494 y ss.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, al amparo de un solo motivo, que transcribimos a continuación:

“Unico.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que el fallo viola los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935, así como el artículo 4.º del Código civil y doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de 8 de abril de 1942, 6 de octubre de 1957 y 26 de abril de 1962, que resultan asimismo violados los artículos 1.261, número 3 y 1.275 del Código civil. Que los actos y contratos denunciados en la litis por la Abogacía del Estado, todos ellos admitidos en la sentencia como ciertos, dan a conocer que los consortes señores Geer Vils, de nacionalidad holandesa, a través de una sociedad anónima, en la que ellos son titulares en más de un 99 por 100, han pasado de hecho a ostentar el poder dominical de terrenos de gran extensión territorial en la isla de Ibiza y a conseguir su inscripción en el Registro de la Propiedad, y todo ello sin obtener la autorización que como salvaguarda de altos intereses nacionales establecen los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935.”

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y condena a la parte recurrente al pago de las costas.

En sus dos únicos considerandos dice:

“CONSIDERANDO que la autorización gubernativa que los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y 4.º de su Reglamento de 28 de febrero de 1936 imponen para que los individuos o “entidades extranjeras” adquieran fincas o terrenos enclavados en las Islas Baleares, cuando estén situados fuera de poblado o zonas de ensanche o urbanizadas, no es exigible respecto de los contratos que en tal sentido lleven a efecto las compañías mercantiles que, por haberse constituido al amparo de lo prescrito en la Ley de 17 de julio de 1951, estén domiciliadas en España, conforme a lo previsto en los artículos 28 y 41 del Código civil, y gocen de personalidad distinta de la que pueda corresponder a cada uno de sus asociados, según indican los 35 de dicho Cuerpo legal y 5.º de la Ley reguladora del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, tanto porque las normas legales y reglamentarias citadas en primer lugar suponen una limitación a los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación consagrados por el artículo 1.255 de dicho Código, que no puede ser interpretada en sentido extensivo o analógico (sentencias de 11 de marzo de 1911 y 13 de noviembre de 1953), sino normalmente con criterio restrictivo, de acuerdo con el apotegma jurídico *Exceptio est strictissimae interpretationis*, como porque en realidad la finalidad práctica que el legislador se propuso a través de aquellos preceptos de “velar por los intereses y seguridad” de nuestro país (Exposición de Motivos de la Ley de 12 de mayo de 1960 y artículo 5.º del Decreto-ley de 22 de marzo de 1962), se consigue sin necesidad de acudir a semejante requisito cuando, como aquí ocurre, la sociedad compradora obtuvo la nacionalidad española por ser entonces de aplicación a la misma la totalidad de las reglas contenidas en nuestro vigente Derecho civil, sin que a ello se oponga la circunstancia de que la mayor parte de su capital fuere extranjero, porque, dada la fecha de su constitución

—2 de mayo de 1959—, no le alcanzaban las restricciones impuestas por el Decreto-ley de 27 de julio siguiente, y porque de los hechos que la resolución impugnada declara probados no se deduce que para su aportación se incumpliera lo que al efecto dispone el Ordenamiento sobre moneda extranjera.”

“CONSIDERANDO que lo acabado de exponer lleva a la conclusión de que el Tribunal “a quo”, al mantener la eficacia de los negocios jurídicos que sirven de fundamento al presente litigio, por no estimarlos realizados “in fraudem legis”, no incidió en las infracciones que se denuncian en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal: primero porque en el escrito inicial del procedimiento no se solicitó la declaración de nulidad de la escritura de constitución de la Entidad recurrida, como sería preciso para lograr la invalidación de los contratos de compraventa por ella celebrados, puesto que éstos por sí mismos y con independencia del primero no crean situaciones de hecho o pseudo-realidades encaminadas a contrariar el contenido de una norma de carácter imperativo con apoyo en otra de cobertura, autónomamente irrelevante para la consecución de los fines propuestos, como sería indispensable para aplicar la doctrina mantenida, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 8 de abril de 1942, 25 de mayo de 1944, 6 de febrero de 1957 y 23 de febrero de 1962; y segundo, porque, aun cuando así no fuera, tampoco entraría en juego el artículo 4.º del Código civil, por establecerse en el 16 del Reglamento de 28 de febrero de 1936 que, en caso de incumplimiento de las disposiciones consignadas en la Ley de 23 de octubre de 1935, la autoridad gubernativa no sólo puede imponer a los contraventores determinadas sanciones económicas, sino que incluso está facultada para ordenar la demolición de las obras llevadas a cabo y la “expropiación” de las fincas adquiridas, con pérdida de la indemnización a que pudieran tener derecho, por todo lo cual el presente recurso debe ser desestimado.”

Sentencia de 6 de abril de 1973:—Los indonesios residentes, Teng Bo Khoe y señora demandaron al alemán residente Hans Richartz, en reclamación del precio de venta de unas parcelas en la urbanización “Las Adelfas”, Puerto de la Cruz, y además de la idemnización de daños y perjuicios. En reconvencción pidió el demandado la declaración de nulidad o inexistencia de los contratos de compraventa, la nulidad de las respectivas inscripciones y otros pedimentos (2), pero sin fundamentar su petición de nulidad en la falta de autorización militar, apoyándola en lo esencial en el hecho de que no conocía el idioma español y no se le tradujeron las escrituras, según él, y en otros fundamentos, que ahora no interesa considerar.

El juez de Primera Instancia de la Orotava estimó la demanda y absolvió a los señores Khoe de los pedimentos de la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia por

(2) Véase el comentario que hice a esta Sentencia, publicado en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XXVI, año 1973, fascículo IV.

la que revoca parcialmente la sentencia apelada, declarando la nulidad de una cláusula de los contratos por las que se establecían ciertas limitaciones al dominio de las parcelas, con la consiguiente nulidad de las inscripciones y menciones de tales limitaciones en el Registro de la Propiedad, y confirmando parcialmente la sentencia pronuncia la misma condena de ésta al pago de las cantidades solicitadas.

Por la representación del señor Richartz se interpuso recurso de casación por infracción de ley con apoyo, entre otros motivos, en el siguiente:

“Primero, al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la LEC, Infracción de Ley de 23 de octubre de 1935, Reglamento de 28 de febrero de 1936 y otras leyes posteriores, tales como la de mayo de 1960 y el Decreto-ley de marzo de 1962, que no han sido aplicados. Todas estas disposiciones, inspiradas en razones de defensa nacional, sientan el principio (artículo 2 de la Ley de 1935 y 4 del Reglamento de 1936) de que a todos los actos traslativos de dominio relativos a inmuebles sitios fuera del casco de las poblaciones y no incluidos en sus zonas de ensanche o zonas urbanizadas de los mismos, le son de aplicación las disposiciones de las mismas. Básicamente consisten estas disposiciones en que los actos y contratos sobre inmuebles a favor de extranjeros necesitan previamente la autorización del Ministerio del Ejército. El artículo 15 del Reglamento citado dispone que los Notarios... no autorizarán... en lo sucesivo... ventas sobre fincas rústicas enclavadas en las zonas de referencia cuando en dicha operación intervenga algún extranjero, sin la autorización del oportuno permiso del Ministerio del Ejército. La isla de Tenerife, como todas las del Archipiélago Canario, están incluidas dentro de estas disposiciones, según el artículo 2 del Reglamento. No hay duda que estas disposiciones son de aplicación en este caso. Las escrituras controvertidas tienen por objeto superficies de terreno que tienen consideración de rústicos. Se trata de disposiciones de carácter imperativo y especiales que deben prevalecer sobre las disposiciones de carácter común y general. En todo caso, queda ya demostrado que el notario no cumplió, en este caso, con un deber específico, cual es de advertir a las partes sobre el particular, que viene impuesto por la legislación referida cuando dice que no autorizarán... las ventas... Y es de observar que el caso en la Isla de Tenerife es frecuentísimo en estos tiempos, pues las adquisiciones de inmuebles por extranjeros son constantes, y las autorizaciones que se solicitan de las autoridades militares son incesantes. Frente al imperio de estos preceptos no es suficiente oponer, como hacen las sentencias recurridas, que no fue invocada esta alegación oportunamente, o que la transmisión ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. La no alegación no es motivo suficiente. El principio “iura novit curia” ha de prevalecer. La inscripción en el Registro de la Propiedad no se puede invocar en este caso. Y no sólo porque es un hecho posterior, que en cierto sentido se opone a los designios del legislador, sino por la poderosa razón de que en este caso no consta si ha sido o no ha sido inscrita.”

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de abril de 1973, en su segundo Considerando, que dedica al examen de este primer motivo, de-

clara que "habida cuenta que, como acertadamente se sostiene en la resolución impugnada, tales disposiciones admiten excepciones, como la de que los terrenos estén sitos en zonas turísticas, según Decreto de 23 de diciembre de 1964; es evidente que dado por probado que el terreno debatido se encuentra en zona exceptuada, sin que se haya combatido eficazmente tal declaración, obliga a desestimar el motivo; *máxime* si se tiene en cuenta que tal alegación no fue formulada en el oportuno período expositivo del proceso, que la constituye en cuestión nueva, no aducible en casación, y *también* que las disposiciones alegadas tienen carácter administrativo y a sus órganos corresponde su determinación y ejecución, así como la exigencia de las responsabilidades que señala en caso de su incumplimiento."

Sentencia de 28 de abril de 1978.—En escritura pública de 22 de diciembre de 1945, don Manuel Pérez Hernández adquirió por compra dos fincas rústicas sitas en término municipal de Fasnía (Tenerife), de 2.344 y 1.260 fanegadas, respectivamente, aunque en la escritura era él el único comprador, parece ser que parte del precio pagado lo obtuvo de don Ramón Díaz Gutiérrez, quien a su vez actuaba en nombre propio, aunque por cuenta del entonces súbdito inglés residente en España don Juan Friend Martín.

Tal vez por ello, el mismo día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, se firmaron: un documento privado entre don Manuel Pérez Hernández y don Ramón Díaz Gutiérrez por el que ambos reconocieron que la propiedad de las antes referidas fincas rústicas pertenecían en comunidad a los mismos en proporción de dos terceras partes proindiviso al primero, y la otra tercera parte proindiviso al segundo. Y otro documento privado suscrito éste por don Ramón Díaz Gutiérrez, en que éste reconoció que la tercera parte indivisa que ostentaba de los aludidos inmuebles no la había adquirido para sí, sino que lo hizo en favor de don Juan Friend Martín.

Transcurridos veinticinco años, y habiendo ya obtenido el señor Friend la nacionalidad española, requirió éste al señor Pérez Hernández y señora en acto conciliatorio, al que no comparecieron, a fin de que le otorgara la correspondiente escritura pública.

La reacción inmediata del señor Pérez Hernández fue interponer demanda de retracto a fin de que se condenara al señor Friend a otorgar a su favor escritura pública de venta de la tercera parte indivisa de los expresados inmuebles (3).

Por su parte, el señor Friend interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, contra don Manuel Pérez Hernández y don Ramón Díaz Gutiérrez y sus respectivas esposas, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que el demandante es propietario de la tercera parte indivisa de las fincas descritas, que don Manuel Pérez Hernández y esposa están obligados a otorgar escritura pública de venta de dicha tercera parte al actor, y que don

(3) No hay constancia en los antecedentes que hemos manejado de las incidencias de este juicio de retracto.

Ramón Díaz Gutiérrez y esposa no deben formular oposición alguna. Los demandados se opusieron suplicando se declaren nulos los documentos privados a que se refiere la demanda, y la absolución de los mismos. Tanto en la demanda como en la contestación se contienen otros pedimentos que aquí no interesa exponer.

El juez de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 9 de junio de 1976 en la que desestima la demanda, absuelve de la misma a los demandados; “y estimando *de oficio* la infracción de normas de orden público que afectan a la defensa del territorio nacional —dice en el fallo—, debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho o inexistencia del documento privado formalizado el día 22 de diciembre de 1945 entre don Manuel Pérez Hernández y don Ramón Díaz Gutiérrez, y del documento privado formalizado en la misma fecha por don Ramón Díaz Gutiérrez a favor de don Juan Friend Martin...”.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte actora, la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia con fecha 25 de enero de 1977, en que da lugar al recurso, revoca la sentencia apelada, declara que el actor es dueño de la tercera parte indivisa de las fincas descritas, que don Manuel Pérez Hernández y su esposa vienen obligados a otorgar la oportuna escritura pública y que don Ramón Díaz Gutiérrez y su esposa deben abstenerse de formular oposición a dicho otorgamiento.

La representación de don Manuel Pérez Hernández interpuso recurso de casación con apoyo en el siguiente motivo.

“Unico.—Amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil —Infracción por violación del párrafo primero del artículo cuatro del Código civil (edición promulgada por Real Decreto de veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve), en relación con el artículo segundo de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y artículos primero y cuarto, apartado a) del Reglamento para aplicación de dicha Ley de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, que asimismo han sido violados—. A) Planteamiento. Sostenemos que, atendida la nacionalidad inglesa de don John Lawrence Friend Martin no podía adquirir las fincas rústicas sitas en la Isla de Tenerife, sin obtener la previa autorización del Ministerio de la Guerra, conforme a lo dispuesto en la Ley de mil novecientos treinta y cinco y Reglamento de mil novecientos treinta y seis y habiendo tenido lugar los contratos sin haber mediado esa previa autorización, entendemos que se incidió en la nulidad de pleno derecho con la que el artículo cuarto del Código civil sancionaba a “los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley”.—Procede casar la sentencia recurrida porque ha dado efectividad a aquellos contratos o actos —nulos de pleno derecho.—B) Las normas vigentes en el año mil novecientos cuarenta y cinco sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros.—Uno Interesa puntualizar cuáles eran las normas legales vigentes en el año mil novecientos cuarenta y cinco sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros.—Dos. A la sazón, estaba vigente la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y el Regla-

mento para su aplicación de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis.—Pues bien: el artículo segundo de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, dispone que “la adquisición por parte de entidades o individuos de nacionalidad extranjera de obras de cualquier clase, fincas y terrenos enclavados en las zonas que a continuación se detallan, estará sujeta a la previa autorización del Ministerio de la Guerra...”.—Por su parte, en el Reglamento de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, se alude a “la previa aprobación del Ministerio de la Guerra para... operaciones de compra... a favor de extranjeros o entidades extranjeras en las zonas que se señalan, a las que debe agregarse la totalidad de las Islas Canarias.—El mandato de estas normas no puede ser más claro.—Tres. Así, pues, en el año mil novecientos cuarenta y cinco, para que un súbdito extranjero pudiese adquirir fincas en las Islas Canarias, enclavadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas.—C) Nulidad de pleno derecho de los actos de adquisición de fincas rústicas en Canarias, por extranjeros, sin la “previa autorización” ministerial.—Uno. Recordemos que el párrafo primero del artículo cuarto del Código civil establecía que “son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo en los casos en que la misma ordene su validez”. (Tal norma se repite esencialmente en el artículo seis, número tres, del actual Texto Articulado del Título Preliminar).—Ha de tratarse precisamente de normas imperativas o prohibitivas. Característica que deriva de su pertenencia al campo del Derecho necesario en el que la Ley no tolera infracción.—Dos. En el caso que aquí se estudia no hay duda del carácter de “Derecho necesario” de las normas de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y del Reglamento para su ejecución de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis.—Se trata, precisamente, de normas encaminadas a asegurar la defensa nacional en las que imperativamente se exige la necesaria y previa autorización del Ministerio de la Guerra para la adquisición por extranjeros de fincas y terrenos situados en las zonas que se señalan.—La contravención de tal mandato es determinante de la nulidad radical o de pleno derecho.—En conclusión, serán nulas de pleno derecho las adquisiciones de fincas rústicas sitas en las Islas Canarias, por extranjeros, siempre que no se haya obtenido la previa autorización ministerial.—D) La sentencia recurrida no está ajustada a Derecho.—Uno. La sentencia de la Audiencia de Tenerife considera válida y eficaz la adquisición realizada a favor de don John Lawrence Friend Martin y se indica que “en tal fecha referido actor ostentaba la cualidad de extranjero, como súbdito británico” y pese a reconocer que no se obtuvo la previa autorización ministerial y que se trata aquí de fincas que no están incluidas en casco urbano, ensanche, zona urbanizada ni proyecto aprobado de interés turístico, no pueden ser más endebles.—Se argumenta sobre la base de la Ley de doce de mayo de mil novecientos sesenta, olvidando que esta Ley no viene a modificar lo establecido en la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y en el Reglamento de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, sino a establecer un requisito esencial más para la va-

lidez de las adquisiciones, cual es el de la inscripción en el Registro de la propiedad, sancionando la falta de inscripción con la nulidad de pleno derecho.—Es decir, que para la validez de las adquisiciones por extranjeros, no basta ya la previa autorización ministerial, sino que, además, se exige la inscripción en el Registro. Una transmisión autorizada —válida en principio— será nula si no se inscribe; y una transmisión no autorizada será nula precisamente por esa falta de autorización, como ya venía siéndolo anteriormente.—Lo dispuesto en el artículo segundo de esta Ley de mil novecientos sesenta hace referencia —naturalmente— a los títulos adquisitivos anteriores que, habiendo obtenido la previa autorización ministerial, no habían sido inscritos todavía; no a los títulos radicalmente nulos por falta de aquella autorización.—Tres La nulidad de pleno derecho se produjo indudablemente en mil novecientos cuarenta y cinco, al concertarse la adquisición en favor del señor Friend sin haber obtenido la preceptiva autorización; y no puede quedar enervada por el hecho de que dicho señor, que era súbdito británico, haya obtenido veinticinco años más tarde la nacionalidad española. Bastará tener en cuenta que la nulidad producida fue definitiva e insubsanable.—Cuatro. Y tampoco cabe desatender el mandato contenido en la norma con el pretexto de que —como dice la Sala de Instancia—, “la condición de extranjero del actor es más formal que real, pues nació aquí, en donde, al parecer, ha vivido prácticamente toda su vida; aquí efectuó sus estudios de Medicina, aquí casó y aquí ha ejercido la carrera”.—La realidad es que tales circunstancias son intrascendentes para dejar de aplicar la norma legal.—B) Conclusión. Por todo lo expuesto, procederá casar la sentencia recurrida, al haberse violado los preceptos invocados y, tratándose de normas de carácter imperativo y de derecho necesario, el Tribunal puede, incluso, apreciar de oficio la contravención de la Ley (Sentencias de veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y dos, diecisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y tres, etc.).”

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 28 de abril de 1978, de la que fue Ponente don José Beltrán de Heredia, declara haber lugar al recurso.

He aquí sus considerandos:

“CONSIDERANDO: Que en materia de adquisición por extranjeros de inmuebles en España, que es de la que trata el presente recurso, el único artículo del Decreto de diecinueve de junio de mil novecientos sesenta y cinco, recordado por la sentencia recurrida, puntualiza que las disposiciones legales vigentes son la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, el Decreto de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, la Orden Ministerial de veintiséis de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, la Ley de doce de mayo de mil novecientos sesenta y el Texto Refundido de ésta de treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro con el Reglamento para su aplicación de la misma fecha, a las que debe añadirse el Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro; normas que deberán ser interpretadas con criterio restrictivo en atención al espíritu:

y finalidad de las mismas (que constituye una de las pautas de la hermenéutica legal según la vigente redacción del apartado primero del artículo tercero del Código civil) que no son otros sino la integridad del territorio nacional a los fines de la defensa militar, las cuales son de aplicar al supuesto discutido, que se refiere a inmuebles sitios en el Archipiélago de Canarias no incluidos en casco urbano, ensanche, zona urbanizada ni en proyecto aprobado de interés turístico, al modo requerido por el artículo segundo de la Ley de mil novecientos treinta y cinco, en relación con el también segundo del Decreto de mil novecientos treinta y seis; siendo de observar que la Ley de mil novecientos sesenta establece un régimen dual al respecto, pues en el artículo primero dice que "deberán *necesariamente inscribirse* en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, modifiquen o extingan en favor de extranjero, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitios en las zonas señaladas por la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco...", añadiendo en el párrafo segundo que la falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, precepto este último que, en principio, no es aplicable a la operación que aquí se examina, en atención a las fechas respectivas y la carencia de efectos retroactivos de aquél, constando la segunda en la escritura pública de veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, el artículo segundo de la misma Ley de mil novecientos sesenta se refiere expresamente a los títulos no inscritos *anteriores* a aquella, comprendidos en los supuestos del artículo primero, "...en cuyo caso deberán inscribirse en el plazo de un año, transcurrido el cual... la contribución territorial de los inmuebles que no hayan sido objeto de inscripción, se incrementará en un 10 por 100, *hasta que se cumpla lo dispuesto en la misma*", es decir, no puede reducirse exclusivamente a ese incremento de carácter tributario, como parecería desprenderse de la simple letra del precepto, porque éste está refiriéndose a los actos jurídicos no inscritos para los cuales mantiene la exigencia de la inscripción y además porque al hablar de "actos jurídicos" no puede comprender sino a aquellos que a todos los efectos legales sean válidos y susceptibles de inscripción, cuya determinación deberá hacerse con la legislación en vigor en el momento en que el acto se realizó, que no es otra sino la Ley de mil novecientos treinta y cinco y el Decreto de mil novecientos treinta y seis, a cuyo tenor "la adquisición por parte de... individuos de nacionalidad extranjera... estará sujeta a la *previa autorización* del Ministerio de la Guerra, solicitada por conducto de las autoridades militares correspondientes..." (artículos segundo de la Ley de mil novecientos treinta y cinco y, cuarto letra a) del Decreto de mil novecientos treinta y seis), teniendo que mediar la *solicitud pertinente* a dicho Departamento (artículos quinto y sexto del Decreto de mil novecientos treinta y seis), para efectividad de lo cual, el artículo quince del referido Decreto dispone que los Registradores de la Propiedad y los Notarios, *no autorizarán* en lo sucesivo ventas... de fincas rústicas o urbanas... cuando en estas operaciones intervenga algún extranjero, *sin*

la presentación del oportuno permiso del Ministerio de la Guerra, incurriendo incluso en responsabilidad en caso de contravención (artículo diecisiete del Decreto de mil novecientos treinta y seis), exigencias que no son meras formalidades administrativas, en cuanto que son condiciones "sine qua non" para la documentación pública y la consiguiente inscripción registral.

CONSIDERANDO: Que de acuerdo con cuanto antecede es evidente que la obligatoriedad de la inscripción registral, de que fundamentalmente se ocupa la Ley de mil novecientos sesenta, afecta al caso debatido aunque sea anterior a la misma, como igualmente es incuestionable que el acto que lo origina habrá de reunir los requisitos legalmente exigidos para que la inscripción pueda realizarse, lo que aquí no sucedió pues no consta —ni siquiera se alegó en la instancia— que existiese la autorización del Ministerio de la Guerra requerida por el artículo segundo de la Ley de mil novecientos treinta y cinco que, según dice el precepto, ha de ser *previa*, ni figura tampoco la *pertinente solicitud* a dicho Departamento que tiene que mediar a tenor de lo establecido en los artículos quinto y sexto del Decreto de mil novecientos treinta y seis, a causa de lo cual no tuvo —sencillamente porque no podía tener— constancia documental en la escritura notarial de veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco y subsiguiente registración pública pues no se presentó ante el Notario el oportuno permiso del Ministerio de la Guerra (artículo diecisiete del Decreto de mil novecientos treinta y seis); todo lo cual está poniendo de manifiesto que el acto alegado por el actual recurrido constante en documento privado, cuya existencia se ocultó al fedatario público en mil novecientos cuarenta y cinco, es contrario a lo exigido con carácter constitutivo para su validez, por la Ley entonces aplicable, incurriendo por tanto en la sanción de nulidad por imperativo de lo dispuesto en el artículo cuarto del Código civil (en el texto vigente a la sazón), lo que lleva consigo como secuencia ineludible la también nulidad del artículo segundo de la Ley de mil novecientos sesenta puesto en relación —que es forzoso establecer— con el párrafo segundo del artículo primero de la misma, ratificado a los efectos de repercusión pública con el precepto contenido en el artículo quinto de la propia Ley de mil novecientos sesenta según el que "los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta Ley (que forzoso es insistir comprende los actos posteriores y los anteriores a su promulgación) sin que coïste su inscripción en el Registro de la Propiedad.

CONSIDERANDO: Que nada de lo expuesto con precedencia, puede decirse desvirtuado con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de tres de noviembre de mil novecientos sesenta y siete y seis de abril de mil novecientos setenta y tres alegadas "in voce" por la representación letrada de la parte recurrida en el acto de la vista, porque afectan a supuestos que nada tienen que ver con el presente, pues la primera se refiere a que "...la autorización gubernativa no es exigible a las compañías mercantiles constituidas al

amparo de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y uno que (aunque integradas por extranjeros) están domiciliadas en España... y tengan (como tal persona jurídica independiente de los socios que la integran) *nacionalidad española*, a las que son de aplicar las normas comunes del Derecho civil patrio"; y la segunda porque se limitó a precisar que las disposiciones vigentes en la materia "...admiten excepciones como la de que los terrenos están sitos en zonas turísticas" (Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro) dándose por probado —lo que no fue impugnado en casación— que el terreno debatido "se encuentra en *zona exceptuada*..."; todo lo cual conduce a la estimación del único motivo formulado, en el que a través del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia violación del párrafo primero del artículo cuatro del Código civil (edición de mil ochocientos ochenta y nueve) en relación con el segundo de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y artículos primero y cuarto apartado letra a) del Reglamento para aplicación de la misma de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis; estimación que supone la del recurso en su totalidad, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite."

En su segunda sentencia el Tribunal Supremo se limita en su único considerando a confirmar en todos sus términos la sentencia dictada en primer grado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife.

De lo expuesto hasta ahora resulta que en las tres sentencias examinadas se trataba de hipótesis de impugnación de transmisiones de dominio de fincas sitas en zonas estratégicas a favor de personas presuntamente extranjeras y digo presuntamente, porque no lo era la adquirente (sociedad española dominada por extranjeros) en el caso de la Sentencia de 3 de noviembre de 1967, ni era tampoco extranjero cuando se planteó la litis, aunque sí cuando se firmaron los documentos impugnados, en el caso de la Sentencia de 28 de abril de 1978.

En las tres hipótesis se motivó el recurso al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que los respectivos fallos violaban, entre otros, los artículos 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y el 4.º del Código civil, ya que para las respectivas transmisiones no se había obtenido la autorización militar que se estimaba preceptiva.

En las tres sentencias se dice algo en sus considerandos sobre la incidencia de la falta de autorización militar en los efectos del negocio jurídico.

Pero mientras en las dos primeras sentencias se declara no haber lugar al recurso y en consecuencia se mantiene la eficacia del negocio otorgado sin autorización militar, en la última sentencia examinada, en cambio, se declara haber lugar al recurso y en consecuencia se confirma la nulidad de los negocios sin autorización militar que ya había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia.

En el supuesto de esta última sentencia, de 28 de abril de 1978, el recurrido invocó en apoyo de su razonamiento los criterios favorables a su tesis en pro de la eficacia del negocio que se contenían en los considerandos de las dos primeras sentencias.

En la de 28 de abril de 1978, en su último considerando, se rechaza tal alegación, por entender que la doctrina de las dos referidas sentencias nada tienen que ver con el presente caso. Realmente se está queriendo afirmar que lo que dicen en sus considerandos acerca de este tema de la autorización militar las dos primeras sentencias, no constituían "ratio decidendi" del fallo respectivo y se trataba de simples "obiter dicta", ya que al fallo del "no ha lugar" al recurso se llegó por otros derroteros principales.

Es curioso, sin embargo, destacar algunas particularidades respecto de la Sentencia de 28 de abril de 1978.

En primer lugar, que el peso de la argumentación favorable a la nulidad de los negocios se hizo recaer mucho más en la falta de inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad que en el mero hecho de no haber obtenido, ni solicitado siquiera, la preceptiva autorización militar, y cuando ésta se considera lo es en función de su proyección en una posible inscripción. Si esto es así creo se puede afirmar que también en esta Sentencia cuanto se dice sobre la autorización militar es un "obiter dicta".

Y en segundo lugar y puestas así las cosas, "obiter dicta" por "obiter dicta", francamente, me quedo con lo que se dice en las dos primeras sentencias. Y no por la fuerza del número (dos a uno), sino porque en ellas se contiene a mi juicio una doctrina, o, si se quiere, unas afirmaciones, más ajustadas a Derecho.

Los negocios discutidos se otorgaron bajo el imperio del artículo 4.º del Código civil, en su redacción promulgada por Decreto de 24 de julio de 1889. Tal artículo 4.º decía: "Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez".

Federico de Castro (4) al estudiar con toda precisión los requisitos de la nulidad conforme al artículo 4.º del Código civil, puso de relieve la necesidad de que exista no una mera disparidad o no conformidad entre la ley y el acto, sino una verdadera contradicción jurídica entre ambos que ha de manifestarse tanto del lado de la Ley como del acto.

Así, respecto de la Ley, enseñó De Castro que es preciso que de la misma ley reguladora del acto resulte la sanción de la nulidad. "Para la declaración de la nulidad de un acto —dice— (5) no basta con que no concuerde con una ley o con que ésta lo contradiga o incluso que lo prohíba; es preciso, ante todo, estudiar cuál sea el significado y fin de esta ley (6). El artículo 4.º ha venido a cambiar de signo la presunción

(4) *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., Parte General, tomo I. Madrid 1949, pp. 536 y ss.

(5) *Op. cit.*, pp. 536 y s.

(6) "El Tribunal Supremo —dice De Castro en su obra *El negocio jurídico*, Madrid 1967, p. 473— ha mantenido un prudente criterio de aten-

con el que se enfrenta la nulidad, que, en vez de ser negativo, como correspondería a su carácter sancionador, será positivo por entenderse que el Derecho no ampara jurídicamente a lo contrario al Derecho. Su mismo texto indica que hay que atender, primero que a nada, a la naturaleza de la norma contradicha. Al decir "salvo los casos en que la misma ley ordene su validez" implica que la ley ha podido exceptuar al acto de la nulidad, de modo expreso o tácito (7). Sería un grave error deducir la nulidad automáticamente del mero hecho de que un acto no reúna los requisitos señalados en la ley o de que esté en parte o en su conjunto prohibido por una ley. No debe olvidarse que el Derecho penal puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, para que la nulidad se produzca de modo inmediato y necesario sería preciso que la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, que lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio, bastantes casos en los que la ley ha rechazado expresa o tácitamente la sanción de nulidad; así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión; el Derecho moderno, en los negocios jurídicos, acude sólo en último extremo a la declaración de su nulidad ("favor negotii") y los salva de ella —según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión...".

Y en cuanto al acto, entiende nuestro maestro Federico de Castro (8), es preciso que tal acto en sí o en alguno de sus elementos esenciales, contradiga a la ley. "El artículo 4.º —dice— hasta por su mismo origen histórico repudia los actos dirigidos *contra* la ley, no a todos los actos no conformados según los preceptos legales". Por ello, entiende que no pueden considerarse nulos, entre otros, los actos incompletos pues a diferencia de lo que ocurre con los actos ilícitos, pueden ser completados, revalidados o confirmados".

El negocio jurídico otorgado sin autorización militar cuando ésta es preceptiva no es un negocio incompleto.

Tampoco lo es cuando falta la inscripción en el Registro de la Propiedad, que en este caso es necesaria, pero no constitutiva, problema del que nos ocuparemos más adelante.

der al significado de las leyes para considerar que sólo las de carácter sustantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decreta especialmente la nulidad sin tener dicho carácter, la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la ley. (Por ejemplo, nulidad del efecto transmisivo real y validez en el ámbito obligacional)."

(7) En su obra *El negocio jurídico*, p. 473, citada en nota anterior, recuerda De Castro que en la interpretación del art. 4.º del Código civil el Tribunal Supremo entiende que "no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como enseña la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sean ordenados de modo expreso y textual... (Sentencia de 8 de abril de 1958, también Sentencia de 8 de marzo de 1966)".

(8) Op. cit., pp. 537 y s.

Aquí nos interesa la incidencia que sobre la eficacia del negocio puede producir la falta de autorización militar.

La autorización militar es una modalidad de autorización administrativa, una más de entre las muchas que en los tiempos que nos toca vivir impone la creciente invasión de la esfera privada por la pública.

No faltan autores en España, como Sanz (9) y Martín Retortillo (10) que consideran la autorización administrativa como una "conditio iuris" o elemento propio del negocio impuesto por su propia naturaleza y exigido por la ley. Martín Retortillo (11) cree que la autorización administrativa incide de tal suerte en el negocio que éste será válido si existe tal autorización y no será válido si tal autorización no existe, y ello tanto a efectos civiles como administrativos, al menos en el ámbito de la transmisión minera objeto de su estudio.

Bonet Correa (12) entiende acertadamente que la autorización, más que afectar a la validez de los actos del negocio precedente, donde incide es en cuanto a su ejercicio o desenvolvimiento. Siguiendo a Roblot (13), estima que la necesidad de una autorización o licencias en las relaciones privadas tan sólo afecta a la fase de ejecución del contrato, pero no a su creación o nacimiento, ya que la fuerza obligatoria de éste surge de la concurrencia de consentimientos.

Siguiendo las enseñanzas de De Castro y examinando la legislación sobre zonas estratégicas (como hoy la legislación sobre zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros), cabe concluir que tal legislación no va dirigida contra la eficacia del mismo acto, sino que persigue un resultado lateral de control o vigilancia por la Administración militar de la inversión extranjera en determinadas zonas de interés estratégico. Por eso tal legislación no imponía de modo expreso su nulidad y hasta de un modo tácito admitía su validez, al señalar una serie de consecuencias al negocio otorgado sin autorización. Así, en el artículo 16. del Reglamento de 28 de febrero de 1936 para la aplicación de la Ley de 23 de octubre de 1935, para el caso de infracción prevé la imposición de multas y, en caso de obras ejecutadas o fincas adquiridas sin autorización prevé la posible demolición de las obras o la expropiación de las fincas.

Publicada la Ley de Zonas de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978, tales conclusiones deben mantenerse, sobre todo habida cuenta de la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil, texto articulado por Decreto de 31 de mayo de 1974, en el que se regula el tema de la nulidad de los actos contrarios a las normas en el

(9) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1953, pp. 368. y siguientes.

(10) *Transmisión de mina. Necesidad de autorización*, en ADC, 1959, pp. 235 y ss.

(11) *Op. y loc. cit.*

(12) *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en ADC, 1971, pp. 149 y ss.

(13) *Reglamentation des changes et droit privé*, en "Le controle des changes. Ses repercussions sur les institutions juridiques". Paris, s. a., pp. 29 y s.

artículo 6.º, apartado 3, con una redacción más precisa que permite un fuerte apoyo a nuestra posición.

Según esta nueva redacción: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."

Parece, pues, que, en términos generales, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas serán nulos, en principio. Pero no quedarán sujetos a esta sanción de nulidad si en las propias normas se establece un efecto distinto para el caso de contravención.

Por eso, Bonet Correa, en un brillante trabajo dedicado al estudio del nuevo artículo 6, 3 del Código civil (14), pone de relieve que "anteriormente, si la tarea interpretativa del artículo 4.º era más compleja, dado el tono de su generalidad, textualmente la cuestión ha quedado reducida al examen de la validez o nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, para los que se señala una sanción concreta, que son los excepcionados por la propia ley respecto a la sanción más fuerte de la nulidad de pleno derecho".

Aunque no faltan autores, como Lacruz Berdejo (15) y Alvarez Pastor y Eguidazu (16), que entienden que el acto contrario a la norma prohibitiva o imperativa es nulo aunque la norma señale a la contravención efectos distintos si éstos no implican la validez del acto, el profesor Bonet Correa (17) critica justamente dicha postura doctrinal subrayando la posibilidad que tienen las normas imperativas y prohibitivas de imponer sanciones que no sean la de nulidad, otras menores, más conformes con la finalidad de la propia norma. "Lo erróneo de la argumentación —dice— está en entender que un juez o tribunal pueda imponer una penalidad o sanción mayor que aquéllas señaladas específicamente por la propia ley; si la ley es penal, rige el principio *nulla pena nullum crimen sine lege* y, si es civil, tampoco puede excederse de las concretamente impuestas, ya que quedarían violados los principios de legalidad y seguridad de las normas en el tráfico jurídico: sancionar más allá de lo prescrito en las leyes sería injusticia y grave iniquidad".

Con gran plasticidad dice Bonet Correa (18) que "la nulidad tiene su parangón en el orden penal con la pena de muerte, que también es la más radical y la que logra eliminar toda existencia".

Por último, nos parece acertado el criterio a seguir en esta materia, que enuncia el profesor Bonet Correa respecto a las normas imperativas y prohibitivas. "Habrá que examinar —dice— (19), primero, qué clase de sanción es la concretamente impuesta por el legislador en caso de su infracción, ya que sería la pauta a seguir, sin desviarse, por ser la es-

(14) *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, en ADC, año 1976, p. 317.

(15) *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General. Barcelona, 1974, página 46.

(16) *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*. Madrid, 1975, p. 71.

(17) *Op. cit.*, p. 319.

(18) *Op. cit.*, p. 321.

(19) *Op. cit.*, p. 321.

pecificamente aplicable; otra sanción no podrá inferirse, ni por interpretación extensiva, ni tampoco por analogía. Únicamente cuando las normas imperativas y prohibitivas hayan dejado de señalar una sanción concreta es cuando la nulidad de pleno derecho tendría su efecto sancionador más idóneo por la contravención”.

Esto supuesto, aplicando las precedentes enseñanzas a la hipótesis que contemplamos, podemos concluir que la falta de autorización militar en los actos o negocios que la exigen no provoca la nulidad de los mismos.

Que no hay nulidad en los casos de construcciones de obra o edificaciones de cualquier clase es evidente dado el ámbito en que se proyecta la nulidad.

En los restantes supuestos del artículo 18 y del 19 de la Ley de Zonas (y que se hallan recogidos en los artículos 37 y 39 de su Reglamento), tampoco hay nulidad, puesto que la consecuencia prevista es su posible expropiación (artículo 29 de la Ley de Zonas y 91 de su Reglamento).

Y en ambos casos, además, se prevé la sanción pecuniaria a la infracción.

En efecto, según el artículo 91 del Reglamento, en el que se reproduce el artículo 29 de la Ley, actualizándolo:

“1. Las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas que contengan los Decretos por los que se establecen las zonas de interés para la Defensa Nacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley y de este Reglamento, así como las que vulneren lo dispuesto en los artículos 12, 14, 20, 21, 22, 27, 37 y 39 de éste, podrán dar lugar al acuerdo de demolición parcial o total o al de expropiación, según los casos, sin perjuicio de ser sancionadas pecuniariamente según su entidad o importancia objetiva y la intencionalidad de sus autores.

2. Los acuerdos de demolición o expropiación, que serán de la exclusiva competencia del Ministerio de Defensa, así como los de sanción pecuniaria, sólo podrán imponerse mediante la incoación del oportuno procedimiento, en el que preceptivamente se oír al presunto infractor.

3. La resolución de los expedientes instruidos por infracciones cometidas con motivo de obras o servicios públicos será de la competencia del Consejo de Ministros.”

Y el artículo 92 del propio Reglamento, en el cual se reproduce el artículo 30 de la Ley, dispone:

“1. A los efectos sancionadores previstos en el artículo anterior, las Autoridades militares a que se refieren los artículos 6, 31 y 42 de este Reglamento podrán imponer multas de hasta 25.000 pesetas.

2. El Ministro, a propuesta de dichas Autoridades, podrá imponer multas de cuantía no superior a 100.000 pesetas.

3. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, podrá imponer multas de hasta 500.000 pesetas.”

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho
y Notario de Madrid

2. LAS CONSECUENCIAS DE LAS ALTERACIONES MONETARIAS EN LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977 y 21 de enero de 1978)

SUMARIO: 1. Los casos conflictivos y las resoluciones de los Tribunales. 2. La repercusión de las alteraciones monetarias sobre la indemnización de daños y perjuicios.—3. La indemnización de daños y perjuicios como deuda de valor.

1. *Los casos conflictivos y las resoluciones de los Tribunales*

Las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977 y de 21 de enero de 1978 contemplan la importancia que tiene la naturaleza jurídica de la indemnización de daños y perjuicios en cuanto "deuda de valor", concretamente en lo que se refiere a las consecuencias de la determinación de su cuantía pecuniaria, tanto en lo que atañe a la problemática cuestión del momento o día en que debe ser calculada (según sea el "día del acaecimiento del daño", el "día que se ejercita la acción de indemnización" o el "día en que recae la condena definitiva"), como en lo que refiere a las influencias que se derivan de las alteraciones monetarias.

La Sentencia de 20 de mayo de 1977 consideró el caso de unos propietarios que se vieron desposeídos por el Ayuntamiento de Gijón de su solar y edificación que habían quedado destruidos por la guerra civil de 1936. Después de ser convertido dicho solar en vía pública por el Ayuntamiento y de que los propietarios reclamasen incesantemente se les abonara su precio, al fracasar sus pretensiones, entablan pleito ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual, el 28 de julio de 1975, dicta Sentencia estimando parcialmente la demanda interpuesta y condena al Ayuntamiento a indemnizar a los actores con la cantidad de ciento noventa mil pesetas, valor que tenía el solar descrito al momento de su ocupación para fines municipales.

Los actores interponen recurso de apelación contra el Juzgado ante la Sala civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, en el que reclaman el valor actual del solar de cinco millones de pesetas. La Audiencia, en su sentencia de 9 de abril de 1976, desestima el recurso y confirma la sentencia apelada.

No obstante, los actores interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, en base a una interpretación errónea del artículo 361 del Código civil y una reclamación de cantidad en concepto de precio de un bien patrimonial constituido por una finca inmueble y ocupado por un tercero ajeno a su titularidad. El Tribunal Supremo,

en su Sentencia de 20 de mayo de 1977, después de advertir que "la ocupación material por vía de hecho realizada por el Ayuntamiento demandado del solar de los actores para modificar su destino convirtiéndolo en vía pública, no es, desde luego, un supuesto de accesión de buena fe del artículo trescientos sesenta y uno del Código civil, del que se parte en la demanda para optar por el valor del precio del terreno, pues para que esta opción fuese posible sería también preciso que el otro término de la alternativa, quedarse con lo edificado, les fuese igualmente factible, posibilidad claramente descartada por tratarse de un supuesto de expropiación por vía de hecho y no de accesión", establece, entre otros, los siguientes considerandos, por los que se condena al Ayuntamiento a que pague a los actores la cantidad de cinco millones de pesetas como importe del terreno. Dice:

"CONSIDERANDO: Que es doctrina constante de este Tribunal que el principio de la congruencia, si bien obliga a los Tribunales a no alterar las pretensiones de los litigantes y a respetar en absoluto los hechos procesales, consiente la libre actuación del juzgador en la esfera del Derecho y le permite aplicar la norma jurídica procedente".

"CONSIDERANDO: que, en segundo lugar, tales antecedentes fácticos revelan, como reconoce la sentencia recurrida, que nos encontramos ante una expropiación por vía de hecho que se halla en abierta pugna, por lo menos con la categórica prohibición contenida en el párrafo primero del artículo trescientos cuarenta y nueve del Código civil, a cuyo tenor nadie puede ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización..." y "en el supuesto de que las circunstancias concretas impidan retrotraer la situación jurídica de la cosa a su primitivo estado, el dueño de la misma está igualmente autorizado para el ejercicio de la acción de resarcimiento del daño, comprendido el valor de lo apropiado, al amparo de las normas generales acuñadas en los artículos mil novecientos dos y concordantes del Código civil".

"CONSIDERANDO: que en lo concerniente a la fecha que debe conceptuarse decisiva para la determinación del valor del inmueble apropiado por el demandado, dato de considerable importancia en tiempos de depreciación monetaria, como son los que han seguido a aquella apropiación antijurídica, las conclusiones son sustancialmente coincidentes ya se aplique el artículo trescientos setenta y uno, ya se pongan en juego las reglas generales sobre indemnización de daños y perjuicios".

"CONSIDERANDO que, por otro lado, en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional, cualquiera que sea su grado, ha de estar en orden a la determinación de sus elementos intrínsecos, a la prueba de su existencia al tiempo del ejercicio de la acción, como establece la Sentencia de este Tribunal de treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, entre otras, pero en cuanto a la fijación de su cuantía, cuando lo que se pida sea su reparación pecuniaria, no ha de situarse, en los casos de alteración del valor monetario, ni en la fecha indicada ni en la de causación de aquéllos, sino en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la pos-

terior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia, toda vez que se trate no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una deuda de valor”.

La otra Sentencia, la de 21 de enero de 1978, corresponde al caso de un accidente entre dos camiones que, por su efecto, se daña a una casa y se lesiona a un habitante de ella, por lo que se reclaman las indemnizaciones correspondientes a la compañía de seguros responsable, la cual no accede a pagar lo exigido. Planteado el pleito por los lesionados, el Juez de Primera Instancia de Pamplona dicta sentencia el 22 de enero de 1976, el cual, estimando parcialmente la demanda, declara la actuación culposa del conductor del vehículo Z-0294-B, por lo que su propietario y “Mare Nostrum, S. A.” están obligados a abonar solidariamente a los expresados actores en concepto de daños y perjuicios la suma total de dos millones veintiocho mil ciento doce pesetas con diecisiete céntimos y además la que se fijara en ejecución de sentencia por las rentas vencidas a partir de la presentación de la demanda y hasta que el inmueble de su propiedad se halle en condiciones de ser habitado, correspondiente al arrendamiento de la vivienda que ahora ocupa; además, la cantidad de treinta y cinco mil pesetas a doña A. A. L., absolviéndoles del resto de las pretensiones.

Interpuesto recurso de apelación por la compañía de seguros contra la sentencia de Primera Instancia ante la Audiencia Territorial de Pamplona, se desestima el recurso y se confirma íntegramente la resolución del Juzgado.

La compañía de seguros, insatisfecha con el fallo, plantea recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, el cual, por Sentencia de 21 de enero de 1978, estima no haber lugar al recurso de casación en base a los siguientes considerandos:

“**CONSIDERANDO:** Que tampoco puede prevalecer el motivo segundo, de idéntico ordinal que el anterior por infracción, por igual concepto, que el ya expresado de los artículos mil novecientos dos, mil novecientos tres y mil novecientos seis de la misma Ley sustantiva civil, porque al combatir la valoración de la prueba pericial en lo concerniente a la tasación de los daños producidos en la casa de los actores, utilizando cauce inadecuado, ello ha de originar, como en el motivo que antecede, igual causa de inadmisión, convertida ahora en de desestimación, habida cuenta, asimismo, que no siendo la prueba pericial medio probatorio de valor preestablecido por la Ley, sino la libre apreciación del juzgador de instancia, no tiene acceso a la casación; pero es que, además, al combatirse el fallo recurrido por haberse atendido a la cuantía de aquellos daños en el momento de dictarse la sentencia, cuando, según el recurrente “dicha valoración debía fijarse y alcanzar los reales daños efectuados en el momento en que ocurrió el suceso, no tiene en cuenta la impugnante, en primer término, que respecto a los efectos de la inflación monetaria, es doctrina de esta Sala, proclamada, entre otras, en la Sentencia de veinte de mayo último, que en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional ha de estar en cuanto a la fijación de su cuantía,

cuando lo que se pide sea su reparación pecuniaria, no a la fecha de la causación de aquéllos, sino al día en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, toda vez que se trata, no de una deuda pecuniaria simple, sino de una deuda de valor”.

Estas dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1977 y de 21 de enero de 1978, según ha podido apreciarse, tienen mucha importancia tanto por su aspecto doctrinal, como por su alcance práctico, ya que se viene a abundar sobre una distinción en cuanto a las modalidades de las deudas de dinero, la “deuda pecuniaria simple” y la “deuda de valor”, que la dogmática civilista europea ha venido perfilando como consecuencia de haberse producido graves alteraciones monetarias en estos últimos cincuenta años (1). Primero, los dos conflictos bélicos mundiales, después los grandes desajustes económicos entre las materias primas, la producción y el consumo han dado paso a la sustitución de unos principios y sistemas por otros, como sucede con el del “nominalismo” y el “valorismo” monetario, los cuales van a repercutir esencialmente sobre el modo de concebir y tratar la unidad de medida de valor del ámbito patrimonial que es el dinero.

No es lo mismo, en cuanto a sus consecuencias, mantener y aplicar una concepción lógica y sana del dinero, que el quebrarla y manipularla con las inconsecuencias provocadas por unas alteraciones monetarias (2). No vayamos a creer que dichas alteraciones monetarias son fenómenos incontrolados y fatalistas, sobre todo, cuando en las economías contemporáneas nacionales son controladas más y más por la Administración del Estado, ya sea mediante una política económica dirigista o totalitaria, bien sea por una política económica liberal o neocapitalista. Cuando los resortes de la creación del dinero están en manos de los Gobiernos políticos y no en órganos institucionales, la inflación es una consecuencia natural, si bien incidan, además, otras causas distintas a las del simple aumento en la cantidad de dinero, como ocurre con la relacionadas con la distribución de la renta y el crédito. Hay que coincidir con Rees-Moog (3), que se necesita una mayor disciplina monetaria y el logro de un Estado que vaya siendo cada vez más representativo y equitativo, pues, en la medida que el concepto de Estado se funda e identifica con el de “Sociedad” será posible consolidar la democracia.

Los órganos del Estado tienen el deber de que el dinero mantenga sus funciones sin tergiversarlas; que la función de unidad de medida de valor económico resulte equilibrada, que la función instrumental de cambio por

(1) Cfr. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (art. 1.277-1.284). Bologna-Roma, 1959, pp. 170 ss.; VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Aenderungen des Gelwertes für die Geldschulden*. München, 1974, p. 36; PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en Droit civil*. Paris, 1975.

(2) La doctrina ha puesto de relieve como punto de partida de la situación legal de inflación y de devaluación a la teoría nominalista de la moneda, cfr. FLEMING, *The Impact of Inflation on Tort Compensation*, en *The American Journal of Comparative Law*, XXVI-1 (1978), pp. 51 ss.

(3) REES-MOOG, *Democracy and the Value of Money*. London, 1977, p. 19.

otros bienes, servicios o derechos sea equitativa y, por tanto, que su función de pago sea totalmente liberatoria, puesto que al quebrarla dejará de tener sentido su otra función de acumulación o ahorro en cuanto poder de capitalización.

En los casos de autos, cuando el débito contraído lo es por efecto de una relación extracontractual, como sucedió al producirse una ocupación unilateral por vía material de hecho por un Ayuntamiento, en el primer caso, y como consecuencia de un accidente entre vehículos con sus consiguientes daños, en el segundo caso, las pérdidas patrimoniales sufridas a quienes, sin su culpa, se le irrogaron tales daños, según la Ley, son objeto de indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.109 y 1.902 del Código civil).

Dado que la indemnización de daños y perjuicios implica una reparación pecuniaria, ante la imposibilidad de restituir *in natura* los bienes ocupados y dañados, la cuestión que surge, principalmente, es la de su valoración. Frente a esta situación conflictiva de intereses, el juzgador trata de aplicar una serie de criterios normativos y de equidad que conduzcan a la reparación patrimonial justa. Entre los criterios de equidad hay que tomar en cuenta el de la equivalencia de las prestaciones ante una situación de la pérdida del poder adquisitivo del dinero por las alteraciones monetarias, dado que las normas positivas nada han dispuesto frente a sus consecuencias dañosas de desequilibrio patrimonial de la prestación en las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales.

La importancia de ambas sentencias, ahora comentadas, está, precisamente, en que vienen a constituir "doctrina de esta Sala" —según su propia expresión— y en que eligen un criterio realista y actual de valoración para la reparación de la indemnización de daños y perjuicios, por lo cual, se destaca la importancia que tiene "la alteración del valor monetario" y su repercusión acerca del fundamento equitativo más idóneo respecto al "día del suceso", o al "día de la sentencia que recaiga la condena a la reparación", para llevar a cabo la valoración en dinero del daño ocasionado, según se va a examinar.

2. *La repercusión de las alteraciones monetarias sobre la indemnización de daños y perjuicios*

Una de las cuestiones más importantes que se plantean en ambas Sentencias comentadas, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, es la referente a la repercusión que tienen "los casos de alteración del valor monetario", o desvalorización en general, y de la "depreciación monetaria", en particular (S. 20 mayo 1977), concretamente cuando se trata de una situación de "inflación monetaria" (S. 21 enero 1978).

Los graves estragos y daños que ocasionan económicamente las alteraciones monetarias son ya de conocimiento general por el público y más particularmente por los economistas y juristas (4). La pérdida del

(4) Cfr. ARENAL Y MARTÍNEZ DE BEDOYA, *La desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*, en *Revista de Derecho Espa-*

poder adquisitivo de la moneda que acontece lenta o pausadamente, o ya rápida y vertiginosamente, resulta una causa ajena a la voluntad de las partes en sus relaciones obligatorias que viene a tomar la consideración de un riesgo previsible o imprevisible.

La concepción nominalista del dinero, que mantiene la igualdad de valor y de permanencia de dicho valor en la unidad monetaria ("peseta igual a peseta"), en principio, hace recaer el riesgo de las alteraciones monetarias en el acreedor, puesto que el deudor se libera de su deuda mediante el pago de la suma de unidades monetarias prometida a la que resulta obligado. En base a la seguridad del tráfico jurídico que crean las relaciones contractuales privadas ("*pacta sunt servanda*") o las extracontractuales y de la certeza del objeto de la prestación, en cuanto requisito esencial de toda relación obligatoria, el principio nominalista del dinero y de la moneda de curso legal rige con carácter general en todo ordenamiento de la Administración económica y jurídica de un Estado.

El que los acreedores deban sufrir las consecuencias de la inflación del dinero, por la pérdida de su poder adquisitivo y recibir, si bien la misma cantidad, no los mismos poderes económicos o patrimoniales de adquisición o cambio que ese dinero representa, supone una injusticia por el daño que se les crea. Cuando se trata de relaciones jurídicas duraderas, o de tracto sucesivo, la equivalencia de las prestaciones entre las partes se ven así perturbadas y quebradas, independientemente de sus cálculos y previsiones, ya que las alteraciones monetarias suelen ser provocadas, fundamentalmente, por dos acontecimientos: bien porque el gobernante cambie el valor nominal de la unidad monetaria, al alza o a la baja, las llamadas "revalorización" o "desvalorización" de la moneda de curso legal, o bien, porque la acción de los particulares en el tráfico financiero, industrial o particular abusan del crédito y de la especulación "depreciando" o "sobreestimando" la moneda de curso legal. Como consecuencia, el dinero adquiere un valor diferente, ya por la vía nominal, o bien por la vía comercial.

En los dos casos que nos presentan ambas Sentencias del Tribunal Supremo, se considera más concretamente a la "depreciación monetaria" (S. 20 mayo 1977) y a los "efectos de la inflación monetaria" (S. 21 enero 1978), es decir, cuando puede haber tanto desvalorización como depreciación, siendo su resultado la pérdida del poder adquisitivo que tiene nuestra unidad monetaria, la peseta.

ñol y Americano, IV-20 (1955), pp. 1027 ss.; VÁZQUEZ RICHART, *Efectos jurídicos de la desvalorización monetaria*, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (enero-junio, 1957), pp. 41 ss.; IBARRA FOLGADO, *Las alteraciones coactivas del valor de la moneda*. Valencia, 1960; RUIZ VADILLO, *Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario*, en *Revista de Derecho Judicial*, 21 (1965), pp. 9 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *La antítesis inflación-justicia*, en *Revista jurídica de Cataluña*, 5 (1960), pp. 531 ss. Y también, *Las repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 5 (1977), pp. 41 ss.; MINISTERIO DE INFORMACIÓN Y TURISMO, *Informe sobre los efectos de la devaluación*. Madrid. 1977.

Esta pérdida del poder adquisitivo de la peseta es un mal endémico que viene produciéndose en España desde el mismo momento de su creación, en el año 1868 y que se acentúa a partir de 1928 hasta hoy (5). Los trastornos y daños que se producen por la pérdida del poder adquisitivo de la peseta, sobre todo cuando se trata de relaciones a largo plazo o de tracto sucesivo, se evidencia, incluso respecto de otras con plazos más breves, cuando la intensidad del fenómeno inflacionista y devaluatorio pasa de "velado" a "galopante", como sucede en estos últimos años.

Todo acreedor de dinero, ante las alteraciones monetarias, sabe que recibirá la misma suma prometida y adecuada; lo que ya resulta más problemático es el poder adquisitivo de esa suma, pues, al quebrarse el valor nominal de la unidad monetaria (en más o en menos), se destruirá la equivalencia patrimonial establecida inicialmente por las partes en su relación jurídica: una de ellas sufrirá el daño patrimonial correspondiente.

Los tribunales de justicia, como también los particulares, no se han quedado indiferentes ante las alteraciones monetarias. Los primeros, si bien han reafirmado el principio nominalista del dinero (6), no obstante, han hecho excepción del mismo, como los segundos, cuando la alteración monetaria comporta un daño patrimonial considerable (7), con el fin de restablecer la justicia distributiva y conmutativa necesaria entre los intereses patrimoniales de las partes, ya que son los llamados a mantener el equilibrio normativo perdido cuando se ha desposeído a la unidad de medida de los valores económicos, que es el dinero, su estabilidad, devolviéndole no sólo su función contable, sino su finalidad más genuina de intercambio de valor equivalente.

Un aspecto concreto de esta labor de los tribunales, respecto a la quiebra del valor patrimonial que producen las alteraciones monetarias, nos lo ponen en evidencia estas dos Sentencias del Tribunal Supremo, si bien, en base a una distinción fundamental, cual es la diversa naturaleza de la deuda pecuniaria resultante de las dos relaciones jurídicas ocurridas entre las partes, ya que, en ambos casos, las cantidades debidas no suponían originariamente la prestación de una deuda pecuniaria simple, es decir, de una deuda de suma o cantidad, sino el resultado de una

(5) Cfr. CUÉLLAR, *La baja de la peseta. Sus causas y remedios*. Madrid, 1930; MARTÍNEZ RAMÍREZ, *La peseta*. Madrid, 1930; BERNACER, *La depreciación de la moneda española*, en *Revista Nacional de Economía* (1930), pp. 15 ss.; SARANYANA, *Historia de la devaluación* (3 agosto-15 diciembre 1967), en *Nuestro Tiempo*, 163 (1968), pp. 101 ss.; ALCAIDE, *Evolución de la cotización de la peseta en relación al dólar*, en el diario *Informaciones*, del 12 julio 1977, p. 11.

(6) SS. 31 octubre 1962, 22 noviembre 1966 y 27 mayo 1967.

(7) V. SS. 4 julio 1944, 8 julio 1952, 31 octubre 1960, 22 noviembre 1966, así como aquéllas que consideran válidas las cláusulas de estabilización en los contratos; cfr. RAJOY, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVI-4 (1973), pp. 1027 ss.; DEL VALLE ITURRIAGA, *La inflación y las cláusulas estabilizadoras en los contratos*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 5 (1977), pp. 3 y ss.

deuda pecuniaria final, o sea, de una deuda que es más conocida por la doctrina civilista como una "deuda de valor".

3. *La indemnización de daños y perjuicios como deuda de valor*

La indemnización de daños y perjuicios puede proceder de una relación jurídica obligatoria contractual (art. 1.101 Código civil) o extracontractual (art. 1.902 Código civil).

Dados los términos generales en que se enmarca legislativamente esta última, según el art. 1.902 del Código civil, al disponer que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", los casos contemplados por las Sentencias de 21 de enero de 1978 y de 20 de mayo de 1977, donde se lleva a cabo una expropiación de hecho, caen bajo su ámbito normativo, además de otras disposiciones concretas dadas para los vehículos de motor (Ley 24 diciembre 1962 y su texto refundido por Decreto de 21 marzo 1968) (8) y respecto a la expropiación forzosa (art. 439 del Código civil y Ley de 16 diciembre 1954) (9).

En el caso de la Sentencia de 20 de mayo de 1977, en el que se priva a unos particulares de su propiedad inmueble por un Ayuntamiento, el artículo 349 del Código civil es elocuente cuando dispone que "nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización". Si bien la autoridad era competente (el Ayuntamiento) y la causa de utilidad pública era justificable (la conversión de un solar en calle), lo que se había incumplido era el tercer presupuesto, el de la previa indemnización.

Según lo dispuesto (art. 1.106 Código civil), para todo acreedor de una indemnización de daños y perjuicios ésta supone, fundamentalmente, "el valor de la pérdida que haya sufrido" y "también el de la ganancia que haya dejado de obtener" (10). Se trata, pues, de un "valor" y no de una suma o cantidad de dinero el objeto de la prestación, si bien el resultado final al que se llega después de la determinación de aquel valor, se liquide en moneda de curso legal.

Esta nota distintiva de la indemnización de daños y perjuicios como débito de valor hace que, en la relación extracontractual surgida, el con-

(8) Cfr. DE LA GUARDIA, *Normas legales de la circulación*. Pamplona, 1974; GÓMEZ DE LIANO, *El juicio ejecutivo en la Ley del Automóvil*. Madrid, 1975.

(9) Cfr. ARANZADI, *Expropiación forzosa*. Pamplona, 1975; MARTÍN GAMERO, *Expropiaciones urbanísticas* (1967); GARCÍA DE ENTERRÍA, *Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXII-4 (1970), pp. 1023 y siguientes; ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, *Naturaleza y alcance de la expropiación por razón de urbanismo*. Madrid, 1973; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Expropiación forzosa y devaluación monetaria*, en *Revista de Administración Pública*, 80 (1976), pp. 9 ss.

(10) Cfr. TIRADO, *Notas sobre el lucro cesante*, en *Revista General de Derecho*, 372 (1975), pp. 830 ss. y S. 18 mayo 1977.

tenido de su prestación no sea *ab initio* una suma de dinero, sino un poder económico equivalente al del bien desposeído, así como el valor de los daños ocasionados y de las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor, lo que el deudor ha de reponer en el patrimonio del acreedor. La reposición de un poder patrimonial, o valor económico equivalente al perjudicado, requiere, así, su previa determinación en función del bien sustraído o dañado, tal como ocurrió en los dos casos de autos (11).

Tanto en el caso de la desposesión de un bien por una expropiación de hecho, como en el de la producción de unos daños materiales y lesiones personales, haya que añadir un factor más, el del tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos dañosos hasta que son indemnizados; durante el transcurso de este período de tiempo, aún se agrava más la situación del dañado, al ocurrir un nuevo acontecimiento externo, la depreciación monetaria, es decir, la pérdida de poder adquisitivo de la unidad monetaria con que se va a medir el valor patrimonial del daño.

De aquí que una cuestión fundamental sea la de determinar esa naturaleza de deuda de valor que tiene la indemnización de daños y perjuicios y no la de una simple deuda pecuniaria, pudiéndose determinar la cuantía final monetaria en el momento o día efectivo del pago. Es por lo que, con razón, el Tribunal Supremo contempla la indemnización de daños y perjuicios como una "deuda de valor", distinguiéndola de la "deuda pecuniaria simple", considerando, consecuentemente, que, cuando lo que se pida sea su reparación pecuniaria, para la fijación de su cuantía, en los casos de alteración del valor monetario, no será la fecha de la causación de los daños, "sino en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia" (S. 20 mayo 1977) (12).

Además de su fundamento doctrinal, al mantener que es "doctrina de esta Sala" (S. 21 enero 1978), el Tribunal Supremo establece su ar-

(11) La Sentencia de 3 de enero 1978 habla de que los verbos "indemnizar" y "reparar", contenidos en el art. 1.101 y 1.902, "responden a la misma finalidad de restablecer la situación económica y patrimonial del perjudicado" y que "la fijación de la cuantía del daño indemnizable como consecuencia de la culpa es facultad privativa del juzgador de instancia".

(12) También la jurisprudencia belga, en casos de expropiación, ha tomado en cuenta la baja del valor del dinero del día de liquidar la indemnización; cfr. PIRET, *Les indemnités d'expropriation et les fluctuations de la valeur du franc*, en *Belgique Judiciaire* (1936), pp. 331 ss. y también *Indemnités d'expropriation et modifications à la valeur du franc*, en *Revue Pratique du Notariat* (1938), pp. 17 ss. En Francia. cfr. GENDREL, *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile*, en *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*. Paris, 1961, pp. 143 ss. En Italia, cfr. VITTA, *Gli effetti della svalutazione monetaria sull'indennità di espropriazione per pubblica utilità*, en *Rivista Amministrativa* (1951), pp. 1 ss.; Cass. 7 febrero 1969, n. 409, en *Foro Italiano*, I (1969), 594; cfr. DISTASO, *Le obbligazioni pecuniarie*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1 (1969), pp. 433 y 443. Últimamente entre nosotros: SANTOS BRIZ, *El resarcimiento de daños como deudor de valor*. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977, en *Revista de Derecho de la Circulación*, 6 (1977), p. 547 ss.

gumento jurídico y de equidad del restablecimiento del equilibrio contractual de las prestaciones obligatorias, de su contenido patrimonial, basado en el valor real de la restitución, cuando dice la Sentencia de 20 de mayo de 1977, en su considerando final, que "en efecto, como el perjudicado tiene pleno derecho a la reparación total del daño que haya padecido, este efecto puede conseguirse únicamente abonándole una cantidad de dinero que, atendido el valor adquisitivo que tenga en la fecha últimamente indicada, sea necesaria para compensarle el quebranto sufrido, dado que, en otro caso, la reparación solamente sería parcial".

Esta evolución de la jurisprudencia española hacia un realismo del valor monetario del dinero, a pesar de mantener el principio nominalista de la moneda, es una buena muestra de su espíritu de justicia conmutativa que acoge nuestro más alto Tribunal para corregir los graves estragos y daños que implica la actual alteración monetaria, evitar el daño de su lesión patrimonial y restablecer el equilibrio económico de las relaciones jurídicas contractuales y extracontractuales, cuyo objeto de su prestación no es una suma, fija de dinero, sino un valor patrimonial actual y equivalente.

JOSÉ BONET CORREA

3. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. CULPA OBJETIVA O POR RIESGO. FALTA Y RELACION DE CAUSALIDAD. INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1978)

“El incendio de los almiarés”

1. *Los hechos*

Juan Nieto era propietario de la finca “Cañuelo Alto”, sita en el kilómetro 3 de la carretera de Córdoba a Posadas.

El 27 de julio de 1973 había en la finca:

— Paja almacenada en 2 almiarés —dichos almiarés estaban situados muy cerca de la carretera, a menos de 15 metros de distancia entre sí, conteniendo, cada uno, 544.900 kilos de paja.

— Un tractor, una cinta transportadora con motor eléctrico, un rastillo henificador unos rollizos y unos tablones.

— Diversos operarios, que trabajaban en lugares distintos de la finca.

A las 12,30 ó 12,45 del día citado, en el que las temperaturas eran altas y soplaban un fuerte viento, se persona en la susodicha finca Juan Bautista Román Alcántara, de veinte años de edad, conduciendo un tractor propiedad de su padre, Antonio Román, por orden de éste y con su consentimiento.

En el tractor llevaba una hormigonera que Juan Nieto había prestado al padre del conductor y este venía a devolver. Para hacer tal, tanto al entrar como al salir de la finca, el vehículo pasó entre los dos almiarés.

Inmediatamente después de pasar el tractor, de regreso, entre los dos almiarés, comenzaron a arder éstos, propagándose el fuego y alcanzando al tractor sito en la finca, a la hormigonera, a los rollizos y a los tablones.

Los daños causados por el incendio fueron estimados en 1.885.385 pesetas.

2. *El conflicto de intereses en las distintas vías judiciales*

A resultados del incendio se iniciaron actuaciones en el Juzgado de Instrucción, luego remitidas al Juzgado Municipal. En dichas actuaciones se procedió a valorar los daños en 1.885.385 pesetas.

Aun cuando todos los operarios que había en la finca, así como los que trabajaban en un taller de desguace, manifestaron haber llegado a la conclusión de que el incendio había sido provocado por el tractor del señor Román, el Juzgado Municipal dictó sentencia absolutoria. Apelada la misma ante el Juzgado de Instrucción, fue confirmada. Tanto en una

como en otra se reservaron las acciones correspondientes, para que se ejercieran en vía civil.

En esta vía, Juan Nieto demanda a Antonio Román, en juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando que se le condene, como responsable de los daños ocasionados por su hijo, Juan Bautista, y en base al artículo 1.903 del Código civil, al pago de 1.885.385 pesetas, cifra en que fueron estimados éstos, alegando lo siguiente:

— Juan Bautista Román, de veinte años, conducía el tractor por orden y consentimiento de su padre.

— Pasar con un tractor entre dos almiares, el mes de julio, en Córdoba, supone una imprudencia; no había, además, necesidad de hacer tal cosa, pues la hormigonera se podía haber dejado en una explanada existente antes de los almiares.

— Inmediatamente después de pasar el tractor entre los almiares se originó el incendio; dado que no existía en la finca otra máquina o elemento susceptible de originarlo (el tractor y la transportadora sitos en la finca —se dice— no pudieron ocasionarlo, ya que se encontraban parados y a mucha distancia de donde éste ocurrió) es indudable la relación de causa a efecto entre la acción de conducir el tractor y el resultado dañoso del incendio, como habían estimado los obreros que estaban en la finca.

El demandado contesta cuestionando su negligencia y la relación de causalidad entre la acción de conducir el tractor y el resultado dañoso, aportando, además, una serie de datos tendentes a demostrar una cierta culpa del propietario de los almiares, mediante las siguientes alegaciones:

— El demandado debía devolver la hormigonera, situándola en el mismo lugar de donde la tomó prestada. El "sitio preciso" donde había que depositar la máquina se encontraba en las cercanías de un caserío, para llegar al cual había que pasar entre los almiares.

— El tractor del demandado había estado realizando faenas agrícolas durante todo el verano, habiendo sido reparado a fondo meses antes, y funcionando el sistema de combustión del mismo sin producir chispas, como fue certificado posteriormente.

— Nadie ha podido acreditar la relación de causa a efecto. El actor presentó once testigos en el juicio de faltas y éste terminó con sentencia absolutoria.

— El fuego se pudo producir por múltiples causas, dado que:

— — El tractor y la cinta transportadora del demandado estaban en funcionamiento el día de autos.

— — El mismo día entraron y salieron otros camiones y vehículos de la finca. Aproximadamente noventa minutos antes del descubrimiento del fuego había pasado un camión por igual camino al seguido por el tractor del demandado.

— El fuego pudo deberse también a:

— — Puntas de cigarro arrojadas por cualquier conductor desde la carretera próxima, y empujadas hacia los almiares por el fuerte viento que soplaba el día de autos.

- — Puntas de cigarro mal apagadas o arrojadas por descuido por cualquiera de los obreros.
- — Restos de vidrios o botellas de los operarios, que hacían la comi-da en el lugar del trabajo.
- — Restos de materia orgánica humedecida, que por fermentación con el calor entra en combustión, debido a las altas temperaturas.
- — Salidas o escapes de gasolina de los vehículos existentes.
- — Percusión mecánica de hierros de la maquinaria.
- En otro orden de cosas, es necesario tener en cuenta que ninguna compañía de seguros quiso contratar el posible evento dañoso del incendio de los almiares debido a:
 - — La excesiva proximidad entre los almiares y la carretera.
 - — La muy corta distancia entre ellos. (La distancia mínima que exigen las compañías aseguradoras es la de 15 metros, señalando, con preferencia, la de 50 metros, para evitar, en caso de incendio de uno de ellos, la propagación inmediata al otro).
 - — La excesiva cantidad de paja almacenada en los almiares. (Cada uno contenía 544.900 kilogramos, en tanto que las compañías ase-guradoras cubren un máximo de 100.000 kilogramos por almiar).
 - — El propietario de la finca, hoy demandante, había sufrido dos o tres casos de fuego anteriormente.

El juez de Primera Instancia dictó sentencia el 25 de octubre de 1975, absolviendo al demandado en base a los siguientes considerandos:

“Considerando que es abundante y reiterada la jurisprudencia en el sentido de exigir como requisitos para postular la responsabilidad extra-contractual de los artículos 1.902 y 1.903, la prueba inexcusable de la realidad de los daños causados, el hecho culposo que los originó, y la relación de causalidad entre el daño y la falta; de cuyos elementos solamente el primero aparece probado y admitido de contrario como simple hecho, siendo obligatorio para la parte demandante el demostrar inequí-vocamente la existencia de los otros dos restantes, por aplicación de la doctrina establecida en el artículo 1.214 del Código civil.

Considerando que, respecto al hecho culposo que originó los daños, se ha discutido su naturaleza en autos bajo dos puntos de vista: la certeza o realidad de la autoría atribuible al demandado y el reproche de culpa-bilidad o negligencia en relación con su conducta. La prueba del primer extremo se ha cifrado en la de presunciones del artículo 1.253 del Código civil, pues tenemos absolutamente que rechazar los juicios de valor manifiestados por los testigos, cuya única misión procesal consiste en de-poner sobre los hechos que han presenciado o les constan, pero sin opi-nar respecto al alcance de los mismos. Y, puesto que de presunciones se trata, sentaremos que éstas consisten, básicamente, en la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido, de tal manera que la conexión y congruencia entre ambos hechos sea tal, que la realidad de uno conduzca al conocimiento necesario del otro (Ss. 17-V-1913 y 5-III-1931).

Considerando que ha resultado indubitada la realidad de haber pa-sado el tractor del demandado entre los almiares incendiados, minutos

antes de ser apreciadas las llamas del incendio; que también es un hecho real el paso de un camión por igual camino, aproximadamente noventa minutos antes del descubrimiento del fuego; que también es cierta la existencia de otro tractor del demandante junto a los amontonamientos de paja, amén de una máquina en marcha que hacía funcionar una cinta transportadora hasta que, poco tiempo antes del incendio los operarios descansaron para comer; entre los obreros había uno que ha reconocido tener el hábito de fumar; la carretera no estaba demasiado lejos, y aquel día soplaban un fuerte viento en dirección Sur a Norte; y negativamente nadie ha manifestado haber apreciado la salida de chispas por el tubo de escape del tractor del demandado. Estos son todos los hechos que concurren, y aplicando las reglas del raciocinio lógico, tanto el paso del tractor, como cualquiera de los demás eventos provocadores pudo ser muy bien el origen del incendio, pues el fuerte viento reinante, y el posible tiempo que suele mediar algunas veces hasta animarse el fuego, no descarta posibilidad alguna.

Considerando que, con esta baraja de posibles agentes iniciadores, se ha destruido la conexión y congruencia necesaria inaplicable a otras circunstancias, que exige la jurisprudencia y la propia Ley para la viabilidad del medio probatorio de presunciones. Pero es que, aun admitiendo dialécticamente que la autoría estuviese demostrada, faltaría también probar la culpabilidad en la conducta del demandado o su hijo, y este elemento jurídico queda eliminado desde el momento en que se efectúa el paso por el mismo lugar por donde lo venían haciendo habitualmente los vehículos del demandante, con la finalidad de cumplir una obligación en favor del que reclama, sin indicación que prohibiera el paso y con un tractor que estaba recientemente reparado, constando pericialmente que funcionaba perfectamente y sin asomo de desprendimiento de chispas, al menos cuando lo reconoce el perito, y sin ninguna prueba que contradiga este informe; la conducta descrita no es posible calificarla de imprudencia, ya que fueron tomadas las diligencias que exigía la naturaleza del acto, en relación con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Considerando que, eliminado el segundo de los elementos de la responsabilidad extracontractual, cae por su base la relación de causalidad, y hace por tanto impracticables los pedimentos de la demanda”.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, la Audiencia Territorial dicta sentencia con fecha 21 de febrero de 1977, en la que, estimando en parte la demanda deducida por don Juan Nieto contra don Antonio Román, como responsable de daños causados por su hijo menor, don Juan Bautista Román, condena al dicho don Antonio a que abone en tal concepto al demandado, la suma de 975.000 pesetas.

No conozco pormenorizadamente las razones en que el Tribunal fundamenta su decisión; con todo, del motivo segundo del recurso de casación interpuesto con posterioridad, se sigue que trajo a colación, en apoyo de su tesis, las sentencias del Tribunal Supremo de 29-X-1957, 9-IV-1963 y 9-III-1974.

Contra la sentencia pronunciada por la Audiencia, se interpuso recurso de casación en base a los siguientes motivos:

1.º Se ha infringido, por violación, el artículo 1.253 del Código civil, que dispone, en orden a las presunciones, "que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo". La sentencia de la Audiencia estima que el paso del tractor conducido por el hijo del demandado fue la causa cierta del incendio, no teniendo en cuenta que falta el enlace preciso entre el incendio y su alegada causa, pues ésta pudo ser cualquiera de las otras posibles causas concurrentes. Al estimar como única causa el paso del tractor ha violado el citado artículo en orden a la creación de una presunción, pues no existe el enlace preciso y directo que dicho artículo exige.

2.º Se han infringido, por aplicación indebida, los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, ya que, si bien el segundo de ellos dispone que los padres responderán por los hijos menores, exige que éstos vivan en su compañía, y en cualquier caso se refiere a las obligaciones del artículo anterior —1.902— el cual, a su vez, exige una acción u omisión culposa del conductor del tractor.

No aparece que el hijo conductor del tractor viviese en compañía de sus padres. No aparece probada la acción u omisión culposa en el conductor del tractor.

A decir del recurrente, las sentencias citadas por la Audiencia, de 29-X-1957, 9-IV-1963 y 9-III-1974, tienden a la responsabilidad objetiva, sin aceptarla íntegramente, mediante una inversión de la carga de la prueba. Por ello sigue siendo requisito imprescindible de aplicación del artículo 1.902 del Código civil que se demuestre la relación de causa a efecto. En pocas palabras, que el tractor ocasionó el incendio. Y esto ha de ser probado.

Esta relación de causa a efecto no ha sido probada, por tanto su falta hace por sí sólo inaplicable el artículo 1.902 del Código civil. Pero es que la moderna jurisprudencia sólo ha avanzado en el sentido de invertir la carga de la prueba. Esto es, el que niega tiene que probar. En el presente caso, obra en autos prueba pericial suficiente de que el tractor se encontraba en perfectas condiciones técnicas, siendo imposible que, en su funcionamiento, arrojase chispa alguna. Se cumple la inversión de la carga de la prueba, se prueba que no ha habido culpa.

3. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 14-III-1978*

El Tribunal Supremo dicta sentencia el 14 de marzo de 1978, confirmando la de la Audiencia y declarando no haber lugar al recurso de casación, en base a los siguientes considerandos:

"Considerando que al denunciarse en el primer motivo del recurso... la violación del artículo 1.253 del Código sustantivo para, en su desarrollo, basarlo en la falta de enlace preciso entre el hecho de haber pasado el tractor del demandado, conducido por su hijo, entremedias de almiarres de paja, y el deducido de haber producido el incendio de éstos, está el recurrente incurriendo en clara contradicción, pues si hubo violación quie-

re decir que el juez no aplicó dicho precepto debiendo hacerlo; pero es que, además, el Juzgador no hizo uso de la prueba de presunciones, sino que, en atención al principio de la culpa objetiva o por riesgo, en realidad vino a establecer una inversión de la carga probatoria, de tal modo que, dando como cierto el riesgo creado por el paso del tractor entre los almiarés de paja, correspondía al demandado la prueba de que el incendio se produjo por cualquier otra causa a las que éste se refiere, y al no cumplirlo a él sólo hay que hacerle responsable del daño y sin que, por lo tanto, no teniendo el Juzgador que acudir a la prueba de presunciones, no pueda decirse cometiera la denunciada infracción, lo que determina la desestimación del motivo.

Considerando que, no habiendo sido objeto de discusión en la "litis" y por tanto reconocido por el demandado, el que su hijo menor de edad, por orden y cuenta del demandado, con el que convivía, según se dice en la demanda, fuera quien condujera el tractor entre los almiarés y únicamente discutido el que dicho tractor fuera la causa del incendio, pero que la sentencia así lo da por cierto y por tanto, la relación de causa a efecto, es indudable que ha de fracasar el segundo de los motivos del recurso, puesto que denunciada, por la misma vía que la de su anterior, la aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, se quiere traer al recurso una cuestión que, habiendo sido alegada en la demanda sin contradecirla el demandado y ahora recurrente, como lo es que el hijo, conductor del tractor, viviese en compañía de sus padres, y por tanto extremo éste no discutido en el pleito, exime de examinar las consecuencias que quiere hacer derivar de su falta de prueba, como la de igual falta de prueba respecto a la acción u omisión culposa del conductor, cuando, como quedó expresado, la sentencia hace derivar aquélla del riesgo a que dio lugar por conducir el tractor entre los almiarés de paja fáciles al fuego, al que en efecto lo atribuye, ante la falta de prueba en contrario por el demandado, y, consecuentemente, la relación de causalidad entre dicho daño y el resultado dañoso.

Considerando que, desestimados los dos motivos con los que se articuló el recurso procede declarar la de éste".

4. *Comentario*

Posiblemente, la primera cuestión a plantearse en torno al supuesto que venimos considerando sea la del tipo de responsabilidad con que nos enfrentamos.

Como ha quedado de relieve, a resultas del siniestro, se iniciaron actuaciones en el Juzgado de Instrucción. A todas luces, tales actuaciones pretendían determinar si se estaba en presencia, o no, de un delito de incendio, ya sea el tipificado en el 551-2.º del Código penal, ya el que contempla el 552 del mismo cuerpo legal, lo cual parece más probable.

La cuantía de los daños supera con creces la cantidad de 25.000 pesetas, fijada en tales artículos, mas el hecho no se estima delictivo, por lo cual se remite al Juzgado Municipal, en base a que, conforme al artículo 600 del citado Código penal, previsiblemente, los hechos conside-

rados podrían ser constitutivos de falta; falta que, finalmente, tampoco se aprecia.

Téngase en cuenta que, si el delito o la falta se hubiesen apreciado, estaríamos en presencia, en virtud del artículo 19 del Código penal, de una responsabilidad civil derivada del delito, lo cual, ciertamente, conllevaría más inconvenientes que ventajas para el propietario de los almiarés, en orden al resarcimiento efectivo de los daños sufridos en su patrimonio como consecuencia del incendio de éstos.

La ventaja estribaría en la mayor amplitud de criterios señalados en los artículos 101 y siguientes del Código penal, en orden a la fijación de la indemnización y de los distintos ingredientes que la componen. Ahora bien, la doctrina ha estimado que dichos criterios pueden aplicarse, sin dificultad, al campo de la responsabilidad civil extracontractual, dada la ausencia, en el mismo, de pautas tendentes a identificar los daños indemnizables.

El inconveniente mayor consistiría en que, declarado autor del delito o falta Juan Bautista Román, dado que éste es mayor de edad penal, sería también responsable civil —en contra de lo que sucede en sede de responsabilidad civil extracontractual, donde, en base al 1.903 del Código civil, el padre responde de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía.

Previsiblemente, el patrimonio de Juan Bautista Román es reducido, rotundamente inferior al de su padre, contra el que no se podría actuar, a no ser que fuese posible considerar al conductor, no como hijo, sino como empleado de su padre —propietario del tractor—. Aún así, la responsabilidad civil de éste último sería subsidiaria, en base al artículo 22 del Código penal.

Esto sabido, lo cierto es que el Juzgado Municipal dicta sentencia absolutoria, que es confirmada por el Juzgado de Instrucción, reservando las acciones civiles.

En la vía civil, la reclamación se plantea en base al 1.903 del Código civil, que se refiere a la llamada responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos.

Con todo, y para plantearse todos los temas en orden a la determinación del tipo de responsabilidad, es necesario hacer algunas precisiones en esta sede.

La responsabilidad civil extracontractual procede cuando entre la víctima y el hipotético causante del daño no media ninguna relación contractual previa. Ahora bien, Juan Nieto y Antonio Román estaban ligados entre sí por un contrato de comodato. El comodatario, como es de todos sabido, tiene la obligación de restituir la cosa, después de haberla usado. Tiene la obligación, más también la facultad de hacerlo. Y es aconsejable y conveniente para él restituir temporáneamente, pues, estando al 1.744 del Código civil, si conserva la cosa prestada en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito.

Parece que la restitución había de hacerse en el mismo lugar de don-

de se tomó prestada la hormigonera, para hacer lo cual había que pasar ineludiblemente entre los almiaros de paja. .

En definitiva, y como textualmente se dice en uno de los considerandos de la sentencia de Primera Instancia, el paso del tractor, conteniendo la hormigonera prestada, entre los almiaros, se efectúa con la finalidad de cumplir una obligación en favor del que reclama (propietario de la finca y de la hormigonera). Sabido lo que antecede, cabría plantearse si estamos en presencia de una responsabilidad contractual. La relación contractual previa existe ciertamente. Lo que es más dudoso es el que los daños causados sean consecuencia directa de la infracción de una de las obligaciones derivadas del contrato. Discutible parece también la subsistencia de dicha relación una vez que, devuelta la hormigonera, el tractor circula de regreso.

Por regla general, cuando existen dudas sobre estos dos extremos.—existencia o subsistencia de una relación contractual entre la víctima y el causante de los daños; daño como consecuencia de la infracción de una de las obligaciones derivadas del contrato— doctrina y jurisprudencia se inclinan por estimar que procede la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual, y éste es el camino seguido en el presente supuesto.

En sede, ya, de responsabilidad civil extracontractual, la demanda se plantea en base al artículo 1.903 del Código civil, como ha quedado dicho. Y, sin embargo, tanto las alegaciones de las partes como los considerandos de la sentencia de Primera Instancia —apoyándose en un sistema subjetivo de responsabilidad a ultranza— consideran los distintos elementos de la misma a la luz, podría decirse exclusiva, del artículo 1.902, preocupándose de afirmar o excluir la culpa del conductor del tractor, sin estudiar detenidamente, como sería más correcto, la culpa o negligencia del padre del mismo, “ex” artículo 1.903, lo cual determina algunas imprecisiones, como intentaré poner de relieve.

El primero de los considerandos de la sentencia de Primera Instancia —recuérdese— establece que “es abundante y reiterada la jurisprudencia en el sentido de exigir como requisitos para postular la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903, la prueba inexcusable de la realidad de los daños causados, el hecho culposo que los originó y la relación de causalidad entre el daño y la falta; de cuyos elementos solamente el primero aparece probado y admitido de contrario como simple hecho, siendo obligación de la parte demandante demostrar inequívocamente la existencia de los otros dos restantes, por aplicación de la doctrina establecida en el artículo 1.214 del Código civil”.

Daño, falta y relación de causalidad. Moviéndose en un sistema de responsabilidad subjetiva, el esquema propuesto es el más simple. Castán, por ejemplo, propone una enumeración de los llamados elementos comunes de la responsabilidad extracontractual más prolija y acabada, distinguiendo entre elementos objetivos —acción u omisión, antijuricidad y daño—, y elementos subjetivos —culpa y relación de causalidad.

Por mi parte, estimo que el esquema más idóneo sería el siguiente:

acción u omisión, daño, relación de causalidad —entre acción y daño—, antijuridicidad, culpabilidad e indemnización del daño.

La idea de falta, en cuanto lleva implícita una valoración de la conducta del sujeto, presupone la constatación de una relación de causalidad entre conducta y daño, presupone la antijuridicidad de dicha conducta, ingredientes todos que aún no han sido constatados y que, incluso, pueden no darse, con lo cual se llegaría a la incongruencia de constatar, en un primer momento, la falta de una persona para reconocer después que no hay relación de causalidad o que juega una causa de justificación.

De todos modos, y aun aceptando el esquema propuesto por la sentencia de Primera Instancia que, justo es reconocerlo, es el tradicional, no puede suscribirse, en mi opinión, la afirmación en virtud de la cual, y "estando a la jurisprudencia", la prueba de la culpa, tanto en el 1.902 como en el 1.903, corresponde al demandante, en base al artículo 1.214.

El artículo 1.903, que es el directamente aplicable al caso, aun cuando no se le haya prestado mayor atención, establece, por cuanto a nosotros interesa, lo siguiente: "El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía (e incluso, habría que añadir, de los causados por quienes no vivan en su compañía, cuando tal circunstancia sea imputable al titular de la patria potestad).

... La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

¿Qué quiere decirse con esto?: que, probada la relación de causalidad entre el hecho del menor y el resultado dañoso, causado el perjuicio por el menor —prescindiendo de una valoración de la conducta de éste, imposible de realizar en el supuesto de daños ocasionados por menores de corta edad— la prueba de la diligencia del buen padre de familia para evitar el daño corresponde al padre, por expresa disposición legal. Ello implica una presunción "iuris tantum" de culpa —culpa "in vigilando", "in educando", se dice.

Es la culpa del padre la que juega y la que se presume en el 1.903. Respecto del caso concreto, podría pensarse que tal presunción se desvirtúa en base a que éste, en cuanto propietario, se había ocupado de que el tractor funcionara perfectamente y sin asomo de desprendimiento de chispas.

Ahora bien, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años (vid., entre otras, las sentencias de 29-XII-1962, 30-IV-1969 y 15-II-1975 —que he tenido ocasión de comentar en esta revista—) puede verse como nuestro más alto tribunal no admite nunca una prueba suficiente de la diligencia. Sólo cuando los daños no han sido ocasionados por el menor, no responde el padre o tutor; en los demás casos responde siempre. En base al 1.903 se presume la culpa; estando a la última jurisprudencia y por cuanto me resulta, se llega a prescindir de la culpa para establecer la responsabilidad.

Pero es que, aun moviéndonos en la órbita del 1.902, aunque fuera pertinente analizar, a la luz de este artículo, la conducta del menor conduc-

tor del tractor, la conclusión a que podríamos llegar, estando a la última jurisprudencia, es prácticamente la misma.

En virtud de los que han dado en llamarse expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa —mayor rigor en la aplicación e interpretación del artículo 1.104 del Código civil, insuficiencia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil, presunción “*iuris tantum*”, en fin, de culpa del agente— la jurisprudencia de los últimos años viene a afirmar que la prueba de la diligencia incumbe al demandado, causante de los daños, y no al demandante; a mayor abundamiento, y en determinados tipos de daños —energía eléctrica, explosiones, incendio, accidente de circulación—, la dificultad de la prueba se acentúa hasta un punto tal que se hace prácticamente imposible. (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 30-VI-1959, 5-IV-1963, 30-IV-1968, 11-III-1971, 8-II-1973, 30-IV-1973, 25-X-1973 y 28-VI-1974.

En la misma línea se mueven las de 29-X-1957, 9-IV-1963 y 9-III-1974, citadas por la sentencia de la Audiencia en el caso que venimos considerando).

Conforme a la tendencia jurisprudencial anteriormente expuesta, posiblemente no se estimaran suficientes las pruebas aportadas por el demandado, tendentes a demostrar la diligencia del conductor del tractor, su hijo menor, aunque así lo hizo la sentencia de Primera Instancia.

Queda en pie, con todo, el tema de la relación de causalidad entre la conducta de éste y el daño causado, que es, en definitiva, el tema principal, en torno al cual la sentencia del Tribunal Supremo de 14-III-1978, que venimos comentando, supone una mayor innovación.

A primera vista, parece rotundamente cierta la afirmación contenida en el 2.º motivo del recurso de casación, en virtud de la cual, si bien una serie de sentencias del Tribunal Supremo, “tendentes a la responsabilidad objetiva, establecen una inversión de la carga de la prueba de la culpa, seguiría siendo requisito indispensable, para la aplicación del 1.902 del Código civil, el que se demuestre la relación de causa a efecto. En pocas palabras, que el tractor ocasionó el incendio, y esto ha de ser probado.

Moviéndose rotundamente en esta línea, la sentencia de Primera Instancia establece que la prueba de la relación de causalidad se ha cifrado en la de presunciones del artículo 1.253 del Código civil. “Y puesto que de presunciones se trata —añádese— sentaremos que éstas consisten básicamente en la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido, de tal manera que la conexión y congruencia entre ambos hechos sea tal, que la realidad del uno conduzca al conocimiento necesario del otro...; aplicando las reglas del raciocinio lógico, tanto el paso del tractor, como cualquiera de los demás eventos provocadores, pudo ser muy bien el origen del incendio, pues el fuerte viento reinante, y el posible tiempo que suele mediar algunas veces hasta animarse el fuego no descarta posibilidad alguna...; con esta baraja de posibles agentes iniciadores se ha destruido la “conexión y congruencia necesaria inaplica-

ble a otras circunstancias" que exige la jurisprudencia y la propia Ley para la viabilidad del medio probatorio de presunciones".

Desde la perspectiva en que se mueve la sentencia de Primera Instancia, los razonamientos precedentes son correctos. Como dice Prieto Castro, "para que la presunción surta efectos probatorios es indispensable que, entre el hecho demostrado o probado —indicio— y el que haya de inferirse exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, es decir, de la lógica. O, como se decía por los antiguos, es necesario que la presunción sea grave, precisa y concordante.

La presunción de hecho pierde su fuerza por una prueba en contrario, que aquí no es necesario que sea de "lo contrario", sino de un hecho que destruya el indicio, fundando otro u otra posibilidad o probabilidad".

La consecuencia se desprende paladina. Siendo inviable la prueba de presunciones, e incumbiendo al actor —estando al 1.214— la carga de afirmar y probar los hechos constitutivos de su derecho, procede la absolución.

Ahora bien, la Audiencia y el Tribunal Supremo, en sus respectivas sentencias, adoptan una perspectiva, un punto de partida completamente distinto en orden a la relación de causalidad y su prueba.

En efecto, dice el Tribunal Supremo: "el Juzgador (la Audiencia) no hizo uso de la prueba de presunciones, sino que, en atención al principio de la culpa objetiva o por riesgo, vino a establecer una inversión de la carga probatoria, de tal modo que, dando como cierto el riesgo creado por el paso del tractor, correspondía al demandado la prueba de que el incendio se produjo por cualquier otra causa a las que éste se refiere, y al no cumplirlo, a él sólo hay que hacerle responsable del daño".

En definitiva, el Tribunal Supremo hace derivar la culpa y la relación de causalidad de la situación de riesgo creada por el paso del tractor entre los almiarés, ante la falta de prueba en contrario del demandado, estableciendo una presunción "iuris tantum" respecto de estos dos extremos, que determina una inversión de la carga de la prueba.

Como puede verse, la consideración del supuesto varía radicalmente. Incumbiendo la carga de la prueba al demandado, presunto causante culpable del daño, si éste no puede probar suficientemente su diligencia, amén de la inexistencia de nexo causal entre la conducta y los daños producidos, ha de indemnizar éstos.

Por cuanto me resulta, la afirmación hecha expresamente por el Tribunal Supremo, en virtud de la cual juega —respecto del artículo 1.902— un "principio de culpa objetiva o por riesgo", en base al cual, creada una situación de riesgo, se presume culposa la conducta y causa de los daños producidos, predicándose una inversión de la carga de la prueba respecto no sólo de la culpa, sino también de la relación de causalidad, constituye una auténtica novedad.

No obstante, el Tribunal Supremo, aun sin afirmarlo tajantemente, había llegado a una solución similar en sentencias anteriores, siguiendo un camino más sutil, que es el siguiente: ante un daño producido, analiza, en primer lugar, la culpa del hipotético causante del daño; identi-

ficada ésta —recurriendo en muchas ocasiones a los llamados expedientes paliativos del sistema de responsabilidad por culpa— pone el acento en la misma y la traslada al tema de la relación de causalidad, restando importancia a otros factores que puedan haber producido o colaborado a la producción del daño, tales como el hecho de un tercero, el hecho de la víctima o la propia fuerza mayor. La apreciación de una conducta culposa, negligente, pesa a la hora de determinar la relación que la misma haya podido tener con la producción del daño. “De la culpa a la relación de causalidad”, podría decirse, relativizando la importancia de esta última, en relación con la primera.

(Pueden verse, en esta línea, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13-II-1971, 30-X-1971 y 14-X-1972.)

Lo mismo podría decirse, pienso, de las citadas por la Audiencia en apoyo de sus tesis.

En la de 29-X-1957, la falta de diligencia en la conservación de un muro derrumbado hace que no se tome en consideración un informe pericial expresivo de otras causas que pudieron acarrear el derrumbamiento.

En la de 9-IV-1963, haciéndose expresa referencia a la “responsabilidad por riesgo”, se afirma la negligencia de un conductor, extremando la diligencia exigible —dado que dicho conductor circulaba a 60 kilómetros por hora, sin infringir ningún precepto reglamentario— y, supuesta ésta, se afirma el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado dañoso, sin considerar que el accidente pudo deberse al pésimo estado de la carretera, mojada y embarrada por la precipitación de agua y nieve.

La Sentencia de 9-III-1974, en fin, condena a la entidad demandada a la indemnización de determinada suma por el fallecimiento de uno de sus obreros, al caer de un andamio sin barandilla de seguridad, sin considerar la participación que, en el suceso, pudiera haber tenido la conducta culposa de la víctima).

En materia de uso y circulación de vehículos de motor se va más allá, negando el carácter de fuerza mayor a una serie de eventos imprevisibles e inevitables, con lo cual la responsabilidad subsiste. Así, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-I-1951 afirmaba la ruptura de la relación de causalidad entre conducta humana y daño —incluso siendo ésta culposa—, razonando que el daño se había debido al caso fortuito consistente en la ruptura de los frenos, el artículo 1.º del Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, por el contrario, establece que no se consideran como casos de fuerza mayor los defectos del vehículo, ni la ruptura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos —sin exigir, por ende, que la conducta del conductor sea negligente—. El mismo hecho, pues —rotura de los frenos— y dos respuestas diametralmente opuestas. Si tomamos la primera, la relación de causalidad se rompe y la indemnización no procede; si tomamos la segunda, la relación de causalidad se difumina, el conductor del vehículo responde.—Posiblemente son consideraciones como la precedente

las que llevaron al profesor Cossio a sostener que la responsabilidad objetiva no llega a fundarse en un principio de causalidad puro.

Ahora bien, téngase en cuenta que el artículo 6.º del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor (aprobado por Decreto 3.787/1964, de 19 de noviembre) al señalar cuáles son los aparatos que tendrán la consideración de vehículos de motor, incluye, en su apartado c) (redactado conforme al Decreto 1.199/1965 de 6 de mayo) a “los tractores”, aun cuando sea cierto también que el artículo 2.º del Decreto-ley 4/1965 de 22 de marzo, establece que “queda en suspenso el sistema de responsabilidad civil y seguro obligatorio establecidos... por lo que respecta a los daños a las cosas...”.

Una última cuestión queda por analizar, en torno al conflicto que hemos venido considerando. Mientras que los daños causados por el incendio fueron estimados en 1.885.385 pesetas, montante de la indemnización solicitada, don Juan Nieto fue condenado a abonar la suma de 975.000 pesetas (aproximadamente, la mitad). ¿Cómo se explica esto?

En principio, podría pensarse que, o bien el paso del tractor no ocasionó el daño, en cuyo caso procede la absolución, o bien lo ocasionó, en cuyo caso la indemnización había de cubrir el total de los daños derivados del incendio: 1.885.385 pesetas.

Ahora bien, el razonamiento que parece haberse seguido es otro: Don Juan Nieto responde de todos los daños causados por el paso del tractor. Ahora bien, ¿cuáles son éstos?: los ocasionados por el incendio de uno de los almiarés exclusivamente, pues sólo en uno es verosímil que haya prendido la chispa presumida. La extensión del incendio al segundo almiar sólo es atribuible a la conducta negligente del propietario de los mismos, parece pensarse, al no respetar las distancias mínimas que la prudencia aconsejaba guardar entre ambos, para evitar precisamente que el incendio se propague del uno al otro. En consecuencia, es dicho propietario quien ha de pechar con los perjuicios derivados del incendio del segundo almiar.

Al respecto, podría pensarse con Cossio que, si el resultado dañoso se produce a causa de un hecho (paso del tractor, en este caso), más una nueva causa (conducta negligente del propietario de los almiarés) agrava el resultado, el agente del primero responde del daño, y el del segundo de la agravación.

Si hubiera de finalizar este comentario emitiendo una opinión sobre la tesis mantenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14-III-1978, diría que, a mi entender, el “principio de la culpa objetiva o por riesgo” que identifica, no coincide exactamente con lo que se viene entendiendo por responsabilidad objetiva o por riesgo.

En la llamada responsabilidad objetiva, la culpa no se presume, sino que es sustituida, como criterio de imputación de la responsabilidad, por la tenencia de cosas o el desarrollo de actividades peligrosas, de las que se derivan beneficios, siendo, contemporáneamente, generadoras de riesgo. Tampoco se presume, en principio, la relación de causalidad, si bien respecto de determinadas cosas o actividades, legalmente puede llegar a

negarse el carácter de fuerza mayor a ciertos eventos imprevisibles e inevitables —como hemos visto sucede en materia de uso y circulación de vehículos de motor— afirmándose incluso, en materia de accidentes laborales que, a pesar de que el daño sea debido a fuerza mayor, se responderá igualmente, siempre que ésta se produzca en el ámbito de actividad del obligado al resarcimiento.

Diversamente, y estando al principio enunciado por el Tribunal Supremo en la presente sentencia, la culpa no es sustituida como criterio de imputación, simplemente se presume; mas, asimismo, se presume la relación de causalidad, lo cual implica una inversión de la carga de la prueba de ambos extremos. Ahora bien, la inversión de la carga de la prueba está en relación con las presunciones legales. En sede de responsabilidad civil extracontractual, por el contrario, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha propugnado, en primer lugar, una inversión de la carga de la prueba de la culpa y, ahora, una inversión de la carga de la prueba en orden a la relación de causalidad.

Podría pensarse que, con ello, se ha ido demasiado lejos, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 1.902, que la aplicación generalizada del principio de la culpa objetiva o por riesgo podría generar situaciones de inseguridad, de indefensión real del demandado. Ahora bien, como contrapartida es necesario decir también que las soluciones jurisprudenciales, más o menos audaces —llámense expedientes paliativos del sistema de responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva, principio de la culpa objetiva o por riesgo— se arbitran precisamente en el convencimiento de que la responsabilidad subjetiva a ultranza, plasmada en dicho artículo, se muestra insuficiente para regular adecuadamente las consecuencias derivadas de toda una serie de daños que tienen lugar en la sociedad contemporánea, generando indefensión para las víctimas de los mismos. Siendo ello así, lo más oportuno sería afrontar una reforma de la regulación de la materia, que marcase límites, pero también pautas claras y precisas a la labor del intérprete.

CARLOS ROGEL VIDE

*Profesor de Derecho civil
en la Universidad Autónoma de Madrid'*

II. SENTENCIAS

A cargo de Jorge CAFFARENA, Juan de Dios DORAL DE MATEO

DERECHO CIVIL

Obligaciones y contratos

1. *Error de hecho en la apreciación de las pruebas*: Dicho vicio «in iudicando» solamente es apreciable cuando se evidencia efectiva divergencia o discrepancia entre lo que expresa un documento o acto auténtico obrante en las actuaciones y los hechos declarados probados por el juzgador que sirvan de sustento a la decisión por él adoptada.

Objeto de la obligación: Nuestro ordenamiento jurídico civil tiende a establecer el objeto de la obligación como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a lo que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato.

Falta del objeto de la obligación: Cuando no puede transmitirse lo que es la esencia del contrato e integra en consecuencia su objeto, es indudable que, en virtud del aforismo «nemo dat quod non habeat», falta el objeto del mismo, con la consecuencia de inexistencia del contrato. (Sentencia de 5 de junio de 1978; no ha lugar.)

HECHOS: Compraventa de empresa exportadora de vinos, cuyas licencias de exportación son intransmisibles. El comprador pide la nulidad del contrato por falta de objeto.

NOTA: Hay que tener presente en el caso examinado que el precio del contrato de compraventa era de diez millones de pesetas y que los derechos intransmisibles (originariamente) de que se hace mención fueron valorados en ocho millones de pesetas, valiendo el resto de los elementos de la empresa transmisibles dos millones de pesetas. El Tribunal llegó a declarar la inexistencia del contrato tras comprobar la falta parcial de su objeto y estimar que dicha parte era esencial que el contrato cumpliera el fin previsto por las partes.

Resulta extraño que en la decisión del supuesto planteado no se mencionara para nada el artículo 1.460 de nuestro Código civil, que en nuestra opinión era el precepto más idóneo para ser aplicado en este caso. En efecto, dicho artículo establece que «si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá

optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido». Si tenemos en cuenta que la doctrina ha venido entendiendo que por pérdida de la cosa hay que entender imposibilidad de la prestación parece claro que el caso aquí planteado podía haberse resuelto aplicando el párrafo segundo del artículo 1.460. Sin embargo, se llega a la misma solución por esta vía que por la seguida por nuestro Tribunal Supremo en el presente conflicto. (J. C.)

2. *Error de hecho en la apreciación de la prueba*: Las certificaciones del Registro de la Propiedad, si bien tienen el carácter de documentos públicos, únicamente hacen fe con autenticidad jurídico procesal respecto al hecho mismo de la inscripción, pero no en cuanto a las manifestaciones que en el asiento se hayan vertido.

Forma del apoderamiento: El apoderamiento no viene sujeto a forma «ad solemnitaten» tal como establece el artículo 1.710, párrafo segundo, de dicho código, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita, sin que a ello se oponga la exigencia formal señalada en el número 5.º del artículo 1.280, norma que, según reiterada jurisprudencia, ni siquiera persigue disponer formas «ad probationem», sino que se limita, en relación con los artículos 1.278 y 1.279, a permitir que los contratantes exijan la constancia por escritura pública del negocio ya celebrado y perfecto. (Sentencia de 6 de marzo de 1978; no ha lugar.)

HECHOS: Mandato para enajenar una finca y revocación (?) del poder una vez celebrada la compraventa, oponiéndose el poderdante a los efectos derivados de la misma.

3. *Opción de compra*: El contrato de opción de compra, de naturaleza atípica y distinto del de promesa bilateral de comprar y vender a que se refiere el artículo 1.451 del C. c., y regido por las disposiciones generales, sobre obligaciones y contratos establecidas en los Títulos I y II del Libro IV de dicho cuerpo legal, precisa para su validez y exigibilidad según la doctrina mantenida de forma constante y uniforme por la Jurisprudencia de esta Sala, la concurrencia y constatación, entre otros, de los siguientes requisitos: 1. Existencia de un convenio expreso entre las partes (art. 14-1 del R. H.), en el que con toda claridad y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1.261, aparezca el concurso de voluntades entre quienes le suscriben, por tratarse de un pacto consensual y la expresión clara y específica de la finca u objeto sobre que recaiga, así como del precio que se fije para su posible adquisición por el optante. 2. Concesión a éste, de modo exclusivo de la facultad de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por la contratante. 3. La fijación de un plazo cierto para el ejercicio de dicha opción por parte de su titular, durante el cual, el concedente u optatario se obliga a no transmitir el objeto pactado, a persona distinta del titular del derecho cuyo plazo, a efectos hipotecarios no debe exceder de cuatro años, según el art. 14 del R. antes citado.

«In claris non fit interpretatio»: Semejante norma interpretativa no debe prevalecer sobre las restantes contenidas en el Capítulo IV, Título II

del Libro IV del mencionado Cuerpo legal cuando aquellas palabras no ofrecen duda alguna acerca de la verdadera intención de los contratantes, puesto que en otro caso, habría de indagarse su significado efectivo y el alcance de las manifestaciones que le sirvan de fundamento, captando su elemento espiritual, sin limitarse a su sentido, aparente, y dando preferencia a la voluntad real de los interesados, sobre lo que gramaticalmente aparezca declarado, sin que en forma alguna, la naturaleza jurídica de lo convenido quede supeditado al nombre que le hayan dado las partes, sino a lo que realmente constituye el objeto del pacto.

Interpretación de los negocios: La interpretación de los negocios jurídicos por ser función propia de los Tribunales de instancia, debe respetarse en casación, salvo que aparezca de modo manifiesto que es equivocada o errónea por contradecir abiertamente la voluntad de los contratantes.

Error en el consentimiento: Para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del C. c., es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece, y que exista un nexo de causalidad entre el mismo y la finalidad que se pretende en el negocio jurídico concertado.

Excusabilidad del error: El error que sea posible evitar con el empleo de una mediana diligencia, no puede ser invocado con éxito por quien haya incurrido en él, para anular su declaración de voluntad, y menos si se trata de persona perita y concedora de la finalidad que se pretende conseguir a través del contrato. (Sentencia de 18 de abril de 1978; no ha lugar.)

HECHOS: Compraventa de finca afectada por un Plan de Ordenación Urbana. El vendedor pide se condene al comprador a pagarle el precio estipulado. El comprador niega que exista compraventa, para él sólo hubo una opción de compra, subsidiariamente formula reconvencción para el caso en que se estimara que el convenio celebrado es una compraventa pidiendo que se declare nula por haber actuado con error.

Derechos reales

Documento auténtico: Las certificaciones del Registro de la Propiedad a efectos de casación no pueden considerarse como documentos auténticos, pues las certificaciones expedidas por los Registradores de la Propiedad sólo hacen fe con referencia al hecho de la inscripción, pero no con respecto al contenido de las manifestaciones hechas en los documentos que las originan.

Reivindicación de inmuebles: Ha de estimarse improcedente la reivindicación de inmuebles cuando se desconoce si éstos se hallan o no incluidos en el título en que la acción se funda.

Justo título: La concreción y determinación de si el terreno que se reclama está o no comprendido en el título, para lo que es necesario fijar la

extensión, cabida y linderos de la finca, afecta y hace referencia al requisito del justo título de dominio, cuya existencia como primer requisito, ha de probar quien pretende reivindicar un bien inmueble.

Cuestión de hecho: La concreción del terreno reclamado es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia, sólo combatible por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC.

«Usucapion secundum tabulas»: En nuestro derecho hipotecario no se admite de forma pura la «usucapion secundum tabulas», fundada exclusivamente en la inmatriculación, por requerirse también la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir, sin que sea suficiente con la presunción derivada de la legitimidad registral, pues se trata de una presunción «iuris tantum» susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. (Sentencia de 28 de enero de 1978; no ha lugar.)

DERECHO PROCESAL

1. *Cuestión de competencia: cláusula de sumisión:* La acción ejercitada es la personal derivada de un contrato de seguro contra incendio, que se alegaba suscrito por la compañía demandante y el demandado, en cuyas condiciones generales se establece que, en lo referente a las cuestiones que se planten con ocasión del cumplimiento de dicho contrato serán competentes los Tribunales del domicilio social de la compañía.

Principio de prueba: documentos firmados, aunque impugnada su legitimidad: Una constante y reiterada Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que presentándose con la demanda de que se trate un documento que se dice firmado por el demandado, constituye un principio de prueba, aunque éste niegue la existencia del contrato y la autenticidad de la firma o redarguya de falso el documento, porque a pesar de esa negativa constituyen los documentos que se aleguen firmados, principios de prueba a los efectos de resolver la competencia, dado que su autenticidad sólo puede discutirse y aprobarse al tratar del fondo del asunto. (Sentencia de 16 de enero de 1978; cuestión de competencia.)

2. *Competencia: cláusula de sumisión:* Existe una cláusula sumisoria en los albaranes de entrega de la mercancía firmados por la parte que plantea la cuestión, aportados con la demanda y que constituyen un principio de prueba por escrito, de apreciación a los solos efectos competenciales, al no haber sido su autenticidad impugnada cláusula perfectamente válida para reunir los requisitos de renuncia clara y terminante de las partes a su fuero propio y precisa designación del Juez a quien se someten.

Temeridad: Dada la temeridad que supone el promover cuestión de competencia, no obstante la sumisión convenida, procede la imposición de costas, al promotor de la misma. (S. de 19 de abril de 1978; cuestión de competencia.)

3. *Competencia: momento de la proposición:* Es reiterada la Jurisprudencia que proclama que hay que atender al momento en que se promueve

la competencia, para determinar si lo ha sido en momento oportuno, sin que a ello obste que el oficio inhibitorio se reciba después de que haya ganado firmeza la resolución que pretende poner término al litigio.

Cheque: La acción que entabla el demandante, con la que inicia el procedimiento ejecutivo, tiene su base en dos talones bancarios nominativos fechados en M., expedidos por el librador, contra la Banca M., sucursal de M., y que fueron protestados, también en M.; por lo tanto, el lugar de cumplimiento de la obligación de su pago es esta ciudad, pues la doctrina relativa a las cambiales es aplicable a los cheques, en virtud de la remisión del artículo 543 C. Co. (S. de 29 de abril de 1978; competencia.)

4. *Arbitraje de equidad: exceso de jurisdicción:* Para que pueda prosperar el recurso de nulidad, establecido en el artículo 3.º de la L. de 22-XII-1953, contra los laudos dictados por los árbitros de equidad, fundado en el extremo 2.º del núm. 3.º del artículo 1.691 LEC, es preciso que dichos señores hayan rebasado en su actuación el mandato que les fue conferido en la correspondiente escritura de compromiso, extralimitación que deberá acreditarse a través de un proceso comparativo entre los términos consignados en aquella escritura y los pronunciamientos contenidos en el laudo.

Puntos no sometidos: La decisión de los árbitros, deberá ajustarse a las declaraciones contenidas en el compromiso, sin extenderse a otras diferentes, que no pueden darse en modo alguno por sobreentendidas. (Sentencia de 2 de febrero de 1978; ha lugar.)

Pactado en el compromiso la liquidación de cuentas entre dos compañías litigantes, el laudo practicó no sólo la liquidación de las cuentas procedentes de las dos compañías, sino además la de otra distinta que para nada se menciona en el documento público.

5. *Laudo de equidad: fuera de plazo: solicitud de prórroga pactada:* La solicitud de prórroga fue hecha sin que los tres Arbitros designados se hubiesen constituido adquiriendo la calidad legal de tales y sin que, consiguientemente, estuvieran autorizados no ya para emitir el laudo, sino ni siquiera para pedir se prorrogase el plazo fijado para hacerlo. (Sentencia de 27 de febrero de 1978; ha lugar.)

En la escritura de compromiso se pactó que el laudo se dictase antes de las doce de la noche del día 30-XI-1976, a no ser que cualquiera de los Arbitros solicitase una prórroga por un mes, pero uno de los tres árbitros no aceptó su cargo hasta el día 27-XII-1976.

6. *Interpretación:* La interpretación de la Sala de instancia, que constituye la premisa determinante del fallo recurrido, ha de ser respetada en casación, si no se demuestra, por modo evidente y notorio, el error del juzgador, según tiene declarado reiteradamente esta Sala. (Sentencia de 28 de febrero de 1978; no ha lugar.)

7. *Casación: tercera de mejor derecho: sistemas prelación créditos:* El párrafo 3.º del artículo 1.924 C. c. establece dos clases de preferencias, excluyentes entre sí.

Escritura pública: Cuando el tercerista inicia de tercería exhibiendo sólo, la preferencia de su título, escritura contra la del ejecutante que se anticipó a entablar el ejecutivo, tendrá que acogerse al primero de los grupos enunciados en el artículo 1.924, 3.º C. c.

Sentencia firme: Cuando el tercerista, con anterioridad a promover la tercería, se lanzó a iniciar un ejecutivo para hacer efectivo su crédito y cuando en él se ha pronunciado sentencia de remate y plantea la tercería contra otro ejecutivo también en marcha, en tal caso, precisamente por su condición de litigiosa, determina el apartado B, del núm. 3.º, del artículo 1.924 C. c., y que el crédito se convierte en litigioso desde el momento en que se plantea el ejecutivo, es indudable.

Firmeza-notificaciones: Es auténtica la diligencia de notificación a uno de los suscriptores de la póliza, pero se incurre en el error de creer que la sentencia ganó firmeza a partir de dicha notificación, sin caer en la cuenta de que había otra suscriptora de la póliza, demandada en el ejecutivo, que al estar rebelde hubo de notificarse la resolución por el «B. O.». (Sentencia de 6 de marzo de 1978; no ha lugar.)

8. *Casación: tasación de costas en juicio ejecutivo:* Por imperativo de lo dispuesto en el núm. 3.º, del artículo 1.694 LEC, y de la reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, a cuyo tenor, no teniendo lugar la casación en el fondo en los juicios ejecutivos, con mayor fundamento no procede en los incidentes de los mismos, incurriéndose, por lo tanto, en la causa de inadmisión 3.ª del artículo 1.729 LEC. (Sentencia de 14 de febrero de 1978; no ha lugar.)

9. *Casación: sentencia absolutoria: incongruencia:* Las sentencias que absuelven de la demanda son congruentes, al entenderse que resuelven todas y cada una de las cuestiones planteadas en la «litis», con la sola salvedad de que lo sean por estimar una excepción que no fuese alegada ni estimable de oficio. (S. de 10 de febrero de 1978; no ha lugar.)

10. *Casación: Defectos formales.*—La claridad y precisión que ineludiblemente ha de existir en todo escrito de formulación de un recurso de casación son incompatibles con la conjunta alegación de dos o más de los conceptos de infracción que señala el núm. 1.º del artículo 1.692 LEC.

Interpretación errónea: Aplicación indebida.—La interpretación errónea supone la exégesis equivocada de un precepto legal aplicado y la indebida aplicación deviene de relacionar e incluir unos hechos dentro de ámbito de una norma legal que inexactamente ha sido aplicada. sin deberlo ser.

Error de derecho.—El error de derecho se da cuando se infringe un precepto legal, valorativo de un determinado medio probatorio, no reconociendo a éste la eficacia que la Ley le concede, lo que supone la necesidad de citar, de modo directo y expreso, concreta y singularmente la norma valorativa infringida y el concepto en que lo haya sido.

Principios valorativos.—Los artículos 1.249 y 1.253 C. c. carecen de prin-

cipios sobre valoración de pruebas impuestas por la ley al juzgador. (Sentencia de 27 de febrero de 1978; no ha lugar.)

11. *Casación: Litisconsorcio pasivo necesario.*—Para poder decidir si la relación jurídico-procesal que se enjuicia está correctamente constituida, es necesario examinar, en primer lugar, cuál es la relación de derecho material que es objeto del proceso, y en segundo término quiénes son las personas directamente interesadas en tal relación, que pueden resultar afectadas por el fallo que en tal proceso se pronuncie.

Mandatario: Siendo la esencia del mandato, el actuar por encargo y cuenta de otro, las acciones del mismo derivables en favor de tercero, sólo se dan contra el mandante y no contra el mandatario. (Sentencia de 16 de febrero de 1978; no ha lugar.)

El objeto del proceso es la validez de dos contratos, firmados entre el actor y reconvenido y una S. A. El actor alega falta de litisconsorcio pasivo por no haber sido emplazado el mandatario de la S. A. y signatario de los contratos.

12. *Casación: Tercería de mejor derecho: Créditos privilegiados.*—El artículo 1.924 número 3.º C. c. atribuye preferencia a «los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública (o pólizas intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio, según reitera jurisprudencia de esta Sala) o por sentencia firme, si hubieran sido objeto de litigio», por tanto no es el crédito en sí lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer este reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica en uno de esos documentos.

Fecha póliza crédito: Documento o Certificación.—Si el derecho del Banco tercerista se basa en la póliza de crédito suscrita el 14-XI-1970, es evidente que en esa fecha quedó constituida la obligación de los acreditados de devolver, en su día, pues hallándose documentado el crédito en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, no puede discutirse que existe desde que la operación fue concertada, y en todo caso desde su vencimiento.

Certificación de Agente de Cambio y Bolsa.—La certificación del Agente de Cambio y Bolsa acredita, a los solos efectos de despachar la ejecución, que el certificado expedido por el Banco concuerda con los libros y asientos de éste. No son aplicables al Juicio de Tercería requisitos y exigencias del juicio sumario ejecutivo. (Sentencia de 1 de marzo de 1978; ha lugar.)

13. *Quebrantamiento de forma: Legitimación procesal-legitimación causal.* Se confunde la personalidad del procurador —consecuencia de la legitimación procesal, acreditada con el poder presentado— con la legitimación causal, concretada en este caso a dilucidar si aquel que otorgó el poder estaba o no en condiciones jurídicas sustantivas de otorgarlo, lo que no es una cuestión de forma, sino de fondo que excede del cauce procesal en que se formula.

Diligencia para mejor proveer.—Con acierto y haciendo uso de la facultad que para estos casos concede el artículo 340 LEC, el Tribunal a quo

acordó, como diligencia para mejor proveer, unir a los autos la discutida escritura cubana de otorgamiento de poder, de la que sin duda alguna resulta que lo dicho no es exacto, en cuanto que en aquélla consta expresamente la requerida legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores, por lo que no es que la Sala sentenciadora haya subsanado defecto alguno en cuanto al poder presentado, sino que se limitó a constatar el error, resolviendo la disputa que en relación con el mismo se había suscitado.

Fallecimiento de un mandante.—Estando vigente la sustitución del poder habrá que estar al que otorgó el sustituto, que es el auténtico poderdante del procurador que actúa, en relación con el cual es imposible alegar el supuesto del artículo 9 LEC, sin que por otra parte consten ni siquiera se conozcan las repercusiones que el fallecimiento de uno de los sustituidos pueda tener de acuerdo con la legislación del país donde se otorgó, teniendo que ser de forzosa aplicación en España, en el entretanto, la norma del artículo 1.738 C. c.; todo lo cual es indudable, que además afecta a cuestiones ajenas por completo al quebrantamiento de las formas del Juicio que se pretende. (Sentencia de 29 de mayo de 1978; no ha lugar.)

Un matrimonio de cubanos otorgó poder en Cuba, siendo su apoderado el que otorga el poder para pleitos. Se discutía la falta de legalización por el M. de Asuntos Exteriores, del poder cubano, así como se alegaba la muerte de uno de los cónyuges cubanos.

Quebrantamiento de forma: Procurador sin poder.—Habiéndose personado en la Primera Instancia el procurador de la demandante en nombre de ésta, sin poder otorgado que le confiriera su representación, contravino lo dispuesto en los artículos 3 y 503 LEC. (Sentencia de 31 de enero de 1978; ha lugar.)

14. *Revisión: Fuera de plazo.*—Uno de los requisitos de inexcusable cumplimiento establecido en el artículo 1.798 LEC, para la prosperabilidad del presente recurso, aplicable a todos y cada uno de los motivos consignados en el artículo 1.796 LEC, es el que se ha de interponer en el plazo de tres meses, computado en la forma que se especifica en aquel precepto. (Sentencia de 10 de marzo de 1978; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 2.400,— pesetas
Extranjero, 2.600,— pesetas
Número suelto: España, 700,— pesetas
Extranjero, 900,— pesetas