

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXI
FASCICULO I

ENERO-MARZO
MCMLXXVIII



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 NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

RODRIGO URIA 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

MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: <i>¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?</i> ...	3
JOSÉ MARÍA ESPINAR VICENTE: <i>Algunas reflexiones sobre el Derecho matrimonial español. En torno a dos recientes resoluciones de la D.G.R.N.</i> ...	37
JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ: <i>Permutas forzosas de finca rústica</i> ...	57
JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DEL VALLE: <i>El sistema matrimonial español, situación actual y perspectivas de reforma</i> ...	71

Vida Jurídica

Noticias:

<i>In Memoriam. Don Blas Pérez González, por Antonio Hernández Gil</i> ...	111
<i>Unidroit. El segundo congreso de Derecho privado, por R.</i> ...	113

Bibliografía

Libros	121
--------	-----

- DE LOS MOZOS, J. L.: *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—FERNANDEZ COSTALES, JAVIER: *El contrato del arquitecto en la edificación*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—HERRERA CATENA, JUAN: *Responsabilidades en la construcción, responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—MARTINEZ CALCERRADA: *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, por Jesús Díez del Corral Rivas.—PEREZ SERRANO, NICOLAS: *Tratado de Derecho político*, por R.—SALINAS QUIJADA, FRANCISCO: *Derecho civil de Navarra*, por Amadeo de Fuenmayor.—SUAREZ FRANCISCO: *Le legibus*, por R.

Revista de revistas

A cargo de José Ramón Antón Riesco	151
------------------------------------	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico y Ortiz	165
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia

I Sentencias Comentadas

1. *La inaplicabilidad de la constitución de servidumbre por signo aparente en Cataluña*, por José Bonet Correa
 2. *La zona marítimo-terrestre*, por Pedro Elizalde Aymerich
- | |
|-----|
| 193 |
| 201 |

II Sentencias

210

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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 XXXI
FASCICULO 1

ENERO-MARZO
MCMLXXVIII



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

S E R I E 1.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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**

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

¿Existen Propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?

MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO

Fiscal

SUMARIO: 1.^º Las Propiedades horizontales "de facto".—2.^º Las Urbanizaciones: Naturaleza jurídica.—3.^º La Propiedad horizontal superficiaria.—4.^º Las construcciones realizadas al amparo de la reserva del "derecho de levante".—5.^º Los edificios meramente proyectados o en construcción.—6.^º Otros supuestos: *a*) De pisos o apartamentos situados en un mismo plano; *b*) De bloques construidos en un solar único que ha quedado totalmente ocupado por las edificaciones; *c*) De las casas empotradas o "a caballo"; *d*) De comunidades ordinarias con pacto de disfrute por cada comunero de algún piso o local que sigue perteneciendo a la Comunidad; *e*) De Sociedades que atribuyen a los socios estatutariamente el disfrute de pisos o apartamentos que pertenecen a la Sociedad.—7.^º Naturaleza jurídica de la Propiedad de plazas de Garaje: *a*) Garaje como anejo del piso o local; *b*) Garaje como parte privativa principal a título de local; *c*) Garaje como parte privativa comunitaria *d*) Garaje como espacio delimitado independiente de los pisos o locales y con titulares total o parcialmente distintos de los que lo fueran de aquéllos.—8.^º Naturaleza jurídica de la Propiedad horizontal por períodos.—9.^º Naturaleza jurídica del usufructo simultáneo de edificios con pacto de que cada cotitular detente el uso y disfrute de un apartamento o local.

¿Existen Propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?
He aquí un muy interesante aspecto de una de las figuras más importantes en el desarrollo de la actual sociedad urbana, la P. h., al que vamos a dedicar nuestra atención en el presente trabajo.

Y como parece lógico, a la vez que obligado, iniciaremos el mismo con unas breves referencias al término, que sirve de base a este estudio: la "atipicidad".

Si lo "típico" en un sentido jurídico-gramatical es aquello que sirve para designar o expresar *lo que incluye o lleva en sí la esencia y caracterización de algo* —cosa, figura, institución, etc.—, la "atipicidad" encuanto término compuesto por el objetivo "típico" y la partícula inseparable "a", denotadora de negación o privación, es

evidente lleva en sí una idea bien de excepción bien negadora de las notas que constituyen la esencia del concepto *tipo*.

Resulta, pues, de lo que acabamos de indicar y de la expresión "atípicas" con que hemos adjetivizado a la P. h. en el epígrafe del presente estudio, que esas *propiedades* suponen una excepción a la regla general representada por la que pudieramos llamar P. h. "ordinaria o común", lo que a su vez nos permite inquirir cuál pueda ser esa especialidad o excepción "destipificadora" (1).

(1) La "tipicidad" y su concepto originario, "el tipo" o la "tipicidad", aun cuando manejados con harta a la vez que reprochable frecuencia en el ámbito del Derecho privado y de modo muy especial en la esfera de los "negocios jurídicos", no ha merecido un adecuado estudio ni tan siquiera una explicación técnico-jurídica hasta la obra de CASTRO LUCINI, *Los negocios jurídicos atípicos*, publicada en la "Rev. D. Not.", 1974, especialmente páginas 10 y sigs.

Ello ha dado lugar a que, en nuestro modo de ver, dicho concepto —o término, como se prefiera— haya venido siempre empleado en la mayoría de las ocasiones a título de lo que bien pudieramos llamar "frase hecha", posiblemente con la finalidad de eludir en la generalidad de los supuestos en que se emplea enfrentarse directamente con el problema y de modo especial cuando el mismo viene directa e inmediatamente dirigido a delimitar la naturaleza jurídica de la institución o figura a la que se "atipifica". Viene, por tanto, a constituir en estos casos lo que muy bien podría calificarse de "remedio cómodo" para eludir enfrentarse directamente con el problema.

Para no incidir en este reprochable defecto y tomando como base la citada obra de CASTRO LUCINI, nos vamos a permitir unos breves comentarios sobre el tema.

De acuerdo —en principio al menos— con dicho autor, en que originariamente el referido concepto tuvo su único a la vez que adecuado empleo en el campo del Derecho penal, pudiendo acaso haber sido el primero o uno de los primeros en emplearlo BELING.

Mas hemos de indicar que en nuestro modo de ver, el examen que del mismo se hace en las cits. págs. 10 y sigs. se encuentra demasiado "penalizado" a la vez que "negociado". Y decimos esto, por cuanto opinamos que el autor para la construcción del concepto "atipicidad" parte de unos principios demasiado inmersos en el ámbito conceptual del Derecho penal, y acaso excesivamente referidos a la temática del "negocio jurídico" privado, lo que en nuestra opinión hace más difícil de acomodar la "atipicidad" a otras instituciones ius-privatísticas no negociales, como por ejemplo la P. H.

Así, nos dice CASTRO LUCINI —pág. 11—, que "negocio jurídico atípico es el que no está configurado por la ley especialmente", lo que parece reconducir el concepto "atipicidad" sólo al campo de los "negocios jurídicos" a la vez que al del Derecho positivo. No podemos aceptar tal proyección, si es que efectivamente el autor comentado la tuvo en su mente, por estimar que existen instituciones que aun no estando recogidas en nuestro Código civil no merecen, sin embargo, la cualificación de "atípicas", tal acontece, por ejemplo, con la conocida cláusula "rebus sic stantibus", con la "asunción de la deuda", e incluso, acaso, con los llamados "vuelos charter", de evidente existencia en la práctica aeronáutica y que, sin embargo, no aparecen recogidos en los textos legales, sin que por ello ninguna de dichas figuras haya merecido la calificación de "atípicas".

Esta *positivación* de la "tipicidad" —y claro es, de la "atipicidad"— que parece hacer CASTRO LUCINI, implica en nuestra opinión una evidente influencia del Derecho penal en el que no se admiten más delitos que los previamente tipificados en los códigos penales. Y como la anterior, hemos de rechazar igualmente esta idea, si es ella también la que tuvo en cuenta el citado autor. Y la rechazamos porque, en nuestro modo de ver, se ha olvidado que una cosa son los *tipos* penales de necesaria e ineludible ubicación en

Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo, la cuestión no se presenta fácil, por cuanto, además de las dificultades ofrecidas por ciertas manifestaciones de P. h. que estudiaremos, el problema de resolver si alguna de ellas son o no manifestaciones "típicas" o "atípicas" de dicho régimen de propiedad, ofrece de por sí evidente complicación.

Procederemos, por tanto, a examinar una serie de proyecciones de la P. h. que se han observado en la práctica socio-urbanística de nuestras ciudades, a fin de intentar resolver si las mismas constituyen o no supuestos de "atipicidad", tal acontece con la por nosotros denominadas "Propiedad horizontal *de facto*", con los pisos meramente proyectados, con las "urbanizaciones", los "garajes", la llamada "Propiedad horizontal por períodos", etc.

1.º *Las propiedades horizontales "de facto"*.—Teniendo en cuenta que en nuestro modo de ver el llamado por la Ley de P. h. de 1960 "título constitutivo" —art. 5.º-I—es elemento esencial para que nazca dicha institución (2), resulta evidente que, en tanto el mismo

esos catálogos de figuras punitivas que son los códigos penales, y otra muy distinta las "relaciones jurídico-privadas", que no necesitan otra tipicidad que la caracterológica y estructural.

Reiteramos, pues, la opinión que expusimos en el texto respecto de los conceptos de "tipicidad" y "atipicidad", por considerarla más acomodada tanto a las relaciones de Derecho privado como a una Teoría General del Derecho.

(2) Ver nuestra ob. *La Ley de P. H. en el Derecho español*, 2.ª ed., 1973, págs. 221 y sigs.

No es ésta, sin embargo, la única posición que en orden al "título constitutivo" se mantiene por nuestra doctrina científica, pudiendo consultarse sobre el tema, entre otras, las obras de BATLLÉ VÁZQUEZ, *La propiedad de casas divididas por pisos*, 7.ª ed., Alcoy, 1973; ZANÓN MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1964, pág. 415, e incluso el mismo MONET ANTÓN, en *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de P. H.*, en "Estudios de Der. Not.", Secc. 2.ª, Vol. I, Madrid, 1962, pág. 273. Para todos los indicados, el "título constitutivo" tiene carácter exclusivamente formalista, reconduciendo su concepto al de "documento en que constan los requisitos y circunstancias de hecho e incluso de derecho, que motivan el nacimiento y configuración de la P. H.".

Existe, a su vez, la que llamaremos "postura negocial con proyección formalista", que parte de considerar el "título" como un negocio documentado, posición entre cuyos representantes cabe citar a MONEDERO GIL, *El título constitutivo de la P. H.*, en "Rev. Pretor", 1964, pág. 506-B, y con más o menos variantes, a ALVAREZ ALVAREZ, *El título constitutivo de la P. H.*, en los cits. "Estudios Der. Not.", Vol. II, Madrid, 1965, págs. 434 y sigs.

No faltan tampoco quienes estimen que el "título constitutivo" no es, en realidad, otra cosa que un *negocio jurídico*, tesis que parece también mantener, no obstante, lo que hemos indicado en el párrafo 3.º de esta nota, MONEDERO GIL, en págs. 504 y sigs. de su cit. ob., y especialmente en la pág. 500, así como ESCRIVÁ DE ROMANI, en *Lo imperativo y lo dispositivo en la P. H.* Conf. pronunciada en el Col. Nac. Registradores de la Propiedad el 28 abril 1967 y publicada en "Rev. Der. Not.", 1967, pág. 1238 principalmente.

Por último, hemos de aludir a la tesis que con criterio más bien ecléctico parece distinguir entre un concepto restringido del "título", considerando que el mismo no es otra cosa que el "documento en el que se hace constar el acto jurídico que da vida..." a la P. H. y el concepto amplio bajo el

no se otorgue, la P. h. no puede surgir al mundo de las relaciones jurídicas.

Mas como la realidad nos está mostrando constantemente situaciones de hecho en las que aparece la existencia de edificios divididos por pisos y vendidos como tales a distintos propietarios, con sus elementos comunes e incluso hasta sus Estatutos, pero sin que el "título constitutivo" se haya otorgado, el problema radica en determinar cuál pueda ser la naturaleza jurídica de estos supuestos fácticos, así como el derecho aplicable a los mismos.

Para quienes rechazan la construcción conceptual de "título constitutivo" como elemento esencial para el nacimiento "ex iure" del régimen de P. h., resulta evidente que tales situaciones son de P. h.

Nosotros, sin embargo, rechazamos tal idea, al estimar que dicha figura no puede surgir al mundo de las relaciones jurídicas en toda su plenitud *ius-positiva* hasta tanto el "título" se haya otorgado (3).

No implica, sin embargo, esta afirmación que tales situaciones queden al margen del Derecho ni siquiera jurídicamente desamparadas, máxime si, como hemos indicado, son muy frecuentes en la vida social y necesitan de una solución.

Por ello, nos inclinamos a considerar las mismas como supuestos de hecho en los que falta lo que bien pudieramos llamar *investidura jurídica*, razón por la cual no puede decirse que constituyan auténticas y verdaderas manifestaciones de P. h., bien que aparenten serlo.

Mas como a estas situaciones fácticas han de aplicarse necesaria e ineludiblemente unas normas, tanto para su mejor gobierno como para restablecer el orden perturbado en los supuestos de violación, desconocimiento e ignorancia de sus principios, se hace preciso inquirir cuál puedan ser aquéllas (4).

que comprenden "... ese acto jurídico que da lugar al nacimiento..." de dicho régimen jurídico. Es la tesis de FUENTES LOJO, en *Suma...*, T. I, pág. 656.

La idea del "título constitutivo" como elemento formal esencial para el nacimiento de P. H., parece haber sido la fundamentalmente mantenida en el I Simposium sobre P. H. que se celebró en Valencia en octubre de 1972, organizado por las Cámaras Oficiales de Propiedad Urbana, y más concretamente quien lo mantuvo fue la Quinta Comisión, a la que correspondió el tema y que se manifestó sobre el mismo diciendo: "En este punto plantea la Ponencia la cuestión de si este título formal *es necesario* y, al mismo tiempo suficiente para que surja el régimen que nos ocupa, *pronunciándose por la solución afirmativa*, con independencia de que diversos actos jurídicos, especialmente "mortis causa", puedan dar lugar a la situación de P. H., en cuyo caso, *pese a la falta de título de constitución*, se regirán por las disposiciones que rigen la P. H...."

Vemos, pues, que argumentalmente al menos y con claridad evidente, parecen otorgar los partidarios de esta última posición a estas situaciones la misma consideración que nosotros, esto es, la de "situaciones de facto".

(3) Vid. sobre ello nuestra cit. ob., pág. 245, principalmente. Es, por otra parte, la idea de que, como indicábamos en nota anterior, parece seguir la Comisión Quinta del Simposium cit. de Valencia.

(4) Llamamos a estos efectos la atención sobre unas afirmaciones hechas por DE LA CÁMARA en la Conferencia pronunciada el 9 de mayo de 1973 en el I. C. N. Registradores de España, sobre la "Insuficiencia normativa de la

A tales efectos cabría indicar, a título de mera posibilidad, la aplicación de la normatividad peculiar de la Comunidad contenido en el Título III del Libro II del Código civil (arts. 392 y sigs.). No podemos, sin embargo, aceptar tal solución, por cuanto en estas situaciones de hecho lo esencial no es la copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, sino la propiedad privativa de los pisos o

“Ley de P. H.” (esta Conf. se encuentra íntegramente recogida en el “Curso de Conferencias...”, publicado el cit. año 1973, págs. 33 y sigs.).

Nos dice DE LA CÁMARA, con su habitual maestría y ágil intelecto, que no le “... parece acertado sostener que surgida ‘una situación fáctica’ se puedan aplicar, en ausencia de título constitutivo, los preceptos de la Ley por analogía y afirmar, al propio tiempo, que tal ‘situación es de hecho’...” (pág. 77 ob. cit.).

Muy ingenioso y hábil es el razonamiento. Mas, no obstante nuestra profunda admiración por tan gran maestro cuyas tesis hemos seguido en ocasiones —así en nuestra tesis doctoral sobre la “Renuncia a la Sociedad de gananciales...”, publicada en la “Rev. Der. Not.”, núms. 28/1960 y 35/1962, especialmente en el último número al tratar del art. 1.364 Cod. civ.—, no podemos aceptarlo por estimarlo sofístico. Para no serlo, cosa que estamos dispuestos a aceptar en todo momento, sería preciso otorgar la misma consideración y consiguientemente aplicar idéntico razonamiento a todas aquellas figuras que, careciendo de reconocimiento legal y siendo por lo tanto estrictamente “de hecho”, vienen recogidas por la generalidad de la doctrina científica entre cuyos representantes se encuentra el autor a que nos estamos refiriendo; tal acontece, por ejemplo, con la herencia yacente creación doctrino-jurisprudencial y, consiguientemente, mera situación fáctica; y con las sociedades irregulares o sin personalidad —puede verse sobre ello DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, págs. 62-63— que carecen de existencia legal y a las que, sin embargo, según dicho ilustre civilista, se aplican las normas de la Sociedad, etc.

Por otra parte, no debemos olvidar que después de la reforma que en el Título preliminar del Cod. civ. introdujo el Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón” —art. 3.º, 2—.

De acuerdo con lo indicado y a la vista de éstas y otras situaciones de puro hecho que tanto en nuestro Derecho como en el de todos los países existen, cabe preguntar: ¿es que la aplicación de una norma jurídica a las mismas a título analógico y para solucionar sus problemas jurídicos supone que ya no pueda hablarse de situaciones de hecho? ¿O es que un supuesto de hecho deja de serlo si se aplica al mismo por analogía algún precepto legal?

Hemos también de indicar, en apoyo de la tesis por nosotros mantenida, que la existencia de estas situaciones de hecho viene admitida por la doctrina jurisprudencial para el régimen de P. H., recogiendo así las realidades y exigencias de la vida social. Así podemos verlo en la S. T. S. de 22 junio 1972, al menos en forma argumental; en las de la Aud. de Madrid de 20 octubre 1969 y 14 junio 1972 —en esta última también argumentalmente—, así como en la Aud. de Barcelona de 1 marzo 1972.

Por último, y en relación con el tema de las “situaciones de facto” en la P. H., es interesante citar la Res. del Trib. Econ.-Admin. Central de 24 octubre 1974 (vide en R. C. D. I. núm. 513/1975, págs. 479 y sigs.), que nos dice, entre otras, cosas como la siguiente: “... la existencia de ese régimen singular requiere inexcusablemente el previo otorgamiento del título constitutivo del mismo...”, lo que lleva directamente a la consecuencia que de no existir dicho “título” nos hallaremos —quierase o no— a presencia de una situación de puro hecho.

locales (5). Igualmente, nos parece difícil, desde el punto de vista de la técnica jurídica, aplicar las normas contenidas en nuestro Código civil para el contrato de Sociedad.

Nos inclinamos, por tanto, a aplicar, haciendo uso de la analogía, las normas de la Institución más semejante a estas situaciones puramente fácticas, o sea, las de la P. h.

2.º *Las urbanizaciones*.—En el I Simposium que sobre la P. h. se organizó en Valencia, y al cual hemos aludido, se llevó a cabo un estudio de “las urbanizaciones” ante el auge y escasa reglamentación que de las mismas existía (6).

En nuestra opinión, los dos primeros aspectos a considerar en relación con el tema son el relativo a la determinación del concepto “urbanización” y el de su razón de ser.

Comenzando por este último diremos que, en nuestro modo de ver, la motivación de las llamadas “urbanizaciones” ofrece esta doble dimensión: a) La que llamaremos “geográfico-psicológica”; y b) La que pudiera denominarse “objetivo-jurídica”.

a) *La primera de ellas (“geográfico-psicológica”)* es una consecuencia de la necesidad que siente el individuo encerrado en esas denominadas “junglas de asfalto” que son las grandes ciudades, de liberar su fatigado espíritu “huyendo” los fines de semana a lugares geográficamente distantes de las “cárcel” ciudadanas.

b) *La “objetivo-jurídica”* viene representada por la generalizadísima costumbre de acotar mayores o menores extensiones de terreno que van a constituir la “urbanización”, y que posteriormente se van enajenando por metros, pies, etc., para construir edificios destinados al descanso de sus propietarios, dotando al conjunto de unos elementos y servicios comunes cuyo régimen jurídico conviene regular de la forma más perfecta y adecuada.

Y pasamos al otro aspecto de la figura que estamos contemplando,

(5) No obstante nos consideramos en la obligación de recordar que la propia Ley de P. H., en su art. 12-VI, admite la posibilidad de que siendo cuatro o menos de cuatro los propietarios del inmueble, puedan acogerse al régimen de administración establecido en el art. 398 del Cód. civ.

(6) Concretamente el tema de las “urbanizaciones” viene recogido, entre otros, en los siguientes trabajos: CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la Legislación sobre P. H.*, “Rev. Der. Priv.”, junio 1971, págs. 595 y sigs.; CHICO ORTIZ, *Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad*, “R. C. D. I.”, núm. 484/1971, págs. 481 y sigs.; SAPENA TOMÁS, J., *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*, “Rev. Der. Not.”, julio-diciembre 1967, págs. 63 y sigs.; DÍEZ PICAZO, L., *Los problemas de urbanización y el marco del derecho de propiedad*, Curso de Conferencias sobre P. H. y urbanizaciones privadas celebrado en el I. C. N. Registradores de España en 1973, edit. por C. E. H., Madrid, 1973. Merece también citarse sobre el tema y dentro de este Curso de Conferencias la pronunciada por DE LA CÁMARA ALVAREZ, sobre “La insuficiencia normativa de la Ley de P. H.”.

Igualmente interesante es el trabajo de MARTÍN BLANZO, J., sobre *Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica*, en “Monografías de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo”, Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, 1973, donde se trata el tema de la P. H. y las “urbanizaciones” en la segunda parte.

o sea, al relativo a la delimitación o determinación conceptual de la misma.

Las "urbanizaciones" son hoy una realidad insoslayable. Y su problemática en extremo interesante, tanto desde el plano de la más estricta técnica como del de la práctica jurídica. En efecto, ¿cuál puede ser la naturaleza jurídica de esos núcleos urbanos? ¿Deberán ser incluidos en el ámbito de la P. h.? Y para el supuesto de que así se hiciere, ¿cómo llevar a cabo dicha inclusión?. Procedamos al estudio de estos interesantes aspectos:

A) *Examen comparativo de la P. h. y la situación representada por las "urbanizaciones".*—El soporte de hecho u objetivo del régimen de P. h. no es necesario exponerlo por ser sobradamente conocido.

En cuanto al de las "urbanizaciones" se puede esquematizar de acuerdo con lo hasta ahora dicho sobre ellas así:

1) *Adquisición de una mayor o menor extensión de terreno en poblado o despoblado —generalmente esto último—.* Dicha actividad adquisitiva puede realizarse a su vez:

a) Por una persona física o jurídica para especular con la reventa.

b) Por una cooperativa o conjunto de particulares que se asocian para construir sus casas de campo, chalets, etc., a la vez que para enajenar parte del terreno adquirido a terceras personas.

2) *Urbanización del terreno adquirido* (trazado de calles, red de alumbrado, conducción de aguas, etc.).

3) *Venta de las parcelas urbanizadas a terceras personas o atribución de las mismas a los cooperativistas o asociados.*

4) *Construcción*, en su caso, de chalets, bungalows, torres, quintas, etc.

5) *Confección de unos Reglamentos* para regular el régimen de la "urbanización".

De las circunstancias y supuestos de hecho que acabamos de exponer, resultan los siguientes *aspectos comunes*, a la vez que *diferencias* entre las "urbanizaciones" y la P. h. típica:

ASPECTOS COMUNES

EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre cada piso, parte de piso o local susceptible de aprovechamiento independiente.

Un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, o sea, aquellos que son necesarios para su adecuado uso y disfrute.

EN LAS URBANIZACIONES

Un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre una parcela de terreno susceptible de aprovechamiento independiente y sobre cada edificio en ella construido.

Un derecho de copropiedad sobre las aceras, jardines y demás elementos comunes necesarios para el más adecuado uso y disfrute de cada edificio o parcela susceptible de aprovechamiento independiente.

DIFERENCIAS

EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La existencia de un *edificio* dividido por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente.

El derecho de cada propietario singular viene limitado por planos horizontales dentro del mismo edificio, los cuales constituyen su piso o local.

EN LAS URBANIZACIONES

La existencia de *un terreno* dividido en parcelas independientes.

La construcción en ellas de chalets, bungalows, etc.

El derecho singular de cada propietario, viene limitado por el espacio de terreno que adquiere, en el que está comprendido su edificio.

Del esquema que acabamos de trazar deducimos que en estas dos figuras existe una clara idea de *horizontalidad*; *por planos* en la llamada Propiedad horizontal, y *sobre un mismo y único plano* en las Urbanizaciones.

B) *Naturaleza jurídica de la propiedad en las Urbanizaciones*.— Tomando como punto de partida que en la propiedad urbanística existe la doble dimensión que hemos indicado de propiedad privativa y comunitaria, llegamos a la en nuestro modo de ver lógica solución de encontrarnos en esta fórmula dominical ante una situación análoga a la que nos muestra la P. h., esto es, ante un supuesto de *propiedad especial* (7).

Por cierto que, con relación a lo que se acaba de indicar, hemos de recordar que por algunos sectores de nuestra doctrina científica al aludir a esta figura la califican de *propiedad más horizontal todavía* (8), lo que nos lleva a la calificación por nosotros indicada de

(7) Así nos hemos manifestado en nuestra cit. ob., pág. 159, y muy especialmente en nota 134.

Esta posición parece ser acogida en nuestra doctrina científica, entre otros, por SAPENA, T., en su *Problemática...*, cit. págs. 93 y sigs., donde, entre otras cosas y con referencia a las "urbanizaciones", nos dice: "... sin paradoja alguna, la Propiedad horizontal es consecuencia de la verticalidad en la construcción, mientras que la urbanística, con propiedades en vertical, lo es de la horizontalidad en su planteamiento. ¿Qué hemos hecho? *Hemos tumbado la propiedad horizontal...*", agregando en pág. 96: "Cierta es que la distinción existe, pero por razones de destino nos hemos identificado con la P. H..."

La proyección hipotecaria de las "urbanizaciones" sobre la normativa de la P. H. la vemos también claramente en MONTOLIO (cit. por CHICO ORTIZ, en ob. cit., pág. 526, nota 58), así como en ESCRIVÁ DE ROMANI, en *Lo imperativo...*, cit. págs. 1242/1243. Por su parte, CAMY, en ob. cit., no rechaza la posibilidad de acudir en estos casos a la P. H., bien que poniendo de relieve las dificultades que para ello existen y que no discutimos.

Por último, y en apoyo de la tesis que sustentamos, cabe aludir a la vigente Ley francesa sobre P. H. de 10 julio 1965, que en su art. 1.º-I hace expresa referencia a lo que en España llamamos "urbanizaciones".

(8) Puede verse esta indicación nominativa en el opúsculo indicativo de los temas a tratar en el I Simposio sobre P. H. celebrado en Valencia, y al que hemos aludido ya anteriormente, concretamente en pág. 6 del mismo.

“Propiedad horizontal atípica”, toda vez que si bien los dos elementos que integran la esencia de la P. h. concurren en las “urbanizaciones”, no podemos olvidar que existen otros aspectos diferentes (9).

Por último, y en apoyo de esta posición, cabe indicar que, según nuestras noticias, en numerosos casos de “urbanizaciones” los Estatutos o Reglamentos de las mismas se redactan tomando en lo posible y a falta de otro sistema mejor los principios fundamentales de la Ley de P. h. de 1960.

Nos atrevemos, por tanto, a interesar, con vistas a una ulterior reforma de la citada Ley, la inclusión de las “urbanizaciones” en el ámbito de la normativa de la P. h. A tales efectos vamos a permitirnos proponer, a título de mero ensayo, que se complete el artículo 396 del Código civil agregando al mismo un párrafo en el que podría establecerse algo parecido a lo siguiente:

“Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a los terrenos destinados a ser vendidos por parcelas para su aprovechamiento independiente, por estar dedicadas a la construcción de edificios uni o bifamiliares, y con elementos y servicios comunes para el más adecuado uso y disfrute de la “urbanización”, tales como piscinas, jardines, carreteras, conducciones de agua y luz, etc.”.

Igualmente en la Ley especial reguladora de la P. h. debería incluirse un artículo en cierto modo semejante al actual 3.º, dedicado a delimitar esta nueva forma de propiedad, acomodándola a la idea que preside dicho precepto.

3.º *Propiedad horizontal superficiaria* (10).—Es posiblemente éste

(9) Cabe, asimismo, citar en apoyo de la tesis que mantenemos la S. de la Aud. de Oviedo de 29 mayo 1973 relativa a un supuesto de compraventa de parcelas en polígono residencial, estimando aplicable la Ley de P. H., así como la S. T. S. de 2 abril 1971, que sobre la base de distinguir entre una Comunidad constituida para construir una “urbanización” y la Comunidad de propietarios en régimen de P. H., atribuye esta naturaleza a la constituida una vez construida la “urbanización”.

(10) Sobre el tema de la P. H. y el Derecho de superficie, por si se estima necesario ampliar conocimientos, podemos citar, sin ánimo de agotar la materia, la siguiente bibliografía: GUILARTE ZAPATERO, V., *El Derecho de superficie*, Pamplona, 1966, especialmente en sus págs. 215 y sigs.; FONT BOIX, V., *El Derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, “Rev. Der. Not.”, 1967, págs. 7 y sigs.; FUENTES LOJO, *Derecho de superficie*, “Rev. J. C.”, 1967, págs. 592 y sigs.; NÚÑEZ-RUIZ, M. A., *Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal y otras figuras afines*, “Rev. Der. Urbanístico”, 1972, págs. 101 y sigs.; DE LOS MOZOS, *La tecnificación del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas*, misma revista anterior, 1972, págs. 13 y sigs.; ROCA SASTRE, *Ensayo sobre el derecho de superficie*, “R. C. D. I.”, 1961, págs. 8 y sigs.; JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Estudios...*, Vol. II, Madrid, 1948, especialmente en págs. 265 y ss.; DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BRISQUE, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión en la propiedad urbana*. Ponencia de la Delegación española en la III Comisión del X Congreso Intern. del Notariado Latino, publicada en “Rev. Der. Not.”, LXIV, 1969, págs. 145 y sigs., y especialmente en la 200 y sigs. El mismo autor toca el

uno de los supuestos menos pacíficos de esa siempre discutida figura que es la P. h.

Y decimos esto, por cuanto estimamos que la doctrina científica actual al examinar el problema a las luces tanto de la Ley de P. h. como de la del Suelo de 1956 (11), ha desorbitado el tema, al igual que hace ya muchos años la doctrina civilista lo hizo con la teoría de la causa. Y así, partiendo de un concepto que ya desde el principio creemos bien pudiera calificarse de abstracto y paradójico, cual es el de la *propiedad superficiaria*, hasta llegar a las alambicadas exquisitesces conceptuales de un *derecho superficiario sobre el vuelo*, o de un *derecho de superficie* no sobre el vuelo, sino *sobre lo ya edificado*, todo o casi todo en las nuevas construcciones merece el calificativo de artificioso y forzado.

Mas procedamos a exponer nuestra opinión sobre el tema a la vez que a desarrollar el por qué de la misma:

a) *Sobre el Derecho de superficie y la artificiosidad de su actual construcción.*—Comencemos por indicar que, en nuestro modo de ver, el derecho de superficie es un concepto “a posteriori” entendido en relación con el de propiedad, que es a estos efectos “apriorístico”.

Queremos con ello indicar que, así como la *propiedad del suelo* es el concepto *a priori* en el que se insertan y del que derivan las diversas facultades e incluso derechos que integran el mismo, cada una de dichas facultades o derechos no tienen inicialmente en sí mismos considerados otra existencia o razón de ser que la del derecho de que forman parte integrante.

Mas es lo cierto que, por virtud de una serie de motivaciones y circunstancias socio-jurídicas, hay momentos en los que dichas facultades y derechos “anejos” o “integrantes” del principal adquieren vida separada y propia e incluso hasta independiente del concepto de que inicialmente formaban parte.

Y esto es, quiérase o no, lo que ha acontecido desde un principio con el *derecho de superficie* como concesión *ad aedificandum* otorgada por el propietario del suelo a otra persona, razón por la cual insistimos en su calidad de concepto *a posteriori* respecto del de propiedad del suelo, que es *apriorístico*.

A su vez, la doctrina moderna sobre la base de ese *a posteriori* superficiario ha construido un *a posteriori* derivado, representado por la *propiedad superficiaria* o sobre la construcción ya levantada que

tema en Conf. pronunciada en el II C. N. Registradores de la Propiedad sobre P. H. y “urbanizaciones privadas”, recogida con otras en una publicación de dicho Colegio del año 1973, siendo el título de la conferencia “La insuficiencia normativa de la Ley de P. H.”, etc.

(11) Nos referimos a esta Ley, la primera sobre reglamentación del *suelo* en nuestra Patria, porque si bien derogada por la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975 y más recientemente aún por el Texto Refundido que de dicha Ley de 1975 se promulgó por Dec. número 1346, de 9 de abril de 1976, es lo cierto que dada la novedad de estas dos últimas disposiciones legales, los autores no se han llegado a manifestar sobre ellas hasta el momento presente.

en la técnica civilista algunos conocen con el nombre de “propiedad separada” (12).

b) *Nuestra posición.*—Tomando como punto de partida para la construcción de nuestra posición sobre el tema lo que se acaba de indicar, la tesis que patrocinamos puede esquematizarse así:

1.^a Existe un derecho de propiedad natural y positivamente *apriorístico*: el que recae sobre el suelo.

2.^a Entre las diversas facultades o derechos complementarios de la propiedad del suelo, se encuentra el que afecta a la posibilidad de construir sobre el mismo, concesión *ad aedificandum* ésta que como cualquiera de las restantes no personalísimas ni intransferibles, pueden conferirse a otra persona. Esta facultad constituye el denominado “derecho de superficie”.

3.^a A su vez, la construcción, plantación o siembra que sobre el suelo se edifica o planta, cabe transferirla a un tercero, surgiendo así lo que un considerable y autorizado sector de la doctrina civilista moderna denomina “propiedad superficiaria”.

Nos encontramos, pues:

I) Con que la regla general es que la propiedad del suelo y de lo sobre él edificado, plantado o sembrado, pertenezca al titular del suelo.

II) Con que, excepcionalmente (13), puede transferirse a terceras personas la posibilidad de construir, plantar o sembrar sobre el suelo, conservando el constructor o plantador la propiedad de lo construido o plantado.

III) Con que, más excepcionalmente todavía, el constructor o el plantador pueden transferir a un tercero la propiedad de lo edificado, plantado o sembrado.

Pues bien, a la vista de todo ello, no acertamos a comprender cómo pueden plantearse problemas de naturaleza jurídica entre la P. h. y el *derecho de superficie*, por cuanto sus caracteres y naturaleza se encuentran perfectamente delimitados, pudiendo, en consecuencia:

1) Concurrir un derecho de superficie y una P. h.

2) Concurrir una propiedad superficiaria y una P. h. (14).

Por el contrario, tanto desde un plano doctrinal como de derecho positivo, estimamos imposible la confusión entre estas tres figuras o manifestaciones, bien que no rechazamos la posibilidad de que en los casos de concurrencia de las mismas puedan plantearse proble-

(12) Sobre este tema puede consultarse RIZZI, *Il condominio negli edifici*, 5.^a ediz., Bari, 1960; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. esp. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, pág. 421. Discrepa SALIS, en *Il condominio negli edifici*, págs. 3 y 4, donde reserva esta denominación para los supuestos en que la propiedad de los pisos o apartamentos se hayan formado sin la preventiva constitución de un derecho de superficie.

(13) Hemos de indicar no obstante, que esta excepcionalidad puede verse muy disminuida hasta casi convertirse en regla general, en los supuestos de aplicación de la Ley del Suelo (arts. 158 y sigs., Ley 19/1975, de 2 de mayo).

(14) Vid. nuestra *ob. cit.* págs. 151-152.

mas de más o menos difícil solución. Más aún en estos supuestos excepcionales, somos de la opinión que será casi imposible (15) puedan surgir cuestiones de carácter conceptual que lleguen a afectar a la diferenciación o indiscriminación de dichas figuras.

4.^a En los supuestos de convergencia o coincidencia de la P. h. y la *superficiaría*, o de aquélla y el *derecho de superficie*, aun cuando conceptual y jurídicamente se encuentren perfectamente delimitadas, estimamos interesante aludir a una cuestión que puede resultar conflictiva; la derivada de la posición que distingue entre "elementos comunes por *naturaleza*" y "por *destino*".

Quienes esto mantienen (16), parecen estar dando a entender que el *suelo*, por el mero hecho de constituir un "elemento común por *naturaleza*", al estar recogido nominativamente en el art. 396 del Código civil, constituye un elemento esencial de la P. h., criterio que no compartimos por estimar que conduciría ineludiblemente a la consecuencia de que sin *suelo común* el régimen de P. h. no podría existir.

Las consideraciones en que nos apoyamos para rechazar dicha construcción son las siguientes:

a) La clasificación de los elementos comunes en "por *naturaleza*" y "por *destino*", parece derivar de la que se hace entre los bienes muebles e inmuebles (17).

Como consecuencia de ello, estimamos muy peligroso acomodarla sin más al sistema de la P. h., toda vez que al atribuirse al *suelo* la cualidad de "elemento común por *naturaleza*", tal carácter se mantendrá *ad aeternitatis* y, por tanto, sin posibilidad de cambio ni aun siquiera por la voluntad de los particulares propietarios de pisos y locales (18) manifestada en la forma prevenida en el artículo 16, 1.^a, de la Ley P. h.

(15) Decimos *casi imposible* por entender que la imposibilidad absoluta no cabe en el Derecho, precisamente por su calidad de Ciencia social y de ser producto humano.

(16) Quien primero hizo uso de esta clasificación de los "elementos comunes" en la P. H. fue el T. S. en su S. de 10 mayo 1965, siendo a partir de la misma recogida por un muy amplio sector de la doctrina científica y la generalidad de la jurisprudencial.

Pese a ello, no acabamos de justificarla y en este sentido nos manifestamos ya en la Conferencia pronunciada con motivo de las jornadas que sobre P. h. tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de Valladolid los días 3-6 de diciembre de 1975.

(17) Esta clasificación iniciada en España por SÁNCHEZ ROMÁN —ver *Estudios...*, T. II, 2.^a edic., Madrid, 1911, pág. 516—, ha sido seguida por DE DIEGO, en *Curso...*, T. II, Madrid, 1923, pág. 453, y también recogida por CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, T. I, Vol. II, 11.^a ed., 1971, pág. 534.

(18) En efecto, según la idea que parece insita en la S. T. S. a que nos estamos refiriendo, el elemento común por *naturaleza* es aquél que siempre merece tal calificativo, toda vez que habiendo partido de la clasificación de los bienes inmuebles en "por *naturaleza*", "destino", etc., y mereciendo en ella tal calificación únicamente el suelo, éste nunca puede dejar de ser inmueble.

Por otra parte, a reforzar esta conclusión contribuye el hecho de que si la cualidad de *común* es *natural* de la cosa u objeto y a su vez lo *natural*

b) El suelo puede no ser común, afirmación ésta que no constituye una mera elucubración científica ni doctrinal por cuanto se apoya en la existencia real e indiscutible del *derecho de superficie* consagrado en el artículo 1.611-III del Código civil; 171 y siguientes de la vigente Ley del Suelo de 1976; 107, número 5.º, de la Ley Hipotecaria, y 16 de su Reglamento, etc.

Es evidente que en tales casos nos hallaremos a presencia de un *derecho de superficie* y un derecho de P. h., perfectamente delimitados y conservando por regla general cada uno su sustancialidad.

4.º *Las construcciones realizadas al amparo de la reserva del "derecho de levante"* (19).—Quede claramente determinado que una cosa es el *derecho de superficie* que acabamos de examinar y otra la facultad o *derecho de elevar pisos sobre una construcción ya existente*.

La doctrina científica ha discutido en nuestra patria el llamado derecho de elevación, concretamente su naturaleza jurídica, manteniéndose a estos efectos posiciones que van desde considerarlo un verdadero derecho a una simple expectativa, siendo la primera de estas construcciones la más generalizada (20).

La esencia de esta figura radica en nuestro modo de ver en la forma de constituirse y aun mejor, en las circunstancias motivadoras de su aparición en el mundo de las relaciones jurídicas.

Nos explicaremos. Entre otras posibles manifestaciones, el llamado derecho de elevación o levante de pisos puede adoptar las siguientes formas:

a) Quedar reservado al constructor del edificio que se va a dividir y vender por pisos y locales;

b) Reservárselo los propietarios de los distintos pisos y locales del inmueble que se va a construir para ser dividido en pisos y locales;

c) Cesión de este derecho a un tercero o a uno o varios propietarios de los diversos pisos y locales en que el inmueble se ha dividido;

d) Ejercitar tal derecho el propietario único del edificio ya construido, pero aún no sujeto al régimen de P. h.

es lo conforme a la calidad o propiedad del objeto o cosa, la consecuencia lógica es que los "elementos comunes por naturaleza" al merecer tal calificativo por razón de su calidad o propiedad, nunca podrán dejar de ser comunes en cuanto su carácter comunitario al ser óntico y, por tanto, formar parte de su esencia es imposible pueda cambiar, a menos de dejar de ser lo que son, o sea, en el caso del suelo, dejar de serlo.

(19) Sobre el tema pueden consultarse, entre otras, la *cit. ob.* de FONT BOIX; de SOTO BRISQUERT, *El derecho de vuelo*, "R. C. D. I.", núm. 485, 1971, págs. 923 y sigs.; la también cit. ponencia de DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ, etc., especialmente págs. 200 y sigs.; los trabajos de la Tercera Comisión del I Simposium sobre P. H. de Valencia, editados en dicha ciudad en 1973, muy especialmente en sus págs. 26 y sigs.; etc.

(20) Puede verse sobre ello la *cit. ob.* de FONT BOIX, principalmente en págs. 35 y sigs.

Comenzaremos por contemplar el supuesto *d*), toda vez que es acaso el que más dificultades puede plantear.

Viene el mismo referido a los inmuebles compuestos de una o más plantas divididas en pisos arrendados a distintas personas y pertenecientes a un propietario único, el cual decide elevar una o varias plantas, de acuerdo con las ordenanzas municipales vigentes, para proceder a su venta en régimen de P. h., reservándose en plena propiedad todo o parte de lo ya construido o vendiéndolo a su vez a terceras personas.

En nuestro modo de ver, desde el momento en que se decide la elevación de una o varias plantas para su enajenación se dan los *supuestos objetivos materiales* de la P. h. y, en consecuencia, para su efectiva y adecuada constitución jurídica deberá otorgarse el "título constitutivo" (21).

Por otra parte, en este supuesto, somos de la opinión que no cabe hablar de la naturaleza jurídica del "derecho a elevar" o "derecho de levante", por cuanto tratándose de un inmueble de propietario único, la posibilidad de elevar una o más plantas, siempre que ello no infrinja las Ordenanzas sobre la construcción, constituye una de las facultades inherentes al dominio.

Por lo que se refiere al caso contemplado en el apartado *a*), estimamos con la más generalizada y autorizada posición, que se trata de un derecho real de características propias y entidad autónoma (22).

Nos apoyamos para hacer esta afirmación en los mismos o parecidos argumentos que hemos empleado en el *derecho de superficie*, esto es, en la circunstancia de que si bien ambos van ínsitos en el dominio, pueden, sin embargo, separarse como cualquiera de las facultades del mismo que no sean personalísimas e intransferibles, para convertirse en derechos autónomos e independientes.

Y ya dentro del ámbito jurídico de este *derecho de levante*, pasemos a contemplar uno de sus más interesantes aspectos: el de los requisitos precisos para que pueda tener plena efectividad.

A tales efectos comenzaremos por aludir a los diferentes supuestos que en relación con este derecho pueden plantearse que, en nuestro modo de ver y entre otros, pueden ser los siguientes:

a) *Constructor-propietario o simplemente propietario de edificio destinado a ser dividido por pisos y locales*: Dentro de esta posibilidad cabe, a su vez, distinguir:

1.º Que el mismo se haya reservado en el "título constitutivo" el *derecho de levante*.

2.º Que no se lo haya reservado.

(21) En favor de la necesidad de otorgar el "título constitutivo" en éste o parecidos casos, se manifiestan también, o al menos así nos lo parece DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BRISQUET, en las tantas veces cit. Ponencia, pág. 201.

(22) Así, FONT BOIX, en *ob. cit.*, págs. 35 y sigs., donde, entre otras cosas, nos dice cómo para él este derecho de sobre-elevación tiene una entidad autónoma.

Es a todas luces evidente que en el segundo de estos supuestos implicando el ejercicio de tal *derecho*, una modificación del "título constitutivo" no podrá hacerse si el acuerdo no se adopta por unanimidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, 1.^a, de la Ley de P. h.

Mas cabe inquirir si acontecerá o no lo mismo en la primera de las dos posibilidades ofrecidas. Y decimos esto, por cuanto si bien a primera vista puede parecer que su solución es tan fácil y evidente como en la que acabamos de exponer, creemos que en realidad ello no es tan sencillo.

En efecto, supongamos un edificio dividido por pisos y locales que se han enajenado a diversas personas y en cuyo "título constitutivo" su propietario inicial se haya reservado el "derecho de levante". Como es lógico, en el referido "título" han de haberse hecho constar las pertinentes *cuotas de participación* correspondientes a cada uno de los distintos pisos y locales en que el edificio se encuentre dividido (art. 5.^o-II, Ley P. h.).

En un determinado momento, el citado propietario reservista del *derecho de levante*, haciendo uso de esta facultad, procede a elevar una o más plantas, que a su vez divide por pisos. Como es lógico, este aumento de viviendas ha de repercutir en las cuotas de participación ya fijadas, que deberán en consecuencia, ser reformadas, lo que a su vez y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.^o-IV en relación con el 16, 1.^a, de la Ley de P. h. exige la unanimidad.

Ello da lugar a que mientras la materialidad del "levante" o "elevaración" de plantas pueda realizarse libremente por el propietario-constructor —o simplemente propietario— que se hubiere reservado tal facultad en el "título constitutivo" del régimen de P. h., su inmediata y consustancial consecuencia, modificación de las *cuotas de participación*, no podrán realizarse sin acuerdo unánime, lo que en realidad deja reducida aquella *facultad de levante* a una declaración meramente programática sin otra posibilidad de concreción real que el asentimiento de todos los propietarios a la modificación de las *cuotas* (23).

(23) Aun cuando, como hemos dejado indicado en el texto, la *reserva* del "derecho de levante" sea más bien una facultad utópica que real, nos creemos en la obligación de hacer alguna observación sobre la misma.

Así, estimamos que no sólo debe reservarse en el título constitutivo dicha facultad, supuesto que se quiera por el propietario del edificio tal reserva, sino que, además, el otorgamiento del título deberá hacerse antes de que comience la venta de los pisos y locales, ya que de no hacerlo así, el mismo no será válido al no haber intervenido en su redacción todos los propietarios de los diferentes pisos y locales en que el edificio se encuentre dividido.

Hacemos esta advertencia por constituir una práctica viciosa que los constructores lleven a cabo la redacción y otorgamiento del "título constitutivo" ellos solos, aun cuando hayan comenzado a vender pisos y locales de edificio en construcción —e incluso sin comenzar a construir—, práctica ésta no bien vista por los Tribunales que se cuidan en beneficio de los adquirentes de pisos y locales de reconducirla a sus verdaderos límites jurídicos, como puede observarse, por ejemplo, en la S. T. S. de 9 junio 1967, al menos

5.^a *Edificios meramente proyectados o en construcción* (24).—

Dos son los supuestos que aquí vamos a contemplar:

- a) El de los edificios en construcción;
- b) El de los edificios mera o simplemente proyectados.

Por lo que al primero de estos supuestos se refiere, la solución es susceptible de discusión por cuanto si bien es cierto que el artículo 8.^o-IV de la Ley hipotecaria admite la posibilidad de su inscripción en el Registro de la propiedad, no lo es menos que la Ley de P. h. de 1960, no lo recoge en su articulado concretamente.

El problema, pues, radica en determinar si encontrándose un edificio en construcción podrá o no constituirse el régimen de P. h.

Creemos que sí, apoyándonos para mantener esta posición en las siguientes consideraciones:

1.^a Que si bien la citada Ley 49/1960, de 21 de julio, no recoge este supuesto en sus artículos 3.^o y siguientes que regulan de modo específico y concreto este régimen de propiedad, no podemos olvidar que el artículo 8.^o, 4.^o-I, en el que se establece que podrán inscribirse como fincas independientes: "Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté... *por lo menos comenzada*", forma parte integrante del artículo 2.^o de dicha Ley y, consiguientemente, se encuentra sistemática, lógica y jurídicamente inmerso en el ámbito de la P. h.

2.^a Que para la existencia del régimen de P. h. se requieren los siguientes requisitos o condiciones:

- a) Un edificio dividido en planos horizontales (pisos o locales).
- b) Otorgamientos del "título constitutivo".
- c) Que uno de dichos pisos o locales, al menos, tenga propietario distinto de los restantes.

En el supuesto de que ello acontezca, parece indiscutible que esté o no concluido el inmueble el régimen de P. h. habrá nacido al mundo de las relaciones jurídicas. Y para el caso de que no se hubiere iniciado la referida venta, teniendo en cuenta que el hecho de faltar alguno de los requisitos que operan el nacimiento del derecho no impide que éste pueda comenzar a producir algún efecto (25), unido a la circunstancia de que en último caso podríamos encontrar-

en forma argumental bien que clara; en la S. Aud. Madrid de 11 julio 1969; en la Aud. de Palma de Mallorca de 6 octubre 1971, que declara la imposibilidad de alterar los elementos comunes por parte del constructor una vez comenzada la venta por pisos de un edificio sujeto al régimen de P. h., y también argumentalmente la S. Aud. Madrid de 21 septiembre 1973.

(24) Sobre este aspecto puede verse el tantas veces citado *Symposium I de Valencia*, principalmente en pág. 12; la igualmente cit. Ponencia de DE LA CÁMARA, etc., en págs. 176 y sigs. fundamentalmente; nuestra cit. ob., en págs. 257 y sigs.

A su vez, y del mismo *Symposium de Valencia*, es interesante a este respecto la separata sobre "Los elementos objetivos de la P. H.", cit., págs. 58 y sigs., donde se toca el tema de los límites entre el edificio en construcción y el proyectado y la propiedad sobre el suelo sin edificar.

(25) Sobre esta posibilidad, y con carácter general, ver *ESPÍN CÁNOVAS, Manual de Derecho civil*, Vol. I, págs. 216 y sigs.

nos ante un supuesto de P. h. *de facto*, nos inclinamos a insistir en la posición que mantenemos.

Menos pacífica y, por lo tanto, más conflictiva se presenta la cuestión de los pisos *simple o meramente proyectados*, en orden a la posibilidad de que sobre o respecto de los mismos pueda hablarse de un régimen de P. h.

En efecto, ¿qué se entiende por edificio meramente proyectado? ¿Y por pisos o locales simplemente en proyecto? ¿Son conceptos incompatibles? ¿Prohibe efectivamente la Ley de P. h. que se constituya el régimen por ella establecido sobre edificio o sobre pisos meramente proyectados? He aquí, entre otras muchas, las posibilidades que el tema presenta, frente a las cuales intentaremos una toma de posición.

En primer lugar y por lo que a los conceptos edificio, pisos y locales meramente proyectados se refiere, entendemos que son *concepto-jurídicamente* distintos dando lugar, según se emplee uno u otro, a soluciones diversas.

Comencemos por el concepto “edificio simple o meramente proyectado”, bajo el cual entendemos puede comprenderse “aquella obra o fábrica destinada a habitación o usos análogos o a locales de industria o negocio, esbozada o bosquejada en un plano” (26). Supone, por tanto, la representación esquemática de lo que va a ser el edificio en cuestión.

En cuanto al piso o local proyectado puede encontrarse en una de estas situaciones:

1.^a En la misma representación gráfica —plano— y, por tanto, cualidad de proyecto o idea que el edificio de que va a formar parte; o

2.^a En un edificio que comenzado ya a construir no se ha terminado por faltar alguna planta.

Como claramente se puede comprender, la situación no es la misma, por cuanto mientras en el primero de estos supuestos está todo en proyecto, en el segundo lo proyectado es únicamente el piso o pisos, puesto que el edificio se encuentra ya en construcción.

Entendemos, por tanto, que en este último caso y habida cuenta que el inmueble se encuentra en construcción lo que le sitúa en la posición que antes hemos contemplado, es aplicable a los pisos y locales la misma solución que al edificio, máxime si se tiene en cuenta que al no exigir el artículo 8.^º, 5.^º, de la Ley hipotecaria de los pisos y locales más que se encuentren en “... *un edificio en régimen de propiedad horizontal...*”, sin precisar si deben estar comenzados, concluidos o simplemente proyectados, poniendo este número en conexión con el 4.^º del mismo precepto y siempre que existiese

(26) Empleamos aquí la palabra “plano”, no en el sentido de plantas en que pueda estar dividido un edificio sujeto al régimen de P. h., y sí en el topográfico de “representación gráfica en una superficie —papel especial— y mediante procedimientos técnicos de un futuro edificio con su estructura, elementos, pisos, locales, etc.”.

“título constitutivo” y se hubiere comenzado la venta de alguno de dichos pisos o locales, estén construidos, iniciados o proyectados, el citado número 5.º del artículo 8.º es aplicable y el régimen de P. h. puede entenderse perfectamente nacido al mundo de las relaciones jurídicas.

, En el caso de que el edificio, piso o local se encuentren en proyecto, la solución ofrece más dificultades, siendo diversas las posiciones de la doctrina científica patria.

Vamos, pues, a contemplar si es o no posible el nacimiento de la P. h. cuando un edificio y sus pisos se encuentran simplemente proyectados.

En contra de tal posibilidad pueden alegarse, entre otras, las siguientes consideraciones:

1.º Que siendo la P. h. un derecho real, necesita para su existencia un objeto real y tangible sobre el que ejercitar los poderes y facultades que integran el contenido de tal derecho, así como una relación de inmediatividad entre el poder del titular y la cosa u objeto del mismo.

2.º En consecuencia, no existiendo un objeto real, el derecho no podrá existir.

3.º Al faltar el objeto resulta imposible ejercitar dos de las facultades más características en orden a la efectividad de los derechos reales: las de preferencia y persecutoriedad.

En favor de la posibilidad que estamos contemplando cabe a su vez indicar, por vía de ejemplo y sin propósito exhaustivo, las siguientes consideraciones:

1.º Que la *tangibilidad* no es elemento esencial para la existencia de los derechos reales, como lo demuestran ciertas manifestaciones del derecho de propiedad, entre las que cabe citar por vía de ejemplo la intelectual, la que puede recaer sobre la energía eléctrica, etc., en las cuales el objeto, si bien real por cuanto existe y está ahí, en el mundo de las relaciones sociales, no es, sin embargo, ni corporal ni materialmente tangible.

2.º La enorme dificultad que supone distinguir en ciertos supuestos entre edificio en construcción y simplemente proyectado.

En efecto, ¿cuánto puede comenzar a decirse que un edificio se encuentra en construcción? ¿Será para ello suficiente con que hayan comenzado a realizarse las obras de excavación necesarias para sentar en ellas los cimientos? ; ¿o deberá en realidad haberse iniciado la cimentación del inmueble a construir? ; ¿o acaso que estén terminados o cuando menos iniciados los sótanos? ; ¿o la planta baja? ¿Y no será necesario que se hayan cubierto las aguas? Porque lo cierto es que desde el primer momento que apuntamos en la segunda de estas interrogantes, el edificio puede decirse que se encuentra en fase de construcción.

En consecuencia, si ello es así y resulta a todas luces evidente que puede serlo, aun cuando se discuta y critique, resulta que en

cualquiera de las hipótesis interrogativas que hemos formulado nos encontraríamos ante alguna de estas situaciones:

a) Si por "en construcción" puede ya entenderse la excavación de los cimientos, es lo cierto que aun tratándose de edificio en construcción la realidad tangible es que el mismo sigue siendo un puro proyecto arquitectónicamente plasmado en unos planos.

b) Lo mismo acontece si se han comenzado las cimentaciones, o se han concluido los sótanos, pues en todos estos casos siempre nos encontraríamos con que los pisos e incluso los locales no pasan de ser meros proyectos.

c) Pero es que aun cuando hayan empezado a construirse las primeras plantas, siempre existirán otras, las últimas, que seguirán siendo proyecto y, por lo tanto, adolecerán de esa inexistencia de objeto real que apuntábamos entre las razones que pueden oponerse al nacimiento del régimen de P. h. en los edificios simplemente proyectados.

3.^a Y hay más. Los hipotecarios que rechazan pueda acceder al Registro de la Propiedad el edificio proyectado o los pisos y locales en análogas circunstancias, se apoyan para mantener tal inaccesibilidad en que a aquél sólo pueden tener acceso realidades y no simples o meras ideas o posibilidades (27).

(27) Para CAMY GARCÍA-CAÑETE, no debe olvidarse "... un principio básico no ya del ordenamiento hipotecario, sino de todo ordenamiento civil. Es éste el de que todo derecho real requiere un sustrato físico sobre el que apoyar su existencia... sustrato físico que al tratarse del ordenamiento inmobiliario registral ha de consistir en una cosa inmueble..." (En pág. 866 de "Propiedad horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción", Rev. Der. Priv., 1966).

No obstante, la cuestión no es tan sencilla como pueda parecer de la contemplación de los trascritos párrafos.

En efecto, sin intentar penetrar en el tema de los derechos reales, además de por salirse del objeto del presente estudio por su complejidad y dificultades, si estimamos conveniente indicar que la construcción de los mismos sobre la base de un unir o identificar el concepto "derecho real" a un *sustrato físico* lo consideramos hoy un tanto obsoleta, a la vez que, acaso, muy unilateral.

Y decimos esto, porque resulta interesante recordar que ciertos sectores doctrinales actuales nos hablan de *derechos reales definitivos* y *derechos reales provisionales*, denominaciones que si bien en principio sirven para designar los derechos que otorgan poderes jurídicos perfectos o plenamente protegidos por la Ley —*definitivos*—, frente a aquellos otros que confieren poderes más débiles y precarios o incluso los otorgan transitoriamente —*derechos reales provisionales*— (puede verse sobre lo indicado, ALBADAJO, M., *Derecho civil*, T. III, Vol. I, Barcelona, 1974, núm. 13, pág. 30), podría también servirnos de base para desarrollar e incluso construir la idea de unos "derechos reales" que otorgan poderes directos sobre una cosa —que serían los *definitivos*— y otros que conferirían únicamente una mera posibilidad o incluso una simple expectativa —*los provisionales*—.

Se habla también por otros sectores de la doctrina civilistas de unos "derechos reales atípicos", entre los que se incluyen el "derecho de retorno" y el de "adquisición de un derecho de goce", cuyo objeto no se caracteriza precisamente por su *concreción física* (ALBADAJO, ob y t. cits., núm. 12, págs. 26 y sigs.)

GINOSSAR, por su parte, nos habla de la propiedad sobre bienes incorpora-

No obstante hemos de tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 8.º, 4.º, II, de la Ley hipotecaria, en la inscripción del "... solar o del edificio en conjunto *se harán constar los pisos meramente proyectados*", párrafo éste que nos lleva a las siguientes consecuencias por muy discutibles que puedan considerarse:

I) Que al Registro de la Propiedad y por consecuencia de lo dispuesto en la Ley de P. h. de 1960, tienen acceso en lo que al régimen por ella regulado se refiere no sólo las realidades, sino también las simples posibilidades o proyectos (28).

II) Que a la vista de dicho precepto cabe defender la posibilidad de que tengan acceso al Registro de la Propiedad no ya sólo los pisos proyectados, sino incluso el mismo edificio (29).

4.º La calificación jurídica de aquellos supuestos en que habiéndose constituido una Comunidad para construir un edificio con obje-

les, dentro de los cuales incluye lo que denomina "derechos relativos" y PUIG BRUTAU, en sus *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, Vol. I, 2.ª edic., Barcelona, 1971, después de indicarnos que "... existen situaciones a las que nuestro ordenamiento permite atribuir una cierta eficacia y protección real...", incluye entre dichas situaciones el "*Derecho expectante* a favor del sustituto fideicomisario", admitida como tal por la Dir. Gral. Regts. y Not., en Res. 14 diciembre 1960 —ver sobre ello ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, T. IX de la "Jurisprudencia Registral", págs. 835 y sigs.). Vemos, pues, cómo la posibilidad de un *derecho* real o si se prefiere, de una "situación con cierta eficacia y protección real" respecto de una simple expectativa o posibilidad, es posible en nuestro Derecho.

(28) Defiende la idea de los *pisos proyectados* en la nueva Ley P. h. y reforma de la Hipotecaria, BATLLÉ, *Las casas divididas por pisos y el Registro de la propiedad*, en "R. C. D. I.", núms. 394-395, 1961, págs. 421, con razonamientos que en nuestro modo de ver son perfectamente aplicables al edificio proyectado. Lo mismo hace en su ob. cit. *La propiedad...*, pág. 205.

(29) Ver nuestra ob. cit., pág. 266, donde admitimos ya esta posibilidad a título de "situación jurídica interina" y más concretamente de "expectativa de derecho".

Por su parte, en el tantas veces citado Simposium I de Valencia, en la igualmente cit. separata sobre *Los elementos objetivos de la P. h.*, págs. 58 y sigs., y más concretamente en la 62, bajo el epígrafe "4. El problema en el aspecto civil puro" nos dice: "Frente a las palabras iniciales del artículo 396 del Cód. civ. a que antes se hacía referencia, el propio legislador se da perfecta cuenta de que la P. h. puede, y en ocasiones es necesario, que surja antes de la construcción del edificio". Creemos, a la vez que muy realistas, estimable la posición que acabamos de transcribir.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial no ha permanecido totalmente ajena al problema, y si bien no se ha manifestado directamente sobre el tema, sí existe alguna resolución de nuestros Tribunales en que se toca.

Así, una S. de la Aud. de Oviedo de 18 diciembre 1972, alude a la naturaleza jurídica de la compraventa de un piso en construcción, estimando que puede ser o un contrato de venta de cosa futura, como dice la S. de 3 de junio de 1970, o más bien una obligación de hacer o entregar una cosa específica por el vendedor, asimilable a un arrendamiento de obra que se convierte en contrato mixto o atípico (S. 25 abril 1969). (Puede verse en "Rev. Gral. Der.", 1973.)

A su vez, una S. de la Aud. de Valencia de 15 junio 1973 (en misma rev. 1973), hace referencia a la cesión de derechos en futura P. h., concretamente a la cesión de un piso que no debía estar construido, jugando con el art. 1.526 en relación con el 1.212 del Cod. civ.

to de someterle al régimen de P. h., realizado y aprobado el oportuno proyecto del inmueble y sus pisos y adjudicado a los diversos comuneros-constructores e incluso a terceros cada uno de dichos pisos y locales, se haya inscrito el solar al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.º, 4.º, II, de la Ley hipotecaria y con inclusión de lo dispuesto en el apartado III del mismo precepto.

A la vista de lo que acabamos de exponer, ¿cabría mantener que existe aquí una P. h. *de iure* frente a la *de facto* de que hemos hablando anteriormente? ¿O acaso sería también posible hablar de una situación jurídica interina de P. h. de esas a las que la doctrina científica aplica la denominación de "expectativas de derecho" o, si se prefiere, para ser más exactos, "expectativas de P. h.?"

5.º *Otros supuestos*.—Bajo este epígrafe comprendemos y examinamos una serie de casos que siendo de efectiva e indiscutible realidad social, plantean a su vez el problema de precisar si pueden o no ser incluidos en el ámbito de la P. h. y, supuesto que puedan serlo, si merecerán o no el calificativo de "propiedades horizontales atípicas".

Dentro de este grupo, y sin propósito alguno de agotar su temática, cosa por otra parte imposible dada la riqueza de matices que la práctica social ofrece, haremos una breves referencias a las siguientes manifestaciones:

I) *Supuesto de que todos los pisos o apartamentos se encuentren situados en un mismo plano* (30).—En nuestro modo de ver, nos hallamos aquí a presencia de una P. h. ordinaria y típica, por cuanto el hecho de no existir más que un *plano* o una *planta horizontal* no impide que puedan concurrir todos los requisitos en aquella figura, siempre que el número de pisos, locales o ambos a la vez sean superior a uno y pertenezcan a distintos propietarios, se haya otorgado el "título constitutivo" y concurran los restantes requisitos que tipifican el régimen de P. h.

Téngase a tales efectos en cuenta que la P. h. no es en realidad sino una denominación con la que se designa una determinada faceta del derecho de propiedad en nuestro Derecho positivo, si bien en otros países se la aplica otro nombre, e incluso en nuestra patria no todos los tratadistas lo admiten.

Por otra parte, la Ley de 1960 no impone la división en planos, limitándose a hablar de pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública (31), pudiendo por tanto los mismos encontrarse ubicados en el mismo o distintos planos.

(30) Hacemos la aclaración de que el término "plano" lo empleamos aquí en el sentido de pisos situados en una misma planta y por tanto de "plano horizontal".

(31) En efecto, el art. 396 del Cod. civ., modificado por la citada Ley de P. h. de 1960, no contiene ninguna alusión ni directa ni indirecta a la división del edificio en planos. Lo mismo acontece con el art. 8.º de la Ley hipotecaria después de su modificación.

Los únicos requisitos exigidos son: ser susceptibles de aprovechamiento

II) *Supuesto de bloques de edificios construidos en un solar único que ha quedado totalmente ocupado por las edificaciones.* En estos casos resulta evidente la existencia de un elemento que bien pudiéramos denominar *super-común*, el suelo y una pluralidad de edificios divididos por pisos y locales que corresponden a distintos propietarios y con sus respectivos elementos comunes.

Sin perjuicio de que puedan existir otras, las soluciones que nosotros encontramos a estos casos son las siguientes:

a) Existencia de una sola P. h. con una Junta de Propietarios y un Presidente, así como varios vice-presidentes, tantos como edificios sujetos al régimen de P. h. existieren, y

b) Existencia de tantas propiedades horizontales y consiguientemente tantas Juntas de Propietarios, como edificios independientes existieren.

Nos inclinamos por esta última solución, por considerar que la primera es más propia de otras situaciones, concretamente de aquellas en las cuales la que podría llamarse *P. h. secundaria* y aún mejor *aneja*, se encuentra *enquistada* o *encajada* en la de mayor entidad (32).

El único matiz que de seguirse la solución hacia la que nos inclinamos ofrecería el supuesto contemplado, es el relativo a la delimitación de los gastos originados por la conservación del que hemos denominado suelo *super común* y su distribución entre los diversos propietarios. En nuestra opinión, para solucionar la cuestión podría establecerse una cuota limitada a dichos gastos, la cual se distribuiría entre los distintos edificios construidos sobre el referido suelo y la correspondiente a cada edificio, a su vez, se repartiría entre los pisos y locales en que el mismo se encuentre dividido en proporción a las cuotas que en su P. h. tuvieran señaladas.

En cuanto a la primera de las soluciones que hemos dado, la estimamos más complicada, bien que acaso pueda parecer en principio lo contrario.

Y decimos ésto porque parece lógico pensar que los problemas de cada uno de los edificios independientes deban ser resueltos por los propietarios de sus pisos y locales, toda vez que salvo ese elemento *super común*, que es el solar en el que se han construido todos, el resto es privativamente común de cada uno de ellos, no teniendo razón de ser que haya de reunirse una Junta con los propietarios de

independiente y tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública. Y en orden a la existencia del régimen de P. h., pertenecer a distintos propietarios (art. 396-I y III, Cod. civ.; 8.^o-II argumentalmente y IV; 3.^o, 7.^o, etc., Ley P. h.).

(32) Tal acontece, por ejemplo, con los supuestos de "garaje" sito en edificio sujeto al régimen de P. h. y cuya propiedad corresponde a terceros, o parte a terceros y parte a propietarios de pisos y locales sitos en el inmueble, casos estos que en nuestra opinión bien podrían calificarse de *propiedades horizontales anexas*.

Estimamos que estas situaciones de *anexidad* no sirven para designar ni tampoco son de aplicación al supuesto que estamos contemplando, por cuanto en realidad en él la P. h. de cada edificio construido sobre el solar único, tiene su sustantividad y sus peculiaridades a salvo, claro es, ese suelo.

todos los inmuebles, para discutir y acordar cuestiones que son ajenas a una gran parte de ellos.

Por otra parte, la segunda de estas soluciones tiene perfecto encaje en la Ley de P. h. (33) y no podemos tampoco olvidar que la realidad social nos ofrece frecuentes muestras de este supuesto.

Consecuencia de ello es que tales situaciones no puedan ser consideradas como puros supuestos, de hecho, sin contenido jurídico y sí, más bien, como propiedades horizontales *cuasi si no propiamente atípicas* al amparo de lo dispuesto en los artículos 3.º, 5.º, 12, 13, 16, etc., de la Ley de 1960.

En apoyo de lo que acabamos de indicar hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial, toda vez que percatados los Tribunales españoles de la necesidad de amparar jurídicamente estas soluciones no prohibidas por la Ley y sí por el contrario susceptibles como se ha dejado indicado de insertarse en su ámbito, se han pronunciado al menos en cierto modo sobre el tema. En este sentido podemos citar la S. T. S. de 16 de febrero de 1971 que admite la posibilidad de *comunidades parciales*, fórmula que si no exacta, sí es bastante parecida a la que hemos propuesto y abre un atrayente a la vez que interesante camino para la existencia de *comunidades de propietarios anexas, complejas o macropropiedades*.

A su vez una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 26 de marzo de 1973, parece admitir también esta posibilidad bien que acaso muy argumentalmente, al indicarnos en su segundo Considerando "... que si, por el contrario y a efectos meramente dialécticos, *existieran dos Comunidad distintas para regir la propiedad de las casas*, números 4 y 6...".

Y apurando más la situación que es objeto de nuestra atención, cabe aún indicar que la posibilidad contemplada puede verse complicada con la existencia de un "derecho de superficie", si el propietario del suelo fuere distinto del de cada uno de los pisos y locales de los edificios construidos o, incluso, siéndolo de alguno de ellos se hubiere reservado el suelo en propiedad exclusiva.

Si esto aconteciera somos de la opinión que nos hallaríamos a presencia de un supuesto análogo al que hemos contemplado en el número 3.º de este trabajo bajo el epígrafe: "La Propiedad horizontal superficialia", con la única diferencia de que el importe del canon que debe pagarse por el suelo habría de distribuirse entre todos los propietarios de los distintos pisos y locales en proporción a sus respectivas cuotas.

Por último, y con relación al tema vamos a hacer una breve re-

(33) El hecho de afirmar que esta solución tiene perfecto encaje en la Ley de P. h., implica:

a) Que dicha Ley no contiene ninguna prohibición expresa de tales situaciones, lo que "a contrario sensu" supone que las mismas pueden constituirse perfectamente;

b) Que con ello no queremos indicar que la otra solución esté proscrita por nuestro Derecho positivo y más concretamente por la Ley de P. h., antes al contrario, con ella acontece lo mismo que con la por nosotros mantenida-

ferencia a un aspecto que se presenta con relativa frecuencia en las grandes poblaciones; el de los edificios construidos en régimen de P. h., con suelo privativamente común cada uno de ellos y con sus respectivos elementos y servicios comunes, también de cada edificio, salvo el sistema de calefacción central, e incluso el del agua caliente central que son *super comunes* (34).

Entendemos que en tales supuestos y partiendo de que existen tantas propiedades horizontales como edificios, los presidentes de cada una de las respectivas Juntas de Propietarios, consultando a las mismas cuando fuere necesario, deberán atender al funcionamiento de dicho servicio *super-común* y distribuir el gasto en proporción a las cuotas de participación de cada propietario singular, bien entendido que la general correspondiente a cada edificio deberá fijarse atendiendo a sus características de situación, extensión, etc.

III) *Casas empotradas y casas a caballo*. Aún cuando no frecuentes en la práctica estos supuestos tampoco pueden calificarse de extraños, especialmente en ciudades antiguas, siendo por otra parte una de las cuestiones que se tocaron en el I Simposio sobre la P. h., celebrado en Valencia (35).

Más, antes de adentrarnos en el examen de este tipo de edificaciones, estimamos, más que conveniente, necesario intentar precisar su concepto. A tales efectos diremos que se entiende por *casas empotradas*, aquellos edificios que, construidos cada uno de ellos sobre un solar, tienen el respectivo *vuelo* interferido entre sí, invadiéndose bien recíprocamente bien el uno al de la otra.

En cuanto a las denominadas *casas a caballo*, son las construidas sobre un solar único, bien que física y jurídicamente sean independientes.

La problemática principal de estos supuestos viene referida a la ineludible interdependencia de ciertos elementos comunes y consiguientemente a los gastos relativos a dichos elementos, todo ello unido, como se dice en el citado Simposio, al "...levantamiento de cargas... y, sobre todo, en orden a la condición y titularidad del solar, tanto durante la subsistencia de las edificaciones como, especialmente, en los casos en que, por desaparición de las construcciones, hay que determinar la suerte que corresponde al suelo sobre el que recaigan las complejas obras de su vertical...".

Estamos, en principio, conformes con la solución que a este problema dio la Comisión del referido Simposio que trató el tema, estimando "...inaceptable la aplicación en tales casos, del régimen jurídico de P. h. que pueda regular separadamente cada uno de los edificios configurados con independencia jurídica, pero integrados

(34) Sobre este aspecto, ver nuestro trabajo *Sobre la posibilidad de que el disfrute de los servicios comunes pueda corresponder por distintos títulos a los propietarios sujetos al régimen de P. h.*, en "Rev. Der. Priv.", 1968, págs. 232 y sigs.

(35) Ver *ob. cit.*, Valencia, octubre 1972, pág. 103, donde determina lo que debe entenderse por "casas empotradas" y "casas a caballo", estimando que a unas y otras son inaplicables los principios del régimen de P. h.

físicamente dentro de su unidad arquitectónica, porque la P. h. requiere unos planteamientos de hecho entre los que figura como requisito inexcusable la adscripción del solar único a la total edificación que se levante sobre el mismo, sin que pueda admitirse que en los planos superpuestos en el vuelo se interfieran edificaciones sin conexión alguna con el solar propio o vinculadas a la superficie de otros solares diferentes, aunque sean colindantes".

IV) *Comunidades ordinarias con pacto de disfrute por cada comunero de algún piso o local que sigue perteneciendo a la Comunidad.* En nuestra opinión no hay aquí P. h. y sí únicamente Comunidad ordinaria que se regirá por lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes —excepto el 396— del Código civil.

V) *Sociedades que atribuyen a los socios estatutariamente el disfrute de pisos o apartamentos que pertenecen a la Sociedad.* Dos son los supuestos que creemos cabe contemplar aquí:

- 1.º Que el edificio pertenezca íntegramente a la Sociedad, y
- 2.º Que sean propiedad de la misma únicamente alguno —o algunos— de sus pisos o plantas.

En el primero de estos eventos, es claro que no existe P. h., ya que la titularidad de los distintos pisos y locales del inmueble corresponde a la misma persona —en este caso entidad o sociedad—.

No acontece, sin embargo, ésto en el segundo de los supuestos indicados, por cuanto, siendo la Sociedad titular únicamente de ciertos pisos, locales o incluso plantas, pero no de todo el inmueble, vendrá sujeta a las normas de la P. h., así como a los Estatutos que se hubieran otorgado. Consiguientemente las relaciones derivadas de dicho régimen de propiedad, surgen directamente entre los diversos propietarios de los distintos pisos y locales entre los que se encuentra la Sociedad y no sus miembros, los cuales, por lo tanto, ninguna intervención tendrán en dichas relaciones a salvo, claro es de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de P. h., en los casos en que pueda serles aplicable.

7.º *Naturaleza jurídica de la propiedad de "garajes" y de "plazas de garaje"* (36). El término "garaje" no aparece en ninguna de las tres redacciones de que ha sido objeto el Código civil en su artículo 396 desde 1889 hasta nuestros días, siendo en el artículo 5.º-I de la Ley de P. h. de 21 de julio de 1960, donde por vez primera y única podemos contemplarlo.

Esta "quasi" carencia de referencias legales (37) unido acaso a

(36) Sobre el tema de la P. h. y los "garajes" o sus "plazas", puede verse, entre otros, los siguientes trabajos y estudio: I Simposium de Valencia, "Los objetivos de la P. h.", Valencia, 1973, especialmente en págs. 55 y sigs., donde se contiene una especial mención a los "garajes". También en nuestra Conf. sobre "Elementos comunes y privativos. Los garajes", pronunciada en la Facultad de Derecho de Valladolid el 3 de diciembre de 1975 con motivo de las Jornadas sobre P. h. organizadas por dicha Facultad y las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Cuarta Zona, bajo la dirección del prof. SERRANO SERRANO (I).

(37) Aun cuando hemos indicado que sólo el art. 5.º-I de la Ley de P. h. hace referencia a los "garajes", ello no es rigurosamente exacto, ya que

la proliferación de dichos espacios en los edificios sujetos al régimen de P. h., han dado lugar a unas muy interesantes, a la vez que pudiéramos decir "agitadas" cuestiones, entre las que ocupa —a los efectos del presente trabajo— muy importante lugar la relativa a la determinación de su naturaleza jurídica. Y decimos que dicho tema ofrece mucho interés, por cuanto resuelto tal aspecto los demás aún dentro de su innegable importancia no dejan de ser otra cosa que consecuencias del mismo, viniendo, por tanto, en muchos casos determinada la solución que sobre ellos se adopte por la naturaleza otorgada al "garaje" o a sus "plazas".

Dejamos por tanto para otro trabajo la delimitación conceptual de los "garajes" a los efectos de la P. h. (38), limitándonos aquí a la contemplación del tema "garaje" en relación con un aspecto a tales efectos fundamental; la situación en que pueda encontrarse el mismo en el régimen de P. h.

1.º *Situaciones en que pueden encontrarse los "garajes" a los efectos del régimen de P. h.* Como indicábamos al comenzar el examen de los "garajes", la determinación de su naturaleza hace necesario delimitar previamente la situación en que los mismos pueden encontrarse en la P. h., ya que ello puede influir esencialmente en dicha fijación. Más como las posibilidades del "garaje" en dicho régimen de propiedad son innumerables, nos limitaremos a hacer referencia a las siguientes:

I) *El "garaje" como "anejo" de piso o local.* Es esta precisamente la situación contemplada por el artículo 5.º-I, inciso 3.º de la Ley de P. h., no ofreciendo en nuestro modo de ver problema alguno en orden a su delimitación conceptual ni a su naturaleza jurídica, por

lo único que queríamos poner de relieve con tal afirmación es que no hay en el Cod. civ. ni en la citada Ley disposición alguna que se refiera a los mismos.

Así existen algunas otras disposiciones, por completo ajenas al "ius civil" que hacen referencia a dicho elemento. Tal acontece, por ejemplo, con la Orden de 16 mayo 1974 sobre Viviendas de Protección Oficial, que adiciona la Ordenanza 34.ª a las provisionales de 20 mayo 1969, disposición ésta que en su apartado 1 contiene una "definición" de "garaje", aludiendo en las "3" y "4" a su "superficie" y "dimensiones mínimas".

Igualmente cabe citar la Orden del Min. de Hacienda de 5 marzo 1970, que contiene el Rgto. para el suministro de carburantes y combustibles líquidos, y en cuyo art. 73 se alude a la posibilidad de vender en los "garajes" dichos carburantes, así como a la Orden de 20 marzo 1971, que contiene la Ordenanza Laboral sobre Transporte por Carretera y en cuyo art. 21, Subgrupo G, Sección 1.ª, trata de los "garajes" y sus empleados.

Por otra parte, hemos de indicar que la Orden de 1974 que citamos en primer lugar, como aplicable a las Viviendas Protegidas, puede servir de pauta para delimitar e incluso definir el "garaje", mas creemos que sólo el que pudiéramos llamar "garaje-anejo", por cuanto viene referida a las Viviendas de dicha clase.

(38) Es el que sirvió de base a la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Valladolid, al cual nos hemos referido en nota 36, pendiente de publicación juntamente con las restantes conferencias pronunciadas en las Jornadas a que dicha nota se refiere. Su título es "Elementos comunes y privativos. Los garajes".

cuanto en su cualidad de "anejo" viene sujeto a las mismas normas y régimen de lo principal, que es el piso o el local.

En nuestro modo de ver, la cualidad de "anejo" deberá recogerse en el "título constitutivo" (39). A su vez somos de la opinión que en la fijación de las cuotas de participación correspondientes a los pisos o locales que tengan como "anejo" *plaza de garaje*, debe tenerse en cuenta este aspecto (40).

II) *El "garaje" como parte privativa principal a título de local.* Tampoco creemos presente problemas este supuesto. Estimamos que en estos casos tendrá el "garaje" la misma consideración que cualquier piso o local, con su correspondiente cuota de participación, fijada en la forma prevenida en el artículo 5.º-II de la Ley de P. h.

Por otra parte somos de la opinión, que la cualidad de *parte privativa* del "garaje" deberá hacerse también constar en el "título constitutivo", e incluso reflejarse en su caso en la correspondiente inscripción, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 5.º-I de la Ley de P. h. y en el 8.º-4.º y 5.º de la Ley hipotecaria (41).

III) *El "garaje" como parte privativa comunitaria.* Viene refe-

(39) Decimos que la cualidad o condición de "anejo" del "garaje" deberá hacerse constar en el "título constitutivo" del régimen de P. h., por estimar que así lo impone de modo claro y taxativo el art. 5.º-I de la Ley de P. h. al decirnos que la descripción de cada piso "... expresará...", además de la extensión de cada piso o local, "... los anejos, tales como garaje...".

Al "garaje" como "anejo" de los pisos o locales se refieren entre otras las SS. T. S. de 9 junio 1967 y Aud. Prov. de Tarragona de 17 enero 1973, bien que sin pronunciamientos doctrinales interesantes respecto del tema.

(40) Hacemos esta observación estimando que por razón de contar el piso o local con un "anejo" como el "garaje", ello habrá de repercutir en la cuota de participación que, en consecuencia, deberá ser superior a la de aquellas partes privativas que carecen de dicho "anejo".

(41) Como puede parecer un tanto ociosa a la vez que ilógica la indicación de que el "garaje" como *parte privativa* deba reflejarse en el "título constitutivo", dado que si tiene tal condición ello deberá hacerse constar en el mismo por imperativo legal, procederemos a aclarar a la vez que explicar tal indicación.

No hemos querido referirnos al hacerla, a la circunstancia de que se haga constar la existencia del "garaje" como *local independiente y privativo*, sino al destino del referido local a "garaje", industria o negocio, por entender que con ello se puede contribuir a evitar ulteriores problemas, como pueden ser los derivados de las molestias, peligros, etc., que el montaje de tal industria o negocio puedan reportar a los restantes propietarios, y siempre, claro es, que el titular del "garaje" cumpla las normas de seguridad, insonoridad, etc., establecidas por las pertinentes reglamentaciones. Y decimos esto, porque siempre resultará más difícil atacar la existencia de la industria o negocio "garaje" existiendo constancia de la misma en el "título constitutivo", que por su carácter podrá ser consultado por todos si está inscrito —art. 221 Ley hipotecaria—, y si no lo estuviere, interesando su muestra al adquirir un piso o local con objeto de cerciorarse de las circunstancias del edificio.

Por último, y con relación a este supuesto, podemos decir que la posibilidad del "garaje" como *finca independiente* viene admitida al menos en forma argumental en la S. T. S. de 21 octubre 1976, donde se entra además y a título de tema central en el examen de la constitución de un servidumbre entre dos garajes que tienen el carácter de "fincas independientes".

rida esta hipótesis al supuesto de que los titulares de los distintos pisos y locales del edificio convengan, y así lo hagan constar en el "título constitutivo", que el local dedicado a "garaje", además de estar destinado a la guarda de sus respectivos vehículos se explote por la Junta de Propietarios, empleando los beneficios así obtenidos en la satisfacción de los gastos comunes del inmueble y si hubiere remanente, el mismo se repartirá entre todos los propietarios singulares en proporción de sus respectivas cuotas.

En nuestro modo de ver, esta situación tampoco presenta problemas jurídicos en orden a la determinación de su naturaleza jurídica, dado que nos hallamos aquí a presencia de la que bien pudieramos llamar un elemento privativo —local en este caso—, al que se ha atribuido la cualidad de *común* (42).

IV) *Garaje como espacio delimitado independiente de los pisos y locales y con titulares total o parcialmente distintos de los que lo fueran de aquéllos. Es posiblemente ésta una de las situaciones cuya*

(42) Estas situaciones y la contraria, esto es, la conversión de un elemento común en privativo, no son infrecuentes en la práctica de la P. h.

Así podemos verlo en las Resoluciones de la Dir. Gral. Rgtos. de 5 mayo 1970 y 13 diciembre 1971, relativas a la desafección o desvinculación como elemento común de un piso originariamente destinado a portería, para convertirlo en elemento privativo.

En nuestro modo de ver, nada contiene la Ley de P. h. que impida llevar a cabo la desafección de un elemento privativo para su conversión en común, siempre que ello se realice de alguna de las formas que la propia Ley de P. h. arbitra para hechos de ésta o parecida naturaleza.

En consecuencia, y de conformidad con lo prevenido en el tantas veces citado art. 5.^º de la indicada Ley, esta *comunización* de elemento privativo podrá realizarse:

a) Por el propietario-constructor-vendedor del edificio antes de iniciar la venta de cualquier piso y haciéndolo constar en el "título constitutivo".

b) Por la Comunidad constituida para la construcción de un edificio destinado a ser habitado por los miembros de dicha Comunidad constructora bajo el régimen de P. h., haciendo constar que la planta de garaje se dedicará a su explotación en beneficio de la referida Comunidad, bien directamente bien en régimen de arriendo, cesión, etc.

Hemos de hacer constar que el sistema de explotación de la planta "garaje", como tal industria o negocio y en beneficio de la Comunidad de propietarios, no es preciso hacerla constar en el "título constitutivo". Y para ser más precisos, estimamos no debe hacerse constar, ya que cualquier cambio en el sistema requeriría la unanimidad.

c) Si el edificio estuviere ya ocupado en su totalidad y los adquirentes de pisos y locales, a excepción del "garaje" estimasen conveniente su "comunización" no habiéndose ello hecho constar en el "título constitutivo", será preciso, para que ello pueda realizarse, acordarlo por unanimidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 16-1.^a, en relación con el 5.^º-IV de la Ley de P. h.

Por último, y en relación con el tema que estamos contemplando en esta nota, diremos que la reserva hecha por la Comunidad de propietarios puede llevarse a cabo a título de *industria de garaje*, a cuyos efectos hemos, a su vez, de indicar que si bien no conocemos ninguna resolución de nuestros tribunales que hagan referencia a este extremo en relación con la P. H., si existen sentencias que afecten al mismo respecto de la L. A. U., como acontece, por ejemplo, con las SS. T. S. de 16 octubre 1954; 15 marzo 1964; 6 abril 1965, bien que ésta venga más bien referida al llamado *contrato de garaje*, y la de 25 noviembre 1972.

problemática resulta menos pacífica, dada la variedad de matices que en la misma pueden presentarse.

Así y supuesto lo que se indica en el epígrafe que estamos contemplando, cabe a su vez distinguir en esta situación las siguientes posibilidades:

a) Que el "título constitutivo" contenga una delimitación específica y concreta del espacio "garaje", atribuyendo al mismo una cuota especial.

b) Que el "título constitutivo", además de las especificaciones que se indican en el apartado anterior, fije para los titulares de las "plazas garaje" una participación en los gastos de mantenimiento y conservación de los elementos comunes del edificio que puedan verse afectados por el uso y disfrute del "garaje".

c) "Título constitutivo" con análoga delimitación espacial y determinación de cuotas que se ha indicado en el supuesto del apartado a), pero reconociendo y concretando, además, la existencia de una especie de *sub comunidad* respecto del "garaje" a manera de "comunidad aneja o subordinada".

d) Que el "título constitutivo" contenga una delimitación espacial del "garaje", cual si fuere otro piso o local de inmueble y consiguientemente con la atribución al mismo de la procedente cuota de participación.

De estas posibilidades que acabamos de indicar como mero ejemplo, nos inclinamos, en principio, por las descritas en los apartados b) y c) aún cuando sintamos mayor predilección por la recogida en el b), bien entendido y así lo dejamos indicado que para optar por una u otra será preciso que en el "título constitutivo" se haya recogido lo que hemos dejado señalado para cada una de ellas.

Haremos, pues, una breve determinación de las razones que nos han inclinado a decidirnos por alguna de las situaciones indicadas, a la vez que para rechazar otras.

No admitimos la situación d) por entender que con ella resultarían muy perjudicados los propietarios de las "plazas garaje", desde el momento en que tal estado de cosas daría lugar a que el "garaje" pudiera considerarse comprendido en el artículo 14-II de la Ley de P. h., lo que a su vez conduciría a que en las Juntas de Propietarios pudieran contar únicamente con un voto para la formación de las mayorías, no obstante, poder ser los propietarios de dichas plazas más de 25, o incluso 30.

Pero es que además, para los acuerdos por mayoría la situación podría ser enormemente conflictiva, por cuanto, aunque el voto de los propietarios de "plazas garaje" fuere uno sólo, como el valor de la *cuota-garaje* si no mayoritaria podría ser al menos quasi mayoritaria, ello situaría a los restantes propietarios en condiciones de desventaja respecto de los que lo fueren de "plazas garaje".

En cuanto a la situación a), sin rechazarla decididamente sí podemos decir que en principio la creemos insuficiente. Estimamos que el "título constitutivo" debe fijar con la mayor precisión posible:

los esquemas fundamentales sobre los que va a desarrollarse el régimen de P. h. en cada edificio, lo que resulta muy difícil por mucho que se cuide su redacción.

En cuanto a la solución c) exige que en el "título constitutivo" se reconozca la existencia de una "sub comunidad", "comunidad anexa" o "subordinada" respecto del local garaje y el resto del edificio.

El mayor inconveniente a la vez que obstáculo que de esta posición puede derivar, proviene de la regulación legal del régimen de P. h., dado que la Ley de 1960 no parece ofrecer posibilidades para constituir esas "sub comunidades".

No nos parece, sin embargo, éste un obstáculo insalvable. La Ley de P. h. aún cuando imperfecta y, por lo tanto, susceptible de mejora como todas las obras humanas, e incluso debemos decir que necesitada de retoques, alguno de ellos urgente, tiene la suficiente flexibilidad para comprender y solucionar una serie de situaciones muy diversas que aún cuando acaso no intuidas siquiera por el legislador de 1960, pueden ser adecuadas a las exigencias de la realidad social por los órganos de la Administración de Justicia (43).

Por otra parte la denominación de "Propiedad horizontal aneja" o "subordinada" que hemos aplicado a este supuesto (44), si bien en principio puede parecer extraña no lo es en realidad y desde luego nosotros la preferimos a la de "situación especial y compleja", e incluso a la de "propiedad horizontal atípica", por las siguientes razones:

1.^a Las plazas de "garaje" no son en este concreto supuesto ni anejos de partes privativas, ni elemento común de las mismas.

2.^a La situación que aquí contemplamos ofrece una serie de matices, circunstancias y situaciones, tan variadas a la vez, que susceptible de acomodo jurídico —aisladamente considerados— tan diverso, que la hacen merecedora del calificativo de *compleja*.

Más, frente a esta última consideración no podemos olvidar en modo alguno, que aún cuando pueda parecer acaso anómala la posibilidad de equiparar las "plazas garaje" a los pisos y locales, ello no resulta tampoco forzado si tenemos en cuenta:

a) Que tampoco puede rechazarse de modo excluyente y ra-

(43) Téngase en cuenta, a estos efectos, que según el art. 1.^º-6 del Cod. civ. la "jurisprudencia" "... complementará el ordenamiento jurídico...", y que los Tribunales han de aplicar las leyes desarrollando una actividad integradora de presente con objeto de extender y mejorar el ámbito de preceptos oscuros o incompletos, corregir lagunas, etc. (vid. nuestro trabajo sobre *La jurisprudencia en el Código civil...*, "A. D. C. I.", 1976, págs. 337 y sigs.).

(44) Decimos P. h. por cuanto como se indicará, existe la posibilidad de que las "plazas garaje" puedan equipararse a los pisos y locales.

A su vez empleamos el término "aneja" en el sentido de "unida o agregada a otra cosa como accesorio o dependiente de ella" y, consiguientemente, para designar la existencia de una P. h. *enquistada* o contenida en otra de mayor ámbito, posibilidad ésta que, como hemos ya indicado anteriormente, constituye hoy una realidad insoslayable e indiscutible no rechazada por la doctrina científica ni la jurisprudencial (ver SS. cit. en pág. 26).

cial, el que puedan ser equiparados a los mismos al menos en una interpretación jurídica de los términos piso y local empleados por el legislador en los artículos 396-I del Código civil y 3.º, a) de la Ley de P. h.

b) Que en dichos preceptos y concretamente en el 3.º, a) se alude a “...un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente...”, descripción ésta que puede aplicarse tanto a los pisos y locales de que habla en el artículo 396-I del Código civil o en el mismo 3.º, b) de la Ley de P. h., como a las *plazas-garaje* (45).

Mas, antes de seguir adelante con el estudio de la naturaleza jurídica de este supuesto, queremos hacer unas aclaraciones al objeto de evitar en la medida de lo posible que nuestras palabras puedan entenderse en algún sentido distinto del por nosotros pretendido. A tales efectos hemos de indicar:

1.º Que todo cuanto estamos diciendo viene referido al concreto y específico supuesto que aquí estamos contemplando, esto es, al del “Garaje como espacio delimitado independiente de los pisos y locales y con titulares total o parcialmente distintos de los que lo fueren de aquéllos”.

2.º Que en consecuencia la equiparación de las “plazas-garaje” a los pisos y locales, sólo la admitimos cuando el “garaje” merezca o tenga la consideración de “comunidad aneja” o “subordinada” respecto de la del edificio en que radique (46).

c) Que si establecemos una comparación entre los pisos o locales y los “garajes”, podríamos llegar a las siguientes consecuencias:

(45) Téngase en cuenta para reforzar esta idea, además de lo que se acaba de indicar, la frase: “... los diferentes pisos o locales...” que emplea el art. 396-I del Cod. civ. y reitera el citado art. 3.º-b) de la propia Ley P. h.

Y decimos que lo refuerza porque se haya empleado la letra *o* como conjunción disyuntiva *o* para demostrar una idea de equivalencia, es lo cierto que refleja siempre *o*, cuando menos, permite mantener la existencia tanto de un edificio sujeto al régimen de P. h. con únicamente pisos dedicados a vivienda, como sólo a oficinas, consultas, etc., al amparo del sustantivo “locales” de tan amplia significación.

(46) En relación con esta segunda aclaración diremos, a su vez, que si bien, como hemos dicho anteriormente, resulte acaso difícil rechazar la equiparación indicada desde el punto de vista de la más estricta hermenéutica jurídica, considerada la cuestión bajo el prisma de una interpretación *axio-conceptual*, a la vez que *social*, puede resultar más difícil mantener idéntica equiparación, habida cuenta:

1.º Que, como dice la propia Exposición de motivos de la Ley de P. h., “La esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana...”.

2.º Que, en consecuencia, parece ser fundamental en dicho régimen de bienes el *piso-vivienda* o *piso-habitación*, sin perjuicio de que puedan existir *locales de negocio*.

3.º Que si se mantiene esta posición apoyándonos en la citada Exposición de motivos de la Ley, resulta un tanto difícil mantener la idea de un edificio dedicado íntegramente a locales de negocio o a “garajes”, no obstante lo cual la realidad social nos muestra que existen.

PISOS O LOCALES

Son "Susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública..." (artículo 396 Código civil).

Poder ser objeto de propiedad separada (art. 396 Código civil y 3.^º, a) Ley P. h.).

Llevan inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su más adecuado uso y disfrute (art. 396 Código civil y 3.^º, b), Ley P. h.).

A la vista de todo cuanto hemos indicado y principalmente del examen comparativo que antecede, nos inclinamos al menos en principio por la posibilidad de equiparar en el concreto supuesto que estamos contemplando los pisos y locales con las "plazas garaje".

Tal equiparación nos reconduce nuevamente al tema de la naturaleza jurídica de ésta P. h., que bien podría calificarse —en nuestro modo de ver y en principio— de típica u ordinaria, aún cuando tampoco requeriría grandes esfuerzos técnicos para incluirla dentro de los supuestos de atipicidad de dicho régimen de propiedad (47).

Por último, y en relación con los "garajes" en la P. h., una indicación no relativa a su naturaleza jurídica y sí a su mejor delimitación conceptual.

Entendemos que el concepto "garaje" en el régimen de la P. h. y de modo especial cuando viene referido al "local destinado a la guarda y custodia de vehículos de motor", sito en inmueble sujeto al régimen de P. h. y de modo muy especial cuando es propiedad de los titulares de pisos y locales como anejo de los mismos, debe entenderse en íntima relación con lo que pudiéramos llamar "partes integrantes mínimas", término éste dentro del cual cabría comprender:

1.^º Las rampas de acceso y salida, así como las superficies estáticas mínimas para la guarda y depósito de cada vehículo, maniobras de los mismos, etc.

2.^º Los que pudiéramos denominar "anejos" del "garaje", tales como máquinas de lavado de los vehículos —si las hubiere—, instrumentos, etc., destinados a su mejor funcionamiento, especialmente cuando el mismo pertenece a uno de los miembros de la Comunidad de propietarios del edificio que lo explota como *industria*.

GARAJES

Sus plazas son susceptibles de dicho aprovechamiento y tienen salida a un elemento común.

Estas plazas también pueden ser objeto de propiedad separada.

Existen dichos elementos comunes (rampas, zonas de maniobra, etc.), inherente a la propiedad de las plazas de garaje y necesarios para su más adecuado uso y disfrute.

(47) Tal acontecería, por ejemplo, en el concreto supuesto indicado en el número 3.^º de la nota anterior, esto es, cuando el inmueble entero se encuentre dividido en "locales de negocio", "oficinas" o destinado a "garaje" o "garajes".

de garaje, teniendo fijada en el “título constitutivo” la pertinente cuota de participación.

8.^o *Naturaleza jurídica de la llamada Propiedad Horizontal por períodos.*

Viene referido este supuesto a unas situaciones relativamente frecuentes en ciertas zonas españolas y caracterizadas porque los pisos situados en inmuebles sujetos al régimen de P. h., se venden a diversas personas sobre la base de que la utilización por cada uno de los adquirentes del mismo sólo podrá tener lugar durante determinados períodos de tiempo anual.

No se trata aquí de discutir ni examinar las ventajas o inconvenientes de esta manifestación y sí únicamente de precisar la naturaleza jurídica de la misma.

Los únicos datos que hemos logrado obtener la figura son los que se dejan indicados (48). En consecuencia y partiendo de los mismos diremos, que en nuestra opinión nos hallamos a presencia de un supuesto de P. h. ordinaria en la que cada piso o local —o parte de ellos— en lugar de pertenecer a un sólo titular es propiedad de varios, correspondiendo el disfrute del espacio adquirido a cada uno de los condóminos por período o períodos determinados de tiempo.

Más, a su vez y por lo que a cada piso o parte de piso así adquirido se refiere, es evidente que nos hallamos ante otra situación jurídica distinta, que estimamos en principio bien puede ser calificada de “Comunidad” aún cuando su inclusión en uno u otro tipo de las comunidades conocidas ofrezca dificultades.

A tales efectos y para el supuesto de que se trate de una comunidad ordinaria romana, habría de estarse a lo dispuesto en los artículos 392 y ss. del Código civil. Más, no podemos olvidar que el contrato de venta del piso, parte de piso o local, puede contener cláusulas que alteren la esencia de la comunidad romana y la conviertan en otra de tipo distinto. E incluso debe tenerse en cuenta la posibilidad, aún cuando la estimamos menos fácil, de que pueda constituirse entre los adquirentes una especie de sociedad.

En consecuencia, en estos casos “propiedades horizontales por períodos” somos de la opinión que pueden distinguirse perfectamente y en orden a la delimitación de su naturaleza jurídica, estas dos posibilidades:

a) La que deriva de la ubicación del piso, parte de piso o local en edificio sujeto al régimen de P. h., que en nuestro modo de ver son de clara P. h. típica.

b) La que surge como consecuencia de la adquisición de cada uno de esos espacios susceptibles de aprovechamiento independiente por dos o más personas, para su disfrute por períodos determinados de tiempo.

(48) Los referidos datos los hemos obtenido de la prensa diaria, en la que no es infrecuente leer la venta de pisos o apartamentos en estas condiciones, y en el programa de oposiciones restringidas a Notarías convocadas en 19 diciembre 1972, tema 10 de Derecho civil, común y foral.

En orden a esta posibilidad que bien pudiéramos calificar de interna entre los titulares dominicales de cada piso, parte de piso o local, somos de la opinión que tales relaciones quedan fuera del ámbito de la P. h., viniendo determinadas por el contenido del contrato de adquisición de los pisos o locales y en todo caso por lo que los diversos adquirentes hubieren concertado sobre sus relaciones internas.

Por todo lo expuesto, estimamos que en las situaciones de "propiedades horizontales por períodos" no puede hablarse de propiedades horizontales atípicas.

9.^o *Naturaleza jurídica del usufructo simultáneo de edificios con pacto de que cada cotitular detente el uso y disfrute de un apartamento o local.* Tres son las situaciones que pueden distinguirse en este supuesto:

a) Edificio con propietario único (49) que cede en usufructo cada uno de los pisos o locales en que se encuentra dividido el inmueble a distintas personas.

En este supuesto no es posible hablar de P. h. ni típica ni atípica por cuando existe propietario único del edificio y solamente en lo relativo a los usufructuarios la titularidad es múltiple.

b) Edificio sujeto al régimen de P. h. en que cada uno de los propietarios singulares de pisos y locales cedieran éstos en usufructo a distintas personas.

Estimamos que se trata de un supuesto puramente hipotético, casi imposible de que pueda presentarse en la realidad.

Más, si ello aconteciera, es evidente que nos hallaríamos a presencia de una P. h. típica en la que jugarían los principios reguladores del usufructo (arts. 470 y ss. Código civil, principalmente) en la medida que sean aplicables y en lo relativo a las Juntas de Propietarios, lo dispuesto en el artículo 15-III de la Ley de P. h. de 1960.

c) Co-usufructo de edificios con pacto de que cada uno de los co-titulares detente el uso y disfrute de un apartamento ó local del mismo. Se trata como puede verse del supuesto que sirve de epígrafe a esta especialidad.

Estimamos que cuando ello acontezca (50) nos hallaremos ante una situación muy semejante a la anterior, al menos en lo que a naturaleza jurídica se refiere.

Consiguentemente creemos que se trata de una P. h. típica en la que las reglas del usufructo juegan única y exclusivamente respecto de las relaciones titulares dominicales-usufructuarios de pisos o locales, siendo igualmente de aplicación lo dispuesto en el artículo 15-III de la Ley de P. h.

(49) El titular de este edificio puede serlo tanto una persona física como jurídica.

(50) Y como en su supuesto anterior, somos de la opinión que es muy difícil, por no decir imposible, que en la práctica pueda presentarse, bien que ésta sea tan rica en matices y posibilidades que haga posible toda eventualidad.

“Algunas reflexiones sobre el Derecho matrimonial español. En torno a dos recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado”

JOSE MARIA ESPINAR VICENTE

Doctor en Derecho

INTRODUCCION

La intención de este trabajo estriba en estudiar, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, algunos problemas relativos a la posible recepción del efecto de disolución vincular de las sentencias extranjeras de divorcio. Para ello, vamos a sustentar nuestras reflexiones sobre el análisis de dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la del 23 de marzo de 1976 y la del 5 de abril del mismo año (1).

Sobre esta base, vamos a tratar de ofrecer el denominador común en el planteamiento de ambas resoluciones, como hipótesis de interpretación de los conceptos claves que integran la institución del matrimonio en España. En definitiva, nuestra intención consiste en mostrar la existencia de una posible vía, mediante la cual, pueden salvaguardarse las concepciones fundamentales de nuestro sistema matrimonial, sin impedir la adaptación de su contenido a las exigencias del tráfico externo.

I. LA RECEPCIÓN DEL EFECTO DE DISOLUCIÓN VINCULAR, CUANDO EL DIVORCIO SE REFIERE A UN MATRIMONIO CANÓNICO:

El día 8 de octubre de 1975, el Juez Decano de los de Primera Instancia y de los de Instrucción de Madrid, conforme a lo permitido por el artículo 250 del Reglamento del Registro Civil, elevó consulta

(1) Vide las Resoluciones citadas en los “BB. OO. E.” núms. 110 y 111 del 7 y 8 de mayo de 1976, págs. 8891 y sigs., y 8969 y sigs., respectivamente.

a la Dirección General de los Registros y del Notariado, referente a si el Juez encargado del Registro Civil del Distrito de Fuencarral de Madrid, podía autorizar el matrimonio civil que intentaban celebrar un español, soltero, acatólico y una súbdita peruana, también acatólica y divorciada vincularmente, según su ley personal, de un matrimonio canónico anterior.

Ante estos datos, el razonamiento seguido por la Dirección General giró en torno a tres puntos: calificación del primer matrimonio, determinación de la ley aplicable y juego de la excepción de orden público sobre el resultado. Es decir, tres hitos clásicos en la búsqueda de una reglamentación adecuada a la naturaleza internacional del supuesto contemplado.

En cuanto a la calificación del primer matrimonio, contraído por doña N. M. B. K. con don A. E. G. U., resultaba que los promotores del expediente para su autorización del matrimonio civil que se pretendía, habían aportado una fotocopia autenticada del Registro de matrimonios en iglesias, relativo al contraído por doña N. M. B. K. y su anterior marido, el día 21 de enero de 1969, ante el Párroco de la Iglesia de S. F. A. (Municipalidad de S. I., L.-P.). En consecuencia, aplicando los moldes de calificación preceptuados en el párrafo primero del artículo 12 del Código civil, en relación con el artículo 42 del mismo Cuerpo legal, se llega, lógicamente, a la conclusión que se contiene en el segundo *“Considerando”* de la Resolución analizada, en el que textualmente dice:

*“Considerando que no hay duda de que este matrimonio anterior, celebrado *«in facie ecclesiae»* ante el párroco de determinada iglesia católica, ha de ser calificado, para el Derecho español, como matrimonio canónico.”*

Sin embargo, esta constatación no implica la actuación inmediata de normas internas españolas sobre el supuesto contemplado, sino que, por el contrario, la Resolución continúa adelante su razonamiento conflictual y, aplicando el número uno del artículo 9.^º de nuestro primer Código, reconoce:

“... que si bien en principio ambos contrayentes gozan, conforme a su respectiva ley personal (cfr. art. 9, 1 C. c.), de la capacidad necesaria para contraer matrimonio, la cuestión a dilucidar es si la excepción de orden público...”

El problema queda, pues, centrado en dos puntos: primero, en ver si el juego del orden público va a excepcionar la aplicación de la Ley peruana —reconocida ya como aplicable—, porque los efectos creados a su tenor, pueden resultar manifiestamente incompatibles con las concepciones básicas del ordenamiento español y, segundo, en determinar simultáneamente cuáles son esos conceptos de base que, eventualmente, pueden impedir la recepción normal de la Ley perua-

na reclamada. En este sentido, la progresión del razonamiento de la Resolución es el siguiente:

“... la cuestión es si la excepción de orden público recogida hoy en el artículo 12,3 del Código civil, impedirá conceder eficacia en España a la sentencia extranjera de divorcio vincular, con la consecuencia de deber estimarse subsistente el impedimento de ligamen del primer matrimonio de la interesada.

Considerando, que la excepción del orden público, por implicar una quiebra en la comunidad jurídica internacional, debe ser interpretada muy restringidamente; sin embargo, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y cuando el matrimonio previo es canónico, debe entenderse que a pesar de haberse dictado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal, persiste, por razones de orden público, el impedimento de ligamen.” (Lo subrayado es nuestro.)

De estos últimos párrafos de la Resolución comentada, destaca, de forma especial, la concepción restringida del orden público y la salvedad de que su entrada en juego viene condicionada por la naturaleza canónica del vínculo matrimonial, cuya pervivencia se trata de dilucidar.

Una vez conocido el contenido de los “considerandos” de la Resolución, entraremos a analizar la manera que se interpreta en ella la normativa aplicable y la forma en la que se utiliza complementariamente la doctrina legal sentada por nuestro Tribunal Supremo. En este sentido, vamos a partir del hecho de que la Dirección General de los Registros evacúa la consulta que se le formula, a través de una vía de razonamiento, que difiere en mucho de los argumentos mantenidos en el auto que esta Resolución confirma. Efectivamente, la diferencia fundamental en la aplicación de estos criterios, estriba en que el Juez de Primera Instancia sustenta la estimación del impedimento de ligamen, con base en la irreceptibilidad del efecto de disolución vincular de cualquier sentencia de divorcio, afirmando que:

“... el criterio hasta ahora mantenido en España, es el de no admitir la capacidad del extranjero divorciado para contraer matrimonio civil en España, pues, aun en el caso en el que su legislación nacional admite el divorcio vincular y otorga al divorciado capacidad para contraer nuevo matrimonio, como esta posibilidad pugna con el concepto moral y legal del matrimonio en España, que *prohibe* contraerlo a quienes estuvieran anteriormente casados, *incide en el orden público* y buenas costumbres, no siendo procedente su aplicación, estableciendo como única causa de disolución para aquel matrimonio la muerte de uno de los cónyuges.” (Lo subrayado es nuestro.)

Una comparación entre este párrafo y el último "considerando" transcrita, nos pone de relieve la diferencia esencial que media entre una y otra forma de entender la acción de las normas de carácter prohibitivo y del juego de la excepción de orden público sobre el supuesto que, en definitiva, no es más que el reflejo de dos distintas maneras de entender la regulación del matrimonio en nuestro Derecho y de los principios fundamentales que informan su base.

Para el Juez de Primera Instancia, los artículos 42, 51, 52, 75, 80 y 83 del Código civil, junto al 22 del Fuero de los Españoles, constituyen un todo inseparable que define un sólo matrimonio, cuya unidad e indisolubilidad no puede admitir ninguna quiebra a través de la filtración de otras concepciones jurídicas reclamadas por la presencia del elemento extranjero; ello obedece, en nuestra opinión, a la inercia de las concepciones matrimoniales españolas, anteriores a la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, y a que la primacía del elemento confesional en esta materia, traslucen la vocación universal que subyace en el modelo religioso. Antes de la reforma de 1958, el legislador consideraba la existencia sustancial de un solo matrimonio, a cuya constitución podía accederse o bien a través de las formalidades impuestas por el Derecho canónico, o bien mediante el modo de celebración que determinaba el propio Código civil; en definitiva, considerando el tenor estricto del antiguo artículo 42 del Código civil, al margen de otras disposiciones interpretativas de carácter complementario (2), se llegaba a la conclusión de que fuese cual fuese la vía que se hubiera seguido en la celebración, el resultado final que se obtenía era el de un matrimonio sancionado por el Derecho español.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin embargo, el planteamiento no es unitario, sino dualista, ateniéndose a la propia redacción del artículo 42 del Código civil, que define las dos clases de matrimonio reconocidas. Y así, en el caso que nos ocupa, recoge la concepción definida en el juego de los artículos 42, 75 y 80 del citado Cuerpo legal, toda vez que la consulta formulada versa sobre la pervivencia de un matrimonio canónico anterior; y la nueva redacción reconoce la existencia de una dualidad sustantiva de matrimonios con sus respectivas formas y requisitos de celebración, que van a ser establecidos y controlados por dos legislaciones que actúan en pie de igualdad: la de la Iglesia Católica y la del Estado español.

Este cambio conceptual tiene una trascendencia básica desde el enfoque de nuestra disciplina, ya que la primitiva redacción del artículo que comentamos, suponía —al menos formalmente— la mediatización del Ordenamiento eclesiástico a través del español; en

(2) Véase, por ejemplo, la O. de 10 de marzo de 1941, que exigía la prueba documental de no ser católicos los contrayentes, o declaración jurada de no estar bautizados, a cuya exactitud se hallaba ligada la validez y efectos civiles del matrimonio. En consecuencia, quedaba desvirtuado en la práctica, el carácter formal que caracterizaba la redacción del precepto.

definitiva, el Estado español se constituía en portador de un determinado sector del ordenamiento canónico, para dotarle, con su autoridad, de eficacia práctica respecto a la conducta externa de los destinatarios de sus normas. Sin embargo, la nueva versión implica el reconocimiento del Derecho canónico como ordenamiento jurídico primario y, en consecuencia, el de *su independencia directa con respecto a los demás ordenamientos*, incluso el español, que se limitará a reconocer la posición suprema de la voluntad ordenadora de la sociedad eclesial en la esfera que le es propia, manteniendo su normativa al margen del desarrollo de las relaciones creadas al amparo de las normas de la Iglesia Católica (3).

Esta es la interpretación que realiza la Dirección General de los Registros y del Notariado, aproximando su razonamiento al del dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, en el que estimaba que:

“... el matrimonio celebrado por doña N. M. B. con don A. G. ante el párroco católico de la iglesia de S. F. A. fue válido para el ordenamiento canónico y no puede ser disuelto por la autoridad civil en base de mutuo disenso de los cónyuges. Nuestras Leyes Fundamentales, en materia de unidad e indisolubilidad del matrimonio, *incorporan* como Leyes del Reino en esta materia el ordenamiento canónico; aunque el matrimonio que ahora se desea causar es sólo civil, sin embargo, actúa el impedimento de bigamia previa del artículo 83, número 5, del Código civil, pues el vínculo matrimonial contraído por doña N. M. B. sólo puede ser disuelto, *según las normas canónicas que reconoce nuestro Derecho*, por los tribunales eclesiásticos competentes y nunca por mutuo disenso de los contrayentes.” (Lo subrayado es nuestro.)

El razonamiento de este párrafo nos parecería intachable, si no fuere porque se vierten en él dos ideas —tal vez simples matices—, pero que incorporan a su tenor, restos de una interpretación que pertenece al sistema matrimonial anterior a la tan citada reforma de 1958. Así, en primer lugar, no nos parece acertado decir que nuestras Leyes Fundamentales *incorporan* el ordenamiento canónico en esta materia. Tal incorporación existía en el antiguo artículo 75 del Código civil, pero no en el artículo 22 del Fuero de los Españoles, ni en el segundo Principio de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, que se limita a acatar la Ley de Dios según la doctrina de la Iglesia y a convertirla en “policy” legislativa, pero ni el acatamiento ni la inspiración implican incorporación, sino más bien reconocimiento. Por otra parte, el segundo párrafo que hemos subrayado, parece obedecer a una forma de interpretación que hunde sus raíces.

(3) En este sentido, véase JOSÉ DE SALAZAR ABRISQUETA, *Lecciones de Derecho Canónico*, multicopiadas por el Departamento de Derecho Canónico de la Facultad de derecho de la U. A. M. Lección 14, pág. 7.

en la época en la que nuestro ordenamiento se reservaba el ejercicio de determinados mecanismos de control, como era, por ejemplo: el del artículo 75 del Código civil donde se establecía que la forma de celebración del matrimonio canónico, debía ajustarse a las disposiciones de la Iglesia admitidas como leyes del Reino (4), pero tales controles no existen ya hoy día.

En definitiva, la Resolución viene a declarar que para determinar la capacidad matrimonial de los contrayentes, es preciso aplicar la ley nacional de cada uno de ellos, y que en este caso se hubiese aplicado la legislación peruana, si no hubiese existido un matrimonio canónico anterior en la contrayente, y ello porque para nuestro sistema matrimonial resulta de orden público la supremacía de matrimonio canónico sobre el civil —tanto por las directrices legislativas que marcan nuestras Leyes fundamentales, como por el compromiso internacional adquirido por nuestro país en vía concordatoria, el 27 de agosto de 1953—; en este sentido, el primer matrimonio de doña N. M. B. K. deberá regirse, en cuanto se refiere a su constitución y validez, y en general, a su reglamentación jurídica, por las disposiciones de la Iglesia Católica, del mismo modo que corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, entender sobre las causas de nulidad, separación y dispensa del rato de tales matrimonios, sin que ninguna otra jurisdicción estatal tenga —a los ojos de nuestro Derecho— competencia para decidir sobre estos casos. Por lo que esta Dirección General, recogiendo estas concepciones de nuestro orden público, acordó:

“Resolver la consulta, en el sentido de estimar subsistente el impedimento de ligamen derivado del matrimonio de la interesada, a los efectos del que ahora intenta contraer con súbdito español.”

Estas son, en síntesis, las principales ideas que destacan en la Resolución del 5 de abril de 1976. Hemos querido invertir el orden cronológico de las dos decisiones comentadas, para imprimir en su lugar un orden lógico en el análisis del sistema matrimonial español. Así, al reflexionar sobre el matrimonio canónico, hemos buscado en la “ratio decidendi” de la Resolución comentada, una forma de interpretar las consecuencias que se derivan de la nulidad matrimonial reconocida en la sección primera del Título dedicado al matrimonio en nuestro Código civil. En esta primera aproximación, hemos podido constatar, ante todo, la autonomía de tratamiento que se otorga al matrimonio canónico. En consecuencia, al hablar de las influencias confesionales en nuestro sistema, habrá que distinguir entre este sector de la normativa, que tendría su base en el reconocimiento de la independencia legislativa y jurisdiccional de la Iglesia —premisa que hemos de reputar como de orden público—, y otro sector de la misma, impregnada en la “policy” confesional que se deriva

(4) Piénsese, por ejemplo, en el “pase regio” como mecanismo de control.

del último inciso, del segundo principio, de la Ley de Principios del movimiento Nacional, y que es la que constituye la regulación civil de estas cuestiones matrimoniales.

II. LA RECEPCIÓN DEL EFECTO DE DISOLUCIÓN VINCULAR CUANDO EL DIVORCIO SE REFIERE A UN MATRIMONIO CIVIL

El día 10 de febrero de 1972, se presentó ante la Oficina del Registro civil del Distrito de Chamberí, en Madrid, un escrito en el que se solicitaba la inscripción del matrimonio civil, contraído en Gibraltar por don J. M. O. A., súbdito español, bautizado y miembro de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y doña P. W., estadounidense, de la misma profesión religiosa que el promotor y divorciada vincularmente de anterior matrimonio, celebrado según los ritos y requisitos propios de la mencionada Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días.

El razonamiento seguido por la Resolución resulta, en esta ocasión, más complejo y en el orden de los "considerandos" no puede apreciarse la misma progresión lógica que en la anterior decisión comentada. Sin embargo, con la misma base de justificación que hemos sustentado para alterar el orden cronológico de las Resoluciones, vamos a comenzar, ahora, nuestras reflexiones, partiendo de dos de las premisas en las que se sustenta la "ratio decidendi" de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en esta ocasión; en primer lugar, la calificación del matrimonio contraído anteriormente por doña P. W., y en segundo lugar, la capacidad de los contrayentes respecto al matrimonio civil, celebrado en Gibraltar conforme a las modalidades establecidas por la "lex loci".

En cuanto al primer punto, la Dirección General, interesó de los solicitantes, que acreditasesen mediante certificación expedida por autoridad competente de la Iglesia Católica, si el matrimonio celebrado por doña P. W. fue o no matrimonio sacramental canónico, para lo cual, los promotores presentaron los siguientes documentos:

"1. Expedido por la Vicaría General del Arzobispado de Madrid-Alcalá, un certificado en el que se afirma que el matrimonio celebrado entre "mormones o miembros de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días" no es matrimonio canónico, sin que ello prejuzgue la validez del acto."

3. Otro certificado, que autorizó el Sr. Provicario general del Arzobispado de Madrid-Alcalá, según el cual "el matrimonio celebrado entre acatólicos, bien ante la autoridad civil, bien ante la autoridad religiosa de su secta, no es considerado como sacramento ante la Iglesia Católica, la cual exige (sic.) «que para que el contrato

matrimonial sea sacramento, los contrayentes estén bautizados por la misma Iglesia Católica», y, finalmente, se hace constar que «el matrimonio que se dice celebrado entre doña P. W. y don G. K. G., siendo ambos acatólicos en U.S.A. en 1941, no es sacramento, de acuerdo con la doctrina de la Iglesia Católica» (sic.).”

En vista, pues, de esta información, el Centro directivo consultado, consideró que en este caso:

“... como consta que la contrayente extranjera recibió el bautismo en su religión, debe decidirse si el matrimonio contraído es o no canónico, cuestión ésta de calificación que debe resolverse conforme a los criterios de la Ley española, y dado lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil y disposiciones complementarias, no cabe calificar como canónico —cualquiera que sea la entidad teológica del bautismo en la Iglesia de los mormones primero y después del matrimonio— un vínculo contraído por acatólicos (aunque estén bautizados) que persistan después en la acatolicidad.”

Así, pues, descartada la naturaleza canónica del matrimonio —lo que hubiese llevado a un desarrollo similar al sostenido en la Resolución anteriormente comentada—, faltaba sólo por dilucidar la capacidad de ambos para causar el matrimonio civil, que pretendían inscribir en el Registro español. Resuelta la no obligatoriedad de la vía canónica, en función de la probada acatolicidad de ambos contrayentes, quedaba allanado el camino para la estricta consideración civil del matrimonio en causa; en este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, abordó la cuestión que se le planteaba de forma muy similar a la que empleó en su Resolución de 5 de abril de 1976.

“Considerando que, si bien es indudable que, en principio, ambos recurrentes, conforme a su estatuto personal (cfr. art. 9.º, 1, del Código civil), gozan de la capacidad necesaria para contraer matrimonio, el problema estriba en dilucidar si, en este caso, la excepción de orden público establecida hoy por el artículo 12.3 del título preliminar, impedirá conceder eficacia, en España, a la sentencia extranjera de divorcio vincular, con la consecuencia de deber estimarse subsistente el impedimento de ligamen derivado del primer matrimonio de la interesada.”

Identificadas, en principio, las leyes aplicables a la capacidad de los contrayentes, la Dirección General consultada pasará a analizar la incidencia del principio de la indisolubilidad del matrimonio sobre la regulación del supuesto contemplado.

En nuestra opinión, el principio de la indisolubilidad matrimonial se asienta en una dualidad de premisas: por una lado, la primacía de la familia como base del sistema socio-jurídico, con la consiguiente voluntad de dotarla de una estabilidad legal más acentuada y, por otro lado, la identificación legal de dos momentos en una dinámica unitaria: en primer lugar, el matrimonio-acto, como manifestación externa de dos voluntades ordenadas a una unión indefinida de convivencia estable y, en segundo lugar, el matrimonio-familia —consecuencia inmediata del matrimonio-acto—, que se sitúa, en virtud del artículo 22 del Fuero de los Españoles, por encima de “toda Ley humana positiva”; en consecuencia, el Derecho sólo podrá actuar, o bien sobre el matrimonio-acto, para declarar su nulidad o inexistencia, o bien sobre el matrimonio-familia, para proteger a los cónyuges, cuya convivencia estable resulte imposible o peligrosa, pero no podrá actuar directamente sobre el núcleo matrimonial de esa convivencia, que como institución natural, situada por nuestro Derecho por encima de su capacidad ordenadora, sólo podrá disolverse por la muerte de uno de los cónyuges.

En definitiva, este es, en líneas generales, el juego de los artículos 83, párrafo 5.º, 51 y 52 del Código civil, y 22 del Fuero de los Españoles. Resulta, pues, voluntad manifiesta del Ordenamiento español, sentar la unidad familiar sobre la base de un solo matrimonio indisoluble. Este principio de base, en el que confluyen los objetivos de política legislativa en la materia, se concreta en el recurso a la inspiración sobre el modelo sacramental para conseguir la estabilidad absoluta de la primera entidad natural de la vida social, que enumera el principio VI de la Ley de Principios del Movimiento Nacional y cuya función se desarrolla en un doble plano: el positivo, de regular las relaciones matrimoniales en función de las dos “policies” descritas y el negativo, de impedir que la aplicación de determinadas normas extranjeras conculquen la idea del matrimonio que postula nuestro Derecho.

El problema estriba, por consiguiente, en saber si el caso que consideramos es susceptible de colisionar con estos principios de orden público, y en saber, si tales principios, autodelimitan su ámbito de aplicación con carácter rígido o, si la protección de estos conceptos de base se efectúa a través de la enervación de la normativa extranjera reclamada, cuando su aplicación genere resultados disconformes con dichos principios; en este orden de cosas, la Dirección General de los Registros y del Notariado consideraría que:

“...que la indisolubilidad del matrimonio es ciertamente básica en la organización de la familia e integrante del orden público español, pero no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones, incluso cuando de la misma familia española se trata (cfr. art. 80, C. c., y Resolución de este Centro directivo de 18 de septiembre de 1971), y con mayor razón ha de admitirlas cuando se

trate de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por Leyes extranjeras, si según éstas, se admite el divorcio vincular.”

Efectivamente, no cabe duda de que los artículos 80 y 82 del Código civil significan la recepción de los efectos de una disolución vincular, por causas distintas a las contempladas en el artículo 52 del mismo Cuerpo legal; además, existen otras limitaciones al criterio de la absoluta aplicación de estas normas, como son las tres primeras disposiciones transitorias de la Ley de 25 de septiembre de 1959 y la Ley de 19 de abril de 1961 sobre régimen jurídico de la provincia del Sahara, en virtud de cuyo artículo 7.^º el Estado reconocía plena validez a los matrimonios indígenas —entonces súbditos españoles— celebrados con arreglo a las normas coránicas y consuetudinarias y, asimismo, de los divorcios vinculares de tales matrimonios aprobados o reconocidos por los Tribunales cheránicos.

En cuanto a la acción del orden público como correctivo funcional del método finalmente empleado, el mencionado Centro directivo, consideró que:

“... a este respecto, conviene distinguir, según que el previo matrimonio de la extranjera fuera canónico, una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima que, por razones de orden público, el impedimento de ligamen persiste, a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente Ley personal extranjera y, en cambio, siendo el matrimonio civil, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe de hacerse uso de la excepción de orden público, han obligado, *cuando de inscribir un matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata*, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio, dictado de acuerdo con la correspondiente Ley personal, y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es inscribible, según resulta de la práctica que revelan las Resoluciones de 25 de marzo de 1950, 27 de junio de 1969 y 9 de noviembre de 1971.” (El subrayado es nuestro.)

Destaca en este considerando el sentido que puede darse a la frase “cuando de inscribir un matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata. ¿Quiere esto decir que no se autorizaría en otro caso?”. Esta interpretación no encaja, obviamente, con el sentido progresivo en el que la Dirección General de los Registros resuelve la cuestión en estudio y, creemos que, dentro de su engarce lógico en el contexto de la Resolución, habría que entender que se trata de una poco afortunada alusión al objeto de la consulta y no de una invitación al

fraude a la Ley. En este sentido, hay que tener en cuenta que la sanción del fraude de la Ley se articula —muy imperfectamente a nuestro juicio— en el párrafo 4.^o del artículo 12 del Código civil, con una fórmula que, en frase del Consejo de Estado, “llevaría a convertir a este país en la tierra de elección del fraude internacional”, toda vez que se define como “la utilización de una norma de conflicto, con el fin de eludir una ley imperativa española”. Esta defecuosa redacción, bastaría para impedir que viésemos en la frase comentada, una invitación al fraude, haciéndose necesario entender que, a pesar de todo, el razonamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado puede ser aplicable a los casos en los que el matrimonio trate de celebrarse en España.

Ya comentamos el reflexionar sobre la Resolución de 5 de abril de 1976, las razones que inducían a considerar de orden público la indisolubilidad del matrimonio canónico. Sin embargo, en lo que al matrimonio civil respecta, el juego de la noción de orden público sólo se justifica cuando durante el proceso de adaptación entre las legislaciones que concurren se constata una notoria inadaptabilidad entre el derecho extranjero reclamado y las concepciones básicas españolas. En tal caso, sólo la apelación al orden público, puede salvar el conflicto, haciendo prevalecer las concepciones del foro en lo relativo al establecimiento de la reglamentación “ad hoc” que se busca; pero este razonamiento implica únicamente la enervación de la normativa extranjera reclamada en los casos en los que su aplicación suponga la quiebra de las concepciones jurídicas básicas, que regulan las relaciones matrimoniales que se producen y desarrollan en el medio social donde actúan esos principios. Sin embargo, en los supuestos de matrimonio entre súbdito español soltero y extranjero libre de vínculo por disolución del precedente, el divorcio del contrayente extranjero se inscribe en el marco de una relación anterior, que en ningún momento estuvo conectada a nuestro Derecho. No se trata, por consiguiente, de un proceso de adaptación de instituciones en el que se exceptúa aquella parte de la normativa extranjera que se opone a los principios básicos del foro, sino que se trata de valorar el estado civil del extranjero que va a integrarse “ex novo” al medio social y jurídico español, como sustentaron, en oportuno recurso, los promotores del expediente de inscripción, al mantener la idea de que:

“... la legislación española recibe al extranjero en la situación jurídico-personal que tiene en el momento que entra en contacto con ella, por lo que hay que aceptar la situación de quien aparece desligado del matrimonio, respecto del cual, en ningún momento, pudo alegar competencia el Derecho español, ni por razón del lugar de celebración, ni de la ciudadanía de los contrayentes.”

III. EN RESUMEN, TRES SON LAS PREOCUPACIONES PRIMORDIALES QUE JALONAN EL RAZONAMIENTO SEGUIDO POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

A) En primer lugar, descartar la competencia de la Iglesia Católica sobre los matrimonios considerados, tanto en lo que respecta a su disolución, como en lo relativo a su constitución (cfr. artículos 42 y 75 del Código civil).

B) En segundo lugar, comprobar que la toma en consideración de los divorcios decretados por los jueces extranjeros, a efectos de los matrimonios que se pretenden inscribir, no contradigan, ni dejen sin efecto lo dispuesto por alguna ley prohibitiva española (cfr. artículo 11, párrafo 3.º del Código civil, en su primitiva redacción).

C) En tercer lugar, controlar que el resultado obtenido mediante la aplicación del artículo 9.º, párrafo 1.º, del título preliminar, no colisione con los principios matrimoniales reputados como de orden público en nuestro sistema (cfr. artículo 12, párrafo 3.º, del Código civil).

A.—Ya hemos tenido ocasión de ver la trascendencia que tiene para nuestro ordenamiento la vinculación entre las relaciones matrimoniales que se consideren y la legislación canónica, hasta el punto de que la primacía del matrimonio sacramental sobre el civil (5) y la absoluta competencia de la Iglesia sobre la constitución, validez, reglamentación jurídica, conocimiento de las causas de nulidad, separación y dispensa del rato de los matrimonios de católicos —artículos 42, 75 y 80 del Código civil—, han de reputarse como principios integrantes del orden público español. En este sentido, cuando existen indicios racionales de catolicidad en uno de los contrayentes —por ejemplo, el bautismo o la celebración anterior de un matrimonio canónico—, el principio general que marca el artículo 9.º, 1.º, del Código civil, quiebra excepcionalmente, y en base de orden público, se exceptuará la aplicación de la ley nacional del católico, en todo lo referente a la clase de matrimonio a celebrar y a la existencia de los impedimentos de ligamen y orden sagrado.

En cuanto a la presunción “iuris tantum” creada por el bautismo, resulta fácilmente desvirtuable; pues, no obstante el carácter de imposición que formalmente parece derivarse del artículo 42 del Código civil, existe una línea de evolución subrayada por la jurisprudencia (6), que partiendo de la promulgación en 1967 de la Ley de

(5) Véase, en este sentido, la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, donde al hablar de la sustitución de la expresión “formas” por la de clases de matrimonio, se dice: “Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta.”

(6) Véanse sentencias del T. S. de 20 de abril de 1974 (no procedencia de la nulidad del matrimonio civil contraído en la URSS por bautizado español y la de 11 de marzo de 1975 (en la que sobre un tema similar el

Libertad Religiosa, y de las reformas introducidas en su base en algunos artículos del Reglamento del Registro civil, culmina en la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el expediente previo al matrimonio civil (de fecha 22 de marzo de 1974), donde se recuerda que basta “la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica “para poder contraer matrimonio civil”, y con la prueba de la comunicación del abandono al Párroco, si se tratase de personas que hubiesen profesado la religión católica anteriormente. Por consiguiente, esta flexibilización en orden a conceder autorización para celebrar matrimonio “subsidiario”, ha desprovisto de significado práctico a la jerarquía establecida, que no conserva hoy otro sentido que el de servir de homenaje a la sacramentalidad del primero.

Sin embargo, en lo que respecta a los que, casados canónicamente, han abandonado la religión católica y, tras la obtención de un divorcio vincular decretado en aplicación de su ley nacional, pretenden contraer matrimonio civil con súbdito español acatólico, las cosas suceden de una manera distinta. Efectivamente, la “professio religionis” —como mecanismo para adscribir la constitución y la reglamentación jurídica de la relación matrimonial al Derecho canónico o al Derecho civil— debe entenderse referida al momento de contraer nupcias, y no vuelve a tener operatividad alguna en relación con las variaciones que experimente el estatuto confesional de los cónyuges. De ahí la importancia que se otorga a descartar la competencia de la Iglesia sobre los matrimonios en causa; y de ahí también, aunque el razonamiento no haya sido siempre muy feliz, el juego del orden público en las sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 23 de febrero de 1944, 12 de mayo del mismo año, 5 de abril de 1966 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 1976, toda vez que en cada uno de los supuestos contemplados constataba la existencia de un matrimonio canónico anterior.

B.—El profesor J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Benedicto contra Barquer* —nota que marca uno de los hitos más importantes en el análisis de estas cuestiones—, dirá que la solución de la inmediata aplicación de la ley española es la seguida en la mencionada sentencia del 5 de abril de 1966, mediante un razonamiento cuyo último inciso se caracteriza por:

“La concreción de la acción positiva del orden público, frente a los efectos de una sentencia extranjera de divorcio que se han ejercido en España, por un extranjero, en

T. S. declara textualmente: “pretende ir contra sus propios actos demostrativos de acatolicidad”. Vide SS. en ARÁNZADI, rep. jur. refs. núms. 1670 y 1190, respectivamente.

virtud de la norma de indisolubilidad del matrimonio inmediatamente aplicable a las relaciones de tráfico externo" (7).

Al reconocer las infracciones legales señaladas en el recurso de casación, el Tribunal Supremo no sólo recusa por motivos de orden público la eficacia en España de una sentencia de divorcio vincular referida a un matrimonio canónico —lo que nos parece lógico—, sino que además considera, también, que la sentencia recurrida "deja de aplicar el número 5.^º del artículo 83 del Código civil y los 51, 52 y 104 del mismo Cuerpo legal, que eran de pertinente aplicación y que impidieron a doña Leticia contraer válidamente en España un ulterior matrimonio". Esta sentencia del 5 de abril de 1966 se inscribe en una línea de razonamiento que había sido mantenida también por la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando, en su Resolución de 10 de agosto de 1961, respondía al Juez de los Realejos (Tenerife), diciendo:

"... que las cuestiones relativas a los derechos y deberes de la familia o al estado, condición y capacidad de las personas, se rigen por la ley personal (art. 9.^º y concordantes del C. civ.), pero que, no obstante, las leyes prohibitivas concernientes a las personas y las que tienen por objeto el orden público, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas en país extranjero (art. 11, 3.^º, del citado Código) y que en este sentido, interpretando el artículo 51 en relación con el número 5.^º del artículo 83 del Código civil, este centro tiene declarado que nuestra legislación no puede conceder validez, a este efecto, al divorcio vincular decretado por Autoridades extranjeras, por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse de orden público (Resoluciones de 15 de febrero de 1941, 10 de enero de 1949, 26 de marzo de 1951 y 3 de octubre de 1952)..."

En definitiva, tras este tipo de razonamiento, subyace la puesta en juego del antiguo tenor del párrafo 3.^º del artículo 11 del Código civil. En este sentido, hay que tener en cuenta que su redacción —como señala el profesor CARRILLO SALCEDO—, resulta muy difícil de interpretar, puesto que, en última instancia, su función no sólo consiste en enervar la aplicación de las leyes o sentencias en él aludidas sino que además conlleva, generalmente, lo que señalaba el profesor GONZÁLEZ CAMPOS en relación con la sentencia de 1966, es decir, "el efecto positivo de la aplicación de tales leyes prohibitivas a las relaciones de tráfico externo" (8). Este panorama de

(7) Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., en *Jurisprudencia española, D. internacional privado* R.E.D.I. Vol. XX, núm. 2. abril-junio, 1967, pág. 313.

(8) Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *not. cit.*, pág. 317.

aplicación de los principios que integran el orden público español en esta materia, a las relaciones internacionales, no es, en definitiva, sino la valoración directa del estado civil del extranjero en función del conjunto normativo integrado por los artículos 51, 52 y 83, 5.º, del Código civil, aunque no haya tenido una formulación clara, ni en el texto legal que comentamos, ni en su aplicación jurisprudencial, ya que la indisolubilidad del vínculo ha sido reputada, algunas veces, como principio de aplicación directa, mientras que en otras ocasiones, se ha aplicado la normativa española como simple consecuencia de la irreceptibilidad de los efectos creados al amparo de otras leyes, o, incluso, mediante el recurso a la noción del impedimento bilateral —como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1944—, pero sea cual sea la naturaleza del camino seguido, el dato significativo a tener en cuenta es, empleando palabras del doctor AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO— el de poder apreciar “una invasión del orden público, en el campo reservado a la ley de fondo (que) provoca la intervención de la ley española frente a la ley extranjera, incompatible con las convicciones del foro” (9).

C.—Por consiguiente, abstracción hecha del grado de rigidez con el que se manifiesten, en cada momento, nuestros principios de orden público, lo fundamental es aproximarnos al sustrato básico que fundamenta el criterio de la indisolubilidad en nuestro Derecho. En este orden de cosas, amén de lo que ya hemos expuesto a lo largo de estas líneas, queremos concretar aquí, que el elemento de política legislativa que subyace en la indisolubilidad, debe entenderse a partir de la confesionalidad del sistema y de la proyección sobre la concepción política de la familia de ese elemento confesional. Efectivamente, hemos señalado, al referirnos a la Resolución de 5 de abril de 1976, que es preciso distinguir dos reflejos del elemento confesional en nuestra política legislativa matrimonial: en primer lugar, el que impregna el sector de la normativa civil, que remite la regulación de las relaciones matrimoniales de los católicos al ordenamiento de la Iglesia, y, en segundo lugar, el que inspira la reglamentación de las relaciones conyugales, cuyo desarrollo afecta a la organización que el Estado considera como necesaria para la salvaguarda de sus intereses. Este desdoblamiento se arraiga en la reforma de 1958, y sus consecuencias comienzan a apreciarse a partir de 1971; sobre todo, cuando comienza a darse mayor relevancia a la naturaleza del matrimonio, del que se discute la pervivencia del vínculo, porque esta dualidad diversifica la defensa del interés confesional en dos frentes: en el directamente confesional del matrimonio canónico, donde actúa con absoluta rigidez, y en el indirectamente confesional del matrimonio civil, donde su actuación es más flexible, toda vez que, en este ámbito, la directriz confesional opera únicamente, como modelo, en la reglamentación jurídica de

(9) Véase MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español*, en *R. E. D. I.*, Vol. XX, núm. 2, abril-junio de 1967, pág. 222.

las Relaciones matrimoniales de los acatólicos y se integra en nuestro orden público, junto a otros principios de base, como lo es, por ejemplo, el de libertad religiosa (10). En definitiva, en cuanto a matrimonios civiles se refiere, no se encuentra en estos principios ningún fundamento que justifique la aplicación directa o indirecta en la valoración de la estabilidad de las relaciones matrimoniales, nacidas al calor de otras concepciones de política legislativa.

Para nosotros, el principio de la indisolubilidad del matrimonio no puede tomarse sino como uno de los elementos que integran una específica forma de entender el matrimonio y la familia, basada en la copia del modelo sacramental. Así, el artículo 22 del Fuero de los Españoles formula la unidad e indisolubilidad del matrimonio, después de reconocer y definir a la familia; es decir, mediante el orden sistemático de su redacción, consigue subordinar la indisolubilidad a la "ratio" confesional que impregna el concepto de la familia, sin distinguir si tiene su origen en un matrimonio canónico o civil, puesto que los efectos familiares que se pretenden obtener son idénticos, sea cual sea la vía que, para su constitución, señale el artículo 42 del Código civil. En caso de matrimonio canónico, las propiedades de la unidad e indisolubilidad se derivan del párrafo 2.º del canon 1.013, en función de la remisión que efectúa el artículo 75 del Código civil, y, en caso de matrimonio civil, esos caracteres son copiados y concretados en el conjunto normativo que integran los artículos 51, 52 y 83, 5.º, del Código civil y 22 del Fuero de los Españoles.

Se puede, pues, apreciar muy bien cómo operan las dos manifestaciones del elemento confesional sobre estas cuestiones. En este sentido, la explicación del profesor GONZÁLEZ CAMPOS, de que "la inspiración confesional del Derecho español de la familia informa el orden público" nos parece más acorde con el tenor de las actuales disposiciones matrimoniales, que la propone el profesor LALAGUNA al matizar la interpretación del catedrático de Oviedo, diciendo que el principio de la indisolubilidad y unión del matrimonio prima sobre el de la confesionalidad (11); porque, en definitiva, existe un paralelismo perfecto en la reglamentación de las dos clases matrimoniales, fruto de la identidad de "policy" legislativa dominante; lo que ocurre es que, cada una de ellas, opera en un ámbito de problemas distintos y ha de adaptarse a ellos para poder dar respuesta a las

(10) En este sentido, el penúltimo considerando de la Resolución del 23 de marzo de 1976, decía textualmente: "... lo que comportaría una grave opresión de las conciencias, contraria a los principios de libertad religiosa, integrantes también del orden público...".

(11) Véase E. LALAGUNA, *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*, en "Revista de Derecho Privado", junio de 1972, pág. 521, en especial nota (79), donde dice: "La inspiración confesional... tiene sus límites, entre otros, principalmente, los que se derivan del principio de unidad del matrimonio (...) y del principio de indisolubilidad del vínculo civil frente al reconocimiento de efectos civiles de un ulterior matrimonio canónico (...), salvo el supuesto de disolución del matrimonio civil, por privilegio paulino..."

específicas necesidades que se suscitan en los respectivos planos matrimoniales a cuya regulación atienden.

El principal mérito de estas dos Resoluciones estriba, a nuestro modo de ver, en que ponen de manifiesto la auténtica dimensión que tiene la expresión "clases de matrimonios" en nuestro Código civil, y que, en consecuencia, parten de la base de la total separación que, a partir de 1958, exige el tratamiento de uno y otro matrimonio reconocido por nuestro Derecho. Como ya hemos dicho, esta diferencia de tratamiento no sólo encuentra su base en la diversidad normativa que existe en los capítulos II y III del título IV del primer libro del Código civil, sino también en la distinta forma en que la "controlling policy" confesional actúa sobre una y otra clase de matrimonio. Efectivamente, el segundo principio de la Ley de 17 de marzo de 1958, diversifica en dos la postura estatal frente a "la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica", acatamiento por una parte, y fuente de inspiración, por otra. En la indisolubilidad del matrimonio canónico, el sustrato confesional actúa para impedir inflexiblemente que pueda desvirtuarse el sentido sacramental del matrimonio celebrado "in facie ecclesiae". En la indisolubilidad del matrimonio civil, el sustrato confesional suministra un modelo de uniones estables en el que se arraiga la construcción jurídica de la familia. Por consiguiente, su operatividad se flexibiliza dentro de los márgenes que permite la propia finalidad que se persigue, es decir, interesa defender la estabilidad de las relaciones que se desarrollan o nacen en el medio social donde actúan estos principios; pero no resulta consustancial a este orden público extender incontroladamente su campo de acción para valorar directamente el estado civil de un extranjero divorciado de un matrimonio civil, celebrado en el extranjero, antes de su entrada en contacto con nuestro Derecho. Se trata, en definitiva, de una cuestión que compete determinar a su ley personal, siempre que los efectos creados a su tenor no afecten a la estabilidad de las relaciones matrimoniales arraigadas al medio social español (12).

Por consiguiente, si estas dos Resoluciones (13) llegan a significar, en realidad, una ruptura en la inercia de nuestros Tribunales (14),

(12) Sobre la importancia del arraigo de las relaciones matrimoniales al medio social español en la "ratio decidendi" de nuestros Tribunales, véase, entre otras, la sentencia de 21 de julio de 1952, de la Audiencia Territorial de Pamplona (firme por auto de la Sala de lo Civil del T. S., de 11 mayo 1957).

(13) Véase también las Resoluciones de 25-III-1950; 18-IX-1961 y 27-V-1969, citadas por los Dres. PÉREZ VERA y DE ANGULO, como exponentes de que comienza a abrirse paso la tesis de que cabe el matrimonio de extranjero divorciado de anterior matrimonio civil. En apuntes de Derecho civil internacional, guiones de clase policopiados, curso 1973-1974, Univ. de Granada.

(14) La no diferenciación entre estas dos manifestaciones de una misma "controlling policy" ha llevado a nuestros tribunales a proyectar nuestro sistema matrimonial interno como defensa el elemento confesional. Véase en este sentido *Mélanges Mgr. Wagnon*, Lovaina 1976; M. VERWILGHEN, *L'évolution du droit matrimonial espagnol*, pág. 630.

podrían llegar a constituir un hito, similar al que se produjo en Francia con el “arrêt Bulkley” en 1860, y abrirían una puerta de evolución hacia soluciones jurisprudenciales más abiertas —similares, por ejemplo, a las brasileñas (15)—, sin abandonar, por ello, la defensa de las actuales concepciones fundamentales de nuestro sistema durante el próximo período de transición. Por todo ello, creemos que lleva razón el profesor CARRILLO SALCEDO cuando dice, refiriéndose a estas dos Resoluciones, que “cabe pensar que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha llegado hasta el límite que le es posible, dados los presupuestos constitucionales hoy vigentes en la materia, la incidencia de la “policy” de confesionalidad y la rígida posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (16).

Madrid, diciembre de 1976.

IV. EPÍLOGO

La rígida posición del Tribunal Supremo, un año después de bosquejar las anteriores páginas, ha cedido paso a una nueva línea inaugurada por la Sentencia de 22 de noviembre de 1977. En ella, recogiendo los frutos de un terreno abonado por la postura de la D. G. R. N., a partir de 1976, se consagra la línea evolutiva señalada. En efecto, dicha sentencia, citando en sus considerandos 7.^º y 8.^º los razonamientos de la D. G. R. N. en las Resoluciones comentadas, llegará a través del espíritu de aquéllas (17) a delimitar en su 10.^º considerando lo que hoy por hoy debe reputarse como

(15) Véase NAVARRO VALS, *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*, Madrid, 1972, págs. 34-35: “Las soluciones más recientes de la jurisprudencia brasileña se mueven en este punto, en el esquema siguiente:

A) Si los dos esposos son extranjeros, el “exequator” concede a la sentencia extranjera todos sus efectos, incluso el de poder contraer nuevo matrimonio.

B) Si ambos esposos son brasileños, la sentencia tan sólo produce los efectos anejos a la separación “quad thorum et mensam”.

C) Si uno sólo de los cónyuges es brasileño y el otro extranjero, el divorcio en relación al nacional, produce los efectos de la separación y plenos efectos para el cónyuge extranjero.

A este esquema —que habría de entenderse referido a matrimonios civiles, mientras persista la dualidad del artículo 43 del C. cív.— habría que añadir que, cuando el divorcio se refiera a un matrimonio canónico anterior, en ningún caso, podrían recibirse sus efectos, por razones de orden público.

(16) Véase CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho internacional privado, introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1976 (2.^a ed.), pág. 96. Véase, en especial, la nota (1) del Capítulo III.

(17) Vide el comentario del Dr. CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA a estas resoluciones en los “Anales de Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, núm. 1, 1977, págs. 93-111, bajo el título *Matrimonio civil de español con divorciada extranjera, inscripción. Celebración en España*.

de orden público en materia de indisolubilidad del matrimonio, al decir que:

“... cuando se trate de uniones civiles contraídas en el extranjero, entre extranjeros cuya ley personal admite el divorcio vincular y éste haya sido decretado judicialmente en aquel país, el reconocimiento de la eficacia disolutoria del vínculo matrimonial, no contradice el orden público en España.”

No resulta, sin embargo, tan clara la retrocesión a un momento anterior, que dicho considerando pretende de tal delimitación del orden público, al remitirse con la sentencia recurrida a las observaciones de la delegación del gobierno español al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970. Y es que, ciertamente, el principal problema que respecto al orden público planteaba a la sazón el tema, era el papel que jugaba el carácter constitucional del artículo 22 del Fuenro de los Españoles, sobre la consideración de la indisolubilidad como un principio informante de la estructura central del sistema jurídico español. Lo que implicaría la aplicación consecuente con carácter necesario de los artículos 51 y 52 del Código civil a todos los supuestos matrimoniales, sin atención a sus eventuales elementos extranjeros. Problema que no puede resolver, en puridad, una sentencia posterior al referéndum del 15 de diciembre de 1976, en atención al estricto tenor del artículo 3.^º del Código civil, cuando se refiere a la “realidad social del tiempo en el que (las normas) han de ser aplicadas”.

En cualquier caso, a pesar de que en nuestra opinión no existe la progresión con que el Excmo. Sr. Ponente (Conde de Borracheiros) intenta recubrir su impecable razonamiento, esta sentencia cierra un período de esfuerzo de práctica y doctrina por romper la brecha del carácter de normas de aplicación inmediata con el que nuestra jurisprudencia había revestido los preceptos relativos a la indisolubilidad del vínculo, y asienta las bases racionales para un período de transición, donde la renovación de la institución matrimonial, impuesta desde la Constitución, deberá buscar inspiración en estas soluciones para conjugar, con base en las futuras relaciones Iglesia-Estado —de no modificarse el Anteproyecto Constitucional—, las *formas* del matrimonio a las que alude el número 2 de su artículo 31, con las causas de *disolución* a las que se refiere el citado Anteproyecto en el mismo artículo y número (18).

Madrid, mayo de 1978.

(18) Es de señalar que posteriormente, en el art. 141, el anteproyecto constitucional, al delimitar las competencias exclusivas del Estado se referirá en su número octavo, *inter alia*, a la *forma* de matrimonio.

Permutas forzosas de finca rústica

JERONIMO LOPEZ PEREZ

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. *Generalidades: concepto, fin y naturaleza jurídica.*—II. *Regulación sustantiva y requisitos:* A) Parcela o grupo de parcelas enclavadas. B) Extensión de la parcela enclavada en relación con la envolvente. C) Casos en que no procede la permuta forzosa por las particularidades de la finca enclavada. D) Parcela a entregar en sustitución de la enclavada. E) Supuestos especiales: traslado de situaciones no dominicales y rectificación de lindes comunes.—III. *Aspectos de procedimiento:* A) Iniciación por requerimiento fechaciente. B) Vía judicial.—IV. *Consecuencias y crítica.*

I. GENERALIDADES: CONCEPTO, FIN Y NATURALEZA JURÍDICA

Dentro del campo interesante del Derecho agrario, presenta importancia práctica, aunque pase con cierta inadvertencia, la figura de la permuta forzosa de fincas rústicas que actualmente se regula en los artículos 261 a 269 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de acuerdo con el texto aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973 (1).

El antecedente propio de esta permuta se encuentra en la Ley de 11 de mayo de 1959, sobre permuta forzosa de fincas rústicas que, se puede decir, ha pasado textualmente a los artículos reseñados de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y de acuerdo con el Decreto-dicho, por el que expresamente se deroga la Ley de 11 de mayo de 1959, en su Disposición final derogatoria 1, 13 (2).

(1) Téngase en cuenta la Ley de 21 de julio de 1971, por la que se crea el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, y en particular su Disposición adicional 4.^a.

(2) CARRETERO señala como antecedentes la Providencia de 1781 en Asturias y la Memoria de la Comisión redactora del Proyecto de Ley de González Besada de 1907, con la inspiración del Vizconde de Eza.

CARRETERO alude también a la existencia de dos caminos en el Derecho comparado para la desaparición de las fincas enclavadas: la venta forzosa, con la correspondiente indemnización al dueño de la finca enclavada (art. 849 del Cód. civ. italiano) y la permuta forzosa, seguido por nuestro legislador.

Vid. CARRETERO GARCÍA, *La Ley de Permutas Forzosas, Glosa*, en "Rev. Crít. Der. Inm.", T. XXXIII, 1960, págs. 195-6.

De modo general se puede definir a la permute que estudiamos, en el sentido de estar en presencia de figura jurídica, por la que el propietario de finca rústica puede exigir la propiedad de finca rústica ajena, a cambio de otra finca también rústica y propia del que exige la mutación de propiedad, todo ello con un fundamento de mejora de las explotaciones agrarias en relación con la situación geográfica y con compensación para el que se ve obligado al cambio, por el que lo insta.

De este concepto general son de destacar, como elementos esenciales, la existencia de dos propietarios de finca rústica, el cambio de la propiedad y el fundamento de conveniencia para los dos titulares que entran en juego, en base al mejoramiento geográfico de las explotaciones agrarias de ambos, todo ello bajo la tipicidad que supone en principio el contrato de permute, si bien con la exclusión de su carácter estrictamente contractual o voluntario y con inclusión ponderada del interés económico o rentable agrario común, con independencia del rigurosamente particular: por ello hay que reconocer la incidencia social y pública que ofrece, con lo que escapa del ámbito propio del Derecho privado o civil, para adentrarse en los linderos del Derecho público y de lleno en el Derecho agrario (3).

Múltiples son las consideraciones que se han hecho para concretar la finalidad de la figura objeto de nuestro estudio, aunque, en definitiva, hemos de subrayar esa mejora de las explotaciones agrarias, con base a criterios económicos y de facilitación y conveniencia en el trabajo.

En la Exposición de motivos de la Ley de 11 de mayo de 1959 se habla de la "reorganización de la propiedad rural", así como del intento de facilitar el "laboreo" en las fincas rústicas, de "aumentar la productividad de la tierra" y la evitación de la existencia de "perturbadoras servidumbres", ideas expuestas por don Cirilo Cánovas ante las Cortes y como Ministro de Agricultura, para la aprobación de la Ley que tiende a la "reestructuración de las explotaciones", con base en criterios de "economía agraria".

Por su parte, CARRETERO hace destacar la lucha contra el minifundio (4), y LEAL el intento de "perfeccionar la distribución del suelo agrícola, en relación con su mejor explotación" (5).

Es clara la validez de todas estas alegaciones, en relación con la finalidad de esta especial categoría de permute, dirigida a la mejora de las fincas rústicas y con el interés de resolver la problemática que, por la situación geográfica de las fincas, pueda surgir sobre pasos entre diversas propiedades.

Mayor complejidad representa el delimitar la naturaleza jurídica

(3) En Derecho español, en general y como trabajos básicos, no podemos dejar de citar, en relación con el Derecho agrario, a BALLARÍN, *Derecho Agrario*, Madrid, 1965, y a DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1972.

(4) *Ob. cit.*, pág. 195.

(5) *Líneas generales de la Ley sobre Permuta Forzosa de fincas rústicas*, en "Rev. Est. Agro-Sociales", julio-septiembre, 1960, pág. 12.

de la permuta forzosa de fincas rústicas: en principio es cierto que al tratar del tema nos ponemos en comunicación con el contrato de permuta, pero también que esa idea de contrato es ajena al carácter forzoso de la figura.

Se detiene DÍEZ GÓMEZ en concretar la naturaleza jurídica de esta permuta y afirma que estamos en presencia de un contrato de permuta forzosa, para hablar también de un contrato legal de adhesión o contrato de doble adhesión, como limitación legal del dominio, en el que entra en juego el concepto del derecho subjetivamente real, con la particularidad de derecho real de adquisición, con analogía con el derecho de tanteo o con el derecho de opción de compra, con referencia además al derecho de opción legal de permuta y al aspecto de expropiación forzosa que ofrece (6).

CARRETERO alude a la dificultad que hay para diferenciar la permuta forzosa y la concentración parcelaria (7).

Por nuestra parte llamamos la atención del riesgo que supone el aplicar a la permuta forzosa, la técnica propia del Derecho privado y concretamente del Derecho civil, por las especialidades que presenta de índole económica y social, con transcendencia administrativa y su encuadramiento dentro del Derecho agrario y así es que puede hablarse de una facultad reconocida por la Ley, para exigir un cambio de propiedad rústica, con la consecuencia de producir doble extinción y originación del dominio, pero sin que se pueda admitir la idea del contrato, al menos por lo que se refiere al acto de constitución, con independencia de la relación constituida (8).

Por todo ello estimamos no es admisible el hablar de contrato de permuta forzosa, dicción que nunca emplea la Ley, y no solamente por lo que se refiere al elemento del consentimiento, sino también en relación con la causa que podemos concretar, como ha quedado apuntado, en el interés económico y social prevalente (cf. art. 1.274 del Cod. civ.) (9).

(6) Díez GÓMEZ, *Sobre la Ley de Permutas Forzosas de 11 de mayo de 1959*, en "Rev. Der. Not.", julio-diciembre, 1969, págs. 391 y sigs.

(7) *Ob. cit.*, pág. 195.

(8) En cuanto a la distinción entre acto de constitución y la relación constituida, DÍEZ-PICAZO, *Los llamados contratos forzados*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1956, págs. 101 y sigs.

También RUBÉN DE MARINO, *El arrendamiento forzoso en la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables*, en Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario, Salamanca-Valladolid, noviembre 1972, Valladolid, 1976, págs. 198 y sigs.

(9) Recordemos a DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 118, al declarar "la inadmisibilidad del contrato forzoso y la necesidad de su abandono por la ciencia del Derecho" y que "todo caso de contrato forzoso se resuelve en la creación de una relación jurídica por la ley o por un acto administrativo o por un acto jurisdiccional".

Sobre la crisis del contrato y los denominados contratos forzados, en la abundante bibliografía y con independencia del trabajo de DÍEZ-PICAZO citado, cabe destacar: POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, en "Rev. Der. Priv.", 1941, págs. 1-17 y 80-95; PÉREZ SERRANO, *El nuevo sentido del contrato*, en "Rev. Der. Priv.", 1943, págs. 264-356 y 477 y sigs.; ROYO MARTÍNEZ, *La transformación del concepto del contrato en el Derecho mo-*

Lo mismo tendríamos que decir en cuanto a la catalogación de la permute forzosa como negocio jurídico, al provenir sus efectos *ex voluntate* y como fundamentación de su diferencia específica (ALBALADEJO).

II. REGULACIÓN SUBTANTIVA Y REQUISITOS

A) *Parcela o grupo de parcelas enclavadas*

Para que entre en juego la normativa que examinamos, diríamos es primera condición, la situación geográfica de las fincas, con la particularidad de que una parcela o grupo de parcelas de un propietario, se encuentren enclavadas en la finca de otro propietario, y como envueltas por ésta.

Sobre este primer requisito del enclavamiento, se prevén por la Ley, diversos supuestos:

a) Finca o fincas comprendidas totalmente dentro del área de otra finca: son las enclavadas propiamente dichas o aisladas (artículo 261, 2, a) de la Ley, según texto del Decreto de 1973).

b) Las enclavadas que no están completamente rodeadas por la exterior, pero que tienen linderos comunes con ellas, superiores al 70 por 100 de su perímetro: enclavadas impropias y con una comunidad de linderos, no en forma de isla, sino de península y que se pueden llamar peninsulares: artículo 261, 2, a).

c) Enclavadas que separan dos o más fincas del mismo propietario, con linderos superiores al 30 por 100 de su perímetro, comunes con las fincas entre las que se encuentran: no hay enclavamiento de isla, ni peninsular, sino con actuación como de tapón, según terminología de cierta aceptación y aclaratoria, sin que sean enclava-

derno, en "Rev. Gral. Leg. y Jurisp.", febrero 1945, págs. 113 y sigs.; OSSORIO MORALES, *Crisis en la dogmática del contrato*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre 1952, págs. 1175 y sigs., y *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte general*, 1956, págs. 234 y sig.

Vid. también DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1944, págs. 73 y sigs.; SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París 1948; STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, en "Rivista di Diritto Civile", 1932, págs. 105 y sigs.; SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile", 1966, págs. 785 y sigs.; GIORGANI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, en "Rivista di Diritto Agrario", 1972, págs. 381 y sigs.; RISOLIA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, 1946; NÉSTOR DE BUEN, *La decadencia del contrato*, México, 1965; NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena, 1920 y PÉREZ SERRANO, *La Reforma del Derecho Privado en Alemania*, en "Rev. Crít. Der. Inmob.", abril 1941, págs. 200 y sigs.

Respecto al contrato agrario y su particularidad, nos remitimos de nuevo a la obra citada del Profesor DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1972, págs. 197 y sigs., con la referencia que hace para precisar la causa de los contratos agrarios a TORTOLINI, *La causa dei contratti agrari*, en "Rivista di Diritto Agrario", XXIX, 1960, págs. 629 y sigs.

das propias, ni fincas enclavadas impropias, sino semienclavadas: artículo 261, 2, b).

Aunque las formas vistas de enclavamiento son las que hacen entrar en juego a la Ley, parece hay que admitir como excepción a esa entrada en juego, por cierto rompimiento de la comunicación de las fincas e independencia, y por los mismos motivos, la que se recoge en el párrafo segundo del artículo 1.523 del Código civil, en relación con el retracto legal de tierras colindantes y así no se tratará de fincas enclavadas si las tierras son colindantes, pero se separan, “por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes, en provecho de otras fincas” (10).

B) Extensión de la parcela enclavada en relación con la envolvente

Este requisito viene recogido en el número 3 del artículo 261 de la Ley, al decir que, “para que la permute pueda exigirse, es preciso que la extensión total de la parcela o de cada grupo de parcelas enclavadas, sea inferior al tercio de la extensión de la finca en que están comprendidas o de la suma de las extensiones de aquéllas a las que separan”.

Por lo tanto, es necesario que la parcela enclavada, sea inferior al tercio de la parcela envolvente y con aplicación a los diversos supuestos enumerados, sobre la configuración de las parcelas enclavadas: propias, impropias y semienclavadas.

Anotemos también que este requisito viene determinado por la finalidad de la figura que examinamos y, concretamente, por la lucha contra el minifundio a que alude CARRETERO y hecho ya referencia.

C) Casos en que no procede la permute forzosa por las particularidades de la finca enclavada

Además de los requisitos de forma del enclavamiento y de la extensión de la parcela enclavada, en relación con la que la envuelve, hay que tener en cuenta también, otras circunstancias de la parcela enclavada, necesarias para la posibilidad de la permute forzosa y que afectan a su extensión y a su categoría rústica.

Así determina el artículo 262 de la Ley que no se podrá exigir la permute si la finca enclavada tiene las particularidades siguientes:

a) Ser de extensión seis veces superior a la de la unidad mínima de cultivo del término municipal, con la posibilidad de elevarse este coeficiente hasta diez veces, por Decreto y a propuesta del Ministerio de Agricultura.

Con ello estima la Ley que, por la extensión de la finca enclavada

(10) Vid. DÍEZ GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 405, que señala desaparecer el concepto de enclavado si un camino, río u otro bien de dominio público separa las fincas “en mayor o menor trecho”.

tiene condiciones aceptables de explotación, con lo que desaparece la finalidad de la permuta forzosa.

b) Ser de regadío, con plantación regular de árboles frutales o parrales y dos veces superior a la unidad mínima de cultivo.

Aquí por la extensión de la finca y su cualificación, se considera también la adecuación de la finca.

c) La existencia de casa de labor permanentemente habitada: prelación de protección a la vivienda.

d) Existencia de instalación industrial o minera, siendo elemento secundario de la explotación la riqueza rústica: con ello se da protección preferente a la industria, en cuanto que sea instalación principal.

e) El ser suelo urbano o de reserva urbana, o "tener por su proximidad al suelo urbano, estaciones ferroviarias, carreteras, puertos, playas, industrias o por cualquiera otra circunstancia similar, un valor en venta superior al triple del precio que normalmente corresponde en la localidad, a las tierras de su misma calidad y cultivo".

Así es como no habrá lugar a la permuta forzosa, por esa protección superior a la posibilidad de edificación o por el valor especial de la finca que no se puede considerar como propiamente rústica.

Apuntemos, para terminar, este apartado, el paralelismo del concepto de la finca rústica a los efectos de la legislación especial de arrendamientos y en materia de permuta forzosa, de acuerdo con la legislación que se acaba de recoger (11).

D) *Parcela a entregar en sustitución de la enclavada*

Creemos que es preocupación máxima del legislador, aparte de la finalidad económica y social, el velar por el interés del que se ve privado de su propiedad, ante la exigencia de un tercero, y de ahí el detalle con que se concreta la parcela que se ha de entregar en sustitución de la enclavada.

Ya en la Exposición de motivos de la Ley de 11 de mayo de 1959 se habla de "imponer al que insta la permuta forzosa un sacrificio económico que sirviendo de medida de su interés, limite el ejercicio de la coacción a los casos de verdadera utilidad", así como de "in-

(11) Vid. art. 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 y art. 2.º del Decreto de 29 de abril de 1959, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos.

Sobre el concepto de finca rústica a los efectos de la legislación arrendaticia especial: CASAS-MERCADÉ, *Arrendamientos sobre finca rústica*, Barcelona, 1965, págs. 193 y sigs., y SANTOS PASTOR, *Propietarios, colonos, inquilinos*, T. I, *Arrendamientos rústicos*, Pamplona, 1966, págs. 16 y sigs.

Téngase en cuenta también nuestro trabajo, *Arrendamiento de solares (Régimen jurídico y concepto de solar)*, en "Rivista di Diritto Agrario", Anno LIV, N. 4-1975, págs. 949 y sigs.

demnizar al propietario de la parcela enclavada por la fuerza que se ejerce sobre él y por el valor de afección de dicha parcela".

De acuerdo con estas ideas, digamos de protección amplia al que se le priva de su propiedad y de sacrificio, al que insta la permuta, señala el artículo 263 de la Ley, los requisitos que ha de tener la parcela que se ha de entregar en sustitución de la enclavada y que son los siguientes:

a) Que sea de extensión superior a la de la enclavada, pero sin que exceda del doble de la misma, y con un valor en venta, superior en un 50 por 100.

Vemos aquí este beneficio por lo que se refiere a la extensión, para ser más significativo, el aumento de valor en un 50 por 100 de la parcela que se ha de entregar, siendo en este primer requisito donde aparece más acentuado el interés de proteger al titular de la finca enclavada.

b) Analogía de la nueva parcela con la enclavada en lo que atañe a condicionamiento de cultivo o aprovechamiento, o labor.

c) Asimismo, que la nueva parcela tenga unas características análogas en cuanto a situación y respecto a la explotación principal que dentro del término municipal se den para el propietario y cultivador.

Resalta la matización que supone el tener en cuenta la situación de la parcela sobre la explotación principal y con consideración también del cultivador.

d) La parcela a entregar ha de tener acceso sobre un camino público, o directamente o a través de otras fincas del que insta la permuta o a través de las que tenga o adquiera derecho de paso dicho peticionario.

Particular interés presenta este requisito de la parcela a entregar con esas facilidades de paso, con lo que se cumple una de las finalidades esenciales de la permuta forzosa, como ya indicáramos al tratar concretamente de la finalidad de la figura que estudiamos.

e) También la finca que se entregue tendrá configuración adecuada, sin dificultar gravemente la explotación de la finca principal o de la que se segregue y ello lo entendemos como protección en general a la explotación y sin olvidar el interés del que insta la permuta que evidentemente también se habrá de tener en consideración.

El término "gravemente" que emplea la Ley pensamos puede dar lugar a cierta conflictividad, pero en definitiva, estimamos habrá de interpretarse con moderación y teniendo en cuenta los intereses generales a que mira la Ley, así como los particulares de los que entran en la permuta y con la consiguiente armonía.

f) Por fin señala el artículo 263 que la parcela a entregar, será libre de cargas, figurando inscrita en el Registro de la propiedad a nombre del que insta la permuta.

Ninguna duda se puede tener sobre la "limpieza" que supone este último requisito y como seguridad para el titular de la parcela.

enclavada, si bien teniendo en cuenta nuestro régimen hipotecario, hay que pensar en las dificultades e incluso gastos que su exigencia puede acarrear y que hasta puede hacer imposible desde un punto de vista práctico y real, toda la técnica e intereses que la Ley prevé.

E) Supuestos especiales: traslados de situaciones no dominicales y rectificación de lindes comunes

Aunque el régimen expuesto es el propio de la permute forzosa de fincas rústicas, hay que tener en cuenta todavía, las especialidades que se presentan en cuanto a traslados de situaciones jurídicas no dominicales, previstas por el artículo 261,3 de la Ley y sobre rectificación de lindes comunes a que se refiere el artículo 264, a las que son de aplicación en principio las normas de la permute forzosa, en tanto lo permitan esas especialidades.

a) Como hemos dicho, trata del traslado de situaciones no dominicales, el artículo 261, número 3 que manifiesta: "Se considerarán también enclavadas, las parcelas o grupos de parcelas que, aun perteneciendo al mismo dueño de la finca principal, sean poseídas por otras personas titulares de derechos reales, de disfrute o arrendamiento o aparcería y se encuentran en las circunstancias definidas en este artículo. El dueño podrá exigir el traslado de aquellas situaciones en condiciones análogas a las de la permute."

De acuerdo con la terminología que aceptamos de CARRETERO, aparte de los enclavados propios, impropios y de los semi-enclavados, nos encontramos aquí con este nuevo concepto, de enclavados jurídicos o de mera posesión: pseudo-enclavados (12), pero sin estar en presencia de permute, al no producirse mutación de la titularidad dominical, sino cambio en el objeto sobre el que recaen derechos reales de disfrute o de arrendamiento o aparcería (13).

(12) CARRETERO, *ob. cit.*, pág. 202, donde habla de la posibilidad de distinguir de acuerdo con su terminología y agotando el escolasticismo de pseudo-enclavados propios, pseudo-enclavados impropios y pseudo-semienclavados.

(13) Vid. CARRETERO, *ob. cit.*, págs. 202-3.

DÍEZ GÓMEZ escribe que en el supuesto que se contempla, es decir, en los traslados de situaciones no dominicales, "no se trata de ninguna permute, sino de una subrogación real que, en ciertos derechos reales o personales *ad rem*, puede imponer el sujeto pasivo de los mismos, o sea, el dueño de la cosa sobre que recaen y en la cual se aplican, por analogía, las normas de las permutes forzosas": *Ob. cit.*, pág. 394.

Por su parte, LEAL concreta como situaciones que pueden ser objeto de traslado: "a) Derechos reales de disfrute; b) Arrendamientos, y c) Aparcerías. Entre los derechos reales de disfrute son comprendidos los de usufructo (ya que existe la posibilidad de que recaiga sobre una parte de un inmueble), uso, servidumbres (excepto las prediales que hayan de ser consideradas no trasladables por su propia naturaleza), censos enfitéuticos, anticresis y superficie": *Ob. cit.*, pág. 19.

Como advierte la misma Ley esta especialidad entra en juego, tanto si existen diversos titulares del dominio en la finca enclavada y en la envolvente, como si sólo es uno el propietario de ambas fincas y para ser de aplicación las normas de la propia permuta.

b) Sobre la rectificación de lindes comunes, declara el artículo 264: "1.—Los preceptos del presente título, son de aplicación, además de a los supuestos previstos en el artículo 261, a aquellos otros en los que se pretende una rectificación de lindes, entre dos fincas limítrofes, cualquiera que sea la longitud de aquéllos siempre que la longitud del linde común a que afecte la rectificación quede reducida en un 50 por 100, como mínimo, quedando facultado el Gobierno para rebajar este porcentaje a propuesta del Ministerio de Agricultura. En estos casos cualquiera de los dueños de las fincas colindantes, podrá instar la rectificación de los lindes. 2.—El mayor valor en venta a que tiene derecho el obligado a la permuta, según el artículo anterior, se reducirá al 20 por 100."

Con razón se ha señalado la dificultad que supone la interpretación de este precepto, habiéndose llevado a cabo diversos intentos de aclaración, queriendo por nuestra parte simplemente concretar, los siguientes extremos: a) Finalidad de conseguir una configuración más conveniente en las fincas rústicas limítrofes, b) Esa configuración más adecuada o rectificación de lindes comunes, procede, si se consigue como mínimo, una reducción del 50 por 100 de la primitiva línea de separación de las fincas; c) Están facultados para instar la rectificación de las fincas colindantes, sus titulares dominicales, y d) Son de aplicación a este supuesto especial, las normas de las permutas forzosas, con la excepción que se recoge en el número 2 del artículo 264 (14).

(14) DÍEZ GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 394 y sigs., observa que en esta situación especial estamos en presencia de permuta en la que se hacen previamente una o dos segregaciones que luego son agregaciones, entreteniéndose en argumentar que la compensación se hará necesariamente en zona limítrofe.

Por su parte, LEAL hace notar la aplicación en principio en el supuesto que se trata, de las normas que regulan las permutas forzosas, pero no la particularidad sobre pasos (hoy art. 263 d) de la Ley), "ya que las porciones segregadas de cada finca y agregadas a la finca colindante tendrán su paso natural por donde lo tenga la finca a que ha sido agregada": *Ob. cit.*, pág. 18.

Por fin hagamos referencia a CARRETERO, que en el estudio de esta especialidad, señala la aplicación del régimen de las permutas forzosas, con la explicación de la reducción del 50 al 20 por 100, por el cambio tan cercano que se produce, sin que se dé alteración sustancial para el que sufre la permuta, mucho más suave que en supuesto de enclavados y con cariz expropiatorio, sin olvidar el beneficio mutuo indudable.

También alude CARRETERO a la laguna existente en la Ley en relación con rectificación de lindes y sobre las facultades de titulares poseedores, con derechos reales de disfrute o de arrendamiento o de aparcería, con respuesta de interpretación extensiva y con solución afirmativa, pero sin dejar de reconocer la falta de regulación de la materia: *Ob. cit.*, págs. 211 y sigs.

III. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

Teniendo en cuenta el conjunto de intereses que entran en juego en la figura que examinamos, se preocupa la Ley por conceder procedimientos especiales de carácter administrativo y también judicial, y como decimos para garantizar los intereses que se dan en estas permutas forzosas: particulares y de carácter económico general y social, aunque ya la Exposición de motivos de la Ley de 11 de mayo de 1959, no deja de reconocer la lógica preferencia al convenio de las partes y sobre la actuación de los procedimientos que cumplirán desahogadamente su objetivo, si sirven de estímulo o coacción, para el cumplimiento voluntario de las disposiciones legales (15).

Con estas indicaciones generales sobre el procedimiento, pasamos a considerar su normativa, con la distinción del que se inicia por requerimiento fehaciente y el directo por vía judicial.

A) *Iniciación por requerimiento fehaciente*

Señalemos como particularidades de este procedimiento administrativo especial, su fase de alegaciones, la previsión de actuación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, la fase de ejecución y cierta actividad judicial, entremezclada con la administrativa.

Declara el artículo 265, 1.^o de la Ley que, "para ejercitar el Derecho establecido en el artículo 261, el dueño de la finca principal, podrá requerir fehacientemente al de la enclavada o grupo de enclavadas" y que en el requerimiento, "se describirá la parcela o grupo de parcelas que se ofrecen en sustitución o la finca o parte de finca, donde ha de determinarse la parcela que reemplace la enclavada" (16).

Por su parte, determina el artículo 266, 1.^o que, "el dueño de la parcela enclavada dentro de los diez días siguientes a haber sido requerido notarialmente..., podrá manifestar a la otra parte, también fehacientemente, su decisión de que sea el Instituto quien a expensas del que pretende la permute, determine si la parcela o parcelas ofrecidas, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 265, reúnen las condiciones legales precisas, o en el caso de que se hubiera

(15) Dice textualmente la Exposición de motivos de la Ley de 11 de mayo de 1959 que, "aunque ello pueda parecer paradójico, cabe afirmar de la presente Ley que, cuantas menos veces se aplique, tanto mejor habrá cumplido su cometido, puesto que no se espera, ni es deseable, que se produzca un número importante de permutes forzosas a través del procedimiento coactivo que se implanta, sino solamente que la posibilidad de aplicarlo y las justas condiciones establecidas, sirvan de estímulo para los acuerdos libremente concertados, en los que se encontrará siempre la mejor solución del problema".

(16) Anotemos que el procedimiento es de aplicación, asimismo, al supuesto de rectificación de lindes: art. 264.

ofrecido una finca o parte de finca, dicho Servicio señale en ella la parcela adecuada para sustituir a la enclavada" (17).

La intervención judicial entremezclada en el procedimiento administrativo, a que hemos aludido, aparece en el número 3 del artículo 266 al declarar que, "en caso de que el requerido..., hubiere condicionado la intervención del Instituto a la previa declaración judicial de que procede la permuta forzosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 261, 262 y apartado 1 del 264, la determinación pericial se hará una vez que sea firme la sentencia", así como en el número 4 del mismo artículo 266: "No obstante y si de modo sustancial dicha determinación infringe las condiciones establecidas en los artículos 263 y apartado 2 del 264, podrán los interesados, dentro de los treinta días de ser notificados de ella, impugnarla en el juicio ordinario que corresponda. Si las pretensiones del actor fueran totalmente desestimadas, se le impondrán las costas."

Sobre la fase de alegaciones hay también que reseñar el número 1 del artículo 267, según el cual: "El titular de la parcela enclavada si hubiera sido requerido fehacientemente para ello deberá manifestar de modo también fehaciente y bajo su responsabilidad, dentro de los diez días siguientes al requerimiento, los derechos reales y los arrendamientos y otras formas de posesión existentes sobre la parcela, así como sus titulares, si los conociera" (18).

En el número 4 del artículo 267, también aparece la intervención judicial, además de concretarse el paso a la nueva parcela de las situaciones posesorías: "Los arrendamientos u otras formas de posesión y los derechos reales, excepción hecha de las servidumbres prediales, pasarán inalterables, sobre la parcela dada en sustitución, si sus titulares fueren vencidos en el juicio correspondiente o en su caso, citados para la determinación pericial. Sin embargo, ésta sólo afectará a dichos titulares si reconocieren que concurren los requisitos que para la permuta forzosa establecen los artículos 261, 262 y 264 o fueren vencidos en juicio sobre este punto".

En cuanto a la propia fase de ejecución hay que estar a lo dispuesto por los artículos 268 y 269: se reconoce la fuerza directamente ejecutiva de la determinación pericial firme, acompañada del

(17) Art. 266, 2.º: "El derecho que en el párrafo anterior se concede al dueño de la parcela enclavada corresponderá, en el supuesto previsto en el último apartado del art. 261, al titular del derecho real de disfrute de la parcela y, en su defecto, al arrendatario o aparcero."

Art. 266, 5.º: "El Instituto, podrá, en caso necesario, servirse para los fines que se determinan en este Título de los funcionarios adscritos a los servicios provinciales del Ministerio de Agricultura. Los gastos de la determinación pericial serán los que ocasionen el desplazamiento de dos técnicos, más las dietas y haberes reglamentarios que correspondan durante dos días como máximo."

(18) Complementa al párrafo transcrita el número 2 del artículo 267: "Las situaciones jurídicas de tal clase que se constituyan durante los dos meses siguientes al requerimiento, deberán, asimismo, ser manifestados fehacientemente al requirente, dentro de los diez días que sigan a su constitución, para que puedan ser tenidas en cuenta a los efectos del presente título."

documento fehaciente que acredite el ejercicio del derecho previsto en el número 1 del artículo 266; cualquiera de las partes puede pedir la ejecución de acuerdo con los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la permuta se formalizará en escritura pública, otorgada por el Juez en caso de rebeldía de una de las partes, y para ser los gastos de escritura del que instó la permuta; además, se concretará por el Juez el día en que se hará efectiva la permuta, en el que se entiende realizada la transmisión del dominio y que será "inmediatamente después" a cuando corresponda la recolección de la primera cosecha principal de la parcela que se adjudica, con respeto también a la recogida de la cosecha principal por el cultivador de la parcela enclavada.

De la regulación de este procedimiento que se inicia por requerimiento fehaciente, aparece ese carácter extrajudicial y administrativo, basado en la voluntad de las partes y con la garantía de la intervención del Instituto que se prevé, por lo que es de aceptar siempre que no se dé contienda entre las partes, en cuyo caso procederá la vía judicial, con lo que se romperá la sencillez y su valor, por lo que se explican las críticas de CARRETERO, ante la mezcla de la intervención administrativa y judicial y de DÍEZ GÓMEZ que le considera poco útil y de escaso valor, aunque creemos hay que insistir en esa adecuación del procedimiento y precisamente, como hemos dicho, por la intervención administrativa especializada, si bien siempre con el soporte de un espíritu conciliador en las partes.

B) *Vía judicial*

Además del procedimiento conciliador, administrativo y extrajudicial visto, recoge la Ley, procedimiento por vía judicial, con el requisito previo de intento de conciliación, ante la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos del lugar en que radique la parcela enclavada, artículo 265,2 (19).

Aunque en principio es necesaria esa conciliación, el mismo número 2 del artículo 265, exceptúa los supuestos a que hacen referencia los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento civil y también si se trata de personas desconocidas o inciertas o de ausentes que no tengan residencia conocida (20).

Asimismo determina ese número 2 del artículo 265 de la Ley,

(19) Este procedimiento judicial especial, además de ser aplicable a los supuestos de permuta previstos en el artículo 261, lo es en caso de rectificación de lindes: art. 264.

(20) De acuerdo con el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, están exceptuados de la conciliación judicial: "2º. Los juicios declarativos que se promuevan como incidente o consecuencia de otro juicio, o de un acto de jurisdicción voluntaria. 3.º Los juicios en que sean demandante o demandados la Hacienda pública, los Municipios, los establecimientos de Beneficencia y, en general, las Corporaciones Civiles de carácter público. 4.º Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes."

que lo convenido en el acto de conciliación tendrá los efectos que la Ley señala para la conciliación judicial —no necesaria—, por lo que habrá de estarse al contenido del artículo 476 y demás de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento civil (21).

Digamos que el procedimiento judicial se iniciará mediante demanda, para ser la cuantía del juicio el valor de la parcela que se pretende y que en la demanda “se describirá la parcela o parcelas que se ofrecen en sustitución o la finca o parte de fincas donde ha de determinarse la parcela que reemplace la enclavada”, artículo 265, 1.º (22).

El demandado en el plazo que tiene para contestar, podrá decidir la intervención del Instituto e incluso que previamente haya declaración judicial de que procede la permuta forzosa, en cuyo caso, se hará la determinación pericial una vez firme la sentencia, artículo 266, 1.º y 3.º, con la posibilidad de impugnarse esta determinación pericial en el plazo de treinta días desde su notificación en el juicio ordinario correspondiente y con imposición de costas al actor, si sus pretensiones son totalmente desestimadas como se decide por el número 4.º del artículo 266 (23).

En la fase de ejecución hay que estar a los artículos 268 y 269 de la Ley, con las normas que se dictan, de aplicación, también al procedimiento administrativo expuesto.

IV. CONSECUENCIAS Y CRÍTICA

En definitiva se ha de aceptar la figura de las permutas forzosas de acuerdo con la regulación estudiada por la mejora de las explotaciones agrarias que supone, con facilitación de pasos y evi-

(21) Art. 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Lo convenido por las partes en acto de conciliación, se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juez.

En los demás casos tendrán el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.”

Sobre los actos de conciliación, ténganse en cuenta los artículos 460 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(22) De acuerdo con el artículo 267, 3: “Si se procediere por vía judicial, el juicio podrá prepararse pidiéndose al titular de la parcela enclavada en la forma prevenida para la confesión en juicio, declaración sobre los extremos y con las consecuencias indicadas en el párrafo primero de este artículo. (Se hace referencia a los derechos reales y los arrendamientos y otras formas de posesión existentes sobre la parcela, así como sus titulares.) Durante los dos meses que sigan a la declaración, el dueño de la parcela enclavada está afectado por la misma obligación establecida en el párrafo anterior.”

(23) Sobre la intervención del Instituto, vid. art. 266, 5.º, ya transcrita.

Hay que tener en cuenta la Ley de 23 de julio de 1966, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concreta los diversos procedimientos.

Vid. también el número 4 del artículo 267, en cuanto al paso de arrendamientos u otras formas de posesión y los derechos reales, excepción hecha de las servidumbres prediales.

tación de aislamientos y por la especialidad de su normativa adecuada a un fin muy particular y que supera otras normas de carácter más general, aún con posibilidad de efectos semejantes, como las que se refieren a concentración parcelaria o a expropiación forzosa.

Así es como hay que reconocer la importancia técnica y práctica de esta legislación especial, dirigida a la protección de ese aspecto tan transcendental dentro del campo económico y social, como es la materia agraria.

Ahora bien, si es plausible esa finalidad del legislador y el deseo de la Ley, no puede dejarse de reconocer la problemática que la misma plantea, concretamente por lo que se refiere a la reciprocidad de las prestaciones en la permuta en materia de procedimiento a que se ha aludido, sobre la legitimación para instar la permuta y en el supuesto de rectificación de lindes.

De modo particular queremos hacer resaltar dentro de los puntos a que se hace mención, la legitimación para instar la permuta en principio del titular de la finca envolvente y sin esa posibilidad en el de la finca enclavada, aunque también hay que tener en consideración el sacrificio para el legitimado, con el consiguiente beneficio para el obligado, aspecto que como hemos anotado, queda explicado ya en la Exposición de motivos de la Ley de 11 de mayo de 1959, sobre permuta forzosa de fincas rústicas.

El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma

JOSE M. GONZALEZ DEL VALLE,
Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción.—2. A) El sistema matrimonial español como sistema legal compuesto.—2. B) Valoración del sistema matrimonial español como sistema legal compuesto.—3. A) Capacidad para contraer matrimonio civil.—3. B) Valoración de la capacidad para contraer matrimonio civil.—4. A) Eficacia civil del matrimonio canónico como consecuencia de una celebración civil y las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre los mismos contrayentes.—4. B) Valoración de la eficacia civil del matrimonio canónico surgido como consecuencia de una celebración civil y las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre los mismos contrayentes.—5. A) Hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre diversos contrayentes.—5. B) Valoración de las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre diversos contrayentes.

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio sobre el vigente sistema matrimonial español y su posible reforma se refiere exclusivamente a cuatro temas que, a nuestro juicio, revisten particular relevancia, porque perfilan los rasgos más característicos y definitorios de nuestro sistema matrimonial.

Estos cuatro grandes temas presentan a su vez una rica problemática, tanto desde el punto de vista de la exposición de la actual situación legislativa —necesitada de estudio e interpretación— como desde el punto de vista de su posible reforma, que puede inspirarse en criterios muy diversos de los actualmente imperantes. Para deslindar nítidamente ambas perspectivas en relación con esos cuatro temas, primeramente los abordaremos con la única intención de exponer, estudiar e interpretar la situación legal vigente, para, a continuación, volver sobre esos mismos temas, para proponer una reforma legislativa.

En primer lugar, nuestro sistema matrimonial se caracteriza por constituir un sistema legal compuesto, ya que no se basa en el reconocimiento de un único régimen matrimonial, sino de varios régime-

nes matrimoniales: el canónico y el civil. Así, pues, el primer tema se refiere al estudio del sistema matrimonial español como sistema legal compuesto.

En segundo lugar, nuestro sistema matrimonial se caracteriza por regular con carácter restrictivo la capacidad de los españoles para contraer matrimonio civil, por lo que el segundo tema de nuestra investigación se centra en el estudio de la capacidad de los españoles para contraer matrimonio civil, según el Derecho español.

Observamos, en tercer lugar, que si bien la legislación canónica, por lo general, considera que el matrimonio civil de los españoles no constituye un matrimonio válido, hay también casos en que, como consecuencia de una celebración matrimonial civil, surge también entre los contrayentes un vínculo matrimonial canónico. En esos casos —así como cuando los contrayentes, tras la celebración de matrimonio civil, celebran además entré sí matrimonio canónico— resulta posible la existencia de un doble vínculo —civil y canónico— entre los mismos contrayentes, por lo que como tercer tema estudiaremos la eficacia civil del matrimonio canónico surgido como consecuencia de una celebración civil y las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre los mismos contrayentes.

Finalmente, y en cuarto lugar, cuando el matrimonio civil que la legislación española autoriza no es considerado por el Derecho de la Iglesia un matrimonio válido, resulta posible a quienes ya están casados civilmente contraer válido matrimonio canónico con tercera persona. Así, pues, estudiaremos en cuarto y último lugar las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre diversos contrayentes.

2. A) EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL COMO SISTEMA LEGAL COMPUUESTO

España pertenece a ese género de países que, en materia matrimonial, admiten una pluralidad de regímenes jurídicos. Esta situación es muy frecuente cuando la unidad política nacional comprende diversos distritos territoriales dotados de autonomía legislativa, como sucede en Estados Unidos, Méjico, el Reino Unido, Canadá, etc.

La unidad política nacional de España admite, con carácter bastante restrictivo, una pluralidad de regímenes económicos matrimoniales, y, con carácter más restringido aún, cierta pluralidad en materia de filiación y patria potestad, correspondientes a las legislaciones forales. Por lo que se refiere al régimen matrimonial relativo al nacimiento y extinción del vínculo conyugal, el pluralismo se basa en la diversidad religiosa existente entre los españoles. Los territorios del Sahara español estaban sometidos a un especial estatuto jurídico, integrado por diversas disposiciones, entre las que descuella por su especial relevancia en materia matrimonial la Orden de 6-1-1965, que reconocía plenos efectos civiles al régimen matrimonial islámico.

Y al dejar de estar sometidos a la soberanía española los territorios del Sahara, esa diversidad de regímenes matrimoniales se limita a que —como señala el art. 42 del Código civil— “la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”.

Mediante esta norma —“la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”— el Derecho español instituye un sistema-legal compuesto en materia matrimonial. Que el matrimonio canónico constituye para el Derecho español una clase de matrimonio implica que, según la ley nacional española, el instituto matrimonial está regulado por leyes eclesiásticas y civiles. Y así, cuando una norma de conflicto de un foro se refiere a la ley nacional española en materia matrimonial, esa referencia tiene por objeto el conjunto de normas —eclesiásticas y civiles— que según el Derecho español regulan el matrimonio.

Pero el Derecho español no se limita a otorgar a la legislación matrimonial canónica la consideración de ley aplicable a los españoles, sino que, como consecuencia de reconocer genéricamente el matrimonio canónico, también otorga efectos civiles al matrimonio canónico de los extranjeros, aun cuando su propia ley nacional no los otorgue; por lo que, según el Derecho español, el matrimonio de los extranjeros también está regulado por las leyes eclesiásticas y civiles: la citada norma del artículo 42 del Código civil —“la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”— es de naturaleza internacional.

2. B) VALORACIÓN DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL COMO SISTEMA LEGAL COMPUESTO

La existencia de una pluralidad de regímenes matrimoniales aplicables a los ciudadanos de una misma nación, y en general la pluralidad de diversos regímenes jurídicos en los distintos ámbitos del Derecho, obedece y a la vez manifiesta la diversidad existente entre las diversas regiones y personas de esa nación en razón de su origen, cultura, historia, costumbres, temperamento y religión. Y por eso es frecuente la existencia de sistemas matrimoniales compuestos en las naciones de estructura federal.

No falta, sin embargo, quienes consideran que ese carácter compuesto de nuestro Derecho de familia debe ser sustituido por un único régimen jurídico uniforme para todos los españoles, por entender que los sistemas legales compuestos lesionan el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Esta opinión constituye una secuela de la ideología liberal decimonónica, proveniente del ideal igualitario nacido con la Revolución francesa que, junto con indudables conquistas en el terreno de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, llevó también a una incorrecta interpretación del principio de igualdad consistente en entender que la igualdad de los ciudadanos sólo permite la existencia de un único régimen jurídico para todos ellos.

El principio de igualdad exige que no se discrimine a los ciudadanos, otorgándoles distintos derechos y deberes, de forma que unos tengan un estatuto personal más favorable que otros. En este sentido el ideal igualitario nacido con la Revolución francesa liquidó en buena hora la organización estamental del Antiguo Régimen.

Pero una incorrecta interpretación del principio de igualdad llevó también a interpretar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, no como una igualdad de derechos y de deberes, sino como uniformidad de legislación para todos los ciudadanos.

Extraer semejante consecuencia del principio de igualdad resulta improcedente, por cuanto la diversidad existente por razones históricas, culturales y religiosas dentro de cada nación exige una diversificación legislativa, en virtud de la cual pueda satisfacerse igualmente esas peculiaridades, sin incurrir en la desigualdad que supone establecer un régimen uniforme que sólo resulta adecuado para un determinado sector de la población. El principio de igualdad en modo alguno exige que a distintos supuestos de hechos sociales se aplique un régimen jurídico uniforme.

En la actualidad, sin embargo, la interpretación del principio de igualdad de los ciudadanos como exigencia de uniformidad de régimen jurídico pierde progresivamente terreno, y ya no se mira con recelo las peculiaridades tan marcadas y los caracteres tan distintivos que las legislaciones forales presentan en materia de Derecho de familia.

Por otra parte, se percibe una notable incongruencia en las posiciones doctrinales que, para postular la implantación de un sistema de matrimonio civil obligatorio, hacen hincapié en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y al mismo tiempo no critican por el mismo motivo la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos en relación con otros aspectos del Derecho de familia provenientes de las legislaciones forales, ni se plantean tampoco —al estudiar el Derecho comparado— que la existencia de regímenes matrimoniales compuestos es una situación muy común en los países de cultura inglesa y en general en los Estados de estructura federal.

Por este motivo, tales posiciones doctrinales parecen adolecer no sólo del defecto de una equivocada interpretación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino también de cierta incongruencia; porque, aun en el caso de que se acepte que la igualdad de los ciudadanos ante la ley exige una legislación uniforme para todos ellos, a la conclusión que debe llegarse es al rechazo de todo sistema legal compuesto tanto en materia matrimonial como en otros ámbitos jurídicos, tanto si la composición del sistema matrimonial deriva de una pluralidad de regímenes matrimoniales civiles, como si deriva de un pluralismo de régimen matrimonial proveniente de la admisión de regímenes jurídicos matrimoniales de carácter confesional.

En tercer lugar, el *ius connubii* no es un derecho derivado de la posesión de una nacionalidad, sino un derecho común a todo hombre, de tal manera que todo hombre —por el mero hecho de serlo, inde-

pendientemente de que sea apátrida o posea una o varias nacionalidades— tiene derecho a contraer matrimonio (1). De ahí que la igualdad —entendida como uniformidad de régimen jurídico— no queda suficientemente asegurada, cuando la igualdad no hace referencia a un derecho de ciudadanía, sino a un derecho común a todo hombre. Y así, sólo habría igualdad en el ejercicio del *ius connubii*, estableciendo un régimen matrimonial uniforme para todos los hombres, independientemente de su nacionalidad.

Y, en efecto, la máxima uniformidad en la regulación del ejercicio del *ius connubii* se consiguió en la Edad Media, como consecuencia de la vigencia universal del Derecho matrimonial canónico. La atribución de competencia a los Estados nacionales en la regulación de este Derecho supuso una quiebra en la uniformidad legislativa existente en Europa.

Por eso, cuando en el siglo XVI comienzan los Estados nacionales a atribuirse competencia en materia matrimonial, en detrimento de la tradicional competencia de la Iglesia en este campo, se invocarán todo tipo de argumentos en favor de esa atribución menos el de que esto sea necesario para lograr una uniformidad de régimen jurídico matrimonial. Y los países protestantes, que fueron los primeros en disputar a la Iglesia su tradicional competencia en este campo, al implantar la obligatoriedad del matrimonio civil, no crearon un sistema de matrimonio civil uniforme, sino un sistema legal compuesto, como continúa siendo el de los países de habla inglesa.

En definitiva, la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial tiene poco que ver con el principio de igualdad, tanto desde un punto de vista teórico, como desde un punto de vista histórico.

Concretamente, la formulación del principio que postula la exclusiva competencia del poder estatal en la regulación del instituto matrimonial tiene origen teológico. Es Martín Lutero (1483-1546) quien por vez primera afirma, y con énfasis, que la Iglesia nada debe regular en este campo (2), en base a una concepción eclesiológica espiritualista que le lleva a entender, como principio general, que la Iglesia debe desentenderse de cualquier tarea legislativa, siendo desempeñada esta misión por el poder estatal.

No nos encontramos, sin embargo, en esta época ante la afirmación de un sistema de matrimonio civil obligatorio de signo secularizador. El movimiento protestante acepta el carácter sacro del matrimonio; pero junto a la afirmación de ese carácter sacro del matrimonio, afirma también la competencia del poder estatal para regular jurídicamente el instituto matrimonial. La afirmación de estos dos principios no resulta contradictoria en el marco del pensamiento protestante, porque no se concibe el poder del Estado como un poder aconfesional y agnóstico, sino como un poder confesional llamado

(1) JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos en la Iglesia*, Pamplona, 1972, pág. 122.

(2) Vid. HANS DOMBOIS, *Kirche und Eherecht*, Stuttgart, 1973, pág. 120.

a reglamentar jurídicamente la materia religiosa. Se atribuye al Estado soberanía en materias eclesiásticas. El matrimonio conserva su carácter sacro, pero es al Estado a quien corresponde regular jurídicamente esa materia.

Por otra parte, cuando aparece el movimiento protestante y la doctrina luterana sobre la competencia civil en la regulación del matrimonio, la legislación canónica todavía no había establecido la obligatoriedad de la forma jurídica sustancial —ante párroco y testigos— como requisito de validez en la celebración del matrimonio. Esa innovación de la legislación canónica sólo tendrá lugar como consecuencia de la sesión XXIV del Concilio de Trento, en la que se aprueba el decreto *Tametsi* (1563). La promulgación de este decreto no se lleva a cabo simultáneamente para todo el orbe cristiano, sino que se va promulgando parroquia por parroquia, de tal manera que todavía en el siglo XX había regiones —llamadas no tridentinas, correspondientes por lo general a países no católicos— en que no era obligatoria para la validez de la celebración del matrimonio canónico ajustarse a la forma establecida por el decreto tridentino.

Este dato sobre lo tardíamente que la legislación canónica impone *ad validitatem* una forma de celebración, da a entender que en los países protestantes en que el poder estatal sustituyó en el siglo XVI al poder eclesiástico en la regulación del matrimonio, se originó una total sustitución de la legislación eclesiástica por la legislación estatal en materia matrimonial. En Inglaterra no se exigirá un acto formal de celebración de matrimonio hasta el Lord Hardwicke Act de 1753. Esto tipo de nupcias informes, denominadas *common law marriages*, todavía resultan posibles en quince distritos de Estados Unidos. En Escocia resultaban posibles varios tipos de *common law marriages* hasta 1940, y desde entonces la única modalidad que se considera válida es la denominada “*by habit and repute*”.

Cuando la autoridad estatal de los países protestantes, inspirándose en la legislación tridentina, decide exigir una forma de celebración, confiará a los ministros de culto la asistencia a la celebración del matrimonio. Aunque esa facultad de los ministros de culto es compartida por funcionarios del Estado designados al efecto, todavía hay países, como el Estado americano de Maryland, que sólo consiente la celebración de matrimonios civiles válidos ante un ministro de culto (3).

Para la celebración religiosa del matrimonio, sin embargo, se exige la previa licencia civil, si bien, en países confesionales —como Gran Bretaña, Suecia y Noruega—, se hace una distinción según se trate o no de celebraciones religiosas correspondientes a la confesión establecida. En este último caso, no se requiere la previa licencia civil, bastando que se transmita posteriormente a la autoridad civil copia del acta religiosa de celebración de matrimonio. Con todo, salvo escasas excepciones, la previa licencia civil sólo condiciona

(3) Cfr. *Laws of Maryland*, 1972, c. 380.

la licitud, pero no la validez del matrimonio celebrado. Y ni siquiera la asistencia de un falso ministro de culto acarrea consigo la nulidad del matrimonio (4).

La legislación tridentina otorgó, por tanto, a la forma de celebración del matrimonio una importancia mucho mayor que la que le han atribuido las legislaciones de los países protestantes. Y, en consecuencia, en los países protestantes, la celebración religiosa del matrimonio —que continúa siendo la forma habitual de celebración— no pasa de constituir más que un mero ornato, de escasa transcendencia en el orden jurídico, que simplemente afirma el carácter sacro de la celebración matrimonial.

En los países católicos, la corriente de opinión que ha llevado a la instauración de un sistema de matrimonio civil obligatorio tiene igualmente un origen teológico, concretamente en la doctrina galicana. Y es Roberto José Pothier quien, en el siglo XVIII, difundirá la doctrina de que es al poder estatal a quien corresponde reglamentar la capacidad y forma de contraer matrimonio. La base de toda la argumentación se condensa en el principio de que el contrato civil es la materia del sacramento del matrimonio. Cuando la ley civil regula el matrimonio, no se inmiscuye en la competencia que la Iglesia posee sobre este sacramento, sino que simplemente regula una materia civil, el contrato matrimonial, que como todo contrato está sometido a la autoridad del Estado. Si como consecuencia de esa legislación estatal, la ley califica de nulo un matrimonio, el Estado lo que hace es simplemente impedir que nazca el sacramento, al regular algo que es previo a la existencia del sacramento —la existencia de un contrato civil—, ya que ese contrato civil es la materia del sacramento (5).

Esta doctrina sobre la separabilidad entre contrato y sacramento con la consiguiente competencia exclusiva por parte del Estado en la regulación del instituto jurídico del matrimonio está presente en la promulgación del edicto de Luis XVI de 1787, por el que se permite a quienes no profesan la religión católica presentarse indistintamente con cuatro testigos ante el párroco católico o ante el juez civil. Posteriormente Napoleón I, en su Código de 1804, establecerá, por vez primera en un país católico, el matrimonio civil obligatorio, prohibiendo a los párrocos dar la bendición nupcial con anterioridad a la celebración del matrimonio ante el funcionario civil.

En los demás países católicos en que también se introduce el sistema de matrimonio civil obligatorio como consecuencia de la influencia de la Revolución francesa y de las doctrinas liberales, cual es el caso de España con su ley de matrimonio civil obligatorio de 1870, también se apela en apoyo de la obligatoriedad del matri-

(4) Vid. FRANCESCO ONIDA, *Uguaglianza e liberà religiosa nel separatismo statunitense*, Milán, 1970, págs. 274-279.

(5) Cfr. *Tratado del contrato de matrimonio*, trad. y notas de Mariano Noguera y Francisco Carles, Barcelona, 1846. Vid., sobre la influencia de Pothier, AMADEO DE FUENMAYOR, *El matrimonio como contrato civil*, en "Revista general de legislación y jurisprudencia", febrero (1976), págs. 98-103.

monio civil a la doctrina de la separabilidad entre contrato y sacramento (6).

Esta doctrina sobre la separabilidad entre contrato y sacramento del matrimonio fue expresa y reiteradamente condenada por el Magisterio pontificio a finales del siglo XIX (7), por lo que desde el punto de vista teológico ha dejado de constituir un argumento sólido en favor del sistema de matrimonio civil obligatorio. No por ello, sin embargo, se dejó de propugnar este sistema matrimonial. La razón fundamental que llevó al Estado liberal a la elaboración de una legislación matrimonial distinta de la canónica fue el deseo de controlar el estado civil de las personas, la familia y las situaciones familiares.

Esta pretensión, durante el Antiguo Régimen, se fundamenta en las doctrinas galicanas y regalistas en base a presupuestos confesionales de dudosa ortodoxia y con manifestaciones bien concretas de invasión de la tradicional competencia eclesiástica en materia matrimonial, como la constitución promulgada por José II en 1783, por la que se avocan las causas matrimoniales con carácter exclusivo al fuero civil.

Pero esas doctrinas y actuaciones encuentran la irreductible oposición de los Romanos Pontífices, que irán condenando sucesivamente cada una de las concretas doctrinas y actuaciones que abogan por la secularización del matrimonio. Una y otra vez se pone de relieve que por ingeniosa que resulte una fundamentación teológica encaminada a atribuir al Estado competencia en materia matrimonial, ese fundamento doctrinal, precisamente por su carácter confesional, resulta inoperante en cuanto merece la condena por parte de la autoridad eclesiástica.

Será necesaria la aparición del Estado liberal que postula como ideales la aconfesionalidad y la completa separación de la Iglesia, para que en los países católicos el Estado logre la exclusiva competencia sobre el matrimonio y el Derecho de familia. De esos principios liberales, reforzados con la doctrina de la separación entre contrato y sacramento para allanar incluso objeciones de carácter teológico, se llegará a la conclusión de que el Estado debe poseer una completa e íntegra legislación matrimonial, distinta de la canónica, la cual ninguna relevancia debe poseer para el Estado. El conocido postulado liberal —“la Iglesia y el Estado son como dos líneas paralelas que no se encuentran nunca”— encuentra su cabal expresión en la implantación del sistema de matrimonio civil obligatorio. Como decía el artífice de la ley española de matrimonio civil obligatorio de 1870: “... y mientras los cánones de la Iglesia católica regulan la institución del matrimonio según estiman más conveniente para los altos fines morales y religiosos, también la potestad civil puede legalmente esta-

(6) Vid. SALVADOR CARRIÓN, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, págs. 61 y sigs.

(7) Vid. MANUEL GERPE, *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción de contrato-sacramento*, Salamanca, 1970, págs. 115 y sigs.

blecer reglas de las cuales dependan los efectos civiles y políticos de aquél acto" (8).

Y, en efecto, esa ley de matrimonio civil logra el perfecto paralelismo y simetría entre Iglesia y Estado en materia de Derecho matrimonial, pues reproduce, como es sabido, íntegramente todos los elementos de la legislación canónica sobre el matrimonio: desde el número y alcance de los impedimentos, hasta el principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial.

El liberalismo decimonónico entendió que el principio de separación entre la Iglesia y el Estado debería traducirse en una completa indiferencia e ignorancia —cuando no hostilidad— del Estado con respecto a la Iglesia, que excluía entre ambos cualquier forma de colaboración o avenencia. Después de la guerra de 1914, sin embargo, ese principio informador de la legislación liberal del siglo pasado ha ido perdiendo terreno en la doctrina y en la práctica, para dar paso a entender por separación entre la Iglesia y el Estado la mutua autonomía de ambos, pero en modo alguno el mutuo desconocimiento y menos aún la hostilidad.

El Estado de nuestros días no considera ya que cualquier forma de colaboración con la Iglesia comprometa su aconfesionalidad y soberanía. Es más, para garantizar los derechos de libertad e igualdad religiosa proclamados por la generalidad de las constituciones, su legislación tiene cada vez más en cuenta un factor de tanta trascendencia en la convivencia ciudadana, como es el factor religioso.

El factor religioso no sólo constituye una importante área de la realidad social e histórica de cada país, sino que es origen de entes sociales orgánicamente estructurados que trascienden los límites territoriales del Estado y que generan normas e institutos jurídicos, siendo el instituto jurídico matrimonial de nuestra cultura contemporánea un ejemplo típico de esa fecundidad jurídica del factor religioso. Y precisamente por haber sido el instituto matrimonial creación de la legislación canónica, llegó un momento en que quedó sustraído a la soberanía del Estado un ámbito jurídico tan importante como el del estado civil de las personas, la familia y las situaciones familiares.

Para afirmar su soberanía en este campo, al Estado liberal no se le ocurrió mejor solución que considerar el matrimonio canónico como un mero hecho, negándole toda eficacia jurídica y creando una legislación matrimonial paralela, logrando así plena soberanía en este campo. Las leyes de matrimonio civil obligatorio, tanto la española de 1870 como el Código civil italiano de 1865, lo que pretenden no es modificar el régimen matrimonial —pues no introducen ninguna modificación sustancial al respecto—, sino reafirmar la soberanía del Estado en este campo.

A mi entender, sin embargo, el camino por el que el Estado logrará el control sobre el instituto matrimonial no es el de la secu-

(8) *Diario de sesiones*, 17-XII-1869, apénd. 1.^o al n. 185, pág. 2.

larización del matrimonio, sino el de la secularización de los registros sobre el estado de las personas, que crea la Iglesia en el siglo XIV y pasan al Estado al ser secularizado el matrimonio, como lógica consecuencia de la secularización de éste.

Una vez que el registro sobre el estado civil de las personas obra en poder del Estado, poca merma de su soberanía supone que reconozca eficacia a un régimen matrimonial que, como el canónico, es similar al del Estado y cuya eficacia, tanto por lo que se refiere a la existencia del vínculo como por lo que se refiere a las situaciones familiares que origina, ha de pasar por la aduana del Registro civil estatal.

No es de extrañar, por tanto, que tanto España en 1875 como Italia en 1929 abandonasen el sistema de matrimonio civil obligatorio, pues haciendo pasar la eficacia civil del matrimonio canónico por el tamiz de un registro estatal, se consigue igualmente el perfecto control y ejercicio de soberanía en materia de Derecho de familia, con la ventaja de no herir así legítimas actitudes y sentimientos religiosos.

Ni siquiera cuando el Estado opta por una legislación divorcista —apartándose del modelo matrimonial canónico en un punto de gran trascendencia— se hace necesario desconocer globalmente efectos civiles al matrimonio canónico. Basta, como sucede en los sistemas matrimoniales de Italia y Portugal, no otorgar efectos civiles al vínculo canónico a partir del momento en que media sentencia civil de divorcio.

En suma, el sistema de matrimonio civil obligatorio imperante en gran número de países católicos es un producto del Estado liberal, destinado a afirmar el exclusivo control estatal sobre el matrimonio, la familia y las situaciones familiares. Sin embargo, ese control es compatible con el reconocimiento del matrimonio canónico como principio general, desde el momento en que a través del Registro civil el Estado puede otorgar o no efectos civiles al matrimonio canónico en la medida en que le interesa.

El sistema del matrimonio civil obligatorio vigente en diversos países católicos es especialmente vejatorio del sentimiento religioso, no ya sólo por no otorgar efectos civiles a la legislación matrimonial canónica en ninguno de sus aspectos, ni siquiera el de la forma —cosa normal en países no católicos—, sino porque en determinadas hipótesis se prohíbe la celebración de matrimonio religioso.

Disposiciones como los artículos 199 y 200 del Código penal francés que castigan a quienes infringen la prohibición de celebrar matrimonio religioso sin previo justificante de haber contraído matrimonio civil, resultan lesivas del sentimiento religioso. Lo mismo cabe decir del artículo 46 del Código civil alemán, cuyas medidas represivas han sido eliminadas en algunas hipótesis, en virtud del artículo 26 del Concordato de 1933. E igual cabe decir de la legislación belga, suiza y de varios países hispanoamericanos.

Se alega como fundamento de tales normas limitativas de la cele-

bración previa de matrimonio canónico que constituye una necesidad de orden público impedir que de esa manera se comprometa o prejuzgue el estado civil de las personas. Pero esa consideración no puede considerarse válida, desde el momento en que se niega, por principio, efectos civiles a la celebración religiosa del matrimonio.

Mientras los Estados islámicos de Asia y África, lo mismo que Israel, Japón y los países protestantes de Europa, Australia y América reconocen efectos civiles no sólo a la celebración religiosa del matrimonio, sino también —cuando la tienen— a la restante legislación matrimonial de carácter confesional correspondiente a la mayoría de sus súbditos, los Estados de población católica, en su mayoría, han tomado la decisión de secularizar íntegramente la legislación matrimonial, y con frecuencia toman en cuenta la celebración de matrimonio canónico, para calificarlo como hecho jurídico penal.

Esta situación, aparte de ser lesiva de la libertad religiosa —y en consecuencia lesiva de las normas constitucionales que proclaman ese derecho— resulta hoy obsoleta. Corresponde a una época liberal decimonónica, hoy sobrepasada, pues, tras la secularización de los Registros civiles, el mantenimiento de esa situación no resulta necesaria para el pleno ejercicio de la soberanía estatal en materia de Derecho de familia.

Si bien España, al igual que otros países de mayoría católica, no ha adoptado un sistema de matrimonio civil obligatorio, ello es debido, sin embargo, a la confesionalidad católica del Estado, con la consecuencia de que sólo se reconoce el régimen matrimonial canónico, habiéndose a lo más llegado, por vía de tolerancia, a reconocer efectos civiles al régimen matrimonial islámico, en los años 50, en obsequio a los habitantes del Sahara español.

Entiendo, sin embargo, que tras la incorporación en 1967 del principio de libertad religiosa a nuestro Derecho constitucional, se hace necesario otorgar efectos civiles no sólo al matrimonio canónico, sino al régimen matrimonial de las restantes confesiones religiosas.

Tal ampliación no presenta la menor dificultad en el caso de las confesiones protestantes, pues denominador común de todas ellas es entender que la regulación del matrimonio corresponde al Estado, salvo en lo que se refiere a la forma de contraer matrimonio. Por otra parte, nuestro Derecho ya reconoce las formas religiosas de celebración de matrimonio en su amplia diversidad, cuando los españoles celebran matrimonio en el extranjero, y la ley local admite como válida la celebración religiosa del matrimonio; situación, por lo demás, frecuentísima en los países protestantes, e incluso en países católicos, como Italia.

Las únicas confesiones religiosas que poseen un régimen matrimonial completo —que comprende no sólo una forma religiosa de celebración, sino una reglamentación general del matrimonio— son tres: la católica, la hebrea y la islámica. En algunos aspectos tales

regímenes matrimoniales pueden resultar contradictorios con los principios patrios de orden público en materia matrimonial.

Tal dificultad, sin embargo, puede solucionarse fácilmente, desde el momento en que el Estado controla, desde 1870, con carácter exclusivo el Registro sobre el estado civil de las personas. Presupuesta la exclusiva competencia estatal sobre el Registro, resulta perfectamente factible hacer depender de los asientos registrales los efectos civiles de las situaciones matrimoniales nacidas al amparo de las legislaciones matrimoniales de carácter confesional.

Se logra de este modo tanto la plena adaptación de nuestro sistema matrimonial a la diversidad religiosa existente entre los españoles, como el logro de que por este motivo no escape al control del Estado la integridad del Derecho de familia.

Aparte de esta ampliación de nuestro sistema matrimonial a otros regímenes matrimoniales confesionales, también sería necesario a nuestro juicio modificar la proyección internacional de la composición religiosa de nuestro sistema matrimonial. En efecto, el artículo 42 del Código civil no dice "la ley reconoce para los españoles dos clases de matrimonio", sino "la ley reconoce dos clases de matrimonio", con la consecuencia de que el matrimonio canónico de los extranjeros surte efectos jurídicos ante el Derecho español, aunque no los surta ante su propia ley nacional.

Entiendo que, por deseable que sea el reconocimiento de las legislaciones confesionales en los países en que esto no acontece, esto no debe llevar al Derecho español —aunque éste lo haga respecto a los propios ciudadanos— a otorgar efectos civiles al matrimonio religioso de los extranjeros, cuando su propia ley nacional no le otorga efectos jurídicos.

Tal consideración deriva, no del hecho de que los regímenes matrimoniales religiosos sean menos dignos de reconocimiento de efectos civiles que los regímenes estatales, sino de que el Derecho internacional español no debe favorecer, al otorgar efectos jurídicos al matrimonio, una disociación entre las situaciones familiares que el Estado español reconoce y las situaciones familiares que reconoce la propia ley nacional.

3. A) CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

En su actual redacción, conforme a la ley de 24 de abril de 1958, el artículo 42 del Código civil en sus dos últimos párrafos dice así: "El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autorizará el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica."

Esta noción de "no profesar la religión católica" aparece por vez primera como presupuesto necesario para la celebración de matrimonio civil en un edicto de Luis XVI de Francia, de 1787, por el que se

permitía a quienes no profesaban la religión católica la posibilidad de presentarse con cuatro testigos ante el juez civil para celebrar matrimonio.

En el Derecho español esta noción aparece por vez primera en el preámbulo del decreto de 9 de febrero de 1875, en donde se señala que pueden contraer matrimonio civil quienes no profesan "la religión de nuestros padres"; es decir, la católica. Ese mismo criterio se repite en la base tercera de la Ley de 11-V-1888, y de ahí pasa al artículo 42 del Código civil, que en su anterior redacción decía así: "La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código."

La noción de "no profesar la religión católica" es lo suficientemente vaga como para que, independientemente de la actual o antigua redacción del artículo 42, quepa atribuir un diverso alcance y contenido a esa noción. Tradicionalmente el contenido del artículo 42 se fijaba a través de una Orden ministerial —o Real Orden en el caso de que hubiese monarquía— que permitía con mayor o menor libertad la celebración de matrimonio civil. A lo largo de su historia, en virtud de diversas Ordenes y Circulares, ha ido variando el contenido del artículo 42, según las ideas políticas y religiosas de quienes en un determinado momento gobernaban el país.

Entre esas Ordenes, merecen destacarse las de 27-VIII-1906 y la de 10-II-1932, porque proporcionaban las máximas facilidades para la celebración de matrimonio civil. La orden de 10-III-1941 fue, en cambio, la que en mayor medida restringió la posibilidad de celebrar matrimonio civil: sólo permitía celebrarlo a quien nunca hubiese pertenecido a la Iglesia católica.

El concordato de 1953 no se pronunció sobre este particular, pero con motivo de las modificaciones legislativas introducidas en la legislación española entre los años 1956 a 1959, con la finalidad de adaptar el Derecho español a lo estipulado en el Concordato, se instauró una normativa que permite la celebración de matrimonio civil a quienes abandonaron la Iglesia católica, inspirada en realidad en la Convención de 1924 entre la Santa Sede y Colombia.

Esta nueva regulación comprende normas de diverso rango. Se modificó el artículo 42 del Código civil no con la finalidad de aclarar el concepto de "no profesión de la religión católica", sino sólo para subrayar, de un lado, que esa no profesión debe ser probada por quien pretende contraer matrimonio civil, y, de otro, que no es suficiente que uno de los contrayentes no la profese, sino que es necesario que lo prueben los dos.

Se modificó también el Reglamento del Registro civil por Decreto de 26-X-1956; modificación que recoge y completa el Reglamento del Registro civil de 14-XI-1958. Esta nueva normativa impone a quienes nunca pertenecieron a la Iglesia católica por bautismo o conversión, la necesidad de presentar prueba de no profesar la Religión católica, si pretenden celebrar matrimonio civil. Y la instruc-

ción de la D.G.R. de 2-IV-1957 precisó que para tales personas constituye suficiente medio de prueba la propia declaración de los contrayentes.

El Decreto de 22-V-1969, que modificó los artículos 244, 245, 246, 248 y 267 del Reglamento, y el Decreto de 1-XII-1977, que vuelve a modificar los artículos 244, 245, 246 y 248, no han modificado en este aspecto la normativa establecida por la reforma de 1958. Los no bautizados en la Iglesia católica ni convertidos a ella, continúan obligados a presentar —bastando como suficiente medio de prueba la simple declaración— la prueba de que no profesan la religión católica.

En cambio, ha variado en dos puntos —en virtud de la reforma efectuada por Decreto de 22-V-1969— la normativa sobre instrucción de expedientes prematrimoniales relativa a los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella.

Conforme a la redacción de 1958 de los artículos 245 y 246 del Reglamento, se les exigía presentar al Encargado del Registro civil prueba de no profesar la Religión católica por abandono de la misma y al encargado, de practicar esa prueba, así como las acordadas de oficio. Ante las dudas que le pudiesen surgir al encargado sobre la suficiencia de la prueba debería consultar —a tenor del art. 250 del Reglamento— en comunicación clara y precisa a los Jueces de primera instancia, quienes las resolverían previa audiencia del Ministerio fiscal; pero el juez, tras dictar auto, debía suspender su ejecución y elevarlo, con el dictamen del fiscal y demás antecedentes a la Dirección General, para su resolución definitiva.

Las dudas nacían de que la disposición encaminada a precisar el concepto de no profesión de la religión católica —la citada Instrucción de 2-IV-1957—, en el caso de que ésta derive de abandono, sólo aclara negativamente el concepto de no profesión, señalando que no se acepte como suficiente el abandono de la religión católica con la finalidad de contraer matrimonio civil, y que, por tanto, se desconfíe de las apostasías acaecidas al tiempo en que se pretende contraer matrimonio civil. Se señala que el supuesto de apostasía es excepcional y que ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Se señala que la apostasía ha de constar de manera evidente. Pero no se define positivamente en qué consiste la no profesión de la religión católica por abandono de la misma.

Por lo demás, la D.G.R. en su actividad consultiva nunca llegó a sentar una doctrina clara sobre lo que hay que entender por “no profesión de la religión católica en razón de abandono”, ni tampoco se pronunció con claridad sobre el plazo de tiempo que debería transcurrir entre el abandono de la religión católica y la celebración de matrimonio civil para que esa “no profesión” no fuese sospechosa de responder a un fraude de ley. Y la razón es obvia: la reforma de 1958 nunca aclaró ni pretendió aclarar en qué consiste no profesar la religión católica por razón de abandono, sino sólo en qué no consiste, consiguiendo así que fuese muy difícil probarla, porque es

muy difícil probar la existencia de un hecho, cuando no se sabe en qué consiste ese hecho.

La redacción de los artículos 244, 245 y 246 —conforme el Decreto de 22-V-1969— exoneraba, en cambio, a los contrayentes que abandonaron la religión católica de proponer a la autoridad civil y a ésta de practicar prueba alguna encaminada a apreciar la no profesión. Al encargado del Registro ya no se le podían plantear dudas acerca de la suficiencia de una prueba que no le tenía que ser presentada ni él debía practicar de oficio, y en consecuencia no necesitaba consultar a la D. G. R., a través del Juez de primera instancia, sobre la suficiencia de la prueba. Como consecuencia de la inercia, continuaron afluyendo consultas a la D. G. R.; pero ésta respondía —así la Resolución de 27-VI-1972— que no le correspondía dar ninguna respuesta, señalando cuáles eran los recursos gubernativos y procesales que en el caso procedían.

La actual redacción del artículo 245, conforme al Decreto de 1-XII-1977, vuelve a exigir, a quienes abandonaron la religión católica, la presentación ante la autoridad civil de la prueba de no profesión; pero señala como medio de prueba idóneo —en contradicción con el artículo 32 de la Ley de Libertad Religiosa— la simple declaración expresa del interesado.

El segundo punto en que la reforma de 22-V-1969 modificó la normativa anterior sobre el expediente prematrimonial de los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella, estriba en que, según la anterior normativa, el encargado debía exponer circunstanciadamente el proyecto de matrimonio civil a la autoridad eclesiástica diocesana, la cual podía pedir información suplementaria, y el matrimonio civil no se podía celebrar hasta después del transcurso de un mes, contado a partir de la expedición de la última comunicación.

La normativa de 1969 suprime la existencia de ese plazo, y sustituye la comunicación circunstanciada por la simple comunicación —que puede hacer el propio encargado o los contrayentes, en cuyo caso deben presentar prueba de haberla hecho —al párroco del domicilio de haber abandonado la religión católica, para lo cual es suficiente el envío de una carta certificada con acuse de recibo.

La actual redacción del artículo 245, conforme al Decreto de 1-XII-1977, suprime la obligatoriedad de que el abandono de la religión católica sea comunicado —ni siquiera por simple comunicación no circunstanciada— a la autoridad eclesiástica, contradiciendo el artículo 32 de la Ley de Libertad Religiosa.

La autoridad eclesiástica, según la Instrucción de la Nunciatura de 25-III-1957, debe disuadir a los contrayentes de la celebración de matrimonio civil; y caso de conseguir su propósito, comunicar a la autoridad civil la renuncia de los interesados al matrimonio civil. La autoridad eclesiástica también debe comunicar a la autoridad civil, si así lo estima, que la no profesión de la religión católica no es conforme a la verdad. Pero si los contrayentes no renuncian a celebrar matrimonio civil o si la autoridad eclesiástica considera que

el abandono de la religión católica es conforme a la verdad, no es necesario que informe a la autoridad civil.

Así, pues, la reforma de 1969 no suprimió la necesidad de apreciar la prueba de no profesión de los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella, sino que su apreciación se dejó exclusivamente en manos de la autoridad eclesiástica, mientras la anterior normativa exigía además que la autoridad civil apreciara la prueba de no profesión. La actual normativa de 1977 vuelve a atribuir a la autoridad civil la función de apreciar la prueba de no profesión por abandono, pero facilitando el medio de prueba.

El artículo 247, que no ha sido derogado, continúa imponiendo al encargado que haya de autorizar el matrimonio, la suspensión de la celebración si conoce la existencia de algún obstáculo legal para su celebración —la “profesión de la religión católica” es el único obstáculo legal que la normativa civil sobre el matrimonio conoce, como se deduce del último párrafo del artículo 238 del Reglamento del Registro Civil— y obliga a todos aquellos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio civil —entre los que se cuentan las autoridades eclesiásticas— a denunciar, si existe, la existencia del obstáculo legal derivado de la profesión de la religión católica.

Ahora bien, a tenor del artículo 247 del Reglamento, la denuncia solamente causará suspensión cuando el encargado juzgue que está suficientemente probado el obstáculo legal. Así, pues, lo que pretendió la reforma de 1969 es invertir la carga de la prueba. El encargado no tenía ya que apreciar la prueba de “no profesión de la religión católica”, sino sólo apreciar la prueba de la existencia de obstáculo legal derivado de profesión de la religión católica, cuando se le facilitase por denuncia.

Si, en el caso de denuncia, el encargado no juzga suficientemente probada la existencia del obstáculo legal, se pasará la denuncia al Ministerio Fiscal; 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, puede procederse a la celebración.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, aunque no haya denuncia, si estima frente al Juez que no suspende la celebración del matrimonio, que no debe procederse a su celebración, continúa estando obligado de oficio a interponer demanda de oposición.

Como señala López Alarcón “no puede exigir el encargado la proposición y práctica de prueba a modo judicial con empleo de todos los medios admitidos en Derecho, pues ello es materia reservada al juicio que puede promover el Ministerio Fiscal” (9).

Si el encargado acuerda la suspensión del matrimonio civil, cabe —continúa el art. 247 del Reglamento— “recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general”; es decir, la resolución del encargado la resuelve el Juez de primera

(9) *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica*, en “Revista Española de Derecho Canónico”, 29 (1973), pág. 121.

instancia y contra la decisión de éste se apela a la D. G. R. Según jurisprudencia del T. S. —29-V-1959 y 10-X-1959— contra la resolución del recurso en vía administrativa por la D. G. R. no cabe recurso contencioso administrativo.

Ahora bien, cabe igualmente que por el trámite de los incidentes se declare la inexistencia del obstáculo legal. Sólo los particulares que tengan interés en la suspensión del casamiento pueden formalizar por sí la oposición, debiendo, en caso contrario, pasarse denuncia al Ministerio Fiscal, como señala el artículo 98 del Código civil. En cualquier caso, el proceso incidental paraliza el recurso administrativo, si ya se hubiese incoado, cabiendo entonces sólo la resolución del asunto por sentencia.

La D. G. R., en resolución por vía de recurso de 3-VIII-1970 (Cfr. "B. O. E." 17-X-1970) considera "que en armonía con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 44/1967 de 28 de junio sobre Libertad religiosa; el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, en la nueva redacción dada por el Decreto de 22 de mayo de 1969, admite la declaración expresa de los interesados de *no profesar la religión católica* como medio de prueba idóneo a los efectos de los artículos 42 y 86 del Código civil, que permite la celebración de su inmediato matrimonio civil, como lógica consecuencia del hecho de que quien dice no profesar en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión".

Señala también que la cuestión se plantea de modo diverso cuando de lo que se trata es de lograr la trascipción en el Registro Civil español de un matrimonio civil ya celebrado por españoles en el extranjero, en cuyo caso es preceptivo tramitar el expediente previsto en el artículo 73 de la Ley de Registro Civil y desarrollada en el artículo 249 del Reglamento, en el que se prescribe la necesidad de practicar las debidas diligencias probatorias de la religión; porque ese artículo no ha sido objeto de reforma. A esos efectos "no puede en principio ser suficiente, por sí sola, la simple ulterior declaración de los contrayentes de que al tiempo del matrimonio cuestionado profesaban o no la religión católica, pues esta declaración al ir referida no al mismo momento en que se emite, sino a un tiempo anterior, ofrece matices diferentes, y además puede ir dirigida a eludir el cumplimiento de las leyes".

Con posterioridad a esta resolución, el Decreto de 1-XII-1977, reformó el artículo 249 del Reglamento, facilitando enormemente el expediente postmatrimonial por lo que a la prueba de no profesión se refiere, al establecer que "se presumirá la acatolicidad por el solo hecho de la celebración del matrimonio civil".

Esta resolución de la D. G. R., aunque afirma estar inspirada en la Ley de libertad religiosa y en la reforma de 22-V-1969, en realidad no capta bien el alcance de tales preceptos. En efecto, ambos textos legales —que se inspiran a su vez en la Instrucción de la D. G. R. de 2-IV-1957— distinguen, a efectos de probar la no profesión de una religión, distintos medios de prueba según se trate de

probar que nunca se ha pertenecido a una religión —no profesión por no adscripción— o se trate de probar que, aunque se perteneció a una religión, esa religión fue abandonada: no profesión por abandono. Pues bien, para la no profesión por no adscripción es medio de prueba idóneo la simple declaración del interesado, tal como señalaba el artículo 246 del Reglamento del Registro civil de acuerdo con su redacción de 1969, que por lo demás no innovó el Derecho anterior ya que también la Instrucción de 2-IV-1957 señalaba como medio de prueba idóneo para probar la no profesión por no adscripción la simple declaración del interesado.

En cambio, cuando se trata de probar la no profesión de la religión católica por abandono de la misma, el artículo 245 en su redacción de 1969 introdujo una innovación, consistente en que el encargado del registro no tiene que apreciar prueba alguna en torno a la no profesión de la religión católica por abandono, sino que esa prueba es sustituida por la obligación de comunicar al párroco del domicilio —bien por el propio encargado, bien por el interesado— el abandono de la religión católica.

Así, pues, siempre que se trata de personas que pertenecieron en algún momento de su vida a la religión católica, conforme a la antigua redacción de esos artículos de 1969, no hay que aplicar el artículo 246 del Reglamento, sino el artículo 245. Resulta por tanto sorprendente que la citada resolución de 3-VIII-1970 considere que el precepto aplicable al caso sea el artículo 246 del Reglamento, cuando el precepto que hay que aplicar es el artículo 245, por tratarse de personas que en su día pertenecieron a la religión católica, y en consecuencia nos encontramos ante la hipótesis de no profesión de la religión católica por abandono. Y resulta sorprendente igualmente que la citada resolución siente el principio de que “quien dice no profesar en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión”; porque quien ha pertenecido por el bautismo a la religión católica, sólo puede dejar de profesarla por abandono.

La esencia de la reforma de 22-V-1969 no consiste en admitir como medio de prueba idóneo para la no profesión por no adscripción la simple declaración del interesado: tal medio de prueba para esa hipótesis ya era admitido por la legislación anterior. Tampoco consiste la reforma de 22-V-1969 en extender ese medio de prueba a la no profesión por abandono, sino que la esencia de esa reforma consiste en suprimir del expediente prematrimonial de los adscritos a la Iglesia católica por bautismo o conversión la necesidad de probar —ni siquiera por un medio tan simple como es la declaración—, ante el encargado del Registro o ante cualquier otra autoridad civil, la no profesión por abandono de la religión católica. De donde se sigue que la autoridad civil no podía exigir, ni debía apreciar esa prueba, en relación con los expedientes prematrimoniales de quienes pretendían contraer matrimonio civil, como consecuencia de haber abandonado la religión católica.

En suma, ni la D. G. R. era competente para pronunciarse sobre cómo se prueba la no profesión de la religión católica por abandono de la misma en un expediente prematrimonial —por la sencilla razón de que, al no ser necesario presentar esa prueba ante la autoridad civil, menos aún cabía establecer un medio de prueba—, ni la doctrina que sobre ese particular sienta es correcta, pues contradice tanto la Ley de libertad religiosa, como el Decreto de 22-V-1969.

En relación con un expediente prematrimonial de quien abandonó la religión católica, sólo era competente durante la vigencia de la reforma de 1969, para pronunciarse acerca de la prueba de la existencia de obstáculo legal de profesión de la religión católica, cuando así le fuese solicitado en virtud de recurso administrativo. Y, además, la D. G. R. carece de competencia exclusiva en la apreciación de esta prueba, que como señala el artículo 247 del Reglamento del Registro Civil es concurrente con la de los tribunales ordinarios en los términos ya indicados.

La Instrucción de la D. G. R. de 7-VII-1971 sobre matrimonios civiles de españoles en el extranjero cita textualmente la resolución de 3-VIII-1970, para señalar que es suficiente medio de prueba la simple declaración del interesado de no profesar. Ahora bien, limita el alcance de ese medio de prueba a las hipótesis de no profesión por no adscripción.

No deja de sorprender, sin embargo, que cite textualmente esa resolución en el considerando en el que se afirma “quien dice no profesar, en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión”; porque como vimos, cuando alguien ha pertenecido por el bautismo a una concreta religión, si luego la abandona, incide en la hipótesis de no profesión por abandono; hipótesis en que no había que apreciar prueba de no profesión por abandono por parte de la autoridad civil, y en consecuencia no era necesaria la prueba por declaración del interesado.

La Instrucción de la D. G. R. de 22-III-1974 sobre el expediente previo al matrimonio civil vuelve a citar la resolución de 3-VIII-1970, para señalar que es medio de prueba idóneo la simple declaración del interesado, pero suprime la frase “porque quien dice no profesar en efecto no profesa, aunque pertenezca por bautismo a tal religión”, que habíamos calificado como incongruente con la Ley de libertad religiosa y con el Decreto de 22-V-1969. Y, además, limita ese medio de prueba a las hipótesis de no profesión por no adscripción.

No deja de sorprender, sin embargo, que se cite —aunque sea cercenando la frase— una resolución tan desafortunada como la de 3-VIII-1970. Y sorprende también que tanto la Instrucción de 7-VII-1971 como la de 22-III-1974 hablan de que la propia declaración como medio de probar la no profesión por no adscripción constituye una innovación, pues ya la antigua instrucción de la D. G. R. de 2-IV-1957 admitía para idénticas hipótesis idéntico medio de prueba.

Toda esta normativa, encaminada a dar cumplimiento el último párrafo del artículo 42 del Código civil, está basada en impedir la

celebración del matrimonio civil a quienes profesan la religión católica, con motivo de la instrucción del expediente prematrimonial.

A lo largo de la vigencia de dicho precepto, se discutió, sin embargo, si era posible celebrar matrimonio civil en el extranjero conforme a la forma del país, a tenor de la regla "locus regit actum", que sanciona el artículo 11 del Código civil, o por el contrario, eran sólo los Cónsules o Vicecónsules los únicos competentes para autorizar los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero. Aunque mejor fundada en la exégesis la tesis de la suficiencia de la forma local extranjera, acarreaba, sin embargo, desde el punto de vista sistemático, la posibilidad de fraude de ley, al eliminar de la instrucción del expediente prematrimonial la posibilidad de que la celebración del matrimonio civil fuese suspendida por insuficiencia de prueba de no profesión de la religión católica.

La reforma de 1958 zanjó la discusión, admitiendo de manera expresa la posibilidad de celebrar matrimonio civil con arreglo a la forma del país, en el artículo 73 de la Ley de Registro civil. Pero, al mismo tiempo, estableció que la inscripción sólo procederá en virtud de expediente y el artículo 272 del Reglamento del Registro añadió que la celebración de matrimonio civil contraído sin que se acredite debidamente que ambos cónyuges no profesan la religión católica, sólo será objeto de anotación. Esa anotación, a tenor del artículo 38 de la Ley en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción, pues como señala el artículo 145 del Reglamento posee un carácter simplemente informativo. Y a tenor del artículo 70 de la Ley ese matrimonio queda privado de efectos civiles, hasta tanto no se acredite debidamente, en virtud de expediente —tal como prevé el art. 249 del Reglamento— que ambos contrayentes no profesaban la religión católica.

La reforma de 22-V-1969 dejó intacto el artículo 249, según el cual, cuando el matrimonio de un español se celebra conforme a la forma del país, sin que las autoridades españolas competentes en el extranjero para la instrucción del expediente prematrimonial intervengan en su instrucción, no basta presentar la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio, sino que es necesario —para que el matrimonio sea inscribible— instruir con posterioridad un expediente postmatrimonial, en el que se acredite la no profesión de la religión católica. El artículo 249 del Reglamento, que no fue entonces derogado, continuó haciendo necesaria la práctica de la prueba de no profesión, como por los demás recordó la Instrucción de la D. G. R. de 7-VII-1973 y la resolución, antes citada, de 3-VIII-1970.

La instrucción del expediente postmatrimonial —tanto en este caso como en el de matrimonio "in articulo mortis"— se diferenciaba del prematrimonial en que el encargado de instruir el expediente debía suspender la inscripción del matrimonio —en vez de su cele-

bración— y en que era motivo de suspensión de la inscripción —motivo que no se daba en el expediente prematrimonial— el que los interesados en la inscripción no probasen suficientemente la no profesión de la religión católica de los contrayentes en el momento de contraer. Y era posible en este caso, a tenor del artículo 250 del Reglamento, la consulta a la D. G. R. que en este precepto se señala.

Por lo demás, los recursos a que pueda dar lugar la suspensión de la inscripción, aunque sean los mismos antes indicados a propósito de la suspensión de la celebración de matrimonio en el expediente prematrimonial, tenían por objeto que se apreciase la prueba de no profesión, que corría a cargo de los interesados en la inscripción, pues no era necesario probar —para que la inscripción se suspendiese— la existencia de obstáculo legal de profesión de la religión católica, sino que era suficiente —aunque ese obstáculo no se probase— que no resultaba suficientemente probada la no profesión de la religión católica.

Si practicadas las pruebas, la no profesión de la religión católica resultaba suficientemente probada, no procedía que ese matrimonio permaneciese perpetuamente en la situación de matrimonio válido, pero ineficaz, sino que procedía iniciar los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía, para que el tribunal competente declarase finalmente por sentencia la validez o nulidad del matrimonio por razón de profesión de la religión católica, siendo en el primer caso inscribible el matrimonio, y dando lugar la sentencia de nulidad a la cancelación de la anotación.

El artículo 42 del Código civil es el que prohíbe a quienes profesan la religión católica la celebración de matrimonio civil. Y el T. S. en diversas sentencias —21-X-1959; 12-XI-1959; 16-II-1961; 5-VII-1965; 15-IV-1967— declaró nulo con nulidad radical el matrimonio civil de quien en el momento de contraerlo profesaba la religión católica, en razón de carácter imperativo del artículo 42 y la nulidad de los actos ejecutados contra tales disposiciones derivada del antiguo artículo 4.^º del Código civil, hoy 6.^º, § 3. Una sentencia de 11-III-1975, invocando otra de 20-I-1974, considera superada esa doctrina aunque no entra a discutir los fundamentos de Derecho en que se basa, limitándose ambas sentencias a apreciar, para declarar la validez del matrimonio civil, que aparece suficientemente probada la no profesión de la religión católica en el momento de contraer en razón de la conducta anterior y posterior de los contrayentes.

Para la consolidación de la doctrina de la nulidad del matrimonio civil por razón de profesión de la religión católica por parte del T. S. constituyó, sin embargo, un factor importante la innovación introducida por el Decreto de 26-X-1956 que equiparó —en el antiguo art. 43 § 3, hoy 247 del Reglamento— la profesión de la religión católica a los impedimentos, a efectos de instrucción de los expedientes matrimoniales.

La reforma de 22-V-1969, se limitó simplemente a eliminar de los expedientes prematrimoniales la obligación de que quienes aban-

donaron la religión católica presentasen a las autoridades civiles pruebas de no profesión y de que éstas las practicasen. Pero no eliminó esta obligación de los expedientes postmatrimoniales, y dejó intacta la equiparación del obstáculo legal de profesión de la religión católica a los impedimentos tanto en los expedientes prematrimoniales, como en los postmatrimoniales.

La reforma de 1-XII-1977, dejando también intacta la equiparación del obstáculo legal de profesión de la religión católica a los impedimentos, vuelve a exigir que en los expedientes prematrimoniales la autoridad civil aprecie la prueba de no profesión, pero señalando como suficiente medio de prueba la simple declaración expresa del interesado. En los expedientes postmatrimoniales, en cambio, elimina la necesidad de probar la no profesión, al reformar el artículo 249 en el sentido de que “se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil”. Motivo por el cual también se ha derogado el último párrafo del artículo 249, donde se establecía que “al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para el 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”.

Este Decreto de 1-XII-1977 acoge los criterios sentados por la resolución de la D. G. R. de 3-VIII-1970, por los que se violaban el artículo 32 de la Ley 44/1967 y el Decreto de 22-V-1969. Al derogar el Decreto de 1977 el anterior de 1969, ha conseguido que sólo se viole la ley 44/1967.

3. B) VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

Nuestro sistema matrimonial suele ser calificado como un sistema de matrimonio civil subsidiario, en la medida en que sólo permite la celebración de matrimonio civil a quienes no profesan la religión católica, de tal forma que para que un matrimonio civil resulte válido es necesario que quienes lo celebren no estén obligados por la Ley española a contraer matrimonio canónico.

Este sistema, aparte de la dificultad que entraña precisar el concepto de no profesión de la religión católica en el caso de católicos que han abandonado el catolicismo, constituye un criterio lesivo de la libertad religiosa, porque la legislación estatal tiene en cuenta la religión profesada por los contrayentes para imponerles una u otra clase de matrimonio.

Una reforma de nuestra legislación en este sentido exige la supresión de los dos últimos párrafos del artículo 42 del Código civil, así como el concepto de obstáculo legal de profesión de la religión católica, presente en la Ley y Reglamento del Registro civil a propósito de los expedientes pre y post matrimoniales.

Tras la reforma, en 1967, del artículo 6.º del Fuero de los Españoles, en orden a incorporar a nuestro Derecho constitucional el principio de libertad religiosa, constituye una exigencia de congruencia constitucional la implantación de un sistema de matrimonio civil facultativo. La reforma de 22-V-1969 y de 1-XII-1977, como hemos visto, constituyen un mero paliativo de los últimos párrafos del artículo 42 del Código civil, siendo necesaria una reforma legislativa que no se limite simplemente a dulcificar la prueba de no profesión de la religión católica, sino que elimine radicalmente la necesidad de esa prueba.

4. A) EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CANÓNICO SURGIDO COMO CONSECUENCIA DE UNA CELEBRACIÓN CIVIL Y LAS HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE LOS MISMOS CONTRAYENTES

Pese a que fue la propia legislación eclesiástica la que introdujo en la cultura jurídica la necesidad de una forma de celebración para la validez del matrimonio, la legislación canónica admite en algunos casos la posibilidad de celebrar matrimonios canónicos informes. Esta posibilidad de celebración de matrimonios informes lleva consigo la consecuencia de que, en virtud de la celebración de matrimonio civil, además del matrimonio civil, surge entre los contrayentes vínculo canónico válido, si por lo demás no median impedimentos ni vicios de consentimiento. Las principales hipótesis en que como consecuencia de una celebración civil surge, además, vínculo canónico son las siguientes:

a) Matrimonio de bautizados no obligados a la forma canónica de celebración de matrimonio. La legislación canónica sobre el matrimonio está destinada a todos los bautizados (10), independientemente de que sean católicos o no. Ahora bien, sólo los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma están obligados —para que su matrimonio sea reconocido como válido— a la celebración de matrimonio en la forma canónica (11). En consecuencia, cuando un bautizado en una secta protestante celebra matrimonio civil con otro protestante o con un no bautizado, ese matrimonio posee para el Derecho de la Iglesia la calificación de matrimonio canónico válido, si no median impedimentos ni vicios del consentimiento.

b) Matrimonio de bautizados obligados a la forma canónica de celebración de matrimonio, pero dispensados de ella, cuando contraen matrimonio civil, como consecuencia de lo cual surge el vínculo canónico válido.

(10) Cfr. C. I. C., cc. 12 y 1016.

(11) Cfr. C. I. C., 1099 y M. P., *Crebrae allatae*, 22-II-1949, c. 90.

c) Sanación en la raíz de un matrimonio civil. Como señala el canon 1.139 del Código de Derecho canónico, todo matrimonio celebrado con el consentimiento de ambas partes naturalmente suficiente, pero jurídicamente ineficaz por existir defecto de forma legítima, puede subsanarse en la raíz, si el consentimiento inicialmente prestado no ha sido revocado. En consecuencia, una vez que se ha producido el intercambio de consentimiento matrimonial en virtud de la celebración civil, la autoridad eclesiástica puede sanar por acto unilateral el defecto de forma legítima, momento a partir del cual surge vínculo matrimonial canónico.

d) Celebración de matrimonio civil entre dos no bautizados y posterior nacimiento de vínculo canónico, como consecuencia del bautismo de uno al menos de los contrayentes. La naturaleza canónica de este matrimonio surge automáticamente como consecuencia de la recepción del bautismo, sin necesidad de nueva celebración ni de nuevo intercambio de consentimiento.

A parte de estas hipótesis, también se dan otras en las que la mera celebración civil de un matrimonio hace nacer vínculo canónico, como consecuencia de que, pese a exigir la legislación eclesiástica una forma *ad validatatem* de celebración, los requisitos de la forma son tan elementales que dan lugar con frecuencia a que una forma civil de celebración del matrimonio constituya simultáneamente forma válida de celebración canónica. Las principales hipótesis que al respecto cabe mencionar son las que surgen como consecuencia de las formas no ordinarias de celebración de matrimonio canónico que establecen el canon 1.098 de un lado y el Decreto *Crescens matrimonium*, de 22-I-1967, de otro.

Por último, también cabe mencionar la hipótesis en que dos personas, tras contraer matrimonio civil, contraen matrimonio canónico en forma ordinaria.

En todos estos casos, la existencia de una celebración civil, no es óbice para que entre los mismos contrayentes surja un vínculo canónico. Y al respecto hay que plantearse, hasta qué punto el Derecho español otorga efectos civiles a esos matrimonios canónicos surgidos como consecuencia de una unión civil o con posterioridad a ella.

Como señala un autorizado expositor de la reforma legislativa introducida en el sistema matrimonial español en los años 1956, 1957 y 1958, supuestos de hecho de este tipo —a los que denomina *matrimonios canónicos en forma civil*— han sido expresamente contemplados en el artículo 263 del Reglamento del Registro civil, que lleva fecha de 14-XI-1958, y dice así: “la resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica. Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia sobre validez, nulidad o separación, mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace”.

Y explica así el sentido de la reforma: "el sistema matrimonial del Código civil estaba dominado por un criterio formalista que influía poderosamente en el régimen del matrimonio canónico y del civil, pues se atendía a la forma de celebración como criterio decisivo para determinar la competencia de la Iglesia o del Estado respecto a cada matrimonio: si se había celebrado en forma civil, era competente en todo caso el Estado; y lo era la Iglesia sólo si la celebración se había hecho *in facie Ecclesiae*. Para comprobar esta característica del anterior sistema basta leer, en su texto primitivo, los artículos 75 y 80 del Código civil, en relación con los artículos 103 y 107 del mismo Cuerpo Legal. Después de la reforma, el criterio formalista ha perdido su valor catalizador. Ahora es únicamente criterio orientador del régimen de competencia en los casos de forma canónica. No lo es si los contrayentes celebraron su unión en forma civil, ya que caben *matrimonios canónicos en forma civil*, a los cuales debe aplicarse el régimen canónico (salvo en lo relativo al régimen de forma, donde parece deberá aplicarse el de la ley civil) tanto en lo que mira a su validez como en lo tocante a la jurisdicción competente para conocer en las causas que ellos puedan originar, tratándolos a tal respecto como si hubieran sido contraídos en la forma canónica" (12).

Por otra parte, el artículo 80 en su nueva redacción de 1958 dice que el conocimiento sobre las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica y que sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil. De donde concluye Fuenmayor: "siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico según el Derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica para conocer las causas que puedan dianar de él. Y esto es así dentro del nuevo régimen establecido por la reciente reforma para todos los supuestos imaginables, incluso los que hemos denominado matrimonios canónicos en forma civil" (13).

A mi entender, no es correcta la calificación de estos vínculos matrimoniales como "matrimonios canónicos en forma civil", ya que si en esos casos surge un vínculo matrimonial canónico no es porque haya una canonización de la forma civil, pues el vínculo matrimonial surge exclusivamente en virtud de normas canónicas. Sigue simplemente que o bien no hay necesidad de forma canónica por estar los contrayentes dispensados o no obligados a ella; o bien que la forma civil constituye simultáneamente forma canónica no ordinaria; o bien que tras la celebración civil sigue la celebración canónica. Pero la presencia de una forma civil de celebración de matrimonios es absolutamente irrelevante para la calificación de esos matrimonios como matrimonios canónicos.

Hay, sin embargo, un caso en que con toda propiedad puede ha-

(12) AMADEO DE FUENMAYOR, *El matrimonio y el concordato español*, Madrid, 1963, págs. 58-59.

(13) *El matrimonio...*, cit. pág. 117.

blarse de celebración de matrimonio canónico en forma civil: cuando la forma civil es exigida "ad validitatem" por el Derecho canónico para que nazca el vínculo canónico. Esa posibilidad ha surgido como consecuencia de la normativa establecida por el Motu Proprio *Matrimonia mixta*, de 31-III-1970, que atribuye a las conferencias episcopales la facultad de establecer normas para conceder la dispensa de la forma canónica ordinaria, cuando se trate de la celebración de matrimonios mixtos. La conferencia episcopal española, con fecha de 25-I-1971, ha establecido que esa dispensa le corresponde otorgarla al Ordinario del lugar y que una de las posibles formas que pueden sustituir a la canónica es la celebración "ante la competente autoridad civil y en la forma civil legítimamente prescrita". En esta específica hipótesis a que ha dado lugar el M. P. *Matrimonia Mixta* hay una canonización de la forma civil de celebración del matrimonio, la observancia de cuyos requisitos es necesaria para que surja el vínculo canónico.

Entiendo que sólo en esta específica hipótesis cabe hablar de matrimonio canónico en forma civil. En las anteriores hipótesis, nos encontramos o bien ante la simultánea celebración de un matrimonio canónico y otro civil, o bien ante la celebración de un matrimonio civil y posterior unión canónica de esas dos mismas personas.

La reforma llevada a cabo —pese al art. 263 del Reglamento del Registro civil— resulta, sin embargo, insuficiente para concluir que siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico para el Derecho de la Iglesia producirá efectos civiles.

Se opone a esa consideración el artículo 42 del Código civil, que autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica; prueba sumamente fácil —incluso con anterioridad al decreto de 22-V-1969—, cuando los contrayentes, por ser protestantes nunca pertenecieron, ni en consecuencia profesaron, la religión católica. Tal matrimonio no puede menos de tener para el Derecho español —pese a constituir un matrimonio canónico válido para el Derecho de la Iglesia— la calificación de matrimonio civil, pues de otro modo quedaría frustrado el alcance del artículo 42 del Código civil, ya que de nada les serviría a los protestantes españoles celebrar matrimonio civil —derecho que les reconoce también la ley de libertad religiosa de 28-VI-1967 en su artículo 6—, si la autoridad eclesiástica pudiese, sin contar con la voluntad de los cónyuges, promover la inscripción de que tal matrimonio fue desde el principio válido matrimonio canónico, pasando así a obtener esa consideración en lo sucesivo.

Es más, se daría la contradicción de que el matrimonio civil de los católicos que en el momento de contraer no profesaban la religión católica —por estar obligados a la forma canónica de celebración según el Derecho de la Iglesia— no podría originar la resolución eclesiástica de que desde el principio fue un matrimonio canónico válido. En cambio, el matrimonio civil de quienes nunca profesaron el catolicismo, por haber sido bautizados en una secta pro-

testante a la que en ningún momento dejaron de estar afiliados, quedaría al albur de una eventual inscripción marginal promovida unilateralmente por la autoridad eclesiástica, que les obligaría a seguir la vía canónica para obtener una declaración de nulidad o separación.

Hay, pues, que concluir, con carácter general que el matrimonio civil de los que no están obligados en virtud del artículo 42 del Código civil a contraer matrimonio canónico tienen para el Derecho español la consideración de matrimonio civil, pese a que pueda merecer también la calificación de canónico.

El fundamento legal de esta conclusión, se encuentra en el artículo 42 del Código civil, que autoriza a quienes no profesan la religión católica, no simplemente a celebrar un matrimonio canónico en forma civil —el art. 42 habla de dos clases de matrimonio, no de dos formas de contraer matrimonio canónico—, sino a situar la entera situación matrimonial en el ámbito de las leyes civiles.

En apoyo de la existencia de esta limitación al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico cabe citar la resolución de la D. G. R. de 23-III-1976, que permite contraer matrimonio civil —pese a la existencia de vínculo canónico— a quien con anterioridad sólo había celebrado un matrimonio canónico informe surgido como consecuencia de una previa celebración civil.

Una de las razones por las que el Derecho español no otorga efectos civiles a los vínculos canónicos surgidos como consecuencia de una celebración civil, estriba en que nuestro sistema matrimonial, si bien puede ser calificado como sistema de matrimonio civil subsidiario, en la medida en que sólo permite la celebración de matrimonio canónico a quienes profesan la religión católica, en la medida en que permite a quienes no la profesan elegir entre el vínculo canónico y el vínculo civil, constituye un sistema de matrimonio civil facultativo. Quienes, no profesando la religión católica, optan por la forma civil y no por la canónica, manifiestan suficientemente que ejercitan la facultad de elección entre matrimonio canónico y civil, que les otorga el artículo 42 del Código civil, en el sentido de situar su relación matrimonial en el ámbito de las leyes civiles.

Ciertamente, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil permite que, si un matrimonio civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico, pueda recibir la calificación de canónico, que se hace constar por nota marginal. Ahora bien, esta disposición reglamentaria en modo alguno constituye una limitación a la facultad de elegir entre vínculo canónico y civil que otorga el artículo 42 del Código civil, así como el artículo 6.^º de la Ley de libertad religiosa. Antes al contrario, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil establece una ampliación de la facultad de elección entre el matrimonio canónico y el civil.

En efecto, el artículo 42 del Código civil no impone a quienes no profesan la religión católica la obligación de contraer matrimonio civil, sino que también les permite la posibilidad de celebrar matri-

monio canónico. Y esa facultad de elección no queda aminorada, sino potenciada, si —una vez celebrado matrimonio civil— se permite el tránsito del régimen civil al canónico. Pero la nota marginal a que se refiere el artículo 263 del Reglamento del Registro civil —por lo que un matrimonio inscrito como civil pasa a tener la calificación de canónico— en modo alguno significa que a partir de ese momento la relación matrimonial entre los contrayentes pase a estar regulada por el Derecho canónico, pues aparte de que esta disposición reglamentaria no puede hacer inoperante la facultad de opción entre el vínculo canónico y civil que establece el artículo 42 del Código civil, como señala la sentencia del T. S. de 25-I-1963, el hecho de que conste registralmente la existencia de un vínculo canónico entre dos personas no significa que ese matrimonio canónico surte efectos jurídicos.

El alcance del artículo 263 del Reglamento del Registro civil estriba, por tanto, en otorgar a quienes optaron por el vínculo civil la facultad de optar, con posterioridad, por el vínculo canónico, bien mediante la celebración de matrimonio canónico o bien, si el vínculo canónico ya surgió como consecuencia de la unión civil, prestando su consentimiento a que el matrimonio celebrado pase a tener la calificación de canónico.

A nadie se le oculta, por otra parte, que esa posibilidad del tránsito del régimen civil al canónico se presta al fraude de ley. En efecto, si dos protestantes españoles, en virtud de la facultad de opción por el matrimonio civil que el Derecho español les confiere, celebran matrimonio civil, previa dispensa, por parte de la autoridad civil, de un impedimento —consanguinidad, afinidad, crimen, etc.—, probablemente les resultaría difícil obtener una declaración de nulidad de su matrimonio civil. En cambio, lograrían fácilmente su propósito de verse libres para contraer nuevas nupcias, si les bastase promover la inscripción de su matrimonio como canónico, mediante nota marginal, para a continuación obtener una declaración canónica de nulidad por impedimento canónico no dispensado, ya que la previa dispensa civil no aprovecha al vínculo canónico. Y en definitiva, siempre resultaría fácil a dos contrayentes procurarse la simultánea celebración de un matrimonio civil válido y un matrimonio canónico nulo, para en el momento en que deseasen romper su unión lograr una declaración canónica de nulidad.

Para evitar esta posibilidad de fraude de ley, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil precisa que la resolución de que un matrimonio civil fue desde el principio matrimonio canónico ha de tratarse de una resolución en que se declare que ese matrimonio fue desde el principio válido matrimonio canónico; no que fue desde el principio matrimonio canónico nulo.

La consecuencia que de esto se deriva es que si dos personas casadas civilmente consideran, por motivos de conciencia, que su situación matrimonial debe regirse por el Derecho canónico, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil les facilita que su unión

canónica tenga efectos civiles. Y así, si surge la necesidad de separación entre ambos cónyuges, no necesitarán acudir a los tribunales civiles, sino a los tribunales eclesiásticos.

Ahora bien, si tras promover la calificación de su matrimonio civil como matrimonio canónico, se produce una declaración canónica de nulidad, esa declaración canónica en modo alguno extingue el vínculo civil por ellos contraído, sino que el efecto que produce es la cancelación de la nota marginal en la que se decía que aquel matrimonio inicialmente civil pasó a tener la consideración de válido matrimonio canónico, ya que el artículo 263 del Reglamento del Registro civil permite el tránsito del régimen civil al canónico sólo cuando se trata de válido matrimonio canónico. Pero en modo alguno dice que la resolución eclesiástica de que un matrimonio civil fue desde el principio matrimonio canónico nulo extingue el vínculo civil o tiene acceso al registro. El efecto de la declaración canónica de nulidad de ese matrimonio estriba en que cesa el título en virtud del cual los cónyuges debían acudir a la autoridad eclesiástica para obtener la separación.

En resumen, el hecho de que un matrimonio inscrito como civil haya sido desde el principio o haya pasado a ser válido matrimonio canónico, sólo titula para recurrir a los tribunales eclesiásticos en vez de a los civiles en caso de separación. Pero ese tránsito nunca conlleva la extinción del vínculo civil.

Este mismo criterio —el art. 263 del Reglamento del Registro civil constituye una ampliación y no una restricción a la facultad de opción entre vínculo canónico y civil— ha de ser aplicado al caso de que quien celebra matrimonio civil no esté capacitado para hacerlo por profesar la religión católica. Tampoco en esa hipótesis hay que concluir que la mera celebración de matrimonio civil, si da origen a un vínculo canónico, equivale a una opción por la celebración canónica del matrimonio; ya que, si bien profesando la religión católica no existe la posibilidad de optar por el vínculo civil, tras el Decreto de 22-V-1969, sí existe la posibilidad de optar por el vínculo civil, previo abandono de la religión católica. En efecto, la Instrucción de la D. G. R. de 2-IV-1957 y la circular de la Nunciatura Apostólica en España de 25-III-1957, que inspiraron la restante legislación vigente hasta el citado Decreto de 22-V-1969, sentaban el criterio de que la facultad de celebrar matrimonio civil prevista por el artículo 42 del SCódigo civil no alcanzaba a quienes apostataban con la finalidad de contraer matrimonio civil, y en consecuencia, debería desconfiarse de las apostasías producidas al tiempo en que se pretendía contraer matrimonio civil. Tras el Decreto de 1969, sin embargo, el criterio ha variado, y después de esa disposición, se permite contraer matrimonio civil, no sólo a quienes no profesan la religión católica, sino también a quienes la abandonan para celebrar matrimonio civil.

En consecuencia, la hipótesis de que alguien celebre matrimonio civil sin previo abandono de la religión católica sólo tiene probabi-

lidades de producirse cuando el matrimonio se celebra en el extranjero con arreglo a la *lex loci*, pues de celebrarse el matrimonio ante las autoridades españolas, éstas darían cumplimiento al artículo 245 del Reglamento del Registro civil relativo al matrimonio civil de las personas que hubieran abandonado la religión católica. En cambio, si el matrimonio se celebra en el extranjero conforme a la *lex loci*, es muy posible que la autoridad local no dé cumplimiento a ese precepto.

Parece improcedente que por la omisión de ese requisito, que conlleva la ausencia de legitimación para contraer matrimonio civil, pueda declararse a los contrayentes —en el caso de que la celebración civil dé lugar también a un vínculo canónico— casados canónicamente. Si tras la celebración del matrimonio civil, y en virtud de expediente, resultase probada la falta de legitimación de los contrayentes para contraer matrimonio civil, a tenor del artículo 263 del Reglamento del Registro civil sólo es posible otorgar efectos civiles al vínculo canónico que haya podido surgir entre los contrayentes en el caso de que éstos opten con posterioridad por situar su relación matrimonial en el ámbito de la ley canónica.

Por todos estos motivos, considero criticable una sentencia del T. S. de 27-V-1967, donde se plantea el caso de un matrimonio celebrado en Rusia por varón católico y mujer no bautizada. El matrimonio se celebró según la *lex loci*. Pero comoquiera que en razón de la forma extraordinaria prevista por el canon 1098 este matrimonio también era matrimonio canónico, el varón solicitó y obtuvo ante los tribunales eclesiásticos la declaración de nulidad por razón del impedimento de disparidad de cultos. Presentado ante la autoridad civil el Decreto de nulidad eclesiástico para su ejecutoriedad, la mujer se opuso, declarando no haber lugar a ella, pretensión que estimó el juzgado; interpuesto recurso de reposición el juez lo desestimó, por lo que el varón recurrió en apelación a la audiencia territorial, que confirmó el anterior fallo. Pero en recurso de casación ante el T. S. se casa la sentencia y se ordena la ejecutoriedad del decreto de nulidad eclesiástico.

Esta sentencia del T. S. se apoya en la doctrina, antes rechazada, que lleva a calificar a ese matrimonio como matrimonio canónico en forma civil. Y por otra parte considera de aplicación el artículo 263 del Reglamento del Registro civil, que permite calificar de canónico un matrimonio civil, cuando desde el principio surgió entre esas dos mismas personas vínculo canónico.

No es posible calificar este matrimonio como matrimonio canónico en forma civil, porque, como decíamos, el matrimonio canónico no surge como consecuencia de una canonización de la forma civil de celebración de matrimonio, sino que se trata de un matrimonio canónico en forma canónica extraordinaria, a tenor del canon 1098, siendo irrelevante la presencia de una forma civil para la validez de la celebración canónica.

Por otra parte, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil,

sólo consiente que un matrimonio inscrito inicialmente como civil pase a tener la calificación de canónico, en el caso de que se trata de un matrimonio canónico válido. Por tanto, el decreto de nulidad eclesiástico carece de efectos civiles, porque implica carencia de título —existencia de matrimonio canónico válido— para calificar de canónico el matrimonio celebrado entre esas dos personas.

Finalmente, si bien el artículo 42 del Código civil prohíbe a quienes profesan la religión católica contraer matrimonio civil, cuando alguien celebra matrimonio civil en el extranjero conforme a la *lex loci* sin estar legitimado para celebrarlo, a lo más, se podrá declarar que su matrimonio civil es nulo, pero en modo alguno esa declaración conlleva la calificación de ese matrimonio como matrimonio canónico, faltando de un lado el título que legitima el tránsito del régimen civil al canónico —la validez del matrimonio canónico— y de otro la opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio.

La misma solución tiene la hipótesis inversa: celebración de matrimonio en forma canónica, siendo esa forma canónica apta para hacer surgir el vínculo civil, en la medida en que el Derecho civil admite la celebración de matrimonios civiles en forma religiosa. Esta posibilidad nace de que, siendo posible para los españoles celebrar matrimonio civil en el extranjero con arreglo a la *lex loci* por lo que se refiere a la forma de celebración, y habiendo países que admiten las formas religiosas de celebración de matrimonio como formas válidas de hacer surgir el vínculo civil, la forma canónica resulta también apta para hacer surgir el vínculo civil entre españoles.

En tal caso, cuando dos españoles celebran matrimonio en forma canónica en el extranjero y esa forma es también apta para hacer surgir el vínculo civil según el Derecho español, da lugar al nacimiento de un vínculo canónico. Caso de que no resulte posible el nacimiento de vínculo canónico por falta de capacidad para contraerlo —por estar, por ejemplo, los contrayentes sin bautizar o inválidamente bautizados—, no hay por eso que concluir que se ha celebrado un matrimonio civil, sino simplemente que se ha celebrado un matrimonio canónico inválido.

Esta misma posibilidad —celebración de matrimonio en una forma canónica apta también para hacer surgir el vínculo civil puede producirse en España, como consecuencia de la normativa —a la que ya hemos hecho alusión— de la Conferencia Episcopal española de 25-I-1971, que conmuta en determinadas hipótesis de celebración de matrimonios mixtos, la forma religiosa por la forma civil, para la celebración de matrimonio canónico. Si tras la celebración de un matrimonio canónico en estas condiciones se averiguase la carencia de bautismo en ambas partes, tampoco habría que concluir que los contrayentes celebraron matrimonio civil, en razón de que carecían de capacidad para celebrar matrimonio canónico.

4. B) VALORACIÓN DE LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CANÓNICO SURGIDO COMO CONSECUENCIA DE UNA CELEBRACIÓN CIVIL Y LAS HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE LOS MISMOS CONTRAYENTES.

Hemos hecho notar que, pese a que tanto el artículo 23 del Concordato como diversos preceptos del Código civil parecen dar a entender que el Derecho español otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico en todos los casos, existe un límite a ese reconocimiento en aquellas hipótesis en que el matrimonio canónico surge no como consecuencia de una opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio, sino como consecuencia de una celebración civil. Tal criterio, sin embargo, no se encuentra expresamente consignado en texto legal alguno, sino que ha de ser deducido interpretativamente, como una necesidad de congruencia sistemática inherente a nuestro Derecho. Sería, por tanto oportuno —especialmente en vistas a la implantación de un sistema de matrimonio civil facultativo— despejar cualquier posibilidad de duda en punto tan relevante, introduciendo un precepto en el que se consigne que el Derecho español sólo otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico nacido como consecuencia de una opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio.

El artículo 263 del Reglamento del Registro civil permite que un matrimonio civil pase a tener la consideración de canónico a efectos civiles.

Para respetar también en este caso la opción de los contrayentes por una u otra clase de matrimonio, es necesario que a la certificación eclesiástica de que el matrimonio fue desde el principio o pasó a ser posteriormente válido matrimonio canónico acompañe, para que surta efectos civiles, una declaración de ambos contrayentes en la que opten, con posterioridad a la celebración civil, por el matrimonio canónico. Tampoco en este caso la necesidad de esa declaración de los contrayentes se encuentra expresamente establecida en el texto legal, sino que ha de ser deducida interpretativamente como una necesidad de congruencia sistemática. Sería, por tanto, oportuno que se consignase expresamente en el texto legal para despejar cualquier duda.

Como hemos señalado, interpretando el artículo 263 del Reglamento del Registro civil, ese tránsito del régimen civil al canónico tiene como único efecto modificar el régimen de separación conyugal, ya que los llamados por la doctrina canónica “efectos meramente civiles del matrimonio” —la cuantía de la dote, la legítima de herencia, la sociedad conyugal de gananciales, etc.— se rigen en todo caso por el Derecho civil. Ese tránsito del régimen civil al canónico, como ya expusimos, no afecta al régimen de declaración de nulidad. Por este motivo, entendemos igualmente como necesario para despejar toda duda consignar expresamente que esa opción tardía por el ré-

gimen matrimonial canónico sólo afecta al régimen de separación conyugal, pero no al de declaración de nulidad.

Entendemos, para concluir, que del mismo modo que se permite el tránsito del régimen civil al canónico a efectos de separación conyugal, debería permitirse en al misma medida —a efectos sólo de separación— el tránsito del régimen canónico al civil, sentando así un criterio de igualdad en la facultad de opción entre el régimen civil y el canónico.

5. A) HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE DIVERSOS CONTRAYENTES

De lo anteriormente dicho se deduce que es posible, según nuestro Derecho, celebrar matrimonio civil válido con tercera persona, pese a la existencia de vínculo canónico válido, siempre que ese matrimonio canónico haya surgido como una mera consecuencia de una celebración civil, y sin que haya mediado opción, por parte de los contrayentes, por esa clase de matrimonio. En apoyo de lo cual cabe citar la resolución de la D. G. R. de 23-III-1976, que permite contraer matrimonio civil —pese a la existencia de vínculo canónico— a quien con anterioridad sólo había celebrado un matrimonio canónico informe, surgido como consecuencia de una previa celebración civil.

Nada se opone por tanto, a que, una vez declarado nulo un matrimonio civil entre dos protestantes españoles, pueda cada uno de ellos celebrar matrimonio civil con tercera persona, pese a que tal vez exista entre ellos un vínculo canónico válido, nacido como consecuencia de la anterior celebración civil, y en cualquier caso no declarado nulo previamente. No podrían, en cambio, en ese caso, celebrar válido matrimonio canónico.

El matrimonio canónico sólo origina impedimento de ligamen, en nuestro Derecho, cuando el vínculo canónico ha surgido como consecuencia de una opción por esa clase de matrimonio.

Existe en cambio gran diversidad de opiniones en torno a los efectos que produce el matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a otro civil, cuando ese segundo matrimonio canónico es calificado como válido por el Derecho de la Iglesia y ha surgido como consecuencia de una opción expresa por esa clase de matrimonio.

Esta diversidad de opiniones, a mi modo de ver, responde sobre todo a la dificultad de plantear correctamente el problema. Pero correctamente planteado, la solución presenta dificultades mucho menores.

Un error de planteamiento en que, a mi juicio, han incidido los civilistas españoles al estudiar esta hipótesis estriba en que se han planteado este tema de un modo excesivamente exegético, principalmente en torno a los artículos 51, 69 y 76, que hablan de produc-

ción de efectos civiles en relación con el matrimonio. Esto les ha llevado a especular con las nociones de validez, nulidad, existencia, eficacia e ineficacia en relación con esos preceptos.

En mi opinión, para resolver las dificultades que las hipótesis de doble matrimonio presentan, es de muy escasa utilidad la aplicación exegética de nociones como validez-invalidez, eficacia-ineficacia, existencia-inexistencia y demás conceptos jurídicos afines. El problema no es exegético, sino sistemático. Lo que hay que aplicar son nociones básicas de Derecho matrimonial que no figuran en el Código de Derecho civil español, sino que son propios de la cultura jurídica relativa al matrimonio; concretamente, la distinción entre matrimonio "in fieri" y matrimonio "in factu esse" y el principio del "favor matrimonii".

Sea por este motivo, sea por otro, el caso es que en el planteamiento de esta cuestión, se han confundido problemas distintos que exigen soluciones diversas. El primer problema puede enunciarse así: en caso de doble celebración matrimonial con distintas personas, ¿qué efectos se derivan de la primera celebración matrimonial —es decir, del primer matrimonio "in fieri"— sobre los efectos jurídicos del segundo matrimonio "in factu esse"? Este problema ha de ser cuidadosamente distinguido de este otro: en caso de doble celebración matrimonial, ¿qué efectos jurídicos produce un matrimonio "in factu esse" sobre el otro matrimonio "in factu esse"? El tercer problema puede enunciarse así: en caso de doble celebración matrimonial, ¿qué efectos jurídicos —independientemente de los que pueda producir sobre el otro— produce cada uno de los matrimonios "in factu esse"?

El primer problema tiene, a mi entender, la siguiente respuesta: la mera existencia de una celebración matrimonial es título suficiente sin necesidad de declaración de nulidad alguna para impedir que un segundo matrimonio con tercera persona surta efectos jurídicos. A ese título sólo se puede oponer la declaración de nulidad o de disolución del primer matrimonio.

Un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha llegado a una conclusión parecida sobre la base de calificar al segundo matrimonio, en caso de doble celebración matrimonial, de matrimonio inexistente. Aunque la conclusión que se sigue de esta calificación —no es necesario obtener declaración de nulidad alguna para declarar sin efectos el segundo matrimonio— puede resultar correcta en la mayoría de los casos, en otros no sucederá así, porque semejante calificación es incorrecta.

El concepto de matrimonio inexistente es un concepto procesal —en el terreno del "matrimonio in factu esse" matrimonio inexistente y matrimonio nulo son una misma cosa— tendente a poner de relieve que para solicitar una demanda en relación con la validez de un matrimonio —sea en favor de la validez, sea en favor de la nulidad— es necesaria la existencia de cierta apariencia de matrimonio. En este sentido, se califican de matrimonios inexistentes aquéllos

que no necesitan de una declaración de nulidad para ser considerados nulos; y matrimonios nulos, a aquéllos que, pese a serlo, necesitan de una declaración de nulidad para ser considerados tales.

Ahora bien, que un segundo matrimonio no necesite declaración de nulidad para ser considerado nulo depende de las circunstancias. Si el segundo matrimonio ha originado posesión de estado matrimonial, no puede ser considerado inexistente por el simple hecho de estar precedido por otro anterior; será necesario atacar su validez para que pueda ser considerado nulo. Precisamente porque ha originado apariencia de vínculo matrimonial, debe ser calificado como matrimonio existente.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el impedimento de ligamen no constituye el único capítulo por el que un matrimonio puede ser declarado nulo, por lo que incluso en caso de doble o triple celebración de matrimonio, puede ser declarado válido el tercero y nulos los anteriores, tras la correspondiente demanda. Cualquier celebración matrimonial es de suyo suficiente —y en ese sentido se debe calificar de matrimonio existente— para promover un juicio de declaración de validez de ese matrimonio. Y es admisible la demanda en este sentido, que, para que prospere, necesitará, lógicamente atacar la validez de los matrimonios anteriores.

En suma, el hecho de que normalmente el segundo matrimonio no necesite declaración de nulidad para que se pueda declarar privado de efectos jurídicos no da pie para que se le pueda calificar de matrimonio inexistente.

La razón de que baste comprobar la existencia de la primera celebración matrimonial para, sin necesidad de declaración de nulidad alguna, se pueda declarar sin efectos el segundo matrimonio, estriba en el principio del "favor matrimonii". En virtud del "favor matrimonii" se presume que a toda celebración corresponde la existencia de un vínculo válido. Y esto es así, incluso en caso de doble o múltiple celebración matrimonial. Sucede, sin embargo, que el segundo matrimonio sólo se presume válido en la medida en que no sea válido el primero; y el tercero sólo se presume válido en la medida en que no resulten válidos los dos anteriores, y así sucesivamente. Cualquier celebración matrimonial no sólo no constituye un matrimonio inexistente, sino que incluso goza del favor del Derecho, aunque en muy escasa medida en el caso de celebraciones posteriores a matrimonios no declarados nulos o disueltos.

Consecuencia de este principio jurídico matrimonial es que basta demostrar la existencia de una celebración matrimonial, para que se pueda declarar sin efectos el segundo matrimonio. Porque la validez del primer matrimonio —que se presume mientras no medie declaración de nulidad o de disolución— precluye la posibilidad de que un segundo matrimonio esté llamado a producir efectos jurídicos.

Esto es así aun en el caso de que los dos matrimonios sucesivos se presenten como igualmente válidos.

Esta manifestación del "favor matrimonii" se ha aplicado a los

casos de doble celebración matrimonial en los que el primer matrimonio se presenta como de validez dudosa. En cuyo caso ese vínculo goza del favor del Derecho; es decir, aunque quizá no lo sea, se presume válido; pero a su vez la duda en torno al primer vínculo da pie a que el segundo vínculo sea también y en la misma medida de validez dudosa, por lo que también ese segundo vínculo se presume válido y en ese sentido goza del favor del Derecho. Pero como el Derecho debe tutelar no sólo los matrimonios de validez dudosa —y ambos lo son— sino también la unidad del matrimonio, que excluye la existencia de derechos y deberes conyugales con respecto a dos personas distintas, el favor del Derecho sólo alcanza al primer matrimonio por lo que a efectos jurídicos del vínculo conyugal se refiere, con exclusión del segundo. Pero como quiera que el segundo matrimonio se presume también válido, una vez disuelto el primer matrimonio de validez dudosa por muerte del cónyuge no bínubo, el cónyuge bínubo no puede contraer matrimonio con persona distinta de aquélla con quien celebró el segundo matrimonio dudosamente válido. Y este último, mientras no se disuelva su matrimonio de validez dudosa, no puede contraer matrimonio con tercera persona.

Entiendo que esta aplicación del “favor matrimonii” a los casos de doble celebración matrimonial en las que ambos vínculos se presentan como igualmente válidos es aplicable el caso de matrimonio canónico válido, subsiguiente a otro matrimonio civil válido, pues existe el mismo fundamento: ambos vínculos se presentan como válidos. Se trata, en definitiva, no de un problema de sistema matrimonial, sino de “favor matrimonii”. Puesto que el favor del Derecho alcanza por igual al vínculo civil y al canónico, es irrelevante la calificación del matrimonio como canónico o civil a la hora de aplicar el principio del “favor matrimonii”. Si en caso de dos vínculos civiles o canónicos que se presentan como igualmente válidos, se prefiere el primero al segundo, lo propio sucede en caso de que el primero sea civil y el segundo canónico.

El criterio de que la mera celebración matrimonial es título suficiente para impedir que un segundo matrimonio —incluso canónico— surta efectos jurídicos, sin necesidad de sentencia de nulidad alguna, se encuentra expresamente sancionado en el artículo 252 del Reglamento del Registro civil, que priva del derecho a la inscripción —y en consecuencia de los efectos que de la inscripción se derivan— al ulterior matrimonio con tercera persona de quien aparece registralmente casado con otra. Y, en cualquier caso, aunque se inscriba, como dice la sentencia del T. S. 25-I-1963, la inscripción no significa producción de efectos civiles. Para que el segundo matrimonio —aunque inscrito— produzca efectos, es necesario que recaiga sentencia de nulidad sobre el primer matrimonio.

En virtud de esta disposición, la D. G. R. denegó, según Resolución de 15-X-1960, la inscripción de matrimonio canónico celebrado en 1958 por persona casada civilmente en 21 de mayo de 1936; es

decir, bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio civil republicana. Este criterio ya había sido sentado por la anterior resolución de 29-VIII-1949, cuando aún no estaba vigente la actual redacción del artículo 252 del Reglamento del Registro civil.

Tras estas puntuaciones, resulta fácil responder al segundo problema: ¿qué efectos jurídicos produce un matrimonio “*in facto esse*” sobre el otro matrimonio “*in facto esse*”? La celebración de matrimonio canónico válido produce normalmente impedimento de ligamen, respecto a otro matrimonio canónico o civil. El matrimonio civil válido produce impedimento de ligamen respecto a otro matrimonio civil. El matrimonio civil válido, no siempre produce impedimento de ligamen respecto al matrimonio canónico; sólo cuando ese matrimonio civil es calificado de “legítimo” por el Derecho canónico. Hasta ahí, esta respuesta es común a la de cualquier autor. Y como aportación original, añado por mi parte: en cualquier caso, en virtud del “favor matrimonii”, el primer matrimonio válido o de dudosa validez impide que un segundo matrimonio —por válido que sea— surta efectos jurídicos.

Estos problemas —el problema de los efectos jurídicos que produce la primera celebración matrimonial respecto a los efectos jurídicos de ulteriores matrimonios, y el problema de los efectos jurídicos que produce un vínculo matrimonial respecto a otro— no deben ser confundido con un tercer problema que hemos enunciado en estos términos: en caso de doble celebración matrimonial, ¿qué efectos jurídicos —independientemente de los que pueda producir uno sobre el otro— produce cada uno de los dos matrimonios “*in facto esse*”?

La civilística ha considerado relevante, para responder a esta pregunta, distinguir las hipótesis en que un matrimonio puede ser calificado de putativo de aquéllas en que no procede esta calificación; concepto éste —el de matrimonio putativo— que presupone a su vez los conceptos de validez y nulidad. Y al respecto ha planteado en términos exegéticos una opción por esta alternativa: *a)* el artículo 69 del Código civil es una excepción al artículo 51; es decir, la regla general es que el segundo matrimonio nulo no producirá efectos jurídicos; no obstante, en el caso excepcional de que haya buena fe —hipótesis prevista en el art. 69— el segundo matrimonio producirá efectos jurídicos. *b)* El artículo 51 es una excepción al artículo 69; es decir, la regla general es que en caso de doble celebración de matrimonio, nunca los produce, ni siquiera cuando media buena fe.

Otro sector de la civilística ha entendido que para la resolución del problema es también relevante distinguir las hipótesis en que hay un matrimonio canónico de aquéllas en que no lo hay.

Combinando los elementos matrimonio civil, matrimonio canónico de un lado; matrimonio nulo, matrimonio válido, matrimonio dudosamente válido, de otro, y teniendo en cuenta que el matrimonio nulo puede haber sido o no celebrado de buena fe; la combinación de estos elementos da lugar a 64 hipótesis diferentes. Aplicando a

estas hipótesis los conceptos de eficacia e ineficacia, resultan teóricamente posibles 256 opiniones diferentes en torno a los efectos jurídicos del matrimonio en caso de doble celebración matrimonial. Cifra que se elevaría enormemente si se aumentasen las hipótesis a los casos de triple o cuádruple celebración matrimonial.

De estas opiniones teóricamente posibles, considero que hay que rechazar todas aquéllas que no se basan en este principio: sólo producirá efectos jurídicos, con exclusión de cualquier otro, el primer matrimonio válido de los celebrados. Es decir, en el terreno de los principios, procede pronunciarse por la absoluta incompatibilidad de producción de efectos jurídicos de uno o más matrimonios, en los términos de la máxima rotundidad. La razón por la que, en el terreno de los principios, hay que pronunciarse por la incompatibilidad en la producción de efectos estriba no en consideraciones exegéticas, sino en que el matrimonio, tal como lo concibe la cultura occidental —y expresamente lo recoge el *Fuero de los Españoles* en su art. 22— es una unión entre un solo varón y una sola mujer.

Al mismo tiempo, conviene hacer hincapié en la necesidad de no confundir los principios jurídicos con los criterios utilizables para resolver situaciones fácticas. De hecho hay situaciones que dan lugar a una doble vida matrimonial, en la que cabe apreciar una doble existencia de sociedad conyugal de bienes, una doble vida marital, una duplicidad de hijos inscritos como legítimos, etc. Es decir, cabe apreciar la existencia de lo que podríamos llamar “ineficacia de las declaraciones legales de ineficacia”. Y esa facticidad genera situaciones en muchos casos irreversibles así como derechos adquiridos, que es necesario tutelar.

Al respecto, cabe señalar que el precepto del artículo 69 —“el matrimonio contraído de buena fe produce efectos jurídicos”— no constituye un principio jurídico matrimonial, destinado a precisar si corresponde o no a un matrimonio producir efectos jurídicos, sino un criterio práctico para resolver situaciones matrimoniales irregulares.

No pueden situarse en un mismo plano los principios jurídicos matrimoniales sobre producción de efectos jurídicos que los criterios prácticos utilizables para resolver situaciones matrimoniales de hecho.

El criterio de la buena fe ciertamente constituye un criterio relevante —pero no único— a la hora de resolver los efectos jurídicos de situaciones matrimoniales irregulares.

Por otra parte, el Código civil español parece poner la buena fe sólo en relación con el momento de celebración del matrimonio, pero nada dice en relación con la mala fe sobrevenida.

Aparte de la problemática de la relevancia de la buena fe en relación con otros aspectos del matrimonio y de la vida matrimonial distintos de la celebración, también resulta problemática la expresión “produce efectos jurídicos”, pues no se señala qué efectos jurídicos son esos, nada más que en relación con los hijos y los bienes

gananciales. Pero no señala si la declaración de nulidad pone algún límite a la producción de efectos jurídicos del matrimonio putativo o no pone ninguno.

En fin, sean cuales fueren los criterios prácticos utilizados para resolver situaciones de hecho, la solución del caso debe estar presidida por el principio de que el Derecho debe proteger la unidad del matrimonio, permitiendo la existencia de un único complejo de derecho y de deberes, tendente a favorecer preferentemente los efectos jurídicos del primer matrimonio válido, lo que llevará, cuando sea necesario, y en la medida de lo posible, a una “*restitutio in integrum*”.

5. B) VALORACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE DIVERSOS CONTRAYENTES

Dado que, según dijimos, el matrimonio canónico sólo surte efectos civiles cuando surge como consecuencia de una opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio, la regla para resolver las hipótesis de primera celebración canónica y segunda celebración civil con tercera persona es clara: si el previo matrimonio canónico produce efectos civiles, el subsiguiente matrimonio civil con tercera persona será nulo en razón del impedimento de vínculo, no produciéndose el impedimento en caso contrario. La cuestión, pues, se resuelve según el criterio anteriormente sentado para fijar la producción de efectos civiles del matrimonio canónico.

Cuestión más espinosa es la relativa a los efectos civiles del matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a una unión civil, para resolver la cual parece haberse dictado el artículo 51 del Código civil.

En la interpretación de este precepto se han mezclado dos problemáticas diversas: de un lado, si los efectos jurídicos propios del matrimonio putativo resultan posibles en caso de que el segundo matrimonio resulte nulo por impedimento de ligamen; de otro, en qué medida el Derecho español otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a otro civil. Ambos problemas, a mi juicio, exigen ser desglosados y contemplados mediante normas distintas.

Respecto al segundo problema, hemos dado una solución basada en la aplicación del principio del “*favor iuris*”, en caso de existencia de doble vínculo. Tal solución podría concretarse en el siguiente precepto: “Se presume, sin posibilidad de prueba directa en contrario, que el matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a otro civil es nulo por impedimento de ligamen, mientras subsista el vínculo civil”.

Esta solución implica que, independientemente de que el segundo matrimonio canónico con tercera persona sea válido o nulo, es tenido siempre por nulo por el Derecho español, mediante una presunción

“iuris et de iure”. No es posible, por tanto, la prueba directa en contrario —es decir, demostrar que pese a todo el matrimonio canónico es válido—, sino sólo la prueba indirecta: demostrar que no se da el supuesto de hecho —existencia de vínculo civil válido— sobre el que opera la presunción. Por lo cual, extinguido por muerte el vínculo civil o declarado nulo, el matrimonio canónico tendría la consideración de matrimonio válido.

Esta disposición podría sustituir la actual redacción del artículo 51 del Código civil, sin que, a mi juicio, sea necesario redactar un específico precepto para declarar sin efectos civiles los matrimonios nulos por impedimento de vínculo, siendo también aplicable a esa hipótesis el artículo 69 del Código civil.

VIDA JURIDICA

1. NOTICIAS

“IN MEMORIAM”

Don Blas Pérez González

El profesor Federico de Castro Bravo, que junto a otras grandes obras ha realizado la de mantener el fuego vivo de la ciencia en esta Revista, me pide en una carta digna de su humanismo cristiano y de su magisterio civilista que redacte la nota necrológica del profesor Blas Pérez González. Sin detenerme en discernir sobre las amables razones aducidas, no puedo sustraerme al ruego. En primer término, por lo que tiene en mí de sentimiento y de deber rendir tributo a quien me trazó las pautas de la Universidad y del Derecho civil sobre la base de la perseverancia en el esfuerzo; y al propio tiempo porque deseo complacer a quien es hoy en el puro terreno de la verdad, por encima de las episódicas discriminaciones de escuelas, la figura máxima de nuestra disciplina.

Don Blas Pérez González fue un español de Canarias, nacido el 13 de agosto de 1898 en la Isla de Santa Cruz de la Palma. Sus dotes para el estudio, que se revelaron muy pronto, unidas a la falta de centros idóneos para desarrollarlas cumplidamente en la bella isla natal, le trajeron pronto a la Península, donde cursó el Bachillerato y la carrera de Derecho. Durante ésta tomó contacto con don Felipe Sánchez Román y Gallifa, nombre que además de evocar al del autor de los famosos “Estudios de Derecho Civil” adquiría ya notoria significación por sus propios merecimientos. Como el acceso al más alto grado de la docencia universitaria es siempre incierto y don Blas Pérez González necesitaba las seguridades de un rápido encauzamiento profesional, hizo oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar, en el que ingresaría con el número uno a los veintún años. Después de una temporada en África, cursó el Doctorado y se consagró a la enseñanza del Derecho civil, como profesor ayudante, bajo el magisterio del profesor don Felipe Sánchez Román. El año 1928 se celebraron unas oposiciones especialmente competidas por el número y la calidad de los participantes y don Blas obtuvo, en dura lid, la cátedra de la Universidad de Barcelona. Allí se adentró profundamente y con señalados éxitos en la función docente, en la investigación científica y en el ejercicio de la abogacía.

La guerra civil, que de manera general, aunque curiosamente variable y azarosa, tanto influyó en la vida y el destino de los españoles, trajo para el profesor Pérez González las ineludibles repercusiones. A él le impuso posiblemente un cambio de signo cuyas consecuencias quedarán siempre en la incógnita o, a lo sumo, en la conjetura. Tomó un rumbo que tal vez no hubiera encontrado de faltar los hechos excepcionales desencadenantes..

El año 1938 era designado Fiscal del Tribunal Supremo. En 1939 advino catedrático de la todavía Universidad Central. Por entonces pasa a regir el Consejo de Redacción de la "Revista de Derecho Privado". Es designado miembro de algunas Comisiones Legislativas. Y de nuevo se consagra a la enseñanza universitaria con el sentido del deber y de la responsabilidad que siempre le caracterizaron. Pero el 3 de septiembre de 1942 fue nombrado ministro de la Gobernación, cargo en el que cesó el 27 de febrero de 1957. Hasta esta fecha vio interrumpidas las tareas universitarias, los forenses y la normal dedicación de un jurista de sus cualidades, aunque no dejase completamente desatendida su preocupación por el Derecho civil. Asimismo mantuvo, si bien en un comprensible segundo plano, la afición que siempre había sentido por los libros y por algunas manifestaciones del arte. Ya en plena madurez, el año 1958 volvía de nuevo ilusionado a la Universidad. También reemprendió el ejercicio de la abogacía, seleccionando mucho los asuntos de los que hacía estudios verdaderamente agotadores.

La aportación principal del profesor Pérez González al desarrollo en España de la ciencia del Derecho civil se encuentra en la árdua tarea, llevada a cabo en colaboración con el profesor Alguer, de anotar y acoplar a nuestro sistema jurídico la ingente obra de Enneccerus, Kipp y Wolff. Aunque no alcanzara a la totalidad del "Tratado", cuya adaptación fue luego proseguida e incluso revisada por otros juristas, lo cierto es que el planteamiento y el enfoque han de imputarse a los iniciales adaptadores. El contacto del Código civil con el BGB a través de la más sólida exposición de éste, ha sido una de las mejores experiencias de un peculiar comparatismo jurídico utilizado no sólo al nivel de las grandes instituciones y de los conceptos generales, sino a escala de todos los detalles normativos, haciendo una labor de microcomparación que ha servido como piedra de toque y estímulo para sacar a la superficie significaciones normativas antes insospechadas.

Entre otras publicaciones del profesor Pérez González figuran: "El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil"; "La partición en Cataluña"; "La extensión de la hipoteca a la indemnización por siniestro"; "El método jurídico", etc. Las relativas al Derecho civil persiguen algunos planteamientos originales con sentido crítico para la doctrina dominante. La monografía sobre el método supuso una importante aportación, muy esclarecedora.

En grado muy avanzado de preparación, con textos en gran parte definitivos, dejó dos obras, una acerca del famoso autor de la más autorizada glosa a Las Partidas, Gregorio López, y otra sobre "El tiempo y el derecho". Pretendieron ser los discursos de recepción en las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación, que le llamaron a su seno. Es lástima que no se decidiera a darlas por concluidas. Cabe incluso pensar en su publicación como obras póstumas.

Una larga dolencia hizo que la muerte no le sorprendiera. Tampoco le sobrecogió. La recibió serenamente, con unción religiosa y fortaleza de espíritu. Descanse en paz.

Antonio Hernández Gil
Catedrático de Derecho civil

II. NOTAS CRÍTICAS

UNIDROIT. El Segundo Congreso de Derecho privado

Una nueva obra del "Instituto para la Unificación del Derecho privado" (UNIDROIT), viene de publicarse; merece una especial consideración por su importancia intrínseca (1) y es, también, una ocasión apropiada para recordar la obra fecunda del Instituto no sólo en la materia específica de la unificación del Derecho, sino también en el estudio comparado del Derecho mercantil y civil.

El Instituto fue creado con la finalidad de "estudiar los medios para armonizar el Derecho privado entre los Estados y para preparar gradualmente la adopción por los diversos Estados de una legislación uniforme de Derecho privado". Nace en 1926, bajo el patrocinio de Italia, como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones. Desde la retirada del Gobierno italiano de dicha Sociedad, ha venido funcionando como organismo autónomo de Estados asociados.

Parece simbólico que el Instituto se haya establecido en Roma, y que se deba su creación a la iniciativa y al esfuerzo de un insigne cultivador del Derecho romano, Vittorio Scialoja. Roma ha sido y sigue siendo maestra del Derecho. Desarrollando los fragmentos del "Corpus iuris", glosadores y comentadores crean el "ius commune", base de la ciencia jurídica y fundamento del Derecho moderno. Rota la antigua unidad jurídica con la aparición de los Códigos civiles y con la evolución del "Common Law", nada más natural que sea en Roma donde se trabaje para restablecer la perdida unidad jurídica, mediante un nuevo Derecho común, el de las Leyes unificadas.

El Instituto ha contado en todo momento con la colaboración entusiasta y generosa de algunos de los mejores especialistas de Derecho privado, en los Comités de expertos y en su Consejo de Dirección. Ahora, además procura realizar su labor en estrechos contactos con los organismos que han venido a ocuparse de la unificación jurídica, en especial con las Naciones Unidas (2) y el Consejo de Europa.

La publicación, que ha sido la ocasión de esta nota y de la que damos cuenta, tiene por objeto recoger los trabajos del Segundo Congreso de Derecho privado; mas comienza con dos estudios preliminares, dedicados a dar a conocer la labor realizada y la que se propone cumplir el Instituto. Lo que es oportuno y de agradecer, porque son muchos los juristas que ignoran toda-

(1) UNIDROIT: *New Directions in International Trade Law. Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law*. Volume I. Reports. Volume II. Written Communications and Oral Interventions. Oceana Publications Inc. N. Y., 1977, XLI, 793 págs.

(2) Por medio de la "Comisión de Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional" (UNCITRAL o CNUDCI).

vía la importancia de la obra del Instituto para el desarrollo del Derecho-privado.

El Presidente del Instituto, Mario Matteucci, trata de "Los primeros cincuenta años de UNIDROIT". Después de referirse al origen y desarrollo del Instituto, se definen sus objetivos o "política". Su objetivo se ha limitado a la unificación de las leyes sustantivas de Derecho privado (excluidas, por tanto, las de Derecho internacional privado), de ramas o materias bien determinadas, y sólo respecto a la regulación de las relaciones internacionales. Su labor se ha manifestado en la redacción de Proyectos de Leyes Uniformes ofrecidos a Gobiernos y Organizaciones internacionales; ha organizado y sigue propulsando la celebración de Conferencias diplomáticas para la adopción de Convenios sobre Leyes uniformes. También ha celebrado cinco Encuentros sobre métodos para lograr la unificación, con organismos que tienen esta misma finalidad. Además, se señala haberse pensado en la conveniencia de proceder de una forma más orgánica a la unificación, mediante la codificación, al menos, de la Parte general del Derecho de los contratos (3).

El profesor Ricardo Mónaco, Secretario general del Instituto, da cuenta de la "Actividad científica de UNIDROIT". Se nos informa de que han sido objeto de sus trabajos más de cincuenta temas, de muy variadas materias; unas de vital importancia económica, como las referentes a la venta y al transporte de mercancías y otras de carácter esencialmente social, como las del cumplimiento y ejecución de la deuda de alimentos y la situación jurídica de la mujer. Para la enumeración de los trabajos realizados, se les clasifica en cuatro secciones: ley uniforme de compraventa y materias afines (4), leyes uniformes sobre transportes y turismo, leyes uniformes sobre responsabilidad civil y miscelánea. En esta última sección se mencionan los trabajos facilitados a otras Organizaciones internacionales, se relatan las emprendidas para elaborar un Código uniforme sobre tráfico internacional y, en fin, se citan los estudios comenzados sobre esos contratos mixtos de-

(3) En el cuadro de estudios para la elaboración de un "Código de comercio internacional", se ha circulado en el Instituto un importante "Proyecto de Ley Uniforme sobre la formación de los contratos en general", acompañado del análisis de las respuestas recibidas al cuestionario preparado por la Secretaría del Instituto.

(4) Los Proyectos del Instituto en esta materia han sido la base de los convenios firmados en La Haya en 1 julio 1964 sobre venta de mercancías y para la formación de contratos para la venta de mercancías. Sobre su laboriosa y cuidada preparación puede verse, Proyecto de una *Ley internacional de compraventa*, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho-civil*, GONZÁLEZ MARTÍNEZ (Jerónimo), Madrid, 1948, III, págs. 19-52 (pub. también en "Rev. Crít. Der. Inm.", dic. 1935, pág. 902; en. 1936, pág. 16; feb. 1936, pág. 103; mar. 1936, pág. 174, y el ANUARIO dedicó un número especial al Proyecto, llevado a la Conferencia de La Haya, con trabajos de BAGGE, GUTZWILLER, DE CASTRO, LAGERGREN, ANGELONI, TUNC, FREDERIC, RIESE y WORTLEY, y la traducción del Proyecto por SÁNCHEZ CALERO y PRIETO, en ANUARIO, 1958, págs. 980-1166. Sobre el Proyecto de *Ley Uniforme sobre la protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales*, el ANUARIO ha publicado estos estudios: AMORÓS GUARDIOLA, *La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de buena fe*, A. D. C., 1972, págs. 189-260. DÍEZ DEL CORRAL, *La adquisición "a non domino" de bienes muebles en el Proyecto de Ley Uniforme y comparación con el Sistema español*, A. D. C., 1972, págs. 265-293; también se publica su traducción, págs. 261-263.

signados con términos ingleses —también entre nosotros— como contratos de “leasing” y de “factoring” (5).

El Instituto no ha limitado la esfera de su actividad a la redacción de proyectos de leyes unificadas y al estudio de métodos para la unificación. Se ha ocupado también de lo que es la base misma de sus trabajos, es decir, del estudio comparado de las leyes y principios de los distintos países en materia de Derecho privado; lo que viene haciendo en los exhaustivos estudios realizados por su Secretaría y por los comités de expertos, para la preparación de los Proyectos de leyes unificadas y, también, por medio de la organización de dos Congresos de Derecho privado, Congresos que han sido convocados en dos momentos claves en la evolución del Derecho; de tal manera que en ellos ha podido contemplarse el estado de importantes cuestiones jurídicas en dos situaciones de honda crisis del Derecho.

El primer Congreso de Derecho privado, reunido en Roma, el año 1950, sirvió para considerar el impacto sufrido por el Derecho privado a resultas de la conmoción que experimenta la Sociedad europea a causa de la segunda guerra mundial (6). Las Actas de este Congreso ofrecen, por ello, noticias y aportaciones muy valiosas para el estudio del Derecho privado en ese momento (7).

El Congreso de Derecho privado de 1976, convocado con ocasión de conmemorar el cincuenta aniversario de la fundación del Instituto, ha podido enfrentarse con los nuevos problemas que, para la unificación del Derecho, trae consigo “la coexistencia pacífica”; con el aumento progresivo de las relaciones comerciales entre países de diferente estructura social y económica, y con la tendencia de los países socialistas de dictar leyes especiales para las relaciones mercantiles internacionales.

El temario que será objeto del Congreso se divide en siete cuestiones; las que están tan íntimamente relacionadas que pudiera pensarse se trata de una sola, fundamental, aunque vista desde distintos ángulos y de un modo más general o más concreto. De cuya respuesta habrá de depender, me parece, el enfoque que haya de darse a las tareas futuras del Instituto. De lo que resulta su importancia y oportunidad. No será posible en el estrecho marco de una nota, dar cuenta del contenido de las ponencias presentadas, de las comunicaciones y discusión oral sobre unas y otras. Podrá bastar, para que se calibre el significado y la aportación del Congreso, con que se destaque la problemática propia de cada una de las cuestiones tratadas y con citar quiénes han intervenido en su examen y estudio.

El primer tema presentado, se formula así: “El Derecho del comercio internacional: ¿Una nueva tarea para las legislaciones nacionales o una

(5) Para conocer bien la obra del Instituto habrán de consultarse sus publicaciones: el anuario *L'unification du Droit (Unification of Law)*; después *Uniform Law Review (Revue de Droit uniforme)*; *Uniform Law Cases (Jurisprudence de Droit uniforme)*, y *Bulletin d'information*.

(6) El ANUARIO dio amplia cuenta del mismo: *Congreso Internacional de Derecho privado* (Roma, 6-16 julio 1950), A. D. C., III, 3 (julio-septiembre 1950), págs. 729-736.

(7) INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Actes du Congrès International de Droit Privé tenu à Rome en juillet 1950*, Rome, UNIDROIT, 1951. Sobre esta publicación, el ANUARIO publicó una detenida nota en la sección *Bibliografía*, A. D. C., V-1 (enero-marzo 1952), págs. 275-276.

nueva *lex mercatoria*"? (8). De las contestaciones recibidas, puede observarse que en los países de "economía libre" existe, desde hace mucho (9) una poderosa corriente favorable a entregar en manos de los comerciantes (término en el que se comprende a industriales y financieros) la regulación del tráfico mercantil. Los usos comunes o codificados, los contratos tipos, las cláusulas generales de los contratos, las cláusulas compromisorias o de arbitraje vendrían a constituir la "lex mercatoria", reguladora del comercio internacional. Frente a esta dirección se manifiesta en los países socialistas el criterio de que la "lex mercatoria" sólo puede nacer de leyes nacionales sobre el comercio internacional (como en Checoslovaquia y en la República Democrática Alemana); pensándose en la posibilidad de un Código de comercio internacional por acuerdo de los Estados (10).

El segundo tema se denomina "La autonomía de las partes contratantes en las relaciones comerciales internacionales". Implica la «vexata quaestio» del alcance y límites de la venerada regla "pacta sunt servanda". La seguridad y previsibilidad necesarias para el comercio internacional, requiere el respeto de lo pactado y el poder liberarse de las normas estatales, consideradas arbitrarias e inesperadas. Lo que hará se propugne la figura del "contrat sans loi" y de los "self regulatory contracts". Liberación que importa en especial en el tráfico internacional, sea respecto de toda ley, sea permitiendo la libre elección de la ley aplicable; tendencia reforzada por la legislación de los Estados socialistas, permitiendo sin trabas la elección de la ley aplicable a los contratos de carácter internacional (11). Mas la autonomía se utiliza —se observará— de modo que el contratante más fuerte imponga su voluntad y se libere de responsabilidades y restricciones molestas; lo que resulta especialmente sensible en las relaciones comerciales entre los países desarrollados y los del tercer mundo. —También, se agrega, que hay que tener en cuenta el debido respeto a las reglas protectoras a la parte más débil, del cliente no comerciante y de aquellas otras en las que juega el intervencionismo, sobre inversiones en el extranjero, seguros, arbitraje, cláusulas compromisorias y defensa de la libre competencia (12).

(8) Sobre la cuestión, ya GONDRA, *La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional*, R. D. M., 1973, n. 127.

(9) No debe olvidarse la campaña de ERNST RABEL para promocionar un Derecho comercial autónomo, independiente y por encima de las legislaciones. *Das Recht des Warenkaufs*, 1957 (2.ª ed.), págs. 37-49, y allí citados en págs. 37-38; también LUITHEN, *Einheitliches Kaufrechts und autonomes Handelsrecht*, 1956, "in toto".

(10) Se recogen en el primer volumen las ponencias de DAVID (René) y de POPESCU (Tudor R.), págs. 5 y sigs. En el segundo, las comunicaciones e intervenciones de BLAGOJEVIC (Borislav), ENDERLEIN (Fritz), GORLA (Gino), KOS-ROBCEWICZ-ZUBKOWSKI (Louis), NADELmann (Kurt H.) RAJSKI (Jerzy), VIEIRA (Manuel Adolfo), págs. 437-486.

(11) Así, en Fundamentos de la Legislación civil, art. 126, de Rusia Soviética; art. 9 de la Ley sobre Derecho internacional privado, 4 diciembre 1948, de Checoslovaquia; art. 12 de la Ley sobre Derecho internacional privado, 5 diciembre 1975, de la República Democrática Alemana. Ha de tenerse en cuenta que en estos países el Estado tiene y ejerce el monopolio del comercio internacional.

(12) Ponencias de RÉCZEI (László) y STEINDORF (Ernst); comunicaciones e intervenciones de ENDERLEIN (Fritz), FONTAINE (Marcel), GOLDMAN (Berthold),

Con el título "La importancia de las prácticas, usos y costumbres para la interpretación de los contratos comerciales internacionales", se plantea la cuestión del valor de los usos negociales o interpretativos en el tráfico internacional; pero se ha tratado especialmente del valor de los usos normativos. Ello resulta natural, pues ellos se han considerado como la fuente principal de la "lex mercatoria"; de un Derecho nacido directamente de la actuación de los particulares ("Diritti dei privati"), cuyas reglas autorizadas o impuestas por grupos profesionales nacen y se imponen por fuera y por encima de las estatales ("Transnational Law"). Queda así abierta la pregunta: ¿existe tal Derecho, es armonizable con el de los países socialistas? (13).

Pasando de las cuestiones generales a las más concretas, se trata de "Los contratos de adhesión y protección de la parte económicamente más débil en las relaciones comerciales internacionales". Esta cuestión que se ha planteado repetidamente en la legislación interna de los Estados, como limitación a la autonomía de la voluntad y a la eficacia de los usos normativos, se presenta con especial agudeza en aquellos países en los que, a diferencia de su regulación interna, no se considera ha de concederse protección a la parte más débil y ni siquiera a la buena fe, cuando se trata de contratos del comercio internacional. Lo que importa especialmente respecto de los países en vía de desarrollo (14).

Bajo la rúbrica "Unificación internacional y armonización del Derecho en el dominio de las sociedades multinacionales" se ha ofrecido a la consideración del Congreso un tema de la más llamativa dificultad. Su elección puede explicarse porque dichas sociedades han nacido y se justifican como resultado del juego de la autonomía de la voluntad. Parece difícil que las multinacionales puedan ser materia de la unificación jurídica. Las sociedades multinacionales tienen un carácter especialmente escurridizo; no sólo escapan al control de las leyes nacionales, sino que su infraestructura económica permanece a menudo oculta, ignorándose donde se haya su verdadero centro directivo. Su potencialidad supraestatal, su peligrosidad, hacen que su regulación ofrezca sobre todo un acusado carácter político; que se manifiesta en el interés que se le concede a su consideración, aunque por distintas razones, en las Naciones Unidas y en el Mercado Común (15).

Otro tema presentado al examen del Congreso es el de "El Estado como parte en los contratos de concesión o de inversión concluidos con socieda-

LALIVE (Pierre), NESTOR (Ion), BERNINI (Giorgio), SCHMITTHOFF (Clive), HJERMER (Lars), SACCO (Rodolfo), CAPOTORTI (Francesco), LOUSSOUARN (Ivon) FLORESCU (Dimitru), STEINDORFF (Ernst) y RECZÉI (Lázló).

(13) Ponencias de BONNELL (Michael Joachim) y WORTLEY (Benjamin A.); comunicaciones e intervenciones de HILL (Donald J.), JAKUBOWSKI (Jerey), ENDERLEIN (Fritz) y DOGARN (Ion).

(14) Ponencias de EÖRSI (Gyula) y SCHMITTHOFF (Clive M.); comunicaciones e intervenciones de RAJSKI (Jerzy), VILUS (Jelena), GONDRA ROMERO (José M.), LANDO (Ole), HAUSCHILD (Winfried M.), SONO (Kazuaki), MASSIMO (Bianca), GOLMAN (Berthold), HERBER (Rolf), DROBNIG (Ulrich), DERAINS (Yves), MITROVIC (Dobrosav), EÖRSI (Gyula) y SCHMITTHOFF (Clive M.).

(15) Ponencias de GOLDMAN (Berthold), RUBIN (Seymur J.) y SIEIROS (José Luis); comunicaciones e intervenciones de TOSATO (Gion Luigi), ZANELLI (Enrico), JAKUBOWSKI (Jerzy), SPERDUTI (Giuseppe), MAJOROS (F.), SCHAEFFER (Eugène), MICAEL (Joseph), LIBBRECHT (Emmanuel), BAPTISTA (Luis Olavo), GOLDMAN (Berthold).

des privadas extranjeras". Materia de particular interés respecto a las relaciones contractuales entre los Estados de países subdesarrollados y las sociedades de países industrializados y, en especial, con las multinacionales. Su estudio en ponencias, comunicaciones e intervenciones han puesto bien de relieve que ella excede de la esfera del Derecho privado y que los aspectos económicos y de Derecho internacional público son evidentemente las predominantes. Lo que llevará a la conclusión implícita de que dicha contratación no está madura para la tarea unificadora (16).

La última cuestión puesta a examen del Congreso será: "Las reglas anti-trust y la concentración de empresas a escala internacional". Desde la Sherman Act, en 1890, y sobre todo después de la segunda guerra mundial, a ejemplo y por presión de los Estados Unidos, muchos Estados —también el Mercado Común— han dictado reglas para proteger la libre concurrencia. Se considera necesario en la economía de mercado amparar la competencia, puesta en peligro por la fuerza de monopolios y oligopolios, por los acuerdos sobre precios y reparto de mercados. Tema últimamente ligado a los de libertad real de la contratación, la influencia de las multinacionales y la concurrencia desleal. Parece considerarse posible el acuerdo respecto de una enumeración de los convenios y conductas que merecen ser prohibidos; pero, se advierte la dificultad prácticamente insuperable, por el momento, de establecer una autoridad que con eficacia internacional sancione las prácticas contra la libertad de la competencia (17).

Cierra las tareas del Congreso una breve y sustanciosa alocución del profesor René David, del Consejo de Dirección del Instituto, en la que expone las siguientes reflexiones. La autonomía del Derecho del comercio internacional es un hecho; aunque puede concebirse bien en el interior de cada sistema de Derecho nacional o bien al exterior de tales Derechos. La "lex mercatoria" no es necesariamente sinónima de equidad; en ciertos sistemas puede significar la búsqueda de una mayor seguridad. No conviene generalizar; pueden presentarse situaciones especiales, según quienes participen en el comercio internacional; según las ramas de producción o circulación de las riquezas; se trate de relaciones entre un poderoso o pequeño productor o consumidor; cuando sea parte el Estado o una multinacional; cuando se trate de un país en vías de desarrollo. Señalando aquí el interés de los contratos del tipo "joint venture". Advierte al fin, que la "lex mercatoria" requiere para su plena eficacia la intervención del Estado, en la fase de la ejecución forzosa. Respecto al problema de si el Estado puede desligarse de un convenio internacional, señala que de hecho no llegaría a hacerlo más que en casos de abusos flagrantes o condiciones especiales; no podrá sacrificar el desarrollo de su país al respeto de un compromiso, sea nacional o

(16) Ponencias de BOGUSLAVSKY (Mark M.) y LALIVE (Pierre); comunicaciones e intervenciones de JAKUBOWSKI (Jerzy), SCHMITTHOFF (Clive), SCHARF (Trante), BERNARDINI (Piero), SACERDOTI (Giorgio), SPERDUTI (Giuseppe), VIEIRA (Manuel Adolfo), RAJSKI (Jerzy), STEINDORFF (Ernest), DERAINS (Yves), SORTAIS (Jean-Pierre), FLORESCU (Dumitru), LALIVE (Pierre).

(17) Ponencias de HECKE (Georges A. Van), OGUNDERE (Joseph Diecole) y RAVA (Tito); comunicaciones e intervenciones de BÄR (Rolf), STEINDORFF (Ernst) y SACERDOTI (Giorgio).

internacional, pero no repudiará estos compromisos más que en casos excepcionales, porque el que no respeta sus compromisos arruina su crédito.

Esta nota, no obstante su dilatada extensión, ha resultado insuficiente para dar a conocer la riqueza de la labor del Congreso. Muchas de las ponencias tienen el valor de completos estudios monográficos y en ellas, en las comunicaciones e intervenciones se encuentran preciosas sugerencias sobre los temas tratados. En su conjunto, el Congreso ha constituido una muy importante aportación al estudio del Derecho privado y, con ello, a la tarea de la unificación del Derecho que viene realizando UNIDROIT.

R.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

DE LOS MOZOS, J. L.: «Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno». Edersa, Madrid, 1977, 355 págs.

I. Si la personalidad científica del profesor De los Mozos era importante en nuestra literatura jurídica por sus tan conocidos trabajos de reconstrucción dogmática, con esta obra última, la que motiva estos comentarios, se ha situado el autor, ciertamente, en la primera línea de los civilistas españoles de su generación. Personalidad científica que destaca, a nuestro modo de ver, porque, aparte de tales trabajos, el profesor De los Mozos ha mantenido y mantiene, tras cerca de veinte largos años de dedicación universitaria, una postura definida y coherente consigo misma; postura metodológica que, puestos a caracterizarla en pocas palabras, diríamos que es a la vez crítica y compleja. Crítica porque, como él mismo nos dirá en este libro, su método tiene como presupuesto la crisis del positivismo en todas sus manifestaciones; y compleja porque combina con gran maestría dos líneas de actuación que confluyen de un modo permanente en toda su labor investigadora, líneas que son, de una parte, el método tradicional de los juristas romano-clásicos orientado por la conexión interna de los problemas jurídicos y, de otra, el tratamiento historicista de los mismos inspirado, con arreglo al viejo programa del Joven Savigny, en la técnica de la *dogmengeschichte*. Y ésta es la importancia particular del libro que comentamos, pues nuestro autor se inserta de lleno por medio de él en el movimiento de renovación iusnaturalista que ha caracterizado a los sectores más despiertos de la ciencia jurídica europea en los últimos decenios, lo que tiene una gran virtualidad para influir de un modo decisivo en la formación teórica de los civilistas más jóvenes en nuestro país. Por ello, este libro nos da la oportunidad de hacer unas reflexiones breves acerca del método científico del profesor De los Mozos y fijar algunas de las notas esenciales de su «escuela»; observaciones que, sin la pretensión de ser definitivas, quieren poner de relieve la relación de coherencia que hay entre los trabajos científicos realizados por el autor y los presupuestos metodológicos que los inspiran.

II. En efecto, si observamos de cerca la producción científica del profesor De los Mozos veremos que en ella se hallan en estado práctico las dos líneas.

metodológicas que apuntamos. Así, en cuanto al método de la conexión de problemas, nuestro autor ha investigado monográficamente los temas de negocio jurídico, de posesión, de regímenes especiales de propiedad y de Derecho de sucesiones, testada, intestada y excepcional, entre otros. Pero, siempre lo ha hecho en trabajos independientes y abarcando una amplia gama de problemas particulares, todos conectados con el tema central de que se trate. Un ejemplo muy ilustrativo de lo que venimos diciendo lo constituye, a nuestro juicio, el importante conjunto de estudios realizados por el profesor De los Mozos en torno a la categoría del negocio jurídico, estudios que, considerados unitariamente, agotan, casi, la problemática del instituto analizado y configuran un esquema sistemático del mismo. Así nos lo muestra su primera monografía, *La Conversión del Negocio Jurídico* (Barcelona, 1959), y sus estudios sobre «El objeto del negocio jurídico» (*RDP.* 1960); «La inexistencia del negocio jurídico» (*RGLJ.* 1960); «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto» (*RDN.* 1961); «Negocio abstracto y reconocimiento de deuda» (*ADC.* 1966); «La forma del negocio jurídico» (*ADC.* 1968), y, por último, «Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico» (*RDP.* 1970). Hay, efectivamente, entre todos ellos un hilo conductor que es, aparte de su relación con el tema central, un planteamiento uniforme para el análisis monográfico de las interconexiones que existen entre las partes y el todo y entre las propias partes entre sí, hecho de forma tal que de una de tales partes la investigación pasa a las otras sin solución de continuidad. Lo mismo podemos advertir en tema de posesión, ya que, luego de la monografía dedicada a la *Tutela Interdictal de la Posesión* (Madrid, 1962), el profesor De los Mozos estudió otros problemas conectados tan íntimamente con el instituto que, a lo largo de la serie, abarcan todo el contenido del mismo y componen, asimismo, el subsistema correspondiente, tal como lo pone de relieve la sola mención de sus títulos: «La adquisición de la posesión de los legados» (*ADC.* 1962); «Notas para la reconstrucción del concepto de 'animus' posesorio en el Derecho moderno» (*RGLJ.* 1965); «La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio» (*Ibidem*, 1967) y «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español» (*ADC.* 1972). Y lo mismo se repite de forma aproximada en tema de sucesiones y de urbanismo, aparte de los trabajos del autor conexos con la agricultura, que, por lo mismo, han podido ser reunidos y estructurados unitariamente en su ya clásico volumen de *Estudios de Derecho Agrario* (Madrid, 1972). Advirtamos que, de acuerdo con este método, el sistema resulta como un producto indirecto de la investigación de los problemas particulares, que, en su conjunto, lo componen.

Por otra parte, para ilustrar la segunda línea metodológica que detectamos nos parece ser adecuado observar la estructura interna de los trabajos de investigación dogmática hechos por el profesor De los Mozos. Y para ello nada mejor que las tres últimas monografías debidas al autor en las que, en suma, encontramos una gran cantidad de elementos metodológicos comunes, pese a la diversidad. En todas ellas la reconstrucción del instituto se produce mediante la integración del dato histórico y del dato sistemático en un esquema unitario, como nos lo muestran, en efecto, sus

libros sobre *El Principio de la Buena Fe* (Madrid, 1965); *La Colación* (Barcelona, 1965), y *El Derecho de Superficie en general y en relación con la Planificación Urbanística* (Madrid, 1974). Tras algunas consideraciones metodológicas previas, todos ellos se inician con una introducción relativa a los precedentes del Derecho romano y continúan con un análisis detallado de las fuentes vulgares del Derecho intermedio hasta la Recepción; luego, prosiguen con el estudio de las doctrinas más significativas del Derecho común hasta su cristalización en la Codificación y se prolonga, si cabe, desde una perspectiva amplia del Derecho comparado, hasta la más reciente legislación especial. A este dato histórico, une el profesor De los Mozos el análisis sistemático que bien puede consistir en las aplicaciones prácticas del instituto investigado, como en el caso del principio de buena fe, o bien en la reconstrucción de los elementos personales, reales y formales según la disciplina legal, como en los supuestos de la colación y del derecho real de superficie. Y los materiales de los que está compuesta esta estructura unitaria son, además del dato normativo puro, las opiniones y las críticas de la doctrina científica y jurisprudencial precedente, con apoyo de las cuales nuestro autor propone una solución que estima justa; esto es, adecuada a la funcionalidad social del instituto en la vida económica moderna, como bien puede ser la seguridad y la moralidad del tráfico jurídico; la tutela de la ordenación típica de las cuotas hereditarias de los legítimos que heredan conjuntamente o la lucha contra la especulación y contra el uso irracional del suelo urbano, respectivamente.

Pues bien, éstos son, a nuestro modo de ver y expuestos sumarísimamente, los rasgos esenciales del método que el profesor De los Mozos aplica en la tarea de construir paso a paso y sobre unas bases dogmáticas sólidas y, también, realistas, el sistema científico correspondiente a nuestro Derecho positivo en vigor.

III. Y la fundamentación teórica de este procedimiento, que tan importantes como definitivos resultados nos ha proporcionado, la hallamos en el libro que comentamos. Se trata de un volumen en el que el autor recoge y revisa algunos de sus estudios sobre temas de la teoría general del Derecho y sobre metodología e historia del mismo, estudios parciales, dispersos e, incluso, ocasionales, que el profesor De los Mozos nos ofrece reunidos, ahora, en una publicación coherente y oportuna, puesto que ella está construida con arreglo a las mismas dos líneas metodológicas que hemos descrito. Trabajo importante éste porque constituye la comprobación más cierta del grado de eficacia que tal técnica nos puede permitir alcanzar.

El libro se divide, pues, en dos partes, diferenciadas tanto por su objeto como por su método. La primera, titulada *Metodología Jurídica* (pp. 1-172), tiene por objeto el estudio de los problemas conexos con la teoría del conocimiento y con el método de construcción de la ciencia jurídica, en general; y predomina en ella la técnica de la conexión de problemas. La segunda, en cambio, tiene por objeto la historia del método, pues trata de la *Historia de la Ciencia del Derecho Privado* (pp. 173-316); o sea, que estudia la formación del concepto y métodos propios del Derecho civil y de los elementos o estratos que, por acumulación histórica, lo componen y, por consiguiente, es lógico que en esta parte predomine la visión historicista. Este *corpus* viene

complementado por dos textos que conviene resaltar. Uno es el análisis de un problema concreto que está a medio camino entre ambos apartados generales, el que estudia las relaciones entre *Derecho y Equidad* (pp. 317-346) y está construido mediante la aplicación combinada de las dos líneas metodológicas a las que nos hemos referido. Y otro es un *Prólogo* (pp. IX-XII) que tiene la importancia de explicarnos muy brevemente los propósitos que el libro persigue. Puede ser de interés, a nuestro juicio, una idea, aunque sea muy esquemática, de cada una de las partes de esta estructura, en el mismo orden de su exposición.

A. Como lo hemos dicho, la relevancia del *Prólogo* radica en que nos señala el programa de trabajo del profesor De los Mozos. De acuerdo con él, la primera parte del libro, relativa a los problemas de la metodología científica, sería un simple «ensayo», pues, opina el autor, con una modestia excesiva, que no obedece a un plan científico predeterminado, lo que no obstante, sin embargo, a que en ella se reflejen las grandes líneas del pensamiento jurídico contemporáneo y se planteen y resuelvan casi todos los problemas generales y permanentes de la *Jurisprudencia* (p. IX). Por otro lado, «la segunda parte del libro—escribe el propio autor—, la constituye una serie de trabajos, que forman parte de una verdadera 'historia metodológica' de la Ciencia del Derecho privado, en torno a la formación del concepto mismo de *Derecho civil*, a través de la indeleble huella romanista, mediante la *cientificación* del Derecho y debido a la influencia del *Derecho natural*, que preserva aquella *tradición* y hace posible su progresiva e incesante *racionalización*» (p. X): una historia real del método jurídico, con arreglo a los postulados de la *Neueren Privatrechts geschichte*. Queremos destacar en esta parte, como lo hace el propio autor, la importancia que tiene, por su originalidad, la investigación documentaria en tema de «Humanismo y 'mos gallicus' en la Escuela de Salamanca», la que tiene su punto de arranque en una conferencia pronunciada por el profesor De los Mozos en la Academia Matritense del Notariado en 1973. El programa de nuestro autor se dirige, en fin, a poner de relieve la *especialidad del conocimiento jurídico*, en cuanto modalidad particular del *saber prudencial* (pp. XI-XII), cuyos presupuestos desarrolla amplia y magistralmente en la primera parte.

B. Efectivamente esta parte se inicia con un Estudio relativo a los *Presupuestos para una Metodología Jurídica* (pp. 3-45) y, luego de un planteamiento, comprende el estudio de los problemas de la relación entre el 'objeto' y el 'método'; de la fundamentación de la ciencia del Derecho en su propio objeto; del espejismo metodológico de la 'idea' del Derecho y del Derecho entendido como ciencia práctica y a la vez jurisprudencial. Seguidamente, analiza el profesor De los Mozos los problemas relativos al *Fundamento y Morfología Fundamental del Derecho* (pp. 46-83), tales como el fundamento teológico del mismo; la interrelación entre moral y Derecho y entre Derecho natural y Derecho positivo; el segundo renacimiento del Derecho natural en el siglo xx y la construcción de este último a partir de la categoría realista y tradicional de la 'naturaleza de las cosas', todo lo cual viene precedido de un esquema de las teorías principales sobre el Derecho. El tercer problema que el profesor De los Mozos indaga con gran profundidad en esta parte es el de los problemas conexos a las relaciones que existen entre

Norma, Principio y Sistema en la Integración del Ordenamiento Jurídico (pp. 85-119), a partir del estudio de los principios generales del Derecho en su estructura, contenidos, formas, tipos y funciones; en sus relaciones con la norma y el sistema jurídicos y en su incidencia en una verdadera concepción principal del Derecho. No descuida nuestro autor las consecuencias derivadas de su planteamiento, por lo que dedica el cuarto y último estudio de esta parte al análisis de la *Proyección Teórica y Proyección Práctica de una Metodología Jurídica* (pp. 121-172), estudio en el que aborda problemas tan complejos como son las relaciones entre la metodología jurídica y la llamada *naturalis ratio*; la superación de la polémica entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses por la integración de dogmática e historia; las relaciones entre el Derecho y la lingüística y las aplicaciones del análisis estructural al Derecho; las implicaciones que para éste tiene la ciencia sociológica y la económica; para concluir proporcionándonos una visión panorámica de alto vuelo acerca de las principales operaciones metodológicas.

Ciertamente que dar una idea clara y objetiva de esta amplia problemática en unas pocas líneas es una tarea difícil. Conscientes de trivializar un poco la riqueza, los matices, la erudicción y las sugerencias del profesor De los Mozos, podemos sintetizar su posición ante estos problemas en los siguientes puntos: a) La ciencia del Derecho ha sido siempre un saber de autoridad, un arte de lo justo, hasta la crisis que origina el racionalismo de Kant; esta línea se ha quebrado por los excesos del positivismo legalista y científico, debiéndose retomar la idea del ordenamiento jurídico entendido como totalidad que trasciende del puro dato legal, pues se compone de apreciaciones «prelógicas de autoridad», valoraciones «ultra lógicas de la idea de lo justo», las que se concretan en *principios* que introducen en el ordenamiento los elementos éticos y sociales que prevalecen en una sociedad y época determinadas y en base a los cuales la ciencia del Derecho, en cuanto éste implica criterios de valoración de los actos humanos, puede ser práctica, crítica y jurisprudencial. b) De entre las tres tendencias fundamentales que disputan sobre la concepción realista del Derecho, hay que preferir la que, respetando el dato normativo, cuenta con tales *principios* como punto de apoyo para la crítica de la *ratio legis* que los preceptos vigentes persiguen de cara a la realización histórica de la llamada *utilitas civium* concreta, los que, a su vez, componen los criterios de Derecho natural que dan legitimidad al Derecho positivo, Derecho natural asistemático, aporético y problemático que se funda en la 'naturaleza de las cosas' como una manifestación histórica y, por tanto, cambiante, de la ética material de los valores. c) Son estos mismos principios, en cuanto componentes del ordenamiento no formulados normativamente, los que funcionan, según el nuevo artículo 14. C. c., como informadores del Derecho, los cuales, aunque han perdido con la reforma de 1973-1974 la función interpretativa que nuestra mejor doctrina, siguiendo en esto al maestro De Castro, les atribuía, han de ser necesariamente distintos de los inferiores por inducción de la legislación positiva y consisten en los de naturaleza sistemática y problemática que derivan de la propia 'naturaleza de las cosas'. d) Un principio básico de esta clase es el de no-contradicción por medio del que es posible reducir a sistema los problemas nuevos; en este sis-

tema confluyen los principios que descansan en la conexión de los problemas jurídicos, siendo, por ello, de tipo interno y principal y al que no contribuyen más que aportando nuevos datos de auxilio fáctico el análisis estructural del lenguaje y la investigación sociológica y económica de las realidades jurídicas; sistema que, por último, ha de hacerse por la integración de la dogmática (historia), sometida a la crítica de la solución más justa y por la aplicación de un método antiapologético.

C. En la segunda parte del libro estudia el profesor De los Mozos, como hemos dicho, los problemas relativos a la historia del método jurídico. Esta se inicia, por consiguiente, con la *Formación del concepto de 'ius civile' en el Derecho Romano* (pp. 175-213), trabajo en el que, después de fijar el planteamiento metodológico esencial, analiza la formación y maduración del *ius civile* en las fuentes más arcaicas hasta el período final de la República, profundizando en el tema de la relación dialéctica de tópica y *ius civile*; el proceso de *vulgarización* del mismo a través de los períodos llamados Derecho postclásico y justiniano, para concluir, en este punto, rastreando los antecedentes romanos de la distinción moderna entre Derecho público y Derecho privado, lo que permite al autor acotar el caudal temático de este último. En segundo lugar, prosigue el estudio de la aportación de *El 'Derecho común' en la Formación del Derecho Civil* (pp. 215-247), estudio en el que se parte poniendo de relieve la necesaria armonización metodológica entre historia y dogmática; se analiza con gran seguridad el problema del Derecho común y su incidencia en el concepto de Derecho civil medieval y se profundiza detenidamente en la formación del concepto de Derecho civil en las fases sucesivas del Derecho común hasta la Codificación, análisis en el que nuestro autor perfila su concepto de *usus modernus Pandectarum*; concluye este estudio con una investigación muy necesaria sobre la construcción del Derecho civil en cuanto a Derecho común particular en las fuentes normativas y doctrinales españolas. Un tercer trabajo cierra el conjunto de factores que han contribuido a configurar el Derecho civil actual, a saber: *El Derecho Natural en la Formación del Derecho Civil Moderno* (pp. 249-280). A partir de una visión panorámica muy ilustrativa de la ciencia jurídica europea en la Baja Edad Media, estudia el profesor De los Mozos las influencias recíprocas entre Humanismo y Derecho natural y entre Derecho natural y *usus modernus Pandectarum*, referido este último de forma muy especial a las fuentes del período en España. Concluye esta parte con la investigación sobre *Humanismo y 'mos gallicus' en la Escuela de Salamanca* (pp. 281-316) que hemos ya mencionado. Aparte de hacer ciertas precisiones metodológicas previas, estudia en ella el profesor De los Mozos la incidencia de ambas metodologías en la formación del Derecho común y las aportaciones de la Escuela de Salamanca al desarrollo del Humanismo, así como, muy documentadamente, las aportaciones debidas a los humanistas, pro-humanistas y sistemáticos o post-humanistas que ejercieron su magisterio en la Universidad de Salamanca.

Puestos a dar un esquema de conjunto de las aportaciones del profesor De los Mozos a esta concisa historia del método del Derecho civil, podemos señalar, con las mismas salvedades que apuntamos antes, las siguientes ideas: a) En la Roma preclásica, la primera manifestación del Derecho civil

con contornos apenas nítidos fue el *ius civile vetus*, el que resultó de la fusión hecha por la jurisprudencia de los Pontífices del *ius Quiritum* y del *ius legitimun vetus* y que se hallaba invadido por las *leges publici populi Romanae*, que, al contener normas relativas a las materias del Derecho civil, prefiguran ya la contraposición dialéctica entre *ius* y *lex*. De la expansión de este sistema a toda la península itálica, surge el *ius civile novum* que enriquece y da mayor flexibilidad al anterior por la *iurisdictio* del pretor peregrino y del pretor urbano, la que genera el *ius gentium* y el *ius honorarium*, respectivamente. El tránsito entre el *ius civile vetus* y el *ius civile novum* coincide con la importación de la retórica aristotélica, la que, en el plano teórico, se manifiesta en la concepción del *ius proprium* y, en el plano del método, en el uso, quizá no generalizado del todo, de *topoi* para la elaboración del sistema 'interno' por medio de la técnica de la conexión de problemas. El Principado, la jurisprudencia y la universalización, son los tres elementos que tipifican los rasgos esenciales de la época clásica del Derecho romano, en la que el Derecho civil, elaborado todavía con arreglo a esta metodología, se define como «el que ni se aparta del todo del natural o de gentes ni se conforma totalmente a él», según el conocido fragmento de Ulpiano, que se recoge en *D.* 1.1.6 y el que, «sin estar escrito, consiste en la sola interpretación de los prudentes», como apunta con cierta exageración, Pomponio en *D.* 1.2.12. Con Diocleciano, se inicia la llamada época posclásica, la que, aparte del clasicismo justiniano, se caracteriza por la nueva técnica de la vulgarización que se mantiene, en general y sin solución de continuidad, hasta los tiempos de la Recepción y se define por el abandono del método jurisprudencial clásico y por el predominio de la *praxis* de los profesionales del Derecho, con arreglo a la concepción de Kaser. b) Sobre la base del vulgarismo y del Derecho germánico a-científico se produce la Recepción del Derecho justiniano, la que se difunde universalmente por la propagación de las universidades por toda Europa, Recepción que no es otra cosa que un nuevo método científico que va perfilándose poco a poco a través de la dialéctica *ius commune-ius proprium* y *mos italicus-mos gallicus*. En España, la última fase del *ius commune*, la del Derecho común particular (para la cronología europea, siglos XVI-XIX), se realiza tempranamente por el clima favorable a la unificación jurídica del *Fuero Juzgo* y de las *Partidas*, pese a que este último texto no sigue de forma absoluta al *Corpus iuris* ni a la *Glosa* y a que el Ordenamiento de Alcalá no le da otra fuerza que la de Derecho supletorio, pues tal unidad legislativa se produce, al menos en Castilla, por las Leyes de Toro, el Fuero Real, la Nueva y la Novísima Recopilación. «Pero he aquí una paradoja que conviene resaltar—escribe el profesor De los Mozos—: a pesar de esa temprana maduración que permite al Derecho español, o al menos al castellano, alcanzar un Derecho común propio anterior al de otros países, en el plano legislativo, el tradicionalismo escolástico de la clase de los juristas sigue fiel a la idea de que el Derecho romano es la base y fundamento de la formación jurídica, influyendo ésta notablemente en toda especulación sobre el Derecho, y eso que en España no llegó a arraigar el *mos italicus* como en otros países de Europa, no obstante, podríamos hablar de una versión peculiar, a la española, de

usus modernus Pandectarum, aunque sólo es propiamente tal, en sentido lato, como puede verse en los glosadores de nuestro Derecho real (Gregorio López, Antonio Gómez, Luis Molina, Covarrubias, Gutiérrez, Azevedo, etc.), en los que habrá de encontrarse una misma intención mental, aun actuando con métodos diferentes y donde el Derecho romano recibe reiterado tratamiento de Derecho común, situación que permanece hasta el siglo XVIII íntegramente y que perdura, aun posteriormente, hasta la recepción de la doctrina francesa y del Código de Napoleón en los tiempos modernos» (p. 246). c) El Derecho natural, que es el tercer elemento común del Derecho europeo, no debe ser entendido como un ordenamiento confesional, sino como la aportación de una nueva metodología racionalizadora en la tradición del *ius commune*, la que robustece la técnica del *usus modernus Pandectarum* hasta la Ilustración, junto con la que incide decisivamente en la Codificación. Sus orígenes se remontan a los postglosadores y prehumanistas, como Cino de Pistoia; se difunde paralelamente con la «provincialización de la Glosa» y la dispersión de las universidades y se fortalece con la crítica metodológica iniciada por los humanistas del *mos gallicus*, para los que viene a coincidir con el Derecho romano entendido como *ratio scripta*. En su recepción tardía en España y ya incorporado en la metodología del *usus modernus Pandectarum* se refleja, aparte de su consolidación por los juristas-teólogos del siglo XVI, por supuesto, en la obra de Llamas y Molina, en la de Juan Sala, continuada por Juan Morato y, justo antes de la Codificación, en la de Benito Gutiérrez. «Como nos revelan las referencias indicadas —concluye nuestro autor en este punto—, que no son ni mucho menos las únicas, nuestro Derecho vive, en vísperas de la Codificación, un auténtico *usus modernus Pandectarum*, con todo lo que ese término hemos visto representa, análogo al existente en Alemania cuando surgió la Escuela Histórica y cuya obra más importante y aún fundamental, a pesar de sus defectos circunstanciales y meramente técnicos, viene constituida por el propio Código civil, que aparece como resultado de un largo proceso de nuestra historia jurídica» (p. 280). d) El movimiento humanista, en su crítica del *mos italicus*, une teoría y práctica y genera el *mos docendi gallicus* del Derecho culto; se apoya en el análisis filológico de las fuentes romanas en un afán reconstructivo del Derecho clásico y sustituye el método interpretativo de los glosadores por un método deductivo y sistemático, el que se construye sobre la base de la *communis opinio doctorum*. Metodología ésta en la que destacan, durante los siglos XV y XVI, grandes maestros de la Universidad de Salamanca, tales como E. A. de Nebrija, F. de Vitoria, L. Vives, A. Agustín, Palacios Rubios, Galíndez de Carvajal, Gregorio López, Antonio Gómez, Covarrubias y Leyva, Martín de Azpilicueta, Vázquez de Menchaca, López Madera, E. Caldera, R. Suárez, J. Gutiérrez, Pichardo de Vinuesa, F. Amaya, Ramos del Manzano, Fernández de Rates, principalmente, quienes, en el período acotado, ejercieron su magisterio, de forma más o menos extensa, en dicha Universidad.

D. El último apartado del libro, como lo hemos anticipado, viene dedicado al estudio del problema concreto de la equidad en general y en el Derecho español, en particular. Tema complejo y algo descuidado por la

doctrina nacional y extranjera que el profesor De los Mozos trata con agudeza y rigor, combinando las dos técnicas metodológicas que, en las partes anteriores, él mismo nos ha dejado perfiladas con toda claridad. Comienza el estudio con la crítica de la contraposición positivista entre Derecho y equidad, así como de los intentos frustrados de relegar esta última a la esfera supralegal, al par que desarrolla amplia y convincentemente la tesis de que hay que integrar la justicia, el Derecho y la equidad, con arreglo al precedente del sistema de fuentes abierto que establece el artículo 4, ZGB. De cara al Derecho español, nuestro autor se adhiere a la opinión formulada por el maestro De Castro, según la cual la equidad funciona como un toque de atención acerca de la inadecuación de la norma aplicable al supuesto de hecho de que se trate y en virtud de la cual se ponen en juego los principios generales del Derecho para la solución del caso concreto; y al mismo tiempo, hace un análisis exhaustivo de los preceptos en los que el legislador, por medio de cláusulas generales de variada forma, abre la posibilidad de que el juzgador y el intérprete apliquen el criterio de proporcionalidad en el que, en el fondo, la equidad consiste. Interesa destacar que el nuevo artículo 3-2, C. c., como no escapa al buen criterio de nuestro autor, ha venido a yugular las virtualidades que como fuente autónoma de Derecho a la equidad corresponde con arreglo a la más pura tradición aristotélica, al limitarla a ser una de tantas otras técnicas de interpretación y de aplicación de las normas positivas.

IV. De todo lo expuesto, que refleja escasamente la originalidad del pensamiento de nuestro autor en materias de tanta trascendencia científica como las que hemos dibujado en sus rasgos más esenciales solamente, se infiere que estamos ante un libro importante, serio, maduro, construido con una maestría y técnica impecables y llamado, ciertamente, a influir de forma significativa en el desarrollo y perfeccionamiento de nuestra ciencia jurídica. El profesor De los Mozos tiene la valentía de defender con habilidad, y con aparato bibliográfico muy completo, la postura tradicional de que el fin del Derecho sigue siendo, pese a todo, la realización material de la justicia en la sociedad contemporánea; pero no de una justicia abstracta y evanescente, sino de la justicia histórica y concreta en sus dos vertientes, commutativa y distributiva. El trabajo es rico en sugerencias tanto para el jurista práctico como, por supuesto, para el teórico. Y la eficacia del método crítico y complejo de nuestro autor tiene, a nuestro juicio, su mejor comprobación en este libro que constituye, en el fondo, una especie de reflexión sobre sí mismo. Esperamos, por último, que las certeras orientaciones de su «escuela» den pronto frutos de una calidad al menos comparable con la del maestro y que el profesor De los Mozos plasme en breve en una obra sistemática de Derecho civil sus opiniones sobre los problemas que forman hoy el tejido del mismo.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA,

Doctor en Derecho

FERNANDEZ COSTALES, Javier: «*El contrato del arquitecto en la edificación*». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1977, 482 págs.

I. La presente nota crítica tiene su origen en la monografía de Fernández Costales, fruto de la Tesis Doctoral que realizó bajo la dirección del profesor Iglesias Cubria, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Su labor científica fue subvencionada como galardón por el Colegio Oficial de Arquitectos de León y Asturias. El autor analiza la compleja y abundante problemática jurídica que plantea el contrato del arquitecto en la edificación.

Entendemos que este análisis no es sencillo en nuestro Derecho, porque el Código Civil no contempla específicamente este contrato. Tan sólo menciona al arquitecto en los artículos 1.591, 1.593 y 1.909. Este escaso tratamiento legal tiene su causa en el desfase existente entre la normativa del Código Civil sobre las obras por ajuste o precio alzado (artículos 1.588 a 1.600), inalterada desde su publicación, y la situación actual de la técnica edificatoria, que está en constante evolución (1).

Diversas disposiciones legales, que han recogido y comentado la Comisión que redactó el Estudio-Informe sobre las atribuciones y obligaciones del arquitecto, aparejador y constructor en las obras de arquitectura (2), De la Cámara Mingo (3), Fernández Costales (4) y Herrera Catena (5), han venido a remediar en parte esta situación legal.

La figura del arquitecto no ha sido tenida casi en cuenta por nuestros tratadistas, que examinan la normativa del Código Civil sobre las obras por:

(1) Una tecnología avanzada —dice Díez Picazo— proporciona al hombre una serie de medios e instrumentos de acción antes desconocidos; crea un elenco de comportamientos, de actitudes y de maneras de hacer enteramente nuevas y suscita unos eventuales conflictos cuya solución se hace extraordinariamente difícil. ¿Cómo se supera el desfase con una legislación pensada para otras técnicas?

Sobre el problema del cambio tecnológico y sus consecuencias jurídicas, véase: DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, pp. 311 ss., y REIMER SCHMIDT, *Rationalisierung und Privatrecht*, en «Archiv für die Civilistische Praxis», 1966, pp. 1 ss. Hay una traducción española en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1967, pp. 1.485 ss.

Diversos autores (GARCÍA CANTERO, en el prólogo de la monografía de CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 18; CADARSO, op. cit., p. 25; IGLESIAS CUBRIA, en el prólogo de la monografía que estamos comentando, p. 6) han aconsejado la reforma de la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Tenemos conocimiento de que ha sido constituido un Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación, que ha redactado una Memoria sobre la necesidad urgente de la reforma de la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Se destaca principalmente la inactividad del artículo 1.591.

(2) Este Estudio-Informe ha sido publicado por la Editorial Reus, Madrid, 1972. Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España.

(3) DE LA CÁMARA MINGO, *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción. T. IV del Tratado práctico del Derecho referente a la construcción*, dirigido por GARCÍA-GALLO y LÓPEZ ORTIZ, Madrid, 1964, pp. 467 ss.

(4) FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pp. 45-75.

(5) HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, volumen 2º, Granada, 1977, pp. 266-280.

ajuste o precio alzado (6). Tan sólo se le ha prestado alguna atención al interpretarse el artículo 1.591, que establece la responsabilidad decenal de los profesionales de la construcción.

Esta normativa ha sido examinada desde la perspectiva de la relación obligatoria establecida entre el comitente y el contratista. Contrastá este escaso tratamiento legal y doctrinal con la importancia creciente que ha ido adquiriendo la figura del arquitecto en el proceso edificatorio. Este se ocupa tanto de la realización de los planos como de la dirección o control de los trabajos de construcción. Puede decirse que actualmente la bondad de la obra inmobiliaria depende en gran medida de la labor del arquitecto. Una prueba concluyente de ello son las numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (7), que solucionan los problemas jurídicos, que plantea el contrato del arquitecto en la edificación (8). Todas estas consideraciones evidencian el enorme interés que tiene la monografía que estamos comentando. En ella, se examina de forma amplia y ordenada la problemática jurídica que surge en torno al citado contrato. En consecuencia, deberá ser tenida en cuenta por todos aquellos que quieran comprender el fenómeno de la construcción inmobiliaria en su dimensión jurídica.

II. La monografía consta de X capítulos, separados en una Parte General y una Parte Especial. Fernández Costales fundamenta esta división en consideraciones de orden metodológico.

En el capítulo I, realiza una breve exposición del conjunto del problema que en general plantea la construcción de obras inmobiliarias, indicando la vaguedad de que adolece nuestro Código Civil en particular, y en general nuestro Ordenamiento legal, en la regulación de las responsabilidades que derivan de la construcción, ante situaciones y hechos harto conocidos por la jurisprudencia, la doctrina y la opinión pública, y que evidentemente exigen un estudio y reforma al día, en razón de lograr una verdadera efectividad en la seguridad y bienestar de las personas (9).

El capítulo II está dedicado al estudio de la problemática personal del arquitecto. Analiza su organización profesional y las formas de ejercicio de esta profesión, planteando como fenómeno actual el tema de las uniones

(6) Véanse los manuales y los comentarios de Manresa y Mucius Scaevola a la normativa del Código Civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Solamente DE LA CÁMARA MINGO (op. cit., pp. 467 ss.), BLANCO SOLER (*Contratos sobre la construcción de edificios*, en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1943, pp. 649-660) y SANTOS BRÍZ (*El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en la «Revista de Derecho Privado», 1972, páginas 379 ss.), estudian con algún detenimiento la relación obligatoria establecida entre el comitente y el arquitecto.

(7) Su naturaleza jurídica (SS. de 10 de junio de 1975 y 7 de junio de 1958); el precio u horarios del arquitecto (S. de 16 de junio de 1976); el desestimiento unilateral del comitente como causa de extinción del contrato (S. de 10 de junio de 1975), las diversas responsabilidades (SS. de 16 de febrero de 1957, 17 de junio de 1960, 17 de mayo de 1967), etc.

(8) FERNÁNDEZ COSTALES lo señala en la página 14.

(9) Véanse también las razones apuntadas en nuestro comentario a la monografía de Cadarso *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, en este ANUARIO (abril-junio 1977, pág. 397).

profesionales. Basándose en numerosas disposiciones legales, especifica las atribuciones y obligaciones del arquitecto.

Pone de manifiesto la urgencia de recoger en un Cuerpo legal unitario y sistemático, el ejercicio, ámbito y límites de la actividad de este profesional.

En el capítulo III, se contempla el problema de la naturaleza jurídica del contrato que celebra el arquitecto con el dueño de la obra, cliente o comitente. Estudia críticamente las diversas teorías que han sido formuladas: mandato, arrendamiento de servicios, contrato de obra, contrato de trabajo, contrato complejo y contrato innombrado. Así mismo expone la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (10).

Entiende que es un contrato de obra, tanto si la contratación del arquitecto se efectúa con la finalidad de confeccionar el proyecto, como si se realiza aquélla para la ejecución técnica de los trabajos. En la hipótesis de que el dueño de la obra y el arquitecto estipulasen que la recepción de la obra será efectuada por éste, cláusula ésta que le confiere un auténtico mandato, la relación jurídica perfeccionada sería de contrato de obra complejo. En los capítulos IV, V y VI, trata sobre la constitución, contenido y extinción del contrato del arquitecto en la edificación. Analiza sus elementos personales (modalidades de contratación), reales (proyecto, ejecución técnica y precio), y formales. Al exponer las obligaciones del arquitecto y del comitente, dedica una especial atención a la recepción de la obra, por sus repercusiones en la responsabilidad del arquitecto.

El contrato del arquitecto en la edificación se extingue por las causas generales, por desestimiento unilateral del comitente (art. 1.594) (11), muerte del arquitecto e imposibilidad de ejecutar la obra.

En los capítulos VII a IX, aborda la problemática de la responsabilidad civil del arquitecto, y señala la conveniencia de un seguro obligatorio para cubrir los riesgos que puedan derivarse del proceso edificatorio.

Según Fernández Costales, la responsabilidad contractual del arquitecto puede subsumirse en alguno de los siguientes supuestos de incumplimiento: in ejecución de la obra; ejecución defectuosa y ejecución tardía. Examina con especial atención el segundo de estos supuestos. Ello es debido a que la ejecución viciosa de la obra, hipótesis que puede aparejar la ruina de la edificación o simplemente consistir en vicios o defectos no ruinosos, es el supuesto de incumplimiento más problemático para concretar la responsabilidad del arquitecto.

Establece el régimen de atribución de las responsabilidades en el proceso edificatorio. Precisa el significado de los vicios del suelo, de la dirección y

(10) La importante Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975 establece la siguiente doctrina: «Que el contrato oneroso concluido por un arquitecto por el que se obliga a la dirección facultativa de las obras de un edificio ha de ser calificado como arrendamiento de servicios» (Considerando 2º).

(11) La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975 declara que, sobre esta base, tiene que ser desestimado el motivo primero, que denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.594, toda vez que este precepto, por su colocación sistemática como por su texto, sólo es aplicable directamente al arrendamiento de obra, no al de servicios.

de la construcción (cfr. art. 1.591), efectuando su consiguiente atribución a los diferentes profesionales que intervienen en dicho proceso.

La ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria puede producir una peculiar responsabilidad del arquitecto. La denominada responsabilidad decimal, que es disciplinada por el artículo 1.591. Fernández Costales entiende que esta responsabilidad tiene naturaleza «ex lege» (12), y su fundamento se encuentra en el orden público, la naturaleza de la obra y el carácter profesional del arquitecto.

Se ocupa también de determinar los efectos del incumplimiento, las modificaciones de la responsabilidad contractual, los sistemas de distribución de la responsabilidad (conurrencia de vicios y pluralidad de responsables), y el régimen jurídico de la acción de responsabilidad (legitimación activa y pasiva, carga de la prueba y prescripción).

Al final de la monografía, establece unas conclusiones generales, diversos apéndices, que recogen formularios y datos de interés, y una amplia bibliografía.

III. Pensamos que tiene razón el profesor Iglesias Cubria, cuando afirma en el prólogo (página 3) que el verdadero mérito de Fernández Costales radica en el pragmatismo de su trabajo. Las proposiciones apodícticas o axiomáticas se han utilizado en la medida indispensable. Su preocupación práctica le lleva a recoger diversos formularios e impresos (certificado final de la dirección de la obra; contrato del arquitecto en la edificación), el pliego de condiciones técnicas que habrá de regir en la ejecución de las obras inmobiliarias, y una copiosa jurisprudencia, que analiza críticamente.

Todo esto es digno de ser destacado, porque los preceptos como las construcciones doctrinales efectuadas sobre ellos son instrumentos de que servirse para solucionar con justicia y equidad, en cada caso concreto, particulares conflictos de intereses.

A estas cualidades, que garantizan una lectura provechosa, hay que añadir otra muy importante: no estamos en presencia de una obra farragosa y anárquica. El orden sistemático y la claridad expositiva se advierten nada más comenzar su examen.

Compartimos la mayoría de las tesis defendidas por Fernández Costales. No obstante, creemos obligado exponer nuestro parecer sobre algunos problemas jurídicos de particular importancia en la configuración del contrato del arquitecto en la edificación, sin que ello suponga ni desconocer el mérito indudable del autor, ni pretender que otras soluciones sean más defendibles.

La actual doctrina española se ha referido casi exclusivamente al contratista al interpretar la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Así, por ejemplo, al analizar los problemas del riesgo (arts. 1.588 a 1.590), del desestimiento unilateral del comitente (artículo 1.594) y de la recepción de la obra (art. 1.592).

Fernández Costales entiende acertadamente que esta normativa es también aplicable al arquitecto. Compartimos esta tesis. El examen de los ante-

(12) Acepta la tesis de HERRERA CATENA (*Responsabilidades en la construcción*, Volumen I, Granada, 1974, pp. 195-196).

cedentes próximos del Código civil y de la doctrina del siglo XIX justifica este punto de vista.

El proyecto de 1851 no establece distinciones entre el arquitecto y el contratista, seguramente porque aquél no logra ver reconocido su estatuto legal hasta finales del siglo XIX (13). Los artículos 1.532 y 1.534 del citado Proyecto se refieren al «arquitecto o empresario». García Goyena (14) afirma al comentar el artículo 1.534 que «han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, so pretexto de haberse encarecido los materiales o jornales». En relación con el artículo 1.535, idéntico al 1.594 del Código Civil, dice que «ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra» (15).

La generalidad de los tratadistas del siglo XIX siguen esta orientación. Escriche (16), Sánchez Molina (17), Benito Gutiérrez (18), Gómez de la Serna y Montalbán (19) definen al contrato de obra como el celebrado por un arquitecto, aralife o maestro de obras, obligándose a la construcción de una casa u otro edificio cualquiera, por un precio abierto.

Según Gómez de la Serna y Montalbán (20), se puede hacer de tres modos: 1.)º Poniendo el arquitecto el terreno además de sus servicios. 2.)º Poniendo únicamente su industria personal. 3.)º Poniendo su industria y además los materiales necesarios.

Escriche (21) y Gómez de la Serna y Montalbán (22) señalan los casos en que el arquitecto soporta el riesgo del perecimiento fortuito de la obra construida.

Este panorama legal y doctrinal va a reflejarse, como no podía ser de otra manera, en la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado. Sólo así puede comprenderse el texto del artículo 1.593 y que el párrafo 2.º del 1.591 no mencione al arquitecto. Por todo ello, pensamos que no es acertado seguir una pura interpretación literal de dicha normativa. El hecho de que los artículos 1.588, 1.589, 1.590, 1.591, párrafo 2.º, 1.593,

(13) En esta época, su intervención no se configura de modo autónomo en la dirección y en la ejecución de la obra. Sobre esta interesante cuestión, consultese ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. I, Voz «Arquitecto», Madrid, 1874, pp. 690 ss., y *Encyclopedie Jurídica Española*, Voz «Arquitecto», Ed. Seix, Barcelona, 1910.

(14) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza, 1974, página 803.

(15) GARCÍA GOYENA, loc. cit. anteriormente.

(16) ESCRICHE, op. cit., p. 695.

(17) SÁNCHEZ MOLINA, *El Derecho civil español en forma de Código*. Madrid, 1871, p. 839.

(18) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de obligaciones*, IV, Madrid, 1871, p. 467.

(19) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, II, Madrid, 1874, pp. 317-318.

(20) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, loc. cit. anteriormente.

(21) ESCRICHE, op. cit., p. 695.

(22) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, loc. cit. anteriormente.

1.594 y 1.595 no contemplen al arquitecto, no es un argumento decisivo (23).

No compartimos, en cambio, la solución que da Fernández Costales a dos importantes problemas jurídicos: los referentes a la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal y la recepción y entrega de la obra.

Según este autor, la fijación de la naturaleza de la responsabilidad decenal es una cuestión delicada. Estima que la base y punto de partida para lograr una adecuada determinación de la naturaleza de la responsabilidad por ruina, ex artículo 1.591, es la distinción, al igual que hacen García Cantero y Herrera Catena, de los dos párrafos que este precepto contiene, para administrarles un tratamiento jurídico distinto. El párrafo 1.º establece una responsabilidad «ex lege»; el párrafo 2.º, una típica responsabilidad contractual.

Cadarso (24) ha criticado acertadamente esta tesis, que también sustenta Herrera Catena (25). No se ve en qué ha de diferir la calificación de extracontractual aplicada al artículo 1.909, frente a la legal referida al 1.591, párrafo 1.º.

La observancia de las reglas del arte de la construcción viene impuesta a los profesionales de la construcción previamente a cualquier relación contractual. Pero este reconocimiento no excluye que la responsabilidad decenal sea contractual. En el contrato no es todo voluntad. Y si éstos están obligados a construir bien aun con independencia de haberse comprometido a ello mediante contrato, cabe decir que estamos aquí frente a un supuesto más de determinación heterónoma de la reglamentación contractual (cfr. artículo 1.258), por otra parte cada vez más frecuente en la vida moderna, sin que por ello haya de excluirse totalmente la operatividad del régimen de la responsabilidad contractual (26).

En el supuesto contemplado en el artículo 1.591, el contratista y el arquitecto han realizado un cumplimiento inexacto de sus obligaciones, que podemos calificar como «ejecución de una prestación defectuosa». Se trata de un supuesto en que las prestaciones han sido ejecutadas, pero de manera inadecuada: el contratista ha empleado materiales inadecuados o ha construido sin atenerse a las reglas de la técnica; el suelo presentaba especiales características que exigían una especial construcción, la dirección de la obra ha sido descuidada. En base a este cumplimiento defectuoso, el artículo impone a las partes contratantes culpables el deber de resarcir los daños y perjuicios causados al comitente. El artículo 1.591 resuelve, en definitiva, un problema de cumplimiento de contrato que es ajeno a los posibles ter-

(23) Algun autor parece que ha advertido esto. Dice GULLÓN (*Curso de Derecho Civil. Contratos en particular y responsabilidad extracontractual*. Madrid, 1972, p. 268) que el párrafo 2.º del artículo 1.591 debe ser integrado, ya que únicamente menciona al contratista, como legitimado pasivamente frente al comitente, siendo así que el arquitecto puede haber faltado a las condiciones del contrato de obra.

Véase también DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, Madrid, 1976, p. 343, nota 2; GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 1055, y HERRERA CATENA, op. cit., vol. II, Granada, 1977, p. 283.

(24) CADARSO, op. cit., p. 99.

(25) HERRERA CATENA, op. cit., vol. I, p. 196.

(26) CADARSO, op. cit., p. 100; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. y vol. cits, p. 334.

ceros perjudicados (27). Refuerza esta interpretación, la circunstancia de que el artículo 1.591 se encuentre situado en la sección que regula las obras por ajuste o precio alzado. Se mueve dentro del ámbito contractual. No puede desconocerse que el artículo 3 del nuevo Título Preliminar dispone: que las normas se interpretarán en relación con su contexto.

La conexión de los dos párrafos del artículo 1.591 es una cuestión que hace dudar a muchos autores. Fernando Costales entiende que las responsabilidades que ambos párrafos establecen, no tienen idéntica naturaleza jurídica.

A nuestro modo de ver, el hecho de que el párrafo 2.º del artículo 1.591 establezca una indudable responsabilidad contractual, no motiva necesariamente que el párrafo 1.º configure una responsabilidad de diversa naturaleza jurídica (legal o extracontractual). Como dice García Cantero (28), el párrafo 2.º constituye una oración elidida que debe completarse con el primero.

Entendemos que ambos párrafos se armonizan perfectamente. Uno establece la denominada «garantía decenal». La ruina ha de producirse dentro del plazo de diez años a contar desde que se concluyó la construcción. Otro establece el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad decenal. Quince años a contar desde que acontece la ruina.

El párrafo 2.º del artículo 1.591 se refiere a la falta a las condiciones del contrato. Alude tanto a las específicamente determinadas por las partes contratantes como a las derivadas de la «lex artis» de la construcción (cfr. artículo 1.258). El defectuoso cumplimiento de estas condiciones da lugar a la existencia de un vicio del suelo, de la dirección o de la construcción, que provoca la ruina del edificio construido.

Esta solución no es nueva en el Derecho comparado. Los artículos 1.639 del Código Civil italiano de 1865, que seguramente fue tenido en cuenta por nuestros codificadores (29), y 1.669 del Código Civil italiano de 1942, establecen un plazo de garantía decenal y un plazo de prescripción de la acción.

Fernández Costales entiende que la recepción de la obra determina la transferencia del riesgo al comitente. Esta tesis ha sido también defendida por Santos Briz. Este autor piensa que la entrega carece de efectos jurídicos por sí sola, ya que para su eficacia jurídica ha de añadirse el reconocimiento de que su construcción es conforme al contrato (30).

A nuestro juicio, la entrega y la recepción de la obra son dos actos jurídicos distintos. La entrega se produce cuando la obra es puesta a disposición del comitente; la recepción de la obra es el acto jurídico por cuya virtud se entiende aprobada y recibida la obra construida (cfr. art. 1.592). Según nuestro Código Civil, la transferencia del riesgo tiene lugar en el

(27) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, p. 686, y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen I, Madrid, 1966, página 629.

(28) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 1110.

(29) CADARSO señala que el artículo 1.639 del Código Civil italiano de 1865 debió ser tenido en cuenta por nuestros codificadores al establecer el comienzo del plazo de garantía decenal (op. cit., p. 346).

(30) SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Derecho de Obligaciones*. Volumen IV, Madrid, 1973, p. 358.

momento de la entrega (arts. 1.598 y 1.590); no en el de la recepción: Esta solución es lógica y justa. Con la entrega, la obra construida deja de estar bajo el control del profesional de la construcción. No se comprende entonces por qué causas ha de seguir soportando el riesgo de su perecimiento fortuito.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,

*Profesor de Derecho civil de la Universidad
Autónoma de Madrid*

HERRERA CATENA, Juan: «**Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores**». Volumen II, Granada, 1977, 348 páginas.

I. Cuando comentamos la reciente monografía de Cadarso Palau, «La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores» (1), dijimos que nuestra doctrina se había ocupado escasamente del contrato de obra, y, lógicamente, de la responsabilidad decenal de los profesionales de la construcción (cfr. arts. 1.591 y 1.909 del Código civil). Nuestra opinión es ahora otra, pues en poco tiempo han aparecido tres monografías (2) sobre este importante tema, que tienen su origen en diversas tesis doctorales. También empieza a notarse una mayor preocupación por parte de nuestras tratadistas. En los manuales más modernos (3), el contrato de obra, y, en concreto, la responsabilidad decenal se analiza con la amplitud y el cuidado que merece.

Herrera Catena ha sido el primer autor que ha estudiado a nivel monográfico en nuestro país la responsabilidad de los profesionales de la construcción, si bien no puede desconocerse la valiosa aportación de García Cantero, en su conocido estudio sobre la responsabilidad por ruina de los edificios (4).

En el año 1974 ve la luz un volumen de Herrera Catena, que lleva el título «Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores». Volumen I. En la introducción, el autor da noticia de su propósito de ofrecer un estudio exhaustivo en diversos volúmenes de la responsabilidad decenal.

II. El volumen que vamos a comentar es la continación del que apare-

(1) En el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio, fascículo II, 1977, páginas 397-400.

(2) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977; FERNÁNDEZ HIERRO, *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1976, y la que comentamos de Herrera Catena.

(3) GULLÓN: *Curso de Derecho civil. Contratos en particular y responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1973, y COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1975, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1976.

(4) GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de los edificios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre, fascículo IV, 1963, pp. 1.035 y siguientes.

ció en 1974. El autor parte de las conclusiones a que llegó en el mismo (5). Conviene, por ello, que expongamos brevemente su contenido.

Herrera Catena analizó con amplitud las siguientes cuestiones: el concepto, los antecedentes y las motivaciones de la responsabilidad decenal (capítulo I); la recepción de la obra (capítulo II); la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal, que califica como legal (capítulo III), y, por último, la delimitación de los presupuestos materiales que han de darse (ruina o daños del artículo 1.908) para responsabilizar decenalmente a técnicos o constructores (capítulo IV).

En el presente volumen, el autor ha optado por continuar la numeración de capítulos iniciada en el volumen I, en aras de una fácil localización de las cuestiones tratadas. Se comienza, pues, con el capítulo V, que trata de los plazos de garantía y de prescripción. Según Herrera Catena, el artículo 1.591 establece dos plazos de garantía. Uno de diez años y otro de quince años. Las acciones dimanantes del artículo 1.591 prescriben a los quince años; la dimanante del artículo 1.909 prescribe al año, ya que de la concordancia de los artículos 1.591 y 1.909 nace una responsabilidad extracontractual.

El capítulo VI está dedicado al análisis de las cláusulas exoneratorias o modificativas de la responsabilidad decenal, bajo cuya denominación—se nos dice (pág. 29)—acoge los pactos contractuales sobre la duración o el contenido de dicha responsabilidad, tanto los que persigan la exoneración total de la misma como los que conciernan solamente a su modificación (limitado o agravado) en cuanto a duración o contenido (6). El autor expone los criterios fundamentales para juzgar la validez de las cláusulas exoneratorias o limitativas, analizando la aplicabilidad de los mismos en materia de responsabilidad decenal (pág. 33), y la incidencia de las normas tecnológicas de la edificación en este tema (pág. 57).

Se concluye este capítulo con el análisis de la conexión de las cláusulas exoneratorias o limitativas con el seguro de la responsabilidad civil (pág. 84) y las condiciones generales (pág. 86).

En el capítulo VII se estudia la problemática jurídica que plantea la carga de la prueba en el marco de la responsabilidad decenal. Comienza el autor exponiendo las enseñanzas que brindan el Derecho romano y Las Partidas. A continuación, analiza las principales posiciones mantenidas en el Derecho comparado, valorando su grado de aplicación al nuestro. Verificado este recorrido, se detiene en un minucioso análisis del problema en el Derecho español. Examina el artículo 1.532 del Proyecto de 1851 y contempla las diversas situaciones incardinables en cada uno de los párrafos del artículo 1.591 o en la concordancia de este precepto con el artículo 1.909. Pasa revista a las diversas posiciones mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia, sobre las que formula un amplio juicio crítico.

(5) Afirma que «las cuestiones tratadas en el volumen I tienen el carácter de presupuestos para las que se estudian en el volumen II (página VII del prólogo del volumen I).

(6) Cláusulas acortando o alargando los plazos prescriptivos de las acciones contempladas por los artículos 1.591 y 1.909; cláusulas fijando el momento inicial o dejando en suspenso la prescripción, y cláusulas relacionadas con el resarcimiento de daños.

En relación con el párrafo 1.º del artículo 1.591, entiende que el legitimado activamente (el comitente) debe probar únicamente el hecho de la ruina dentro del plazo de garantía decenal, correspondiendo a los legitimados pasivamente (técnicos y constructores) demostrar que el evento no fue debido a las causas a ellos concernientes (pág. 153).

En relación con el párrafo 2.º del artículo 1.591, afirma que el comitente tiene que probar el hecho de la ruina y el de la falta del contratista a las condiciones del contrato (pág. 154).

Cuando se accione en base en la concordancia de los artículos 1.909 y 1.591, entiende Herrera Catena (pág. 154) que el artículo 1.909 constituye una excepción al régimen general establecido en los artículos 1.907 y 1.908 que le precede, para el caso de que el daño a que éstos se refieren resultare por defecto de construcción. Y como quiera que el artículo 1.907 contempla la ruina total o parcial de un edificio, mientras que el artículo 1.908 enumera otros supuestos, estima que debe exponerse separadamente la problemática del *onus probandi* en las diversas situaciones fácticas subsumibles en uno y otro precepto. Concluye el autor el capítulo, destacando la incidencia de las normas tecnológicas de edificación en el problema de la carga de la prueba (pág. 174), y la imposibilidad de su inversión convencional (pág. 180).

El capítulo VIII es el último del presente volumen. En él se examinan las causas de la ruina; es decir, los vicios en la construcción de las obras inmobiliarias. Con carácter introductorio, el autor estudia las numerosas y dispersas disposiciones legales, que regulan el proceso edificatorio (página 187). Estimamos que sólo estableciendo con cuidado y precisión las atribuciones de los diferentes profesionales de la construcción, que figuran en dichas disposiciones legales, pueden distinguirse los diferentes vicios determinantes de ruina.

Herrera Catena analiza el significado de los vicios de la construcción, del suelo, de la dirección y del proyecto (cfr. artículo 1.591). También precisa el significado del defecto de construcción, que aparece en el artículo 1.909 (págs. 191 a 285). Concluye este sugestivo y documentado capítulo con la exposición de las causas de la ruina en nuestra jurisprudencia (pág. 286).

III. Se trata, como ha podido apreciarse en esta somera descripción, de una obra madura, muy documentada y trabajada. Herrera Catena profundiza en los problemas, y ofrece, por ello, soluciones motivadas y con base en nuestro derecho positivo.

Tal vez el mayor valor de la obra reside en el excelente estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta cualidad ya la apreciamos cuando leímos hace algunos años el volumen I. En el que ahora aparece, se estudian nada menos que veintinueve sentencias sobre las causas de la ruina. El autor expone los hechos, la doctrina jurisprudencial y un jugoso comentario.

No estudia solamente la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado (arts. 1.588 y 1.600). Tiene también en cuenta las numerosas disposiciones legales que disciplinan el proceso edificatorio, lo cual contribuye a un mejor entendimiento y solución de los problemas que presenta la responsabilidad decenal.

Nos parece acertado su propósito de poner el Derecho al servicio de la vida. Esto lo logra a través de su atenta interpretación de la normativa del Código civil, del exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de la exposición ordenada y detallada de las normas tecnológicas de edificación.

Esperemos con interés la próxima aparición del volumen III y del Apéndice, donde tratará de forma pormenorizada la problemática relacionada con los supuestos de legitimación (activa y pasiva) a la hora de ejercitar las acciones de responsabilidad decenal; las situaciones litisconsorciales en dicho ejercicio de acciones; los criterios para atribuir y distribuir responsabilidades, y los aspectos fundamentales del daño y su problemática.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,

*Profesor de Derecho civil de la Universidad
Autónoma de Madrid*

MARTINEZ-CALCERRADA, Luis: «La discriminación de la filiación extramatrimonial». Editorial Montecorvo. Madrid, 1977, 602 págs.

Precedido de un interesante prólogo de Antonio Hernández-Gil, quien pone de relieve los componentes biológico-social y ontológico-ético de la persona y los aspectos pre y suprajurídicos de ésta que subyacen en el tema tratado, la obra que voy a reseñar del magistrado Martínez-Calcerrada, verdadero especialista en la materia a la que he dedicado su atención en variados estudios monográficos, viene a sumarse, con importancia singular, al copioso número de libros y trabajos sobre la filiación ilegítima que últimamente proliferan en España, como resultado cierto de una preocupación social creciente, y entre los que destaca el luminoso estudio de Manuel de la Cámara (Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español), que tuve ocasión de comentar ampliamente en este mismo Anuario (A. D. C. 1976, página 1157).

El libro de Martínez-Calcerrada presenta, no obstante, con relación a la mayoría de las monografías recientes sobre la materia, una doble originalidad; la primera es el tratamiento paralelo de los problemas de la filiación ilegítima y de la adoptiva, englobadas acertadamente bajo el concepto de filiación extramatrimonial. La segunda consiste en detenerse en el examen, no sólo de las causas jurídicas, sino especialmente de los motivos sociológicos, psicológicos y médicos, que contribuyen en una gran medida a la discriminación o marginación humana tan justamente denunciadas.

La obra se distribuye en tres grandes títulos, bajos los epígrafes «teoría general de la filiación extramatrimonial», «el Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial» y «el Derecho español ante la filiación extramatrimonial», para terminar con un repaso a las conclusiones doctrinales de los tratadistas españoles y con la exposición de las conclusiones personales del autor. Remata el libro un pequeño apéndice donde se recogen especial-

mente algunas Resoluciones de interés de la Dirección General de los Registros y del Notariado y se da noticia de los trabajos preparatorios para la reforma en materia de filiación emprendidos en la Comisión General de Codificación.

El título primero comienza con una breve precisión terminológica, en la que se justifica el término elegido «filiación extramatrimonial», por su mayor expresividad y comprensividad y también por su, diríamos, neutralidad, pues en él no destaca tanto el carácter peyorativo del adjetivo «ilegítimo». Tras esta introducción, el capítulo primero aparece dedicado al examen de la filiación ilegítima y se inicia con el estudio de su concepto y de sus clases. El primero plantea el problema esencial de delimitar la filiación legítima de la ilegítima, cuya separación, claro es, radica en la existencia o inexistencia del matrimonio en cada una de ellas. El autor pone de relieve acertadamente que si, dogmáticamente, la ausencia del matrimonio debería ir referida al momento de la concepción para calificar entonces la filiación como ilegítima, este preeminencia lógica de la concepción aparece difuminada prácticamente en todas las legislaciones y sistemas históricos que, por razones de prudencia legislativa, consideran como legítimos hijos nacidos dentro del matrimonio, aunque concebidos antes de él. Y en cuanto a las clases de la filiación ilegítima, señala Martínez-Calcerrada cómo la típica diferenciación entre la natural y la no natural viene a reforzar aquella prevalencia lógica del momento de la concepción, pues es decisiva en esa distinción la aptitud de los padres para contraer matrimonio referida precisamente al repetido momento y no al del nacimiento del hijo. Llama, sin embargo, la atención que el autor admite como una categoría independiente dentro de la filiación ilegítima no natural, junto a la incestuosa y a la adulterina, a la filiación *sacrilega*, que si tuvo razón de ser en determinados momentos históricos debe carecer hoy de sustantividad específica y, concretamente en nuestro Derecho, debe estimarse incluida en la filiación natural, como admite la doctrina más reciente, atendiendo a la simple letra de los artículos 119 y 83-4º del Código civil, y ha venido a ser confirmado por la Resolución de 14 de agosto de 1973.

Los antecedentes históricos de la filiación ilegítima son expuestos a continuación por el autor, con claridad y buen acopio de datos, deteniéndose en cada caso en examinar su concepto, clases, contenido y efectos. No se trata, sin embargo, de una simple exposición erudita, pues Martínez-Calcerrada se preocupa en destacar, en cada fase histórica, las características más significativas del sistema. Así, en el Derecho romano, subraya cómo la cualidad de hijo ilegítimo no era causa de inferioridad social y cómo el reconocimiento —pieza esencial en nuestro Derecho a partir de las leyes de Toro— fue desconocido entonces en su acepción técnica, al circunscribirse la noción de la filiación natural a los hijos habidos de concubina. En el Derecho canónico pone de relieve la aparente contradicción entre el rigor con que se configura la ilegitimidad, como resultado del estigma que cae sobre toda unión ilícita, especialmente las de los clérigos, y las facilidades otorgadas para la prueba de la filiación al admitirse toda clase de medios, in-

cluso los testigos y los indicios, en torno a la investigación de la paternidad. Especialmente penetrante es el estudio de nuestro Derecho histórico, en el que examina el autor la institución particularísima de la barraganía, no sólo tolerada, sino casi legalizada en multitud de nuestros Fueros medievales; la recepción fiel que hacen las Partidas del Derecho romano en cuanto al concepto de la filiación natural y su curiosísima clasificación de los demás hijos ilegítimos, y los atisbos del reconocimiento en algunos Fueros, institución que, sin embargo, no adquiere sustantividad específica hasta las citadas leyes de Toro.

Del reconocimiento trata precisamente el siguiente apartado, subrayando el autor, ya con vista a las soluciones que luego propondrá, dos ideas fundamentales, cuales son su necesidad institucional en la filiación ilegítima, al no poder funcionar las presunciones legales de legitimidad, y su campo de aplicación que debe extenderse de la filiación natural a la no natural. Martínez-Calcerrada con sólidas razones, y recogiendo el criterio más moderno de la doctrina española, propugna esta ampliación del ámbito del reconocimiento, que comarto, desde luego, sin reservas. En cuanto al problema de si el hijo ilegítimo debe o no ostentar un verdadero «estado civil», el autor se inclina por la tesis afirmativa, a la que califica de minoritaria en la doctrina actual. Por mi parte, creo que esta solución es hoy incontrovertible, pues incluso los hijos ilegítimos no naturales gozan de muchos más derechos de los que primitivamente se pensaba: además del derecho a alimentos, nos encontramos con los derechos derivados de los artículos 47 y 206 del Código, con la nacionalidad española, según la letra del artículo 17 y la doctrina más autorizada, refrendada por la Resolución de 7 de mayo de 1965, con los derechos al subsidio familiar por Seguridad Social, por accidentes de trabajo y por familia numerosa. El problema es, pues, otro distinto, concretamente el de saber cómo queda establecida en nuestro Derecho la filiación ilegítima no natural.

Muy interesante es la parte final de este capítulo, en la que Martínez-Calcerrada se enfrenta, con un enfoque realmente original, con la cuestión que denomina «situación socio-legal de la filiación ilegítima.» En síntesis, la opinión fundamental del autor es la de que, tomando la enseñanza de la Historia que nos demuestra que la consideración jurídica de la filiación ilegítima ha dependido de su consideración social, es laudable y necesario procurar hoy una equiparación *racional* entre los hijos legítimos y los ilegítimos en el plano legislativo. Pero —y ésta es una intuición esencial— nada se conseguirá en el simple ámbito jurídico, si paralelamente no se consigue que la discriminación desaparezca en la sociedad, en la familia y en la propia conciencia del hijo ilegítimo. Que la reputación social y familiar del hijo ilegítimo no son, en la sociedad española actual, nada buenas es algo obvio y el autor repasa, con verdadera agudeza, las razones de esta repulsa y los posibles remedios, casi todos de educación moral y, consiguientemente, de difícil consecución. Pero si esto es malo, es aún peor la constatación de que el propio hijo ilegítimo, en su esfera psico-personal, se encuentra marginado o segregado y por esto se dificulta aún más alcanzar la meta de que llegue a convencerse de que su condición no es inferior a

la del hijo legítimo. Algunas veces será posible evitar este peligro ocultando al hijo su origen extramatrimonial, pero esta solución comporta el gravísimo riesgo de que se entere posteriormente de la verdad, lo que puede acarrearle un verdadero trauma psíquico. La cuestión es, desde luego, fascinante, pero particularmente abrigo la esperanza, ante la apresurada evolución social a que asistimos, de que el estigma de la filiación ilegítima desaparezca como fenómeno sociológico en plazo no largo.

El capítulo segundo de este título está dedicado, con técnica y sistemática similares, al estudio de la filiación adoptiva. Se van exponiendo así el concepto de la adopción, sus antecedentes históricos, con particular detenimiento en la dualidad del Derecho romano y, en forma más breve, su contenido en el Derecho germánico y medieval y en nuestro Derecho histórico. Su caracterización técnico-jurídica, configurada por el autor bajo la expresiva frase «filiación extramatrimonial inlegítima», y la determinación de su estado civil, que hoy en España no ofrece dudas tras las reformas de 1958 y de 1970, sirven de enlace para examinar la cuestión más importante de este capítulo que consiste, lo mismo que en la filiación ilegítima, en las causas de su marginación, no ya por razones jurídicas, sino por motivos sociales, familiares y personales, y en los medios para evitar o limitar tal situación. En la adopción plena y cuando la familia biológica es desconocida, las dificultades se presentan ante el riesgo de que el adoptado descubra su verdadero origen. Suscribo plenamente la afirmación de Martínez-Calcerrada de que esta dificultad ha de resolverla preferentemente la actitud responsable de los padres adoptivos que deben revelar su origen al hijo de modo gradual. Como dice textualmente el autor: «El silencio o incertidumbre han de condenarse, así como los falsos sentimentalismos por no herir su inocencia: es preferible inculcar esa realidad desde que el niño tenga capacidad de asimilación a conformar un riesgo de insospechados menoscabos neuróticos en la personalidad del afectado.» Por otra parte, si en la adopción simple las tensiones disminuyen sensiblemente, al menos en los casos normales, en la plena, y cuando es conocida la familia biológica, surge un nuevo problema, el de la pugna entre ambas familias, sobre el que discuten con exceso los especialistas, olvidando que es el interés superior del hijo el que debe prevalecer. Un tema sugestivo, que ha preocupado a los tratadistas especialmente en materia de adopción, y que certamente amplía Martínez-Calcerrada a la filiación ilegítima en general, es el llamado «síndrome de hospitalismo», que la experiencia médica demuestra constituye un pesado lastre para conseguir la recuperación social de los acogidos en orfelinatos. Con abundantes citas doctrinales, el autor va enumerando las causas de ese síndrome (insuficiencias materiales de los establecimientos, falta de amor o hambre psíquica, trato impersonal), que pueden desencadenar gravísimos efectos, como alteraciones irreversibles somáticas, en la inteligencia y en la conducta. Recuerda la aterradora afirmación de Vallejo Nájera: «Un niño criado desde sus primeros días en un orfanato jamás ha alcanzado una personalidad destacada en la vida adulta», y su tesis de que el único tratamiento adecuado del hospitalismo es suprimir cuanto antes la estancia en el hospital y enviar al niño a un hogar adoptivo. La experiencia

médica ha demostrado, además, que pasados tres años en el orfelinato ningún beneficio produce ya la adopción.

Cierra el autor esta interesantísima parte de su libro con una recapitulación y comparación de las cuestiones similares tratadas en ambas clases de filiación, recogiendo finalmente la acertada opinión de Mendizábal Osés, especialista en Derecho del menor, quien ha propugnado, como sanción «de lege ferenda», la privación de la patria potestad del o de los progenitores culpables con su conducta de la anómala personalidad de sus hijos.

El título segundo de la obra, donde se examina el Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial, contiene un riguroso y muy completo estudio sobre los Derechos francés, italiano y alemán. El autor no se limita a exponer la legalidad vigente en estos tres países, sino que además explica abundantemente su paulatina evolución desde las primeras Codificaciones y las disposiciones legales sucesivas que, de modo continuo e irreversible, han ido procurando eliminar la discriminación que sufrían los hijos ilegítimos y los adoptivos.

He de subrayar la importancia del título, no ya sólo en el plano del puro Derecho comparado, sino principalmente como material de trabajo imprescindible para las reformas legislativas necesarias en España. Sobre todo, respecto de la filiación ilegítima, tiene un alto valor para nosotros el particularizado examen de la ley francesa de 3 de enero de 1972 y de la ley italiana de 19 de mayo de 1975, cuyos avances y aciertos en la materia no pueden ser ignorados en modo alguno. Esto no significa, sin embargo, que el legislador español haya de copiar sin más las soluciones de otros países, pues es forzoso respetar las particularidades de nuestro Derecho, por ejemplo, en materia sucesoria, y en todo caso una modificación legislativa de tanta trascendencia no puede realizarse precipitadamente. Es mejor tardar algo más en la reforma, que no sacar a la luz un texto poco trabajado, con los consiguientes peligros de desarmonía y de contradicciones en el sistema.

El título tercero, dividido en tres capítulos, lleva el epígrafe «El Derecho español ante la filiación extramatrimonial», y comienza con un apretado capítulo en el que se exponen los precedentes codificadores y legislativos de nuestro sistema actual. Aparte de un buen estudio del Proyecto de 1851, resulta muy interesante el análisis que nos ofrece el autor sobre el artículo 43 de la Constitución de la II República y sobre el Anteproyecto de la ley entonces preparado sobre investigación de la paternidad. También, en materia de adopción, encontramos unas referencias de interés al Derecho republicano de 10 de abril de 1937 y a la ley de 17 de octubre de 1941.

El capítulo segundo trata ya del sistema vigente en España y en él se examina de forma muy clara y completa todo el Derecho positivo sobre filiación extramatrimonial, incluyendo no sólo los preceptos del Código, sino también los de la legislación del Registro Civil y los de las Compilaciones

forales. Ahora bien, excepto en algún tema concreto, como el de la validez del reconocimiento de hijo natural en testamento sin contenido patrimonial, la exposición resulta, a mi juicio, algo esquemática, al no detenerse Martínez-Calcerrada en el examen de bastantes cuestiones doctrinales de interés y en sus soluciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Dirección General de los Registros. Se nota esta falta, por ejemplo, en materia de impugnación del reconocimiento, en la aparente contradicción entre los artículos 137 del Código civil y 188 del Reglamento del Registro Civil, en los conflictos de leyes en las relaciones paterno-familiares a la vista del artículo 9.4 del Título preliminar o en los problemas sobre la forma de la adopción. Ciento es que en el Apéndice que cierra el libro se contienen, sin comentarios, referencias a algunas Sentencias y Resoluciones, y también que en muchas ocasiones la omisión es intencionada, pues el autor, por ejemplo, se remite en el tema de la naturaleza del reconocimiento o de su forma en «otro documento público» a la excelente monografía de Albadalejo. Estas circunstancias justifican, desde luego, el criterio seguido por Martínez-Calcerrada y no es mi propósito censurarle por el sistema elegido. Lo único que ocurre es que el estudioso que quiera profundizar en los problemas de nuestro Derecho actual en filiación extramatrimonial, especialmente en la ilegítima, no deberá conformarse con el contenido de este capítulo, sino que le será conveniente acudir a otras obras más específicamente dedicadas al tema, como la ya citada de Manuel de la Cámara o la también excelente de Rodríguez-Adrados («La evolución del Derecho de familia en materia de filiación», ponencia presentada por el Notariado Español al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino de Barcelona, 1975, editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 535 y ss.). El panorama tan sombrío y atrasado que ofrece Martínez-Calcerrada sobre nuestro Derecho positivo quedará de este modo bastante más templado.

El capítulo III de este título, bajo el epígrafe «Aspiraciones de "lege ferenda" en la filiación extramatrimonial», se enfoca bajo un prisma muy original, cual es el de confrontar el Derecho español con el estudio llevado a cabo por Vieno Voitto Saario en la Comisión de Derechos Humanos de la O. N. U., así como con la Constitución «*gaudium et spes*» del Concilio Vaticano II y con la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Esta comparación pone de relieve, según el autor, que la discriminación, además de en las esferas familiar, social y personal, se revela jurídicamente en los siguientes aspectos: carencia de un «*status familiae*» por el hijo ilegítimo no natural, limitadísimo derecho a alimentos del mismo y exclusión de verdaderos derechos sucesorios y, en fin, en cuanto a la adopción, falta de verdadera equiparación con la filiación legítima, lo que es particularmente lamentable en la adopción plena, pese a la declaración general del artículo 176 del Código. Un repaso a los remedios extrajurídicos necesarios para resolver esta situación cierra este capítulo.

Tras una exposición de varias importantes conclusiones doctrinales sobre el tema debatido, donde se enumeran las de Vázquez Richart, Gómez de Liaño, De la Cámara, Oltra Moltó, Rodríguez Adrados y las del Congreso Jurídico Catalán de 1971, Martínez-Calcerrada defiende con convicción sus

propias conclusiones que, en síntesis, son las siguientes: 1) En la filiación ilegítima: a) Principio de veracidad y libertad absoluta en la investigación de la paternidad o maternidad; b) Principio de igualdad: asimilación «racional» a la filiación legítima; c) Supresión de todo vestigio de segregación social; d) Revocación de la escala valorativa vigente en la reputación familiar, y e) Autoconvicción liberadora del hijo ilegítimo. 2) En la filiación adoptiva: a) Desaparición de la especie adopción simple; b) Goce por el adoptado de una posición jurídica idéntica a la de los hijos legítimos; c) Restringir al tiempo imprescindible la permanencia de los abandonados en establecimientos de beneficencia; d) Fomento de la adopción, con protección especial a las organizaciones existentes o que se creen con tal fin, así como a las familias que adopten, y e) No descuidar la vigilancia de las familias adoptivas.

Llegada la hora de hacer balance del contenido de la obra, el juicio crítico, con los pequeños reparos que ha ido apuntando, ha de ser necesariamente muy positivo. La temática y enfoque del tema tratado y, muy especialmente, las conclusiones defendidas por el autor son dignas de aprecio y alabanza y no pueden estimarse, en modo alguno, exageradas ni progresistas. La única objeción seria que puede hacerse al libro del Magistrado y doctor en Derecho, Luis Martínez-Calcerrada, es el no examinar, si no es de forma muy incidental, los problemas especiales que plantea dentro de la filiación ilegítima, la filiación investuosa. Consciente o inconscientemente el libro parece estar pensado sólo para los hijos adulterinos. Hubiera sido muy interesante que aquel original enfoque, que encomié al principio de esta reseña, hubiera sido utilizado para examinar esa filiación tan singular. La equiparación racional propugnada por el autor entre filiación legítima e ilegítima —que, por lo demás, comparto plenamente— creo que ha de quebrar, en interés del propio hijo, cuando el mismo tenga un origen incestuoso. Por razones obvias, la veracidad biológica no debe prevalecer en estos casos, salvo quizá en algún supuesto muy excepcional, y hay que procurar por todos los medios restringir en lo posible lo que en otra ocasión denominé «publicidad aterradora» de la filiación incestuosa.

Esta objeción no impide, en modo alguno, que felicite al autor por su excelente trabajo, cuya lectura recomiendo vivamente a todos los juristas españoles interesados en el complejo y difícil tema de la filiación extramaterial.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS,

*Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

PEREZ SERRANO, Nicolás: «Tratado de Derecho político». Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1976, 847 págs.

Puede parecer insólito el dar cuenta aquí de un libro de Derecho político. Me parece ello justificado y por más de una razón. Su autor, en su vida y en su obra nos hubo de mostrar lo cierto de la esencial unidad del Derecho, la inexistencia de fronteras entre el Derecho público y el Derecho privado. Don Nicolás fue ciertamente un gran profesor de Derecho político y, a la vez, un profundo conocedor del Derecho privado, de lo que ofrece buena prueba su colaboración en el ANUARIO (1).

El *Tratado de Derecho político*, cuya publicación hemos de agradecer a la piedad filial de Nicolás Pérez-Sarrano y Jáuregui, habrá de ser leído con provecho por todos los juristas, en especial en estos momentos de confusión de ideas y de conceptos. Escrito con la claridad y elegancia de estilo que distinguiera siempre sus escritos y lecciones, enseña cómo han de enfocarse las cuestiones jurídicas, aun las más controvertidas y difíciles, a pesar del «ritmo pendular» de las concepciones políticas y de las pasiones partidistas —que don Nicolás viviera y padeciera—, nos muestra que es debido y posible que el jurista los considere objetivamente.

La interdependencia existente entre el «status subjectionis» y el «status libertatis» hace que muchos conceptos e instituciones sean comunes al Derecho público y al Derecho privado. Lo que hace que importe que observemos cual sea el enfoque dado desde el punto de vista del Derecho político a cuestiones fundamentales, como, por ejemplo, las del concepto del Derecho, sus divisiones, los conceptos de Derecho objetivo y Derecho subjetivo, y sobre método jurídico. Mayor interés todavía tiene el considerar las instituciones centrales del Derecho civil, como son la familia, la autonomía contractual y la propiedad, en cuanto basadas o basando la constitución política del Estado (2).

El libro, en sus 67 capítulos, ofrece un panorama nítido y conciso del estado de cuestiones y problemas de la más aguda actualidad. Nos ha parecido por ello que, además del interés —ya señalado— para el estudioso del Derecho privado, puede ser de singular ayuda a quienes quieran tener

(1) *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*, A. D. C., I-3 (1948), págs. 849-877. *El derecho moral de los autores*, A. D. C., II-1 (enero-marzo 1949), págs. 7-27. *La reforma de la Sociedad Anónima*, A. D. C., II-4 (octubre-diciembre 1949), págs. 1347-1358. *Impugnación de los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas*, A. D. C., II-4 (octubre-diciembre 1949), págs. 1334-1346. *La propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del Supremo*, A. D. C., X-4 (octubre-diciembre 1957), páginas 967-983.

(2) El autor trata de la familia en el capítulo 48, sobre las garantías constitucionales, de la libertad de contratación y del respeto a la propiedad en el capítulo 46 sobre la libertad económica.

Como presupuesto de la regulación civil interesa la cuestión de la nacionalidad y de la vecindad civil. El autor trata de los conceptos de Nación y Patria, del principio de las nacionalidades y de las minorías étnicas; no se ocupa de las regiones, territorios autónomos, «nacionalidades» dentro del territorio español, aunque no nos oculta su criterio al respecto (comp. página 584, letra d).

y así lograr una opinión fundada y serena sobre la constitución política del Estado y su reflejo en todo el ordenamiento jurídico del país.

R.

SALINAS QUIJADA, Francisco: «Derecho Civil de Navarra», Pamplona, Editorial Gómez. Tomo cuarto, «Derecho de obligaciones y contratos», volumen 1.º, «La obligación y el contrato en general, 1947, 497 págs., y volumen 2.º, «De los contratos en particular», 1947, 471 págs.; V, «Derecho de Familia», volumen 1.º, «Organización de la Familia», 1975, 469 págs., y volumen 2.º, «Del régimen de bienes en la familia y en el matrimonio», 1975, 467 págs.; VI, «De las donaciones y sucesiones», volumen 1.º, «De las donaciones. Sucesión contractual. Sucesión testamentaria: naturaleza, formas y contenido, 1976, 545 págs., y volumen 2.º, Sucesión testamentaria (conclusión). Sucesión legal. Constitución, cesión y participación de la herencia, 1977, 622 págs.

Al cabo de sólo seis años desde la publicación del primer volumen, Salinas Quijada nos ofrece ya completo su *Derecho Civil de Navarra*, del que me he ocupado en este ANUARIO al reseñar los tres primeros tomos (*). Ahora me satisface hacer algunas consideraciones que contribuyan a difundir el conocimiento de esta magna obra, subrayando algunas de sus características más acusadas.

Ante todo, la obra constituye un valiosísimo acopio de materiales relacionados con el Derecho que se estudia, tanto procedentes del Derecho romano como, principalmente, del navarro.

El conocimiento de lo que integra la tradición jurídica de Navarra, según la expresión de la Ley I de la reciente Compilación foral, se facilita con la noticia de sus fuentes, a la que se añade toda la doctrina de autores, proyectos de *lege ferenda* (los diversos intentos de Apéndices y Compilaciones), jurisprudencia y Derecho navarro vigente: el Fuero Nuevo, de 1 de marzo de 1973, y su «Amejoramiento», aprobado por Decreto Ley de 26 de diciembre de 1975, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

Las leyes romanas y buena parte de las navarras anteriores al Fuero Nuevo, se copian en su literalidad. Sigue así Salinas la línea de los autores regnícolas: Alonso, Arellano, Echaide, a los que siguió también Lacarra, quien, incluso, trajo a su obra la copia literal de los artículos del Código civil, sobre los que fue aplicando el Derecho romano y navarro. En la obra de Salinas, el estudioso—tanto el erudito como el profesional dedicado a la aplicación del Derecho—puede manejar con facilidad las fuentes navarras, que han sido transcritas en su lenguaje original.

Desde el punto de vista sistemático, el tratado de «Derecho Civil de Navarra» compuesto por Salinas es una obra acabada, pues abarca todo el Derecho del viejo reino, dentro del marco legal de la reciente Compilación,

(*) Cfr. ANUARIO, XXIV 1971, págs. 1028 y s.; y XVII, 1974, pág. 272.

aunque con la originalidad—muy digna de encomio—de haber distribuido el estudio del régimen familiar en dos partes: la dedicada a la organización de la familia, en el volumen primero del tomo quinto; y todo el régimen de bienes, en el segundo volumen de este tomo.

Otra nota característica de la obra de Salinas es la de ser tratado más expositivo que exegético. Al estudiar cada institución, parte de la doctrina general del Derecho en torno a ella, para exponer seguidamente las peculiaridades propias del régimen foral; y ofrece los materiales que otros podrán utilizar, con suma comodidad y garantía, para hacer exégesis de la normativa vigente. Salinas se cuidó de hacerla en los puntos más fundamentales o que racionalmente estimó más necesarios; y facilitó, de manera exhaustiva, la bibliografía sobre los distintos temas, al final de cada capítulo en el tomo I, y al final de cada tomo en los restantes.

Sólo me resta añadir que si un día alenté a Francisco Salinas a redactar esta obra, que con tanta laboriosidad y mérito ha culminado mediante la publicación de su décimo y último volumen; hoy me permite sugerirle que sea él—y nadie como Salinas para acometer la empresa—el primero que nos regale un Manual con la exposición compendiosa del Derecho Civil de Navarra. Esta nueva obra podrá contribuir a que se extienda—entre estudiantes y profesionales del Derecho—el conocimiento de un sistema jurídico que, recientemente, ha sido objeto de fáciles críticas, tras las cuales cabe sospechar, en ocasiones, una buena dosis de escasa información.

AMADEO DE FUENMAYOR

SUAREZ, Francisco: «*De Legibus*» (III 17-35). «*De política obligatione*». Estudio preliminar y edición crítica bilingüe por L. Pereña, V. Abril y C. Bañuelos y la colaboración de A. García y V. Villanueva. *Corpus Hispaniarum de Pace*. Volumen XVI-XVII. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1977, LXIX y 512 págs.

El Instituto Francisco de Vitoria ha continuado su labor de investigación y divulgación de la obra de los juristas de la Escuela Española, publicando el volumen VI de «*Las leyes*», de Francisco Suárez. Como en los volúmenes anteriores, el texto latino y su traducción va precedido por estudios importantes.

El primero de ellos, debido a Luciano Pereña, director del «*Corpus Hispanorum de Pace*», examina la evolución del pensamiento de Francisco Suárez sobre la obligatoriedad de la ley, desde el manuscrito de Coimbra de 1602 hasta el texto impreso de 1612. Entre estas fechas se producen los choques de Pío V, primero con el Dux de Venecia, en 1606, y con Jacobo I de Inglaterra, en 1607; que colocan a los católicos ante la disyuntiva de obedecer con preferencia al poder eclesiástico o al poder temporal. En conclusión, se nos dirá como juicio sobre el resultado a que llega Francisco Suárez en su obra: «Por su doctrina de equilibrio y por su conciencia his-

tórica en el estudio sobre la obligación política ha llegado Suárez a la culminación de la Escuela Española de la Paz».

En el segundo «Estudio preliminar», Vidal Abril, hace un «Ensayo de interpretación». A tal efecto, y utilizando también otros textos de Suárez, en especial «Defensio fidei», se examina la disyuntiva entre obediencia y desobediencia, la distinta postura ante la ley del súbdito, del ciudadano y del príncipe. Se muestra la vinculación recíproca entre gobernados y gobernantes, la que justifica no sólo una posibilidad de «resistencia al poder» por parte del ciudadano, sino también el derecho de éste a «desnaturalizarse» o disvincularse del soberano, si éste incumple sus deberes. Lo que piensa constituye uno de los rasgos más característicos de la concepción suareciana de la obligación política.

El texto de Suárez recogido comprende los capítulos XVII al XXXV del libro III sobre la Ley Civil, en los que se trata de la mayoría de las cuestiones que se suscitan sobre la obligatoriedad de las leyes civiles, consideradas desde el punto de vista teológico moral y de Derecho positivo.

Este volumen contiene además seis Apéndices, en los que se reproducen manuscritos sobre «De Legibus», conservados en la Biblioteca Universitaria de Coimbra y en la Biblioteca Nacional de Lisboa. Concluye con Indices de Fuentes, Bibliográfico y de Conceptos.

R.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de
JOSE RAMON ANTON RIESCO

GOMEZ CALERO, Juan: «El artículo 12.1 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles». R.D.P. 1975, abril, págs. 272 y ss.

Es necesario la intervención de dos o más automóviles en un mismo hecho de circulación.

Es igualmente requisito necesario que se produzcan daños en las personas transportadas o terceros.

Se prescinde por entero del elemento subjetivo de la culpa.

Solamente puede tener aplicación y efectividad en el ámbito de un proceso civil; solamente regula obligaciones civiles indemnizatorias, no la responsabilidad civil inherente a la responsabilidad criminal.

Este es, en síntesis, el contenido del trabajo que de una gran claridad nos propone el autor.

En segundo lugar, se refiere a la obligación del asegurador que no tiene carácter solidario. Aquí trata de dilucidar, si frente al titular de la acción directa, es o no solidaria la obligación indemnizatoria de cada uno de los aseguradores. Después de examinar las corrientes afirmativas de Barreiro, Soto Nieto y Gómez de Liaño, así como las sentencias de algunas Audiencias territoriales, se inclina por la teoría contraria, en base a los argumentos y posturas que sostiene en el apartado II del trabajo, a los que une la legislación que él cree más adecuada, como la del Decreto de 21 de marzo de 1968. Finalmente, en el apartado III, el autor sienta las bases de la defensa del asegurador, que sustenta en relación con dos momentos o fases procesales, tales como la defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, por la que el asegurador podrá excepcionar que todos los aseguradores de vehículos intervenientes deberán ser citados en el proceso y, por otro lado, la pluspetición, la cual, al decir de Soto Nieto, se da y se trata de una falta de explicitez del texto legislativo, pero no de una erradicación de este medio de oposición, pues el artículo 1.466 ha de considerarse complementado y complementario del artículo 1.416, lo cual además es sustentado por varias sentencias de Audiencias territoriales.

STOLL, Hans, y KARSTEN, Kippers: «La evolución del Derecho privado alemán en los años 1972 y 1973». R.D.P., abril 1975, págs. 282 y ss.

El trabajo está traducido, y así consta al final del mismo, por Jaime Santos Briz.

Consta de cuatro partes importantes, en las que se agrupan diferentes aspectos del quehacer y de la vida jurídica alemana en estos dos años.

La primera parte se dedica a la legislación más importante en materias

como reforma de las responsabilidades de los navieros, prórroga de la ley para descargar de pleitos civiles al Tribunal Supremo, la necesidad de forma para la promesa o compromiso de adquisición de bienes inmuebles (modifica el § 313 del B.G.B. y exige la forma notarial) y modifica el mismo tiempo la Ordenanza sobre derecho de superficie.

Se modifica igualmente por la Ley de 30 de julio de 1973 el artículo 26 del B.G.B., por el que la administración de viviendas no puede exceder del plazo de cinco años.

Se dan igualmente nuevas normas sobre Cárteles, que tienen por objeto aumentar la competencia entre empresas y, finalmente, en este apartado se mencionan las normas para la reforma parcial de la adopción de 14 de agosto de 1973.

La parte segunda del trabajo se dedica a la mención y enumeración de los Congresos, donde se citan, entre otros, el Congreso del Jurista Alemán, Congreso del Abogado Alemán y Congreso sobre Derecho Comparado.

El apartado III se dedica a la literatura jurídica, con diversas secciones como los libros homenaje, entre los que descuellan a Kaufmann, Reinhardt, Hefermehl, Knurr, Möller, Dietz, Larenz y otros.

Una segunda parte se dedica, dentro de este epígrafe a darnos noticia de exposiciones de libros y generales jurídicas, en especial sobre todo referidas al B.G.B.

El tercer epígrafe se dedica a mencionar literatura jurídica de la más diversa variedad, entre ella merece citarse, sobre parte general, obligaciones, derecho de cosas, familia, sucesiones, mercantil, Derecho procesal civil, etc.

La parte última y final del trabajo se dedica al examen e investigación de aquellas resoluciones más importantes de los Tribunales Alemanes que marcan algún hito o señalan nuevo rumbo en la jurisprudencia germana.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: «El derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales». R.D.P., 1975, mayo, págs. 351 y ss.

El trabajo se presenta como estudio que se publicará en el libro Homenaje al profesor de Castro, o mejor dicho, se ha publicado ya.

La primera parte se dedica al examen de las notas en que se distingue el derecho de acrecer. Afirma que se basa en la voluntad del dispónente, que no es excepcional, que no es de aplicación restrictiva, y termina esta parte con una recapitulación de las conclusiones anteriores.

La segunda parte se dedica al examen previo y propio del derecho de acrecer en la institución por partes iguales y dentro de ella se investigan los textos del Código civil, la posición de la doctrina y de la jurisprudencia como medios de superación del problema, y concluye con la afirmación de que la institución por cuotas confiere el derecho de acrecer, omisión hecha de las expresiones utilizadas para indicar el fraccionamiento de la herencia y la adscripción de cuotas a los instituidos.

La parte tercera, que es la más amplia del estudio, tiene por objeto propiamente dicho, el epígrafe que se enuncia como general del trabajo. En

efecto, dentro de ella se estudian detenidamente el planteamiento del problema, las posiciones de la doctrina, unas afirmativas y otras de índole negativa, la conclusión doctrinal y la opinión del autor sobre el tema, los argumentos en un caso y otro, la postura de la jurisprudencia y, dentro de ésta, el estudio de las sentencias y resoluciones más importantes y las conclusiones que en torno al Derecho común pueden sentarse.

El apartado IV tiene por objeto el estudio del tema dentro del ámbito espacial y especial del derecho foral español en cada una de las Compilaciones vigentes y finalmente, concluye el trabajo con unas consideraciones, atinadísimas por cierto, del autor, sobre efectos que el derecho de acrecer, en estos supuestos que se han planteado, produce.

RUIZ VADILLO, Enrique: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal». R.D.P., mayo 1975, págs. 374 y ss.

Lo primero que se nos ocurre ante este trabajo es decir que el título le viene pequeño, debiera titularse «todas las consideraciones...» porque evidentemente, no creo que se haya quedado ningún problema de la cláusula penal sin tratar.

Con una primera parte dedicada a la justificación del estudio y a la investigación del hecho sociológico en que nos desenvolvemos, se inicia el presente trabajo.

Seguidamente, se pasa a estudiar en torno al concepto, la idea general de las garantías, la contratación y sus límites, la precisión del concepto, un cuadro sinóptico, la esencia de la cláusula penal y la orientación que de la misma se da en la doctrina científica y jurisprudencial.

Una tercera parte, dedicada a estudiar los problemas interpretativos de la materia consta de dos epígrafes titulados, posición del T. S. y conclusiones.

La cuarta, llamada diagnóstico diferencial entre la institución y las arras de un lado, o bien de la obligación condicional, alternativa, facultativa, prenda irregular y pacto comisorio, es evidentemente la de mayor altura conceptual y metodológica.

Las funciones de la cláusula penal son estudiados a continuación pasando especialmente por la determinación objetiva, el desequilibrio monetario y la orientación jurisprudencial.

Los requisitos y efectos de la figura objeto del presente estudio son examinados a continuación, desde un punto de vista técnico, doctrinal y práctico, con especial mención del derecho de opción del acreedor.

La moderación o, mejor aún, la facultad de moderación por parte de los Tribunales, es el tema siguiente del estudio presente.

Posteriormente, se estudian y examinan otros supuestos, como las cláusulas «rebus sic stantibus» las cláusulas de estabilización económica, la noción y la cesión del crédito y el momento de su establecimiento, para concluir sentando los principios pertinentes que sostienen la opinión del autor.

BOSCHAN, Siegfried: «La última evolución jurídica del Derecho de familia en los Estados europeos». R.D.P., 1975, mayo, págs. 413 y ss.

Al igual que otro de estos trabajos aparecidos en esta Revista, y que tienen por objeto dar una visión general del problema de estas materias en Derecho comparado, está traducido por Santos Briz.

Cuatro son los apartados de este trabajo: el primero de ellos se dedica a una evolución jurídica general que contiene temas tan diversos y generales como la mayoría de edad, la celebración del matrimonio, dentro de éste la capacidad para contraerlo, esponsales, formas de matrimonio y efectos, la separación matrimonial y el divorcio se estudian dentro de este grupo y concluye este primer apartado con el examen de las normas sobre filiación con dos modalidades, una dedicada a los hijos legítimos e ilegítimos, el otro sobre la adopción.

A continuación, bajo los títulos genéricos de evolución, jurídica se examinan los estados de Europa Occidental y los de la Oriental.

Por lo que atañe a los primeros, se hace una pequeña distinción entre los países de Derecho romanizado, los Derechos de los países germánicos y los países nórdicos.

Por lo que respecta a los países de la Europa Oriental, se estudian normas sobre propiedad privada y Derecho constitucional, especialmente.

El apartado IV se dedica de un modo más expresivo y diferencial a estudiar las participaciones de España en convenios sobre Derecho internacional de familia, en varias de sus instituciones, como Derecho de familia propiamente dicho, procedimientos de Derecho de familia y servicio extranjero; y concluye su estudio con el examen de los derechos de autor y la materia relativa a la lucha contra la trata de blancas.

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge: «El contrato forzoso o impuesto». R.D.P., junio 1975, págs. 491 y ss.

El autor, chileno, profesor de la Universidad de Valparaíso, acota en tres partes toda la materia relativa al presente tema, dentro de una originalidad y notas personales, que ofrecen auténtico interés para el estudiioso del Derecho.

En efecto, la primera parte trata, según terminología del autor, de la ubicación del contrato, y dentro de ella, da la definición de esta figura jurídica, diciendo que es aquel contrato que el legislador obliga a celebrar o establecer directamente en todos sus aspectos.

Dentro de este apartado, continúa su estudio haciendo especial mención de la formación de este tipo de contrato, donde se detiene a estudiar especialmente la tesis de Gorla, con repetidas citas a nuestro Hernández Gil; distingue una figura jurídica que llama negocio menor, en el que al decir del autor es de rápido trámite, no media en el de la reflexión necesaria, pues incluso no existe la conciencia de que se está contratando. El contrato pasa disa y llanamente como desapercibido.

En orden a las transformaciones, los efectos generales de los contratos no son menores.

La segunda parte del trabajo es dedicada a un concepto más técnico y doctrinal del contrato forzoso, a distinguir el presente tipo de las figuras afines, las categorías y clasificaciones del contrato forzoso y la casuística típica legal chilena, la clasificación dentro de la doctrina germánica, los contratos forzados típicos o implícitos, ortodoxos y heterodoxos y, finalmente, dentro de este apartado, el examen de lo que el autor llama las situaciones fronterizas.

El apartado III del trabajo se dedica a examinar el contrato forzoso como acto de constitución y como relación constituida, señala al mismo tiempo la superioridad de la técnica de la obligación contractual sobre la técnica de la obligación legal, y al final sienta la conclusión a que el presente estudio le lleva.

LASARTE, Carlos: «Notas sobre la nacionalidad del menor de edad extranjero adoptado por españoles». R.D.P., junio 1975, págs. 510 y ss.

Antes de entrar a la recensión del trabajo hemos de decir en favor de su autor que las notas bibliográficas del mismo son exhaustivas en grado máximo, creemos que pocos o casi ningún trabajo habrá quedado excluido de la nota número 1 que al autor publica.

Parte del supuesto que da origen al título del estudio, advirtiendo que en todo caso se trata de supuesto de adopción plena, con el que pretende operar.

Parte del examen de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre la nacionalidad, para seguir con la Ley de 24 de abril de 1958, que modificó los artículos 172 a 180 de nuestro Código civil.

Ante la inexistencia de precepto aplicable por aquel entonces investiga y expone la tesis mantenida por la Dirección General de R. y Notariado y del Tribunal Supremo al respecto, con la comunicación de aquélla a la Dirección General de Asuntos Consulares, recogiendo la tesis del profesor de Castro, pero recomendando la posibilidad de adquisición de la nacionalidad por adopción en una nueva reforma.

Más adelante, se detiene en analizar nuevas perspectivas ante la resolución de 16 de enero de 1946 y analiza los casos de falta de coincidencia de nacionalidad entre padres e hijos, la permanencia bajo la patria potestad, y otras dificultades que se pueden plantear, tales como fortalecimiento del vínculo adoptivo, normativa sobre condición jurídica de los extranjeros, apellidos del hijo adoptivo y dentro de esta postura, las discrepancias o divergencias entre el Código civil y la Ley del Registro Civil, haciendo seguidamente una breve mención de los países más importantes en derecho comparado.

Concluye el trabajo con las consideraciones e ideas finales en las que sienta las conclusiones pertinentes.

TORRES LANA, José Angel: «Notas críticas a la Ley de venta de bienes muebles a plazos». R.D.P., julio-agosto 1975, págs. 601 y ss.

Una breve introducción alude a las condiciones económicas en que se dictó la Ley, aludiendo igualmente a la bibliografía que la materia ha producido y refiriéndose numerosas veces al discurso de defensa de la Ley, de Pío Cabanillas.

Seguidamente, se dedica a examinar el encuadramiento normativo de la Ley de ventas a plazos. Señala en él, el carácter multiforme de la Ley, distinguiendo los aspectos procesales, penales y fiscales que descuellan en la propia normativa. Afirma el predominio de las normas civiles sobre las de origen mercantil, dentro de la Ley.

La opinión del autor se centra en considerar a la Ley como influenciada por normas interdisciplinarias.

En cuanto a la eficacia de la Ley de ventas a plazos, examina las distintas posiciones doctrinales que abarca desde la postura de Bercovitz hasta la de Soto Nieto, Badenes y otros para centrar la cuestión en si debe considerarse como de carácter imperativo o dispositivo, al mismo tiempo que señala la postura del T. S., en algunas de sus sentencias, optando el autor por la tesis de considerarla como derecho imperativo.

Más adelante, estudia y examina la naturaleza jurídica del contrato de compraventa a plazos, aludiendo al carácter formal del contrato, al carácter real del mismo, y dentro de éste distingue las excepciones y alguna inconsecuencia de la propia Ley, función que realiza la entrega de la cosa, el pacto de reserva de dominio, así como la eficacia de los convenios preparatorios.

El apartado V se dedica al estudio de las relaciones entre esta compraventa y el contrato de financiación, la interdependencia entre uno y otro, para pasar seguidamente al examen de las cláusulas de garantía, deteniéndose aquí en el estudio del Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, para hacer, en el último apartado, una breve recapitulación, donde critica el mimetismo de esta Ley respecto del Derecho suizo y belga, poniendo, al mismo tiempo, de relieve, como nota de bondad, lo que el autor ha llamado modélica agilidad, con relación al Registro y fichero de reservas de dominio; urgiendo a modo de petición una revisión serena y mesurada de la presente normativa, por exigirlo así la realidad del tráfico, extirpándose los cuerpos extraños que se han introducido en nuestro ordenamiento.

PUIG FERRIOL, Luis: «La rescisión por lesión en Derecho interregional». R.D.P., septiembre 1975, págs. 699 y ss.

Comienza el trabajo afirmando que en el planteamiento la dificultad del problema y la determinación del ámbito del mismo, especialmente cuando existe conexión con algún ordenamiento jurídico que no admite la rescisión por lesión o sólo la admite con carácter excepcional, cual sucede con el Código civil español.

El primer caso se presenta en la jurisprudencia con la Sentencia de 9 de noviembre de 1904, a la que hacen referencia en la vida práctica otras; afirmando que en aquel primer supuesto, contratantes catalanes, finca sita en Aragón y contrato celebrado en Valencia ha de regir la «lex rei sitae» y, por lo tanto, no tendrá lugar la rescisión por lesión. No obstante, el autor cita, a renglón seguido, la jurisprudencia de Tribunales inferiores, en los cuales, a veces, se adoptan criterios diversos y contrarios a la sentencia anteriormente citada.

El problema se ve también aludido por el autor, al hacer referencia a la base octava del proyecto de ley de 17 de marzo de 1973, que modifica el título preliminar del Código civil.

También se regula en el nuevo artículo 10 del Código y en la Ley 500 de la Compilación de Navarra.

Después, se examinan los conflictos de leyes en materia de contratos, distinguiendo, según el artículo 10, la «ley del acuerdo de las partes siempre que tengan alguna conexión con el negocio».

Aquí realiza una breve excursión por el Derecho extranjero, especialmente por la jurisprudencia francesa y belga, pero a nuestro juicio únicamente digna de tenerse en cuenta como «lege ferenda», pues no tiene mucha relación con el problema que da origen al título del trabajo.

Finalmente, en el apartado III, se pasa revista a los diversos criterios de conexión y allí se investiga el criterio de la voluntad de las partes y la ley contractual, los criterios de conexión subsidiarios, tales como la ley personal común, la incidencia de la ley de situación, y la residencia habitual común y la ley del lugar de celebración del contrato.

BERNAL MARTÍN, Salvador: «La renta catastral urbana y los arrendamientos». R.D.P., septiembre 1975, págs. 716 y ss.

El tema que plantea el autor—especialista del tema—viene señalado en la parte dedicada a la introducción del trabajo y consiste en determinar y solucionar dos problemas importantes, uno, si la renta fijada por los Servicios Tributarios puede o no rebasar la señalada como tope general y en su caso, la realmente percibida o exigible, y si, en cualquier caso, determinada dicha renta por la Administración, el arrendatario puede instar la reducción de la merced que satisface a la señalada por tales Servicios.

El presente estudio se centra sólo en el primer tema de los planteados.

La segunda parte del trabajo se dedica a exponer la normativa vigente en torno al problema, desarrollando especialmente el contenido de los artículos 99, 3.º, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 32, 1, de la Ley de Reforma Tributaria, norma 27 de la Orden de 24 de febrero de 1966, artículo 20 del texto refundido de 17 de marzo de 1971 y Orden de 26 de junio de 1969.

La problemática de la cuestión, más tarde, se centra en una triple vertiente, 1.º, ¿cuál es la interpretación correcta de la norma?; 2.º, si el tema, desde el punto de vista práctico, sólo se puede resolver en una última ins-

tancia por la jurisdicción contencioso-administrativo; 3.º, si aun en el supuesto de aumentos superiores al 4 por 100 pudieran los interesados plantear reclamación y en su caso, jurisdicción competente para entender de la misma.

Finalmente, el apartado IV del trabajo es un resumen breve, pero apretado y claro de la jurisprudencia habida sobre la materia que precede a la postura del autor que se sienta en la conclusión y última parte del estudio reseñado.

AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás: «Autonomía del acto de conservación».

R.D.P., septiembre 1975, págs. 726 y ss.

El autor, que ha conseguido la tesis doctoral con un libro publicado por Editorial Montecorvo, bajo el título de «Actos de administración, de disposición y de conservación», nos da aquí un especial claro y contundente refrendo de su investigación anterior.

Con la denominación de acto olvidado, el autor, trata de la dificultad del mismo, afirmando que incluso autores de fina sensibilidad sólo se han atrevido a dar una nota o concepto negativo del mismo.

Pasa después a explicar las teorías que ignoran el acto de conservación, para señalar las que tienen y admiten la autonomía y señala la repercusión de las teorías negativas en cuanto a la autonomía.

Pasa después a dar una noción técnica de la figura que nos ocupa, el carácter debido, el carácter cinservativo de este acto, quien es o puede ser sujeto del acto de conservación, el objeto que puede tener dicho acto y el ejercicio que se puede hacer del mismo y en el mismo.

Plantea, a continuación, la conexión entre el acto de conservación jurídico la posibilidad de realizar el acto de conservación mediante negocio jurídico, el deber de cumplimiento del mismo.

Seguidamente, es objeto de examen el acto de conservación realizado mediante negocios de disposición, la relación entre el acto de conservación y el depósito, la supuesta categoría especial de los actos de depósito.

Concluye su trabajo con una síntesis de las relaciones entre acto de conservación y negocio jurídico y sienta la pertinente conclusión.

LALAGUNA, Enrique: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones».

R.D.P., 1975, octubre, págs. 801 y ss.

El trabajo está publicado por el autor como estudio que se publica en honor y homenaje del maestro Roca Sastre.

En la introducción marca la dificultad del tema y la perpejidad y falta de claridad que producen algunos autores y sectores doctrinales, así como la falta de esta misma claridad y la no resolución del problema por parte de la jurisprudencia.

En el estado actual de la cuestión, a juicio del autor, no existe una terminología clara y precisa, siendo necesario establecer según él unas cuantas precisiones previos, entre las que destacan y señalan las siguientes: unos presupuestos críticos, tendentes a la fijación de conceptos terminológicos; para la delimitación del tema sienta la base de que esta figura no se puede reconocer formalmente sin la existencia de un negocio jurídico unilateral; y basa la fundamentación de la fuerza vinculante de la declaración de voluntad en tres corrientes de pensamiento, a saber: el poder de la voluntad como causa de la obligación, la significación social de la declaración de voluntad y la causa como fundamento de la obligación creada por voluntad unilateral. A continuación examina brevemente el estado de la cuestión en el derecho comparado, B. G. B., códigos suizo y brasileño, mejicano, italiano y portugués con una breve alusión al Derecho foral navarro en las leyes 251, 515 y 521.

Pasa seguidamente al examen el tema en el derecho español y dentro de esta exégesis alude a temas como el valor de los preceptos de nuestro código en materia de obligaciones; el artículo 1.089, artículo 1.887, el supuesto del artículo 1.330 como negocio típico de promesa unilateral, la promesa pública de recompensa y finalmente el cumplimiento voluntario de una obligación moral.

RODRIGUEZ DEL BARCO, José: «La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo título preliminar del C. civil». R.D.P., 1975, diciembre, páginas 993 y ss.

Afirma el autor que la teoría de las fuentes del derecho, tanto en lo que se refiere a la clasificación de las mismas como a la jerarquía, se halla todavía sujeta a controversia.

Por lo que atañe especialmente a la jurisprudencia, ésta no ha podido sustraerse a los avatares de la evolución jurídica y de las tendencias dominantes en la sociedad o en la opinión de la doctrina.

Hace constar que con relación al Derecho extranjero el B. G. B. no enumera las fuentes del Derecho, como tampoco el Código francés y el belga, mientras que el suizo, austríaco y la mayoría de los sudamericanos enumeran y mencionan las fuentes del Derecho.

Después de examinar el problema y función de la jurisprudencia en el Derecho romano y anglosajón, afirma que el problema se relaciona también con el de las lagunas de la ley, que en suma es la cuestión terminológica entre la concepción del positivismo legalista y las direcciones jurídicas que exigen el reconocimiento de un Derecho fuera del texto de las leyes. También se relaciona con la cuestión de la analogía del derecho. En suma, es una cuestión que a veces se tiñe de matices políticos que pugnan entre los sistemas absolutistas y los llamados más o menos democráticos.

El apartado segundo del trabajo se dedica al examen del problema de la jurisprudencia en el Derecho español. Parte de la creación del T. S., pasando por la ley de Enjuiciamiento Civil, para determinar lo que a su juicio

· es la llamada «doctrina legal», jurisprudencia reiterada y uniforme del Tribunal Supremo, sin que merezcan tal calificación otras figuras, como la · opinión de los jurisconsultos o la jurisprudencia hipotecaria, a pesar de su · alto valor científico y su prestigio. Más adelante sigue con la investigación · acerca de la institución en la nueva regulación del Código, tras la nueva · reforma, afirmando que a primera vista la normativa es un poco inconsisten· te, la situación no ha variado en cuanto al papel que desempeña la · jurisprudencia en su consideración de fuente jurídica, a pesar de la inclu· sión en el mencionado capítulo primero.

Finalmente, en el epígrafe III, sienta las conclusiones pertinentes, señalando que el ordenamiento español sólo tiene tres fuentes directas: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; mientras que la jurisprudencia no es verdadera fuente directa y formal; no obstante, quedará complementada por la doctrina reiterada que establezca el Tribunal Supremo.

· **GONZALEZ DEL VALLE, José M.: «Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España». R.P.D., 1975, diciembre, págs. 1006 y ss.**

El trabajo tiene por objeto el examen del Derecho patrimonial de las confesiones religiosas en sentido estricto, no el que hace referencia a lo que · a veces se remite al derecho patrimonial o de cosas que algunos identifican. Le sirve de punto de partida al autor, lo que, a su juicio, no ha sido estudiado de modo general por la doctrina, ya que únicamente hay estudios fragmentarios o parciales, conteniendo en esquema del trabajo, en línea general, dos partes: una que se refiere a las confesiones católicas y otra para las no católicas.

Por lo que atañe a la primera, se esfuerza el autor en destacar dos regímenes: uno que hace referencia a la iglesia universal, diócesis y organismos · diocesanos y otro para las comunidades y asociaciones religiosas nacidas en · el seno de la Iglesia Católica.

Esta dualidad de personas jurídicas dentro del ámbito de la Iglesia hace · que entre unas y otras haya pequeñas diferencias, tales como el hacer constar su existencia, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que implican un trato diferente desde el punto de vista patrimonial.

Existe luego una pequeña identidad entre los bienes de estas entidades · y los bienes de la Administración Pública que tiene la consideración de patrimoniales. Existe igualmente una equiparación con ciertos bienes demaniales, dotados de las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad y exención · fiscal, sentando, por lo que se refiere a estas personas jurídicas, la conclusión personal del autor.

Por lo que atañe a las confesiones no católicas, el problema tiene otras vertientes, en principio. Pues en este caso el Estado ha creado una figura tipo, la asociación confesional, a la que estas confesiones religiosas deben acogerse, rigiéndose en este caso por sus propios estatutos.

En conclusión, existen, según el autor, tres tipos diferenciados de regímenes: uno para Iglesia-Institución, otro para las asociaciones católicas y · una tercera para las asociaciones no católicas.

CASTAN VAZQUEZ, José María: «La génesis de la reforma del título preliminar del Código civil». R.D.P., enero 1976, págs. 3 y ss.

El propósito del autor se señala en la introducción del trabajo y no es otro que recordar las diferentes etapas de su gestión y el reunir algunos de sus materiales, dejando al propio tiempo constancia de las colaboraciones que a lo largo del camino y en diversos niveles se fueron prestando.

El cuerpo del estudio se divide en tres fases principales y básicas: de un lado, los antecedentes del título preliminar, de otro la propia reforma del título preliminar, y, finalmente, las conclusiones pertinentes.

En efecto, con relación a la primera, se examinan las vicisitudes del título preliminar en los proyectos del Código civil del siglo XIX, en especial los de 1820, el de 1832 de Pablo Gorosábel, el de Fernández de la Hoz, correspondiente al de 1843, el de 8 de marzo de 1851, el de 1872 y el proyecto de 1882, el cual pasa al anteproyecto del Código civil, cuya redacción estaba terminada el 30 de abril de 1888.

Se señalan a continuación los estudios sobre el título preliminar en la primitiva edición del Código civil de 9 de octubre de 1888, así como la edición reformada de 1889, para situar el estudio bajo la rúbrica más general de la crítica. El apartado II, como hemos anunciado, trata de relacionar y referir todas y cada una de las alternativas y alibres corridos por el actual título preliminar.

En efecto, se examinan los primeros trabajos, allá por el año 1940, las de 1943 a 1961, el proyecto de 1966 y los trabajos de revisión efectuados en los años 1968 a 1972, distinguiendo en este apartado la discusión en la Comisión de Justicia de las Cortes, en el propio Pleno de las Cortes y la Promulgación de la Ley y los primeros comentarios doctrinales, entre los que desciéllan los de Ruiz Vadillo, C. Luaces, Lorente Sanz y de la Oliva Santos.

Se señalan a continuación, dentro del texto articulado, los trabajos preparatorios, el dictamen del Consejo de Estado y la publicación del texto articulado.

Finalmente, Castán Vázquez sienta cuatro conclusiones importantes: 1) La conveniencia de modificar el título preliminar y su inserción localizada dentro de la misma situación del Código. 2) Que los impulsos más importantes se debieron a Clemente de Diego y Casso Romero. 3) Que en los trabajos han colaborado la mayoría de los juristas españoles, aunque haya habido períodos de hibernación y de ractivación. 4) Que si ha sido acaso la reforma más importante del Código civil, también ha sido la elaborada con mayor detenimiento.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

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*.
- BDC** = *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 Facultade 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 Quarterly* (Ithaca, Nueva York).
- DG** = *Diritto e Giurisprudenza* (Nápoles).
- DM** = *Derecho* (Medellín, Colombia).
- ED** = *Estudios de Derecho* (Antioquia).
- EF** = *Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (Bielefeld).
- F** = *El Foro* (Méjico).
- FG** = *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** = *Jornal 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* (Hamburgo).
- MLR** = *The Modern Law Review* (Londres).
- NC** = *The North Carolina Law Review*.
- NJW** = *Neue Juristische Wochenschrift* (Múnich-Berlín).
- 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*.

- RCDI = 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 Commerciales e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (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).
- RDMSP = 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 Facultade 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 Facultade 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 (Paris).
- 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 International 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 (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (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 Societá (Milán).

RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (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 Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

SUSPENSIÓN DE PAGOS.—EN TANTO FIGURA EN EL REGISTRO EL CONVENIO PAC-
TADO ENTRE EL SUSPENSO Y SUS ACREEDORES, HABRÁ DE SER TENIDO EN
EN CUENTA, ASÍ COMO SUS CLÁUSULAS Y LIMITACIONES, A LOS EFECTOS DE
LO ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE INMUEBLES QUE PUEDAN REALIZARSE POR EL
COMERCIANTE DECLARADO EN SUSPENSIÓN DE PAGOS. EL TRANSCURSO DEL
PLAZO DE VIGENCIA DEL CONVENIO NO SUPONE QUE PUEDA PRACTICARSE UNA
CANCELACIÓN AUTOMÁTICA DEL ASIENTO QUE CONTIENE DICHO CONVENIO. (Res-
olución de 11 noviembre de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 8 de
diciembre de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por don Segundo Mindán Vázquez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Zaragoza a inscribir una escritura de compra-venta, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que por don Segundo Mindán Vázquez, como comerciante individual, se solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza la declaración de suspensión de pagos, sobre la que recayó Auto de 9 de julio de 1970, aprobando el Convenio con los acreedores, que fue anotado en el Registro de la Propiedad el día 15 de febrero de 1973, en virtud de mandamiento de 9 de julio de 1970, ampliado por otro de 15 de enero de 1973; que dicho Convenio contiene, entre otras, las siguientes cláusulas: “Primero.—Don Segundo Mindán Vázquez pagará a sus acreedores comunes la totalidad de sus respectivos créditos reconocidos y relacionados en la lista definitiva de acreedores, formalizada por los señores Interventores y aprobada por el Juzgado número 3 de Zaragoza. Segundo.—El pago de los antes indicados créditos comunes se realizará dentro del período máximo de tres años, a contar desde el día en que adquiera firmeza el Auto que aprueba el vigente Convenio y dicho pago se hará efectivo en la forma y momento siguiente: a) Durante el primer año, se pagará un 20 por 100 del total de los repetidos créditos comunes; b) Durante el segundo año, se pagará un 30 por 100, y c) Durante el tercer año, se pagará el restante 50 por 100.—El deudor podrá anticipar el pago de las cantidades aplazadas. Tercero.—Los indicados créditos comunes no devengarán interés alguno durante el convenido período de espera o moratoria. Cuarto.—Cumplimiento del presente Convenio, vendrá supervisado y controlado por una comisión acreedora; constituida por un acreedor que ostente la representación de los acreedores, de Barcelona y provincia y por un segundo acreedor que ostentará la representación de los acreedores, domiciliados en el resto de España, y un tercero

representando a los de Zaragoza y provincia. La comisión así constituida podrá delegar sus funciones fiscalizadoras de la Contabilidad del señor Mindán en una sola persona. Quinto.—Don Segundo Mindán, además de atender los plazos convenidos en el pacto segundo, a todos aquellos de sus acreedores que además son proveedores suyos que después de la firmeza de este Convenio continúen aprovisionándolo, los anticipará a cuenta de sus respectivos créditos reconocidos en la indicada lista definitiva y precisamente imputados a los últimos plazos convenidos para su pago más largamente diferido, un 5 por 100 sobre el importe total de cada factura y siempre que las mismas puedan ser pagadas por el suspenso a noventa días fecha. Igualmente las entidades bancarias incluidas en la repetida lista definitiva de acreedores, que sigan concediendo descuento de efectos de comercio, librados por el suspenso a cargo de sus clientes y con vencimiento no superiores a noventa días fecha libramiento, podrán retener un 5 por 100 de cada remesa descontada, a cuenta de sus respectivos créditos reconocidos en la indicada lista definitiva y cuyas retenciones también imputarán siempre a los últimos plazos convenidos para su pago más largamente diferido.—La Comisión de Acreedores quedará autorizada para el acuerdo con el suspenso, poder proceder a realizar bienes de su propiedad con la única condición de que el producto de dicha realización se invierta en el pago total o parcial de créditos preferentes con derecho de abstención, incluidas las costas del expediente de suspensión de pagos y, asimismo, los plazos convenidos en el pacto segundo del presente o de su anticipo. Sexto.—La Comisión de Acreedores pasará a ser liquidadora en el supuesto incumplimiento por parte del señor Mindán de cualquier plazo del convenio aprobado"; que por escritura otorgada el 5 de noviembre de 1974 ante el Notario de Zaragoza don Pascual Gomis Vidal, el recurrente don Segundo Mindán Vázquez, en nombre propio y en representación de su esposa doña María del Carmen Gasqué Otaola, vendió a doña Inocencia García Cantín un piso destinado a vivienda, 3.º, letra B del tipo B, de la casa número 40 de la calle Mosén Domingo Agudo, de Zaragoza, en precio de 410.436 pesetas, de las cuales el vendedor confesó haber recibido la mitad antes de dicho otorgamiento, quedando aplazado el pago de la otra mitad del precio;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con otra nota del tenor literal siguiente: "De negada la inscripción de la compra-venta contenida en el documento que antecede, porque hallándose en estado de *suspensión de pagos* el vendedor, según resulta de la anotación letra C de la finca vendida, que obra al folio 50 del Tomo 813, Libro 207 de Sección 3.ª, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta capital, por auto dictado el 9 de julio de 1970, que causó el correlativo asiento al ya relacionado, el cual se practicó el 15 de febrero de 1973 en virtud de mandamiento expedido por dicho Juzgado y en la misma fecha antes expresada, ampliado con posterioridad por otro de 15 de enero de 1973, se aprobó el convenio celebrado entre el suspenso y sus acreedores; y de conformidad con los términos del mismo, los actos dispositivos del vendedor, mientras se encuentre vigente y sin cancelar el meritado último asiento que publica la aprobación del convenio, deberán de ser aprobados por los interventores que en el mismo se designó, con independencia

de que se haya cumplido o no lo concertado en los términos y plazos previstos, ya que se trata de situaciones jurídicas de carácter extraregistral que, a los Libros del Registro, habrán de llegar a través del correspondiente documento. El defecto observado se califica como insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión";

Resultando que don Segundo Mindán Vázquez interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: "Que el plazo de vigencia del Convenio de Suspensión de Pagos es de tres años, a contar desde el día en que se hizo firme el Auto de aprobación del mismo, es decir, a partir del 9 de julio de 1970, y que transcurrido dicho plazo, queda enervada la situación derivada del Convenio y, si éste fue cumplido, cesa completamente la Intervención de la Comisión de Acreedores y en caso de incumplimiento resurge nuevamente la situación jurídica en que se encontraban las partes con anterioridad al Convenio; que en Auto de 25 de noviembre de 1974 la misma Presidencia, al resolver otra situación análoga planteada en relación con otra escritura otorgada por el recurrente ante el mismo Notario y referente a otra vivienda de la misma casa, se establecía que la Intervención de la Comisión de Acreedores en el otorgamiento solamente era exigible "durante los tres años de vigencia del Convenio, que habían de contarse a partir de la fecha de la firmeza del Auto de aprobación"; que en el caso del presente recurso como la escritura fue otorgada fuera de esos tres años, procede la renovación de la nota denegatoria; que el carácter contractual de la Suspensión de Pagos aparece recogida en la Sentencia de 5 de Octubre de 1973 de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza, siendo también éste el criterio de varios tratadistas; y que la Ley de Suspensión de Pagos no habilita ningún procedimiento para obtener una declaración de cumplimiento de Convenio por parte del deudor;

Resultando que el Registrador informó que: de conformidad con la cláusula 6.^a del Convenio, en caso de incumplimiento del mismo los Interventores nombrados se convertirán automáticamente en liquidadores y su función no tendrá más límite que la total liquidación del pasivo del suspenso, sin que la expiración del término del Convenio suponga el fin de sus funciones; que al determinar los artículos 76 y 77 de la Ley Hipotecaria que los asientos del Registro no se extinguieren más que por su cancelación o por su caducidad, aun aceptando, en el caso que nos ocupa, que el derecho o situación que ampara se hallara extinguido por cumplimiento del término, no se produciría por ello la cancelación del asiento, pues para tal supuesto el ordenamiento jurídico registral exige la presentación del documento que acredite de forma auténtica la situación producida, que en el supuesto que tratamos sería el Auto dictado por el mismo Juzgado que aprobó el Convenio declarando su cumplimiento y decretando su cancelación (arts. 76, 77, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 175 del Reglamento Hipotecario); que si bien la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no regula la forma de dar publicidad al cumplimiento del Convenio para obtener la rehabilitación del suspenso, cabría aplicar, por analogía, los artículos 1.388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que no es aceptable el criterio del recurrente al considerar que el Convenio en la suspensión de pagos tiene un carácter estrictamente con-

tractual; que si bien la mayoría de los mercantilistas sigue considerando la suspensión de pagos como un expediente de jurisdicción voluntaria, la moderna técnica procesalista se inclina por su carácter procesal, basándose en que la vinculación de las partes al Convenio aprobado por Auto judicial no es simplemente contractual, sino que por la nueva vinculación del proceso, las partes quedan ligadas por la transacción judicial; que en todo proceso de suspensión de pagos se observan las características propias de la jurisdicción contenciosa, por lo que sus normas reguladoras tienen un poder coercitivo que las partes contendiente en ningún momento pueden eludir; que desde el punto de vista hipotecario, el Convenio sigue vigente al no constar en los Libros del Registro si se cumplió o no lo acordado, necesitándose para que los actos patrimoniales del Suspenso tengan validez, la intervención de los órganos de inspección y vigilancia, ya actúen como interventores o como liquidadores (cláusula 4.º); y que en todo caso es imposible conforme a las normas hipotecarias invocadas la inscripción de dichos actos, en tanto la autoridad judicial no decrete la cancelación del asiendo que publica el Convenio;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y teniendo además en consideración que no es admisible la interpretación que hace el recurrente del Auto de 25 de noviembre de 1974 resolviendo otro recurso análogo al presente, según la cual sólo era exigible la concurrencia de la comisión de acreedores al otorgamiento de la escritura de compraventa, por el señor Mindán Vázquez, durante los tres años de vigencia del Convenio, pero no pasados éstos, que es el caso del presente recurso, sacando la consecuencia de que procede ordenar la inscripción denegada; que con esta interpretación olvida el recurrente que esta exigencia del tiempo no es el único requisito a cumplir, pues como se decía en el referido Auto "el Convenio aprobado judicialmente vincula a suspenso y acreedores en todo su alcance, tanto en lo que se refiere al tiempo de su duración... como en el resto del concierto de voluntades en aquél reflejado", por lo que es forzoso tener en cuenta que igual fuerza vinculante que lo pactado en cuanto al tiempo tiene la cláusula 6.º del Convenio al establecer que "la Comisión de acreedores pasará a ser liquidadora en el supuesto de incumplimiento" y no habiéndose acreditado en absoluto si el Convenio se ha cumplido o no, se desconoce si la Comisión de acreedores ha de pasar o no a ejercer las funciones liquidadoras, y por ello ha de respetarse la garantía de publicidad que la anotación registral practicada supone.

Doctrina.—"Considerando que anotado en los libros registrales el convenio judicialmente aprobado por el que el suspenso se compromete a pagar a sus acreedores en un período máximo de tres años, pudiendo la Comisión Acreedora, de acuerdo con el deudor, realizar bienes propiedad de este último, y pasando tal Comisión a ser Comisión Liquidadora en caso de incumplimiento del Convenio por el deudor, la cuestión que entraña este recurso consiste en resolver si es inscribible una escritura de venta otorgada por el deudor una vez transcurrido el plazo de tres años antes señalado y sin ninguna intervención de la Comisión de Acreedores";

"Considerando que la suspensión de pagos, al tener como objetivo prin-

cipal el tratar de evitar una declaración de quiebra, se endereza lograr un convenio entre el deudor y la Junta de Acreedores que permita al primero ir satisfaciendo durante el plazo señalado los créditos pendientes, y sólo en caso de incumplimiento puede originarse la situación de quiebra";

"Considerando que de ello se deduce la importancia que a efectos de la situación del suspenso tiene el saber si éste se encuentra cumpliendo el convenio judicialmente aprobado, con las limitaciones que en este caso se hayan podido establecer respecto de la disposición de sus bienes inmuebles, o bien si, por haber cumplido todas las obligaciones pactadas, se ha puesto fin a su estado de suspensión y ha recuperado la plena capacidad de obrar, o bien, por último, si por haberlo incumplido tiene efecto las medidas de liquidación que legalmente se hubiesen acordado para este evento, o si ha sido pedida por cualquiera de sus acreedores la rescisión de dicho convenio y la consiguiente declaración de quiebra";

"Considerando que para la inscripción de la escritura de compraventa calificada surge un obstáculo derivado del contenido del Registro que publica la existencia de unas limitaciones a la facultad de disponer del vendedor dimanante del convenio pactado, y sin que se haya hecho llegar —caso de que hubiera tenido lugar— a los libros registrales la nueva situación habida, que podría dar por terminada la anterior, por lo que el funcionario calificador, hasta tanto esto no ocurra y se presenten los documentos que así lo justifiquen, no puede ejercer su ministerio más que en la forma en que ha actuado";

"Considerando que es indudable que la Ley de Suspensión de Pagos, que en su artículo 17 prevé la forma de dar publicidad al convenio en los Registros Mercantil y de la Propiedad a través del libramiento de los correspondientes mandamientos por el Juez, ha omitido toda referencia a esta misma publicidad para el caso de que el convenio hubiera sido cumplido, y desaparezcan así las restricciones que en orden a la capacidad del deudor se hubiesen adoptado; pero esta omisión implica que no existan los medios adecuados para lograr su cancelación, ni menos que se haya de eximir de su presentación en el Registro y se pretenda en su lugar una cancelación automática, por el vencimiento del plazo de duración del convenio, a la que no puede accederse —aparte de ser contraria a los principios generales hipotecarios—, dada la posibilidad de variantes examinadas en otro Considerando y que han podido suceder."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador."

Consideraciones críticas

Las normas suelen ponerse a prueba cuando en ellas —como es lógico— que sucede— no se prevén los diferentes supuestos que la vida jurídica ofrece en su constante variedad. Una legislación exhaustiva es mera hipótesis, como ya se puso de relieve en la famosa discusión que dio lugar a la publicación de "La codificación", obra que recoge una controversia programática basada en las obras de THIBAUT y SAVIGNY "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De vocación de nuestra época para la legislación"

“y la ciencia del derecho”. No es de extrañar, por ello, que al aflorar a la superficie de la realidad la situación de suspensión de pagos (antes, afortunadamente poco frecuente) se ponga a prueba la legislación especial y aquellas otras que con más o menos contenido se relacionan con ella. Creo que en dos ocasiones me pronuncié denunciando los huecos que nuestra legislación ofrecía tanto en el campo fiscal, como en el campo de la publicidad registral. De ahí que no creo que sea éste el momento oportuno de insistir o repetir todos aquellos argumentos utilizados. No obstante, sí me gustaría salir al paso de un comentario hecho por mi ilustre compañero **TIRSO CARRERERO GARCÍA** (Comentario a la Resolución de esta misma fecha en Rev. Cr. Dr. Inmobiliario, pág. 904, 1976, núm. 515) el cual al recoger mi postura sobre el tema dice que “basta ver la resolución que comentamos y la de 11 de noviembre de 1975 para comprender que el contenido de los Convenios suele ser más rico y vario de lo que Chico Ortiz dice...” y el posible lector de ello pensará que por la garantía que el autor brinda en todos sus estudios ha procedido con auténtica sinceridad, pero a poco que se quiera ver la falta de exactitud en la afirmación notará que la cita está mutilada, pues a los casos que se ofrecían se añadía un “socorro” etcétera que el ilustre compañero no reproduce.

En mi previsor etcétera cabía la situación que ahora plantea el recurso y que es la sustancialmente importante: el plazo por el cual se establece el convenio, el cumplimiento o incumplimiento del mismo y la posibilidad o no de inscribir un acto dispositivo que no se ajuste a lo que el Registro refleja a través de la constatación del Convenio. Haber desarrollado estas situaciones en un comentario anterior a la Resolución hubiese evitado posiblemente el recurso y la oportunidad de reflexionar sobre todo ello ahora, cuando ya hay más base para opinar. Creo que pueden ser tres los temas fundamentales que debemos abordar:

A) La publicidad registral del convenio

Las situaciones previas al convenio parecen claras dentro de la Legislación Hipotecaria: hay una posible anotación en caso de solicitarse la declaración de suspensión de pagos, artículo 45,5 Ley Hipotecaria y 142 Reglamento Hipotecario, una inscripción en el libro de incapacitados (arts. 386 y ss. del Reglamento Hipotecario) y la inscripción en su día de la declaración de suspensión en los libros de inscripciones (art. 2,4 de la Ley Hipotecaria). No obstante, esto que parece de meridiana claridad se oscurece por ciertas dudas planteadas doctrinalmente. Se duda de si la petición del estado de suspensión que es objeto de anotación debe ser cancelada en la inscripción que se practique o debe procederse a su conversión en inscripción cuando la situación de suspensión se declare. Problema que —a mi entender y por semejanzas con la anotación de demanda— está resuelto por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario en el cual se decreta no una conversión, sino una cancelación. Igualmente se plantea la duda de si la resolución judicial que declare en su día la suspensión debe ser objeto de inscripción o anotación al amparo de lo que dispone el artículo 166,4 del Reglamento Hipotecario. En mi comentario sobre este punto que incluyo en “El complemento

al Derecho Hipotecario y su Legislación", creo que ofrezco argumentos suficientes para estimar que se trata de una inscripción y no de una anotación.

Reflejada de esta forma registral la situación de suspensión de pagos —o solamente practicada la anotación de la solicitud de suspensión— cabe que ese estado civil que lleva consigo la situación del suspenso se solucione mediante la formación de un convenio y el cumplimiento o incumplimiento del mismo, caso este último que desembocaría en la situación de quiebra. El artículo 17 de la Ley especial de Suspensión de Pagos establece que "Transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior sin que se hubiere formulado oposición, el Juez dictará *auto* aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, adoptando al efecto las providencias que correspondan y librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad...". En el párrafo segundo y tercero se regula el supuesto de la oposición y la terminación del incidente mediante *sentencia*.

El problema es el de la forma de hacer constar en el Registro el convenio, que lleva consigo la posible cancelación de la situación de declaración de suspensión —o la simple anotación preventiva de la solicitud— y la del libro de incapacitados, así como las posibles cesiones a favor de los acreedores, constitución o cancelación de garantías hipotecarias, etc. ¿El convenio deberá inscribirse o simplemente anotarse? Recordemos que de los hechos se deduce que el asiento que se practicó en el Registro era el de una anotación, quizás porque la mayor parte de ellas se basan en un "mandamiento" judicial. Igualmente en la nota calificadora se hace constar que el asiento practicado era el de una anotación (letra C, se dice) y en el "considerando" primero la Dirección da por sentado que se trata de un asiento de anotación. Todo ello se pone en duda por TIRSO CARRETERO en el trabajo dicho, aceptando el autor como asiento más adecuado, sin embargo, el de la anotación, superando la temporalidad del mismo sobre la base de la aplicación analógica del segundo párrafo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario: "Las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas".

El trabajo que publicó el Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores (año IV, número 62, octubre de 1971, pág. 545) procedente del Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón, mantenía la postura de que había que proceder, previa la correspondiente calificación, a extender un asiento de "inscripción" en el que se reflejase todo aquello que tuviera transcendencia real, sin perjuicio de que todo ello tuviera que complementarse con las expresas cesiones de fincas a los acreedores, las escrituras públicas de constitución de hipotecas, etc.

Mi opinión es que no cabe la anotación, ni aun siquiera al amparo del apartado último del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pues creo que la transacción que lleva consigo el convenio es un negocio jurídico que encaja más en el asiento de inscripción que en la anotación preventiva, decretada siempre para proteger "situaciones provisionales" y aquí son "acuerdos defi-

nitivos" que pueden o no cumplirse; igualmente me inclino por la inscripción, pues aunque la terminología que emplea la Ley especial de Suspensión de pagos no es todo lo precisa que se podría desechar, es claro que en el artículo 4.^º de la misma se emplea la palabra "*anotará*", mientras que en el 17 de la misma se dice que "el Juez dictará auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, adoptando al efecto las providencias que correspondan y librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad"; porque la anotación preventiva caduca a los cuatro años de su fecha, pudiendo pedirse prórroga y en ese caso no queda sujeta a caducidad si fuera dictada por la autoridad judicial, cosa que como hemos visto aprovecha TIRSO CARRETERO para defender su tesis, pero no hay que olvidar que la anotación preventiva puede ser prorrogada a instancia de los interesados o por petición de ellos a la autoridad judicial, cosas ambas que no permiten encuadrar el caso en el supuesto del artículo 199 del Reglamento, ya que empieza siendo dudoso que sea la autoridad judicial la que haya "*ordenado*" la extensión de esa anotación, pues a lo mucho que llegaría el Juez es a expedir un mandamiento rogando al Registrador "*tomara razón*" del convenio en el Registro. La situación que se crea con la aprobación del convenio —con las naturales diferencias— es parecida a la adjudicación con que termina el procedimiento judicial sumario en el que se expide testimonio del auto y se despacha un mandamiento (¿bastará simplemente la presentación del testimonio del auto sin necesidad de mandamiento para practicar todas las operaciones de adjudicación y cancelación?). La mayor o menor semejanza de situaciones está en la calificación de "*jurisdicción voluntaria*" o "*contenciosa*" de la tramitación del expediente de suspensión de pagos.

No creo que pueda defenderse el asiento de "*anotación*" sobre la base de la existencia de un mandamiento, ni sobre la idea de una situación de provisionalidad, ni siquiera para justificar la publicidad registral de unas posibles limitaciones o prohibiciones de disponer impuestas en el convenio como medida inevitable para hacer posible el cumplimiento del mismo, pues esto último sería incidir en esa Sentencia de la Audiencia de Sevilla de 24 de marzo de 1969 que consideraba de naturaleza "*contractual*" al convenio, así como de carácter "*oneroso*", por lo que conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria no podría tener acceso registral.

Claro que siguiendo esa tendencia señalada por la sentencia citada tampoco cabría pensar en un acceso registral de las prohibiciones de disponer establecidas en el convenio a través de una anotación, pues parece ser que sólo cuando se trate de actos a "*título gratuito*" cabría permitir su entrada, eliminando con ello el número 2 del artículo 26 de la Ley Hipotecaria. Entiendo que cabe plantearse el problema de si estamos de verdad ante un acto "*oneroso*", de si sólo las prohibiciones de carácter "*gratuito*" tienen acceso al Registro y de si las "*capitulaciones matrimoniales*" son o no actos onerosos. Creo que los dos últimos problemas están enlazados, pues de las capitulaciones matrimoniales no se puede predicar ni una gratuitad general, ni una onerosidad del mismo tipo, de lo cual cabe deducir en principio que no es la "*onerosidad*" o la "*gratuidad*" el criterio diferencial para la admisión de la prohibición de disponer, pero aunque lo fuera, sería muy discu-

tible que ese negocio jurídico del que GARRIGUES ("Curso de Derecho Mercantil". Madrid, 1940, pág. 527) decía que era un convenio de masa, judicial, forzoso y unilateral, pueda ser calificado de "oneroso". Al no asumir el suspenso ninguna otra obligación distinta de las que tenía, difícilmente puede calificarse de oneroso. Puede dar lugar a la consumación, ejecución y realización de actos onerosos, pero el convenio en sí no puede decirse que sea oneroso, máxime cuando lo normal de su contenido son las "quitas y las esperas" que entran en el campo de los actos gratuitos. No admitir la inscripción del convenio en la parte que afecta a las posibles prohibiciones de disponer es exponerse a la aceptación de una nueva excepción al principio de fe pública registral, pues registrada la prohibición debe ésta surtir efecto, anulando un acto realizado en su contra, sin que en este caso pueda aplicarse a las mismas lo que dispone el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Hacer penetrar la prohibición de disponer en el Registro por el cauce de la anotación preventiva de carácter judicial, por pensar que no cabe en ninguno de los otros apartados del artículo 26 y que queda prohibida por el 27 es exponerse a una duración temporal por la caducidad de la anotación, que de no preverse a tiempo por las partes —como en el caso que se ofrece en la Resolución— para solicitar la prórroga, puede dejar sin efecto la prohibición dictada por un tiempo superior a los cuatro años.

La Resolución comentada no aborda el tema —entre otras cosas porque no está planteado en el recurso— pero da a entender que el convenio estaba anotado simplemente en el Registro de la Propiedad en fecha en la que estaba ya a punto de vencer el plazo concedido en el mismo al suspenso para que cumpliese lo acordado. Como hemos apuntado antes, la nota calificadora es clara a este respecto: en el Registro lo que había era una anotación, no una inscripción de convenio. Quizá hubiese sido una buena ocasión para la "unificación" de la práctica a seguir en lo sucesivo.

B) Caducidad del convenio y caducidad del asiento que lo publica

En el trabajo que citábamos antes procedente del Seminario de Derecho Hipotecario Aragonés se parte de la idea de que estas dos caducidades —la del convenio y la del asiento— van correlativas, es decir: el asiento sólo tiene la duración que fije el convenio ("el asiento tendrá la duración que se señale en el mismo, y transcurrido éste sin que conste en el Registro nada en contrario, se cancelarán por caducidad en la forma establecida en el art. 355 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 79 de la Ley Hipotecaria"). No sé si realmente la idea que ofreczo era la que en realidad pensaron sus autores, pues es evidente que para que el asiento se extinga y proceda su cancelación, por extinción del derecho que en el mismo se contenga, hay que pedir, solicitar u ordenar la cancelación, bien en forma expresa, bien en la forma tácita que prevé el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

Un intento de cancelación por caducidad de derechos hizo no hace mucho tiempo CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ ("Cancelación de arrendamientos", Rev. Cr. Dr. Inm. septiembre-octubre, 1974, núm. 504, pág. 1092) y en su documentado artículo venía a utilizar la combinación apuntada de los artículos 79, 82

de la Ley Hipotecaria y 355 del Reglamento, pero lo que puede ser una gran solución en esos casos tratados de arrendamientos, tiene en el presente un condicionamiento: que el plazo señalado lo es en base de un “*cumplimiento del convenio*” o para que el convenio se cumpla, pudiendo no ser así, pues ya habíamos apuntado que podría suceder que el suspenso incumpliera el convenio y su situación hiciera tránsito a la quiebra. De ahí que ese plazo de caducidad para el convenio no se transforma en plazo condicionante para la caducidad del asiento, pues éste seguirá vivo en tanto en cuanto no se acredite al Registrador que el convenio se cumplió o incumplió. Las inscripciones tienen una duración indefinida y sólo en aquellos casos en los que éstas se hagan en forma provisional o condicionante en los pocos casos admitidos por la Ley o que contengan un derecho sujeto a una caducidad señalada —por ejemplo, el usufructo— en los demás es preciso que el Registrador se abstenga de actuar oficiosamente, mientras no exista un expreso consentimiento del interesado o una resolución judicial en que así se ordene.

Esta viene a ser la solución que la Dirección da al problema, ya que en el considerando cuarto expresa que no se ha hecho “llegar —caso de que hubiera tenido lugar— a los libros registrales la nueva situación habida, que podría dar por terminada la anterior, por lo que el funcionario calificador hasta tanto esto no ocurra y se presenten los documentos que así lo justifiquen, no puede ejercer su ministerio más que en la forma en que ha actuado”. Enlazado con ello la Dirección aprovecha para destacar la función de la publicidad registral en relación con la situación del suspenso en estado de cumplimiento del convenio, de convenio cumplido o incumplido, añadiendo que el que la Ley de Suspensión de Pagos no haya regulado la forma o el mecanismo para hacer constar en el Registro la situación de convenio cumplido no quiere decir que “no existan medios adecuados para lograr su cancelación” y que es equívoco que se pretenda que ello suponga la omisión del deber de presentarlo en el Registro bajo la idea de una cancelación automática.

Nada dice la Dirección respecto de la forma o manera de acreditar el cumplimiento del convenio y que resulta importante a los efectos de hacer desaparecer en el Registro las restricciones que pesan sobre el suspenso. El informe del Registrador apuntaba que cabría aplicar por analogía lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.388 sobre rehabilitación del quebrado. TIRSO CARRETERO, en el trabajo citado, entiende difícil esa asimilación y, trae a colación el artículo 921 del Código de comercio en el que la rehabilitación del quebrado se consigue “justificando el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubiesen hecho con sus acreedores”. También cita a SAGRERA TIZÓN (“Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos”, Barcelona, 1974) el cual, con vistas al Registro Civil, entiende que la práctica ha arbitrado un “breve incidente, en el cual el Juez que trató la suspensión y aprobó el convenio, a solicitud del deudor, acuerda la publicación de esta solicitud emplazando, a quienes interese la alegación del incumplimiento del convenio, para que en el plazo de seis días se personen para alegar lo que a su derecho corresponda y transcurrido dicho plazo sin oposición el Juez dictará auto teniendo por cumplido el convenio y decretando la cancelación correspondiente.

Como se ve las soluciones que se proponen son distintas, una extrajudicial y otra judicial. La dificultad de prueba del cumplimiento del convenio por vía extrajudicial es enorme en caso de diversidad de acreedores y necesidad de una aportación documental grande. De otra parte pienso que si de verdad ese mandamiento que acompaña al auto aprobatorio del convenio y al que hace referencia el artículo 17 de la Ley de Suspensión de pagos, debe estimarse de origen judicial habrá que aplicar, hipotecariamente hablando, el artículo 83 de la Ley Hipotecaria que dice: "Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria", lo cual nos lleva a rechazar el procedimiento extrajudicial y quedarnos con esa solución judicial del incidente de que habla SAGRERA TIZÓN. Es de alabar, por ello, el prudencial silencio de la Dirección al no invadir campos procesales que determinasen clases de procedimiento.

C) *Eficacia de la publicidad frente al acto que pretende inscribirse*

Después de todo lo dicho anteriormente la solución que se da al recurso parece clara. Si de los hechos se deduce que el deudor suspenso vendió, pasados los tres años de duración del convenio, una finca y que, sin embargo, el convenio seguía vigente registralmente hablando por no haberse justificado su cumplimiento, es evidente que la fuerza publicitaria que el Registro ofrece impide, mientras no se demuestre su inexactitud, inscribir un acto contrario en principio a las facultades, restricciones y limitaciones que se publican.

De todo ello da clara noción esta Resolución que en su considerando tercero entiende que el funcionario calificador no podía proceder de otra "forma en que ha actuado".

MANDAMIENTO JUDICIAL.—NO ES INSCRIBIBLE UN AUTO DE ADJUDICACIÓN DE UNA FINCA EMBARGADA, DECRETADO POR EL JUEZ EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO, CUANDO EXISTE UNA INSCRIPCIÓN ANTERIOR DE DOMINIO POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DECLARADA EN SENTENCIA FIRME DE FECHA ANTERIOR AL EMBARGO, AUNQUE INSCRITA CON POSTERIORIDAD. (Resolución de 17 de diciembre de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 22 de enero de 1976.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador don Eduardo Morales Price en representación del Ayuntamiento de Madrid contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 10 de esta capital a inscribir en parte un Auto de adjudicación de fincas a favor de dicho Ayuntamiento, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que en procedimiento de apremio seguido por el Ayuntamiento de Madrid contra don Mario González Zaera como deudor a la Hacienda Municipal fueron embargadas entre otros bienes tres fincas y una participación en pro-indiviso de 31,63 por 100 en otra que figuraban inscritas en el Registro de la Propiedad número 10 de Madrid a su nombre; que en virtud de mandamiento presentado en este Registro el 27 de septiembre de 1966

se practicó anotación preventiva de embargo a favor del citado Ayuntamiento sobre la finca inscrita a nombre del deudor con el número 11.802 (que entonces comprendía también una porción que después fue segregada y pasó a formar la finca número 55.872); que en juicio promovido por don Manuel Domínguez Matilla sobre declaración del derecho de propiedad de la finca citada, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de esta capital dictó Sentencia firme el 24 de mayo de 1971, confirmada por la Audiencia Territorial el 10 de diciembre del mismo año, declarando que el dominio del inmueble de que se trata fue adquirido por don Manuel Domínguez Matilla, por haberse consumado la prescripción adquisitiva a su favor con fecha de 27 de diciembre de 1965, ordenándose la cancelación de la anterior inscripción registral existente a favor de don Mario González Zaera y de su esposa Asunción Ruiz Sánchez; que en virtud de testimonio librado por el Juzgado y presentado en el Registro el 8 de noviembre de 1972, fue inscrito el referido inmueble a nombre de don Manuel Domínguez Matilla y esposa, quedando la inscripción anterior; que el Ayuntamiento de Madrid siguiendo el procedimiento de apremio contra el señor González Zaera celebró subasta de los bienes trados que fue declarada desierta; que el Juzgado Municipal número 31 de Madrid, con fecha 9 de mayo de 1974, dictó Auto de adjudicación a favor del Ayuntamiento de la referida finca número 11.802 y de una participación indivisa de la número 55.872, que trae origen en la anterior, ordenándose la cancelación de la anotación de embargo; que por el Secretario General del Ayuntamiento de Madrid se expidió certificación comprensiva del citado Auto de adjudicación y de otro dictado en el mismo expediente de apremio.

Resultando que la anterior certificación fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentada la certificación que precede, en el Registro de la Propiedad número diez de Madrid, y respecto del Auto reseñado con la letra b) de sus apartados, comprensivo de las fincas radicantes en este Registro, ha sido inscrita la adjudicación y practicada la cancelación de anotación preventiva de embargo ordenadas en dicho Auto, solamente en cuanto a las dos primeras fincas, donde indican los cajetines extendidos al margen de las descripciones de dichas fincas. No admitiéndose la inscripción del tercer inmueble adjudicado, finca número 11.802 del Registro, ni de la participación indivisa del cuarto inmueble —finca número 55.872 que trae origen la indicada finca número 11.802 del Registro— por resultar que, aunque después de practicada la anotación preventiva de embargo a favor del Ayuntamiento de Madrid, el Juzgado de Primera Instancia número nueve de esta capital, en Autos de juicio declarativo de menor cuantía en él seguidos, dictó sentencia con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y uno, apelada y confirmada por la citada el 10 de diciembre del mismo año, por la Sala Segunda de lo Civil, de la Audiencia Territorial de Madrid, que adquirió el carácter de firme, por la que se ordenó la cancelación de la inscripción 3.^a de la finca número 11.802 del Registro, practicada a favor de los cónyuges don Mario González Zaera y doña Asunción Ruiz Sánchez, y la inscripción de tal inmueble, por prescripción adquisitiva, en favor de don Manuel Domínguez Matilla, casado con doña Fermina Sanz y Blas, por lo que mediante la inscripción 4.^a de susodicha finca número 11.802,

obrante al folio 244 vuelto del libro 237 de la Sección Primera de Vallecas, practicada el 8 de noviembre de 1972, don Manuel Domínguez Matilla, para su sociedad conyugal, inscribió a su favor tal inmueble por el concepto expresado, quedando cancelada la inscripción 3.^a de tal finca, pero extendida dicha finca con la superficie en ella practicada de 794 metros cuadrados, que pasaron a formar la número 44.757, la cual fue agrupada con otras, pasando a constituir la número 44.763, de la cual procede la número 55.872, de cuyo inmueble, precisamente, y con el número 4 se adjudica ahora, una participación proindivisa de treinta y un enteros, seis mil trescientas treinta y cinco diezmilésimas por ciento, resultando que la participación de que se trata fue adjudicada en pago proporcional de la superficie aportada, por la Junta de Compensación del Polígono Alto de Palomeras, a don Mario González Zaera y su esposa, según resulta de la certificación expedida el 7 de febrero de 1968, por el Secretario General de la Comisión del Área Metropolitana de Madrid, protocolizada mediante acta de 29 de mayo de 1968, autorizada por el Notario don Carlos Balbontín, y una copia parcial de dicho acta expedida el 9 de junio de 1972, subsanada por diligencia extendida por dicho Notario el 6 de febrero de 1973, en la que se hace constar que tal copia parcial se expide para que sirva de título de propiedad a don Mario González Zaera y esposa, y seguidamente a don Manuel Domínguez Matilla, en virtud de haber obtenido sentencia firme contra aquéllos, en fecha 24 de mayo de 1971, por cuyo motivo, previa la inscripción de tal participación a favor de don Mario González Zaera y esposa, don Manuel Domínguez Matilla, para su sociedad conyugal con doña María Fermina Sanz y Blas, inscribió a su favor la misma participación por los conceptos expresados, cual así aparece de la inscripción 5.^a de la finca número 55.872 obrante al folio 228 vuelto del libro 683 de la Sección primera de Vallecas, practicada el 12 de febrero de 1973”;

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la anotación preventiva de embargo sobre la finca número 11.802 practicada en el Registro de la Propiedad el 27 de octubre de 1966 a favor del Ayuntamiento de Madrid es la regulada por el artículo 42, apartado 2.^o, de la Ley Hipotecaria y tiene carácter constitutivo; que la finca número 55.872, como procedente originariamente de la finca 11.802, se halla gravada con la misma anotación preventiva que ésta; que el Ayuntamiento de Madrid no fue emplazado en el Juicio declarativo promovido por el señor Domínguez Matilla ni la demanda de éste contra el señor Zaera fue anotada en el Registro de la Propiedad; que la inscripción de la titularidad del señor Domínguez Matilla como consecuencia de la Sentencia dictada se practicó con fecha 8 de noviembre de 1972; que según la doctrina hipotecaria las anotaciones preventivas tienen el carácter de constitutivas e implican la constitución o establecimiento de una verdadera garantía real que produce en mayor o menor amplitud, los efectos propios de la hipoteca; que el artículo 71 de la Ley Hipotecaria establece la enajenabilidad de los bienes anotados de embargo pero sin perjuicio del derecho de la persona favorecida por la anotación; que la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de mayo de 1944 sienta la doctrina de que adquirido un

derecho con posterioridad a la práctica de la anotación y cuando está ya acreditada la existencia de un procedimiento ejecutivo por razón de hipoteca legal, del cual se derivaba la enajenación de las fincas embargadas, avisándoles con posteriores inscripciones la necesidad de que defensesen su presunto derecho, los terceros adquirentes debieron oportunamente intervenir en el expediente administrativo, o interponer la correspondiente tercera, o intentar la subrogación de las acciones o excepciones de su causante, o, en fin, ejecutar cualquier otra clase de facultades o recursos que las leyes les reservasen, toda vez que el Registrador no tenía razones ni motivos especiales para ampararles contra los pronunciamientos de un agente investido de poderes judiciales; que en análogo sentido se pronuncian las Resoluciones de 4 de noviembre de 1915, 31 de diciembre del mismo año y 30 de mayo de 1934; que al ser la anotación preventiva de embargo a favor del Ayuntamiento anterior a la inscripción del título de adquisición de don Manuel Domínguez Matilla, y no haberse hecho declaración expresa sobre la misma en la Sentencia citada de 4 de mayo de 1971, debe quedar firme y vigente, por lo que la inscripción resultante de la Resolución judicial quedará supeditada a los efectos propios de la anotación preventiva sin que pueda lesionar los derechos derivados de la misma;

Resultando que el Registrador mantuvo su calificación e informó: Que la Sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 9, de Madrid, confirmada por la Audiencia Territorial que ordenó las operaciones registrales de inscripción de la finca objeto de debate a favor de don Manuel Domínguez Matilla y de cancelación de la inscripción existente a favor de don Mario González Zaera declaró que el dominio del referido inmueble fue adquirido por el señor Domínguez Matilla por haberse consumado la prescripción adquisitiva a su favor, con fecha 27 de diciembre de 1965, es decir, que la causa jurídica de esta adquisición es anterior a la anotación preventiva de embargo a favor del Ayuntamiento; que al presentarse el documento calificado las fincas figuraban inscritas a nombre de persona distinta del ejecutado por lo que se denegó su inscripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 20 de la misma; que un conocido hipotecarista al estudiar el supuesto planteado manifiesta que al Registrador se le presenta un problema de colisión que él no puede resolver, por no ser de su incumbencia, pues no cabe que deje sin efecto la anotación preventiva del embargo ni tampoco inscribir la enajenación provocada por la ejecución, siendo la posición obligada del Registrador abstenerse de inscribir la escritura al mejor postor o la adjudicación al ejecutante; que tal criterio es el mantenido por las Resoluciones de la Dirección de 9 de noviembre de 1955 y 20 de diciembre de 1966; y que ratificando tal criterio la reciente Resolución de 16 de octubre de 1974 afirma en su último Considerando "que al no ser procedente que se cancele la inscripción hecha al primer comprador, surge un obstáculo para que pueda inscribirse la segunda escritura de compraventa hecha a favor del adjudicatario, que tiene su fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme el artículo 66 de la misma Ley de acudir a los tribunales para ventilar y

contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos o de la preferencia de sus derechos”;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que no puede prevalecer la tesis del recurrente por cuanto el señor González Matilla adquirió los bienes que nos ocupan por usucapión consumada en 27 de diciembre de 1965, o sea, nueve meses antes de la fecha —27 de septiembre de 1966— en que se practica la anotación preventiva a favor del Ayuntamiento de Madrid, lo que determina según el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1.923, 4.^º del Código civil que la citada anotación no pueda anteponerse a título auténtico anterior a la misma, aunque éste se inscribiera después de dado que, a diferencia de la hipoteca, tal anotación de embargo únicamente produce efectos de futuro, o como ilustra la Sentencia de 18 de febrero de 1954, no produce efectos contra tercero cuyo derecho sea precedente a la anotación, aunque no haya sido registrado antes de ella.

Doctrina.—“Considerando que anotados unos embargos sobre determinados inmuebles del deudor, y cancelada posteriormente la inscripción de dominio a favor de éste en dos de ellos, en virtud de sentencia firme que así lo ordenaba, a la vez que declaraba la adquisición de la propiedad por el prescribiente y la nueva inscripción de dominio a su nombre, la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si, adjudicados los mencionados inmuebles al Ayuntamiento de Madrid en el procedimiento ejecutivo seguido a consecuencia del anterior embargo, puede practicarse la inscripción a su favor o existe algún obstáculo que lo impida”;

“Considerando que para la resolución de este expediente hay que tener en cuenta la reiterada doctrina que en base a los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria aparece mantenida, tanto por el Tribunal Supremo como por este Centro Directivo, de que la anotación preventiva de embargo, sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a la propia anotación, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado, aunque no se hubiesen registrado dichos actos”;

“Considerando que, teniendo en cuenta la anterior doctrina, el caso examinado presenta la singularidad de que la inscripción del dominio de ambos inmuebles a favor del actual titular se ha debido al mandato judicial derivado de la Sentencia firme que ha declarado la usucapión consumada por parte del prescribiente y la consiguiente adquisición del dominio de los inmuebles precisamente —y según se desprende del testimonio literal de la Sentencia— en una fecha que es anterior a la de la práctica de la anotación de embargo”;

“Considerando que la legislación vigente en la materia, y especialmente del contenido del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que regula expresamente las cuestiones relativas a la usucapión contra el Registro, no aparece condicionamiento o razón alguna para que se exceptúe de la regla general establecida en los artículos 44 de la misma Ley y 1.923, 4.^º del Código civil a los supuestos en que el título adquisitivo hubiese sido el de prescripción, por lo que, al haber adquirido el dominio el prescribiente con anterioridad

a la fecha de la anotación de embargo, es forzoso declarar que no puede accederse a lo solicitado por el recurrente."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador."

Consideraciones críticas

El principio de prioridad registral que parece en su sencillez enunciativa de una claridad meridiana ha de ser entendido en relación con todo el ordenamiento jurídico, pues si bien el que llega antes tiene preferencia, ésta puede quedar subordinada en ciertos casos a la otorgada por otra norma sustantiva. Por ello la distinción doctrinal que hacen algunos autores entre la prioridad "*formal y la sustantiva*" se hace visible en estos contados casos. Precisamente uno de ellos, quizá el más significativo, es el que ofrece esta Resolución y que está reiteradamente sancionado en otras muchas. El embargo, el temible embargo, solamente ofrece preferencias "registrales" en su apremiante obtención de rango prelativo frente a créditos posteriores al mismo, pero no anteriores, aunque se inscriban después. En el conocido juego de preferencias sustantivas que claramente señalan los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

La claridad de esta Resolución debería liberar al comentarista de cualquier otro juicio, pero creo que puede ser buen momento para hacer algunas consideraciones en torno a estas preferencias formales y sustantivas. Se hace preciso advertir que un caso de idénticas circunstancias fue resuelto por la Resolución de 16 de octubre de 1974 y que sustancialmente la misma doctrina se recogía —aunque los hechos eran distintos— en la Resolución de 13 de diciembre de 1974, ambas comentadas por mí en este Anuario (Tomo XXX, Fascículo I, enero-marzo, 1976, págs. 158 y siguientes y 186 y siguientes). Refuerzan estos criterios la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1954 y las Resoluciones 9 de noviembre de 1955 y 29 de noviembre de 1962. Excepción a todo ello supone la de 24 de junio de 1944.

A) Preferencia formal

Cuando a un concepto del derecho se le adjetiva con la palabra "*formal*", parece rebajársele de categoría, pues en la mente del jurista siempre surge la vertiente de la "*sustantividad*". Frente a lo formal se contrapone lo sustantivo. Pero en el caso del llamado principio de prioridad —*prior tempore, potior iure*— la mayor parte de la doctrina sabe distinguir perfectamente lo que hay de formal en el principio, pero también lo que hay de sustantivo y esencial.

La preferencia formal va unida indisolublemente a un momento y a una fecha. El libro Diario de operaciones registrales es el claro exponente de ese momento y esa fecha. Hecho el asiento se ha ganado preferencia, una preferencia tabular, de libro, cronológica, de fecha, de hora, de segundos. Quizá en este punto la reciente reforma del Reglamento Hipotecario de 27 de agosto de 1977 atente "*contra legem*" al principio de prioridad al ser re-

dactados los artículos 428 y 556, pero no creo que sea este el momento para hacer un comentario que, a mi entender, debe ser más extenso y darlo a la luz en otro lugar.

Pero esa preferencia formal, ese llegar antes en el tiempo, tiene la compensación del aforismo romano: "*potior iure*". Y es donde ahí deja el principio de ser formal para transformarse en sustantivo y mantener esa preferencia contra todo otro derecho, que siéndole incompatible, anterior o simultáneo, se pretenda inscribir o anotar. Aquella cronología que señala en su fecha el asiento de presentación seguirá reflejándose en los asientos que se practiquen y servirá para sostener el mejor derecho ganado por la prioridad temporal. Eso es lo que viene a disponer el artículo 24 y el 25 de la Ley Hipotecaria que aclaran lo que debe entenderse por fecha de la inscripción y la preferencia entre ellas.

Pero la preferencia formal tiene otros aspectos que podemos aquí intentar deslindar. Creo que pueden ser importantes las aportaciones que hacen algunos autores jugando con la calificación de las fechas y otros tratando de profundizar entre lo que podríamos llamar prioridad sustantiva y formal. Todo ello referido, por supuesto, al aspecto registral, ya que debemos dejar marginada a este respecto la posible prioridad cronológica de la escritura pública, que por el juego de la prioridad registral queda subordinada a la misma. Dejamos con ello a un lado la problemática de aquellos sistemas que adoptan la llamada "preanotación", la "certificación con cierre registral" y la "solicitud con petición del mismo cierre".

LA RICA Y ARENAL ("Fechas de los asientos registrales, Rv. Cr. Dr. Inm. 1954) distingue perfectamente la "*fecha propia*" de la "*fecha efectiva*" de los asientos (arts. 9, 7.^o de la Ley y 51, 13 del Reglamento). La fecha propia es el momento en que se extiende el asiento y la fecha efectiva la del asiento de presentación que por el juego de los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria da la preferencia antes expuesta. Pero, así como la fecha "formal" del asiento de presentación otorga o concede "efectos sustantivos" en su juego, la fecha también formal del asiento de inscripción, anotación, cancelación o nota marginal, no creo que tenga más proyección que la puramente "*adjetiva*" del cómputo de tiempo en determinados casos. Casos que la doctrina resume o concreta en los del plazo para el ejercicio del retracto legal (S. 14 marzo 1956 y 1 junio 1959), suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación conforme al artículo 207; la caducidad de las inscripciones de inmatriculación si el edicto no se presenta dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la inscripción (art. 298 del Reglamento Hipotecario); la caducidad que establece el artículo 98 del Reglamento Hipotecario para las inscripciones "condicionadas" a la obtención de determinados requisitos administrativos y la caducidad de las anotaciones preventivas en general (art. 86 de la Ley Hipotecaria), las por defecto subsanable (art. 96 de la Ley Hipotecaria) y las de legatario (art. 87 de la Ley Hipotecaria). Ante esta dualidad de fechas y al filo de un problema de anotación preventiva, prorrogada y convertida, traté el tema comentando la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de mayo de 1968 ("Prioridad, anotación preventiva, conversión y prórroga" publicado en el Boletín Informativo del Colegio Nacional de Registradores y reproducido en "Teoría

práctica y formula de la calificación registral", 1977) y llegaba a la conclusión de que la fecha de las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones, es la del asiento de presentación. Solamente las "anotaciones preventivas de suspensión" por defectos subsanables tienen un cómputo distinto en su vigencia, debido a su naturaleza peculiar y a la distinción que el legislador establece en el artículo 205 del Reglamento Hipotecario. Sólo admitiendo esto puede respetarse íntegramente el principio de prioridad muy necesitado de pocas excepciones. No puede llegarse, fuera de ese caso, a una distinción entre una fecha de "preferencia" y otra de "caducidad", pues ello es contrario a toda norma interpretativa de lógica jurídica.

Realmente está sin solucionar definitivamente la cuestión, ya que la parte de la doctrina que ha tocado el tema se inclina, siguiendo la tesis de LA RICA Y ARENAL, así como los comentarios que al filo de la reforma hipotecaria de 1944-46 hiciera SANZ FERNÁNDEZ ("Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria", pág. 330) y que insistían en que el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas debería contarse desde la fecha de la anotación misma y no de la del asiento de presentación, por la distinción entre la "fecha extrínseca" al asiento, que sirve para determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferencia a cualquier otro referente a la misma finca, y la fecha "intrínseca", a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia o limitación de eficacia, en su caso, del asiento en sí mismo considerado que tiene relevancia en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada, tesis sostenida por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA en el Comentario a la Resolución de 30 de octubre de 1969 (Rv. Cr. Dr. Inm. 1970, pág. 467).

Con más densidad, en el deseo de llegar a una plena precisión de lo que debemos entender por el principio de prioridad, TIRSO CARRETERO ("Comentario a la Resolución de 18 de marzo de 1972 en Rev. Cr. Dr. Inm. 1972, página 885 y recensión de mi libro "Complementos al Derecho Hipotecario y su Legislación" Rev. Cr. Dr. Inm. 1974, pág. 1011) plantea el problema de distinguir entre la prioridad formal de los artículos 17 y 313 de la Ley Hipotecaria y la prioridad sustantiva de los artículos 32 y 145, 2º de la misma Ley. Reducir a estos cuatro casos el esquema de los dos aspectos de la prioridad me parece un poco aventurado, pues de una parte habría que pensar que dentro de lo que debamos entender por prioridad sustantiva hay que colocar también aquellos supuestos de Derecho civil que solucionan la posible colisión de derechos otorgando preferencias sustantivas de rango y, de otra, pensar serenamente que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria aún refiriéndose a la prioridad formal, deja siempre a salvo, la sustantiva.

En otra ocasión creo que apuntaba cómo a mi entender el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tenía en el fondo una proyección más de fondo que de forma, pues parte de una inscripción o anotación ya hecha de un título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, estableciendo que estando vigente esa inscripción o anotación no podrá practicarse ninguna otra referente a títulos de igual o anterior fecha que "se le opongan o sean incompatibles". Es decir, que para que el cierre del Registro se produzca es preciso que el título que pre-

tenda inscribirse o anotarse sea “*sustantivamente*” opuesto o contradictorio con el inscrito, pues de lo contrario la colisión se soluciona mediante un orden de rangos y este orden de rangos queda, sin embargo desvirtuado, en ciertos casos en los que sustantivamente la prioridad viene dada por el Derecho civil, casos que veremos luego. No obstante, este artículo es evidente que contiene todo un esquema formal al señalar la manera de proceder con los títulos llegados al Registro y cronológicamente prioritarios, frente a los que no lo son, para su despacho registral.

El artículo 313 de la Ley Hipotecaria es ya otro tema de menor tono y que efectiviza una prioridad de carácter formal o adjetiva. La inadmisión por los Tribunales de documentos que debiendo haber sido inscritos no lo están. El artículo distingue dos supuestos según que la inadmisión proceda decretarla en casos de fincas no inscritas cuando el documento pretenda hacerse valer contra terceros y el de fincas inscritas cuando el documento se pretenda hacer valer frente a cualquiera. Desarrollan la materia los conocidos artículos 585 a 588 del Reglamento Hipotecario. Frente a la fuerza sustantiva de la inscripción surge lo que la doctrina ha llamado sistema de la “*inscripción estimulada*”, esto es, de una adopción de medidas para que la inscripción llegue a verificarse y que se traducen, en el presente supuesto, en una inadmisibilidad del documento. Es una vertiente formal, pero de una gran eficacia práctica si por los Juzgados y Tribunales, los Consejos y las Oficinas del Estado se acepta íntegramente la norma. La inscripción aquí se convierte en requisito, en exigencia, para que el documento que contenga el acto pueda tener un valor frente a terceros o frente a cualquiera. Es decir, estamos ante el cumplimiento de una forma para que pueda tener lugar la tramitación de una acción, reclamación, demanda, etc., que se presente en los organismos citados.

B) *Preferencia sustantiva*

Verdaderamente que la preferencia que soluciona jurídicamente los supuestos de colisión de derechos viene dada —registralmente hablando— por ese principio de prioridad que resuelve la disputada problemática de la doble venta (art. 1.473 del Código civil), pero es también evidente que ofrece matices muy de tener en cuenta al examinar los artículos 32 y 145, 2, de la Ley Hipotecaria. En el primero al otorgar a la inscripción un valor prioritario y sustantivo frente a títulos de dominio y derechos reales que no estén inscritos. La inscripción representa en estos casos la existencia efectiva del derecho frente a quienes puede negarla si no está inscrito. Es el principio latino de la oponibilidad, base y esencia de nuestro sistema hipotecario. Igualmente el artículo 145, 2º de la Ley Hipotecaria al establecer la necesidad de la inscripción para que la hipoteca exista viene a reforzar la tesis antes expuesta: la escritura pública no basta para su existencia, ya que si no se inscribe es como si no existiese y, en este caso, no sólo frente a tercero, sino frente a todos, pues aquí a la inscripción se la eleva a rango de requisito constitutivo.

Creo que también cabe traer aquí esa serie de normas preferenciales que condicionan la aplicación del aspecto formal y su consecuencia sus-

tantiva del principio de prioridad. Podrían señalarse a este respecto el caso del artículo 198 del Reglamento Hipotecario con la posibilidad de inscribir títulos anteriores en fecha a la anotación preventiva de demanda, pero cuya inscripción se verifica con posterioridad a la fecha de la misma. Igualmente el caso de las llamadas anotaciones preventivas de prohibición de disponer que permiten la inscripción de títulos otorgados con anterioridad a las mismas, pero presentados con posterioridad a la fecha de la anotación. También los casos de inscripción de títulos anteriores no inscritos que corroboran el título inscrito, las ratificaciones y elevaciones de documentos privados previos al inscrito, etc.

Al lado de todo ello es preciso contemplar también aquellos otros sujetos en los que la prioridad viene dada "sustantivamente" por una norma que establece de antemano la prelación que soluciona el posible conflicto. Es decir, estamos ante los llamados créditos o derechos preferentes cuyo respeto ha de tenerse en cuenta al momento de aplicar el principio de prioridad registral. Nos estamos refiriendo a esos casos de reserva legal de rango (arts. 45 y 51 de la Ley Hipotecaria) o de rango estipulado, así como los de simultaneidad de rango (art. 227 del Reglamento Hipotecario) y al que a nuestro juicio es el caso objeto del presente recurso: el del artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con las anotaciones preventivas de embargo y que ya soluciona el artículo 1.923 del Código civil. El embargo sólo es preferente frente a créditos "posteriores". La Dirección General no duda en aplicar la doctrina mantenida tradicionalmente, salvo el caso aislado que citamos de la Resolución de 24 de junio de 1944, y establece que aunque el caso ofrece variantes, ya que la adquisición de la propiedad anterior al embargo se basa en una prescripción ganada y declarada judicialmente, es evidente que la fecha de la sentencia es anterior a la del embargo y de ahí que deba seguirse la regla general que señalan los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código civil.

En uno de los comentarios hechos a otra de las Resoluciones de la Dirección sobre este mismo tema, planteábamos dos problemas que eran mantenidos por parte de la doctrina. El primero era si, además de esta preferencia sustantiva que los artículos citados concedían, el titular favorecido debería plantear procesalmente la *tercería de dominio* a que alude el párrafo 3.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. LA RICA (*Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas*, "Rev. Cr. Dr. Inm.", 1958, pág. 711) entendía que era preciso plantearla antes de la adjudicación o venta en pública subasta de la finca o fincas embargadas, pues en otro caso sólo le queda la acción reivindicatoria. Mi opinión era contraria a esta solución, ya que el derecho que parece otorgar el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código civil es un derecho puro, neto, sustantivo, sin necesidad de tener que ser sometido al cumplimiento de formalidades posteriores, bastando para protegerle la respectiva inscripción. ROCA SASTRE opina en el mismo sentido.

El segundo problema era de mecánica registral y es el de si al inscribirse "posteriormente" a la anotación de embargo la adquisición "anterior", debería o no verificarse lo que en lenguaje registral se llama "arrastre de cargas". F. CABALEIRO, en el comentario que hacía a esa Resolución aludida ("Rev.

Cr. Dr. Inm.", núm. 506, 1975, pág. 154), mantenía esa necesidad de arrastre de cargas en base de la "claridad del asiento"; yo sostenía otra opinión que ahora ratifico, y es la de que en la inscripción "posterior" al embargo no puede nunca reflejarse éste, ya que no es preferente.

COMPROVENTA.—LEGALIZACIÓN DE FIRMAS DE LOS OTORGANTES.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPROVENTA OTORGADA CON PODER AUTORIZADO EN PAÍS EXTRANJERO QUE CARECE DE LA PRECEPTIVA LEGALIZACIÓN CONSULAR Y DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. (Resolución de 6 de abril de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de mayo de 1976.)

Hechos.—Resultando que por escritura pública autorizada por el Notario recurrente, don José Bono y Huerta, de Sevilla, el 22 de abril de 1974, la Compañía suiza Atlanterra, S. A., vendió a don Konrad von Brauchitsch una parcela de terreno de 1.960 metros en término de Tarifa; que como apoderado de la Sociedad vendedora comparece en su representación Helmut Diederichs, que acredita su personalidad mediante testimonio del poder que le fue conferido en Zurich (Suiza) el 24 de agosto de 1964 por don René Thouvenin como miembro del Consejo de Administración de Atlanterra, Sociedad Anónima, con facultades de representación, certificando el Notario autorizante la validez de este poder; que como apoderado del comprador comparece don José Nicolás Medina Lama, en virtud del poder conferido por aquél en Herzogenrath (Alemania Federal) el 30 de noviembre de 1973; y cuya validez también certifica el fedatario.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota:

"Presentado el precedente documento a las once horas del 8 de febrero último, bajo el número 2.051 del Diario 48, al folio 257 vuelto, en unión de testimonio expedido el 1 de febrero de 1974, por el mismo Notario, señalado con el número 508 del Libro Indicador, relativo al poder otorgado por el comprador a favor de don José Nicolás Medina Lama; acompañados hoy, como complementarios, por los siguientes testimonios expedidos por el mismo funcionario como Notario de Tarifa: el número 768 del Libro 5.º Indicador, de 6 de julio de 1972, el poder de 24 de agosto de 1964, otorgado por don René Thouvenin, en nombre de Atlanterra A. G. a favor de don Helmut Diederichs, número 784 del mismo Libro, de 9 de agosto de 1972, sobre vigencia de leyes en Suiza; el número 771 del citado Libro, de 11 de julio de 1972, sobre vigencia de leyes en Alemania; el número 249, sin que conste de qué Libro, de 31 de marzo de 1962, de la escritura de constitución de Atlanterra, y el 781 del repetido Libro 5.º, de 9 de agosto de 1972, sobre inscripción en el Registro Mercantil de tal Sociedad, se suspende la inscripción por los siguientes defectos subsanables: Primero: Falta de legalizaciones consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores español en el poder otorgado por don René Thouvenin, en nombre de Atlanterra A. G., a favor de don Helmut Diederichs y el otorgado por el comprador a favor del señor Medina Lama, conforme preceptúa el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Segundo: No se acredita mediante la certificación prevenida en el párrafo 6.º

del mismo artículo la aptitud y capacidad legal del señor von Brauchitsch para el otorgamiento del poder en favor del señor Medina Lama y para verificar la adquisición realizada en su representación. Se ha pedido no se practique anotación preventiva.

Algeciras, 14 de marzo de 1975."

Resultando que retirada y presentada de nuevo la escritura y demás documentos complementarios fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

"Presentado nuevamente el precedente documento a las doce horas del día 22 de mayo último, según el asiento 224, practicado al folio 28 vuelto del Diario 49, en unión de todos los documentos que se reseñan en la nota precedente, acompañado, además de instancia suscrita en Sevilla el 7 del mismo mes de mayo por el Notario autorizante, en la que se solicita se tenga por subsanados los defectos señalados en la citada nota de calificación de 14 de marzo de 1975; y de tres testimonios expedidos el 7 del repetido mes de mayo por el citado Notario señor Bono y Huerta, a los números 1.008, 1.009 y 1.010 del Libro Indicador, por el primero de los cuales se reitera la legitimación de la firma de don René Thouvenin puesta en el poder de 24 de agosto de 1964; por el segundo se reitera igualmente la legitimación de la firma de don Konrad von Brauchitsch en el poder de 30 de noviembre de 1973, y por el tercero da fe de la capacidad del otorgante de este último poder, conforme al Derecho alemán, se suspende la inscripción por el defecto subsanable de falta de las legalizaciones consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores español en los citados poderes otorgados por don René Thouvenin en nombre de Atlanterra A. G. a favor de don Helmut Diederichs y por el comprador a favor del señor Medina Lama, conforme preceptúa el artículo 36 del Reglamento Hipotecario; dándose por subsanado el segundo de los defectos aducidos en la anterior nota de calificación. No se ha solicitado anotación preventiva.

Algeciras, 2 de julio de 1975."

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la legitimación de las firmas de los otorgantes de los poderes aducidos, hecha por el Notario autorizante de la escritura, hacen innecesaria la legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores; que la facultad de legitimación o autenticación de firmas de toda clase de personas físicas y representativas de las jurídicas le viene concedida al Notario por el artículo 257 del Reglamento Notarial, al que se remite el artículo 1.217 del Código civil; que con la legitimación del Notario autorizante queda plenamente cumplido el requisito 4.º del párrafo 1.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario respecto a los documentos otorgados en territorio extranjero de "contener la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", ya que dicho precepto no ordena que el procedimiento de autenticación o legalización sea necesariamente el consular, ya que cabe el medio de la legitimación notarial de firma del otorgante, como en el caso recurrido; que el Registrador ha de aceptar la legitimidad de firmas aseveradas con fe pública

por el Notario autorizante, so pena de incurrir en la responsabilidad que establece el artículo 143 del Reglamento Notarial.

Resultando que el Registrador informó: que si bien la legitimidad de las firmas de los otorgantes de los poderes, señores Thouvenin y Von Brauchitsch, queda acreditada mediante los testimonios del Notario recurrente, no sucede lo mismo con las firmas de los Notarios extranjeros insertas en dichos poderes, al no haber sido legalizadas por los Cónsules españoles respectivos y las de éstos por el Ministerio de Asuntos Exteriores, conforme a lo exigido por el párrafo 1.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario; que la legalización consular cumple, además, la función de hacer constar de manera cierta el lugar de otorgamiento de los poderes; que si se prescinde de la legalización consular, como pretende el Notario, tales poderes no se presumirían otorgados en Suiza o Alemania, sino en Sevilla, lugar de la legitimación de las firmas, lo que pudiera ser contrario al artículo 257 del Reglamento Notarial; que por legalización deberá entenderse la consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores, como se deduce de los artículos anteriormente citados y de los artículos 17, 24 y concordantes del Anexo III del Reglamento Notarial y del artículo 29 del Reglamento de la carrera consular de 27 de abril de 1900, pudiéndose también citar las Sentencias de 7 de diciembre de 1894 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 1971; que en igual sentido se pronuncian la mayoría de los tratadistas que estudian el tema.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador y declarando además que para que se estimen auténticos y produzcan efectos en España los poderes de referencia es indispensable el requisito de la legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores, ya que aparecen otorgados y documentados en el extranjero, sin que pueda considerarse bastante la legitimación notarial.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso gubernativo se plantea la cuestión de si puede ser suplida a los efectos del artículo 36 del Reglamento Hipotecario la obligada legalización de un documento autorizado en país extranjero, por la aseveración del Notario español de serle conocidas las firmas de los otorgantes en sendos documentos que en este caso concreto hacen referencia respectivamente a un poder autorizado en Alemania con arreglo a las formalidades exigidas por su legislación nacional, y a otro poder autorizado en Suiza según la forma de este país”;

“Considerando que el requisito de la legalización establecido por nuestras disposiciones legales para los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar su autenticidad al objeto de que puedan tener eficacia en España y sean admitidos por las Autoridades y Oficinas Públicas españolas (artículo 600, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 36, 4, 4.º, del Reglamento Hipotecario, y 7.º, 4.º, del Reglamento del Registro Mercantil) y la forma de llevarla a cabo aparece regulada en el Anexo III del Reglamento Notarial vigente, principalmente en los artículos 17 y 24”;

“Considerando que el cumplimiento de este requisito supone, en la mayor parte de los casos, una serie de complejos trámites que originan dilaciones y gastos incompatibles o al menos perturbadores con la celeridad que el mo-

derno tráfico jurídico exige, paralizando de este modo los efectos del documento o las actuaciones que del mismo se derivan, por lo que esté mirado este trámite desfavorablemente no sólo por los particulares o interesados en general, sino por la propia Administración del Estado, que lo ha incluso suprimido en algún supuesto de legalización interior, pues lo que en definitiva interesa es que el documento aparezca adornado de las garantías de certeza y seguridad que debe en sí llevar";

"Considerando que es de elogiar la postura del Notario autorizante de la escritura —por cierto, redactada directamente en el idioma común de los otorgantes, con su correspondiente traducción española— al tratar de suplir por procedimiento extrarreglamentario la autenticidad del documento extranjero mediante testimonio de legitimidad de las firmas autógrafas de ambos poderdantes que figuran estampadas en los respectivos poderes, pero al resultar incompleta su dación de fe por no haberla extendido a la del Notario alemán y funcionario del Tribunal Comarcal, no cabe, en consecuencia, entender cumplido el requisito de la legalización en la forma realizada, que habrá, en todo caso, de acomodarse a las normas legales pertinentes."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador."

Consideraciones críticas

La vida moderna va quitando requisitos formales que faciliten, con su supresión, la rapidez en la tramitación de la documentación precisa para justificar un derecho. A veces se suprime totalmente y otras se suplen por medios más fáciles concentrando en un sólo funcionario lo que antes era, por ejemplo, de tres. Precisamente en el presente recurso se viene a plantar un caso que debe darse con excesiva frecuencia en esta constante relación de personas pertenecientes o residentes en otros países. Creo que si se va política y económicamente a formar comunidades de naciones, debe también preverse un sistema de validez documental sin necesidad de cumplir tantos requisitos como hasta ahora existen.

Creo, además, que esta Resolución tiene un cierto interés "histórico" en cuanto va a marcar una doctrina que se refleja, en el momento actual de este comentario, en el nuevo artículo 36 del Reglamento Hipotecario reformado por el Real Decreto de 27 de agosto de 1977 que ha retocado, con poca fortuna por cierto, otros preceptos reglamentarios.

Y para abordar este comentario a una Resolución que niega la posibilidad de sustituir la afirmación notarial del reconocimiento de firmas por el requisito genérico de la legalización diplomática, entiendo que podríamos partir de una previa diferenciación notarial —perfectamente adecuada a la terminología registral —entre legitimación de firmas y legalización, para luego desender a los requisitos que el documento extranjero debe reunir para ser inscrito en España.

A) Legalización y legitimación

La distinción viene tradicionalmente admitida y se encuentra en cualquier obra de Derecho notarial. Para evitar la autocita me valgo en estos momentos de GIMÉNEZ ARNAU (*Derecho Notarial Español*, Universidad de Navarra, 1965), quien al hacer la clasificación de los distintos tipos de actas que no se incorporan al protocolo notarial incluye bajo el genérico nombre de "legalizaciones" la legitimación de firmas "cualificada", porque se refiere a firmas del Notario y la legitimidad de firmas, fuera de España, que se llama legalización, desplazando a la materia de testimonios la legitimidad de firmas en general. Realmente, el Reglamento notarial recoge la distinción estudiando la legitimidad de firmas en los artículos 256 a 264 y las legalizaciones en los 265 a 271.

A mi entender, creo que son dos manifestaciones de una misma actuación, pues con ellas se persigue la seguridad de la autenticidad de una firma, pero la legalización en su terminología restringida se ha reservado para las autenticidades de firmas y rúbricas de Notarios, funcionarios administrativos o judiciales. Con ellas —como dice el autor citado— se superponen nuevas garantías o señal de autenticidad a un documento que ya antes de legalizado debía ser considerado intrínsecamente auténtico. Porque la legalización extiende o robustece la eficacia del documento, pero no hace auténtico al que antes no lo fuera.

Esbozada la distinción sólo nos queda aplicarla al caso concreto objeto de este recurso. El Notario autorizante de la escritura había suplido la *legitimidad* de firmas autógrafas de los poderdantes (que realmente deberían ser consideradas como auténticas si el poder o poderes estaban autorizados por Notario hábil en el lugar del otorgamiento), pero lo que no había logrado es suplir el requisito de la *legalización* que debía extenderse a la del Notario autorizante, la consular y la del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Frente a esta exigencia que la Dirección General sigue manteniendo se especula doctrinalmente por la tendencia a la supresión de legalizaciones. El autor anteriormente citado decía que al crecer de una manera insospechada las relaciones comerciales y jurídicas entre los más distintos países y la facilidad de comunicaciones entre ellos, ha hecho rectificar puntos de vista clásicos que parecían inalterables, entre los cuales está la necesidad de suprimir el requisito de las legalizaciones.

En el VII Congreso Internacional del Notariado Latino se estableció esa posibilidad de suprimir las legalizaciones, sustituyéndolas por otros medios. En igual sentido se había pronunciado el proyecto de convención de 5 de mayo de 1959 en la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya. Esta línea de supresión de legalizaciones ha tenido acogida en el Decreto de 4 de febrero de 1972, para la que podríamos llamar "legalización interna", pues dispone que se suprime la misma de todos los certificados del Registro Civil que hayan de ser presentados antes cualquier órgano de la Administración central e institucional del Estado, provincia o municipio, manteniéndose la misma para los que hayan de surtir efectos en los registros consulares o en el extranjero.

Con el deseo de simplificación de trámites administrativos se estableció en los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia un servicio coordinado

de legalizaciones para los documentos que, legalizados en Justicia, deban serlo posteriormente en Asuntos Exteriores por estar destinados a surtir efectos en el extranjero. Los documentos se presentarán en el de Justicia, que otorgará un resguardo para que el documento sea recogido posteriormente en Asuntos Exteriores.

B) Requisitos que el documento extranjero debe reunir para ser inscrito

La Ley Hipotecaria establece en el artículo 4 que "también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2.º, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza legal en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil". La materia viene y venía desarrollada por los artículos 36 a 38 del Reglamento Hipotecario, aunque hoy el primero de ellos ha sido retocado.

Conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario antiguo se exigía para que el documento extranjero fuese inscrito en España que: a) Que el asunto o materia fuese lícito y permitido por las Leyes de España. b) Que los otorgantes tengan la aptitud y capacidad legal. c) Que se hayan observado las formas y solemnidades necesarias. d) Que el documento contenga la *legalización* y demás requisitos necesarios, acreditándose los b) y c) por el certificado del Cónsul español o del extranjero en España.

Este artículo, en el que como vemos se exigía la *legalización* como uno de los requisitos del documento y cuyos cuatro apartados debían estar bajo la calificación registral, ha sufrido en la actualidad una nueva redacción dada por el Real Decreto de 27 de agosto de 1977 y que reproducimos seguidamente para su debido comentario:

"Artículo 36.—Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente."

Ante la nueva redacción dada al artículo cuestionado —y si lo comento aquí es porque en uno de los considerandos de la Resolución se hace refe-

rencia a este artículo y sus requisitos— el intérprete debe inclinarse por el sentido positivo de la reforma, aunque con la redacción anterior se venía a decir prácticamente lo mismo que ahora, salvo en lo referente a los medios de justificación de requisitos exigidos en la documentación para su validez. Antes se precisaban los requisitos que debería reunir el documento otorgado en país extranjero y ahora se cambia la cosa haciendo una remisión concreta al Derecho internacional privado. Ello obliga a esa inevitable consulta o remisión de los artículos 8.º al 12 del Código civil en su redacción dada por el Decreto de 31 de mayo de 1974 y los comentarios que sobre este punto ya existen ("Comentarios a la reforma del Código civil: el nuevo título preliminar y la Ley de mayo de 1975, Edit. Tecnos, 1977, y "Estudios sobre el título preliminar del Código civil", Academia Matritense del Notariado, Rev. Dr. Priv., 1977). Siguen manteniéndose los requisitos de *aptitud y capacidad legal*, formas y solemnidades, legalización y restantes requisitos, así como esa exigencia anterior de que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito o permitido por las leyes de España para ser inscrito, pues ello viene confirmado por el artículo 12, párrafo 3.º, del Código civil al excluir de aplicación a la ley extranjera por razones de "orden público".

La manera de acreditar la observancia de formas y solemnidades extranjeras y la capacidad legal necesaria para el acto, se amplía mediante la posibilidad de la aseveración o informe del Notario, Cónsul, Diplomático españoles o Cónsul o funcionario competente del país de que se trate. Como observación del poco cuidado que el legislador ha tenido en la redacción se destaca la doble exigencia de *aptitud y capacidad* (legitimación y capacidad?) de los intervinientes extranjeros en su país, pues para los extranjeros intervinientes en España, sólo se exige acreditar *capacidad*. En último término —y conforme a lo que ya disponía el artículo 37, 3.º, para las traducciones—, se concede al Registrador facultad para prescindir de dichos medios.

Verdaderamente que las cosas han quedado muy similares a lo que sucedía anteriormente, habiéndosele escapado al legislador, sin embargo, algo que con vistas a las direcciones políticas de autonomía regional y del manejo de lenguas o idiomas queda un tanto caduco. Me estoy refiriendo al calificativo de "dialectos" de España "ininteligibles para el registrador" y que exige traducción.

Si el legislador debe moverse en su penetración reformista de la norma existente en virtud de la amplitud jurídica de medios que el ordenamiento le conceda y de la "fuerza social" que le empuje —como dijo un conocido jurista— era preciso al haber abordado esta reforma del Reglamento haber tenido mayor audacia en orden a esos requisitos de legalización que doctrinalmente parecen ser criticados duramente hace ya años. Es encomiable haber aumentado la forma de acreditar requisitos, pero entiendo que ello no justifica el retoque de este precepto que hubiera podido esperar el momento decisivo en el que, suprimida la legalización, la reforma hubiera tenido una mayor densidad para su justificación.

La Dirección General en la Resolución que comentamos hace una referencia concreta al artículo 36 del Reglamento Hipotecario en cuanto al requisito de la "legalización" y que debe en la actualidad admitirse dada la reforma vista. Es decir, ese requisito sigue siendo el medio de acreditar la autenti-

·cidad de los documentos otorgados en país extranjero al efecto de que
·puedan tener eficacia y ser admitidos por las Autoridades y Oficinas públi-
·cas españolas. La misma Dirección reconoce que dicho trámite origina "dila-
·ciones y gastos perturbadores con la celeridad del tráfico jurídico", pero
·que sólo se ha prescindido del mismo en algunos supuestos de legalización
·interior. Sigue subsistiendo, respecto de la interior, la exigida para que el
·documento surta efecto en territorio de Audiencia diferente. Es de esperar
·que el problema de las autonomías no complique en este punto algo que
·estaba ya a punto de desaparecer.

Al confirmar la nota del Registrador, una vez más se demuestra que la
amplitud de la calificación es decisiva al efecto de asegurar la plena validez
del documento que trata de tener acceso al Registro y que no ha sufrido
merma de clase alguna en la reforma del artículo 36 del Reglamento Hipotecario,
pues aunque los términos "asunto o materia" que el artículo exigía
que fueran lícitos y permitidos por las leyes de España no eran muy expre-
sivos; lo cierto es que aplicando la teoría del orden público queda plena-
mente salvado su silenciamiento en la norma.

AMORÓS GUARDIOLA, al comentar esta misma Resolución en la "Rev. Cr. Dr. Inm." (núm. 516, 1976, págs. 1202 y sigs.), entiende que aun modernizándose el trámite de la legalización, es preciso mantenerla para poder acre-
ditar la autenticidad del documento. Nosotros entendemos que la actualiza-
ción de requisitos es precisa, pudiendo ser suplida por cualquier medio, pero
siempre que ofrezca suficientes garantías de eficacia. Piénsese en la abun-
dancia de préstamos hipotecarios en moneda extranjera de variable cotización
y se verá la urgencia de una norma que pudo y no dictó el legislador de
1977 al retocar el Reglamento Hipotecario.

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS COMENTADAS

1. LA INAPLICABILIDAD DE LA CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE EN CATALUÑA.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976)

SUMARIO: 1. El caso conflictivo y las sentencias contradictorias de instancia y apelación.—2. La ausencia de constitución de servidumbres por signo aparente, según la tradición jurídica catalana y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.—3. La inhibición interpretativa de la sentencia sobre la orientación foralista catalana.

1. EL CASO CONFLICTIVO Y LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DE INSTANCIA Y APELACION

El caso que se presenta es el de un propietario que construye una casa sobre su finca, la cual, posteriormente, divide entre sus herederos, quienes, a su vez, venden a diferentes propietarios ciertas partes o porciones de dicha finca. La casa vendida tenía una ventana con luces y vistas en el piso alto, que daba sobre una de las partes de la finca contigua, y frente a ella, después de pasados casi treinta años, se construye una nueva edificación que viene a tapar la citada ventana.

Planteado el pleito, como consecuencia de la nueva construcción, el Juez de Primera Instancia decide, en Sentencia de 27 de febrero de 1975, que "existe constituida una servidumbre de luces y vistas establecida por el signo aparente de la ventana abierta en la pared del inmueble de la demandante y colindante con el de la demandada, a favor de la finca de la propiedad de la actora" y, en consecuencia, ordena "a los demandados a respetar esta servidumbre absteniéndose de realizar actos contrarios que perturben su disfrute y a proceder a la inmediata reapertura de la referida ventana derribando la pared levantada que cierra la misma sin que puedan proceder a nuevo levantamiento de otra pared más que

guardando la distancia que se consigna en el quinto considerando de esta sentencia".

El demandado interpone recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia ante la Audiencia Territorial de Barcelona que dicta Sentencia con fecha de 18 de diciembre de 1975, fallando que "debemos revocar y revocamos la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia... y, en consecuencia, se absuelve a los demandados. A. V. A. y J. V. R., de las pretensiones formuladas por la actora".

Frente a esta Sentencia, la actora interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, quien dicta Sentencia el 10 de diciembre de 1976, confirmando la de la Audiencia y declarando no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, en base a una serie de considerandos, entre los que vamos a destacar los correspondientes al signo aparente de servidumbre debatido.

"Considerando: Que la actora, en la demanda originaria de este recurso, ejercita una acción confesoria de servidumbres de luces y vistas a favor de un fundo de su propiedad, sobre otra de los demandados, constituida por una ventana abierta por el anterior propietario de ambas fincas, y existente en el momento de la separación de los fundos, apoyando su pretensión en el precepto contenido en el artículo 541 del Código civil y en no haberse estipulado nada sobre su suspensión, cuando tales fundos se separaron; y, aún agrega, en su aludida demanda —y para disipar dudas sobre el origen de tal servidumbre—, "que no fue adquirida por usucapión, o sea, por prescripción ni siquiera inmemorial, sino que dicha servidumbre estaba legalmente constituida, con justo título que legalizaba su situación."

"Considerando: Que frente a esta demanda, los demandados opusieron: a) Que no era cierta la existencia de la ventana litigiosa con anterioridad a la separación de los fundos y que ellos ignoraban cuándo y por qué se abrió la expresada ventana; b) Que cuando compraron el supuesto predio sirviente, nada se les dijo sobre su existencia, la cual ignoraban "porque no era visible desde el interior ni desde el exterior", pues venía a caer encima del tejado de la casa-torre, al cual no se podía subir... y porque, además, dicho tejado tampoco era visible por estar rodeado de una baranda de obra maciza de casi de un metro de altura"; c) Que no sólo se les ocultó por los vendedores la existencia de tal ventana, sino, por el contrario, se hizo constar por los mismos, de modo concluyente, que las fincas se hallaban libres de toda carga o gravamen, y aún agregaron, innecesariamente —pues ya lo había proclamado el demandante—, que tal servidumbre no podría constituirse por usucapión, según determina el artículo 283 de la Compilación especial de Derecho civil de Cataluña, pues sólo podía adquirirse por pacto, con arreglo a la Ordinación cuarenta y una de Sanctacilia."

"Considerando: Que la Sentencia recurrida, después de establecer de una manera general que era obligación de la parte actora probar los hechos fundamentales decisivos de su pretensión, y de modo concreto, que le incumbía demostrar que la ventana litigiosa estaba construida antes de la venta a la demandada, de la segunda finca a que podría afectar la

servidumbre como predio sirviente, termina por proclamar que ni propuso prueba ni precisó preguntas para acreditar los normales hechos positivos de tal construcción, por lo que concluye afirmando que "no es de estimar probada tan esencial circunstancia", además, "habría que concluir estimando que tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código civil establece en su artículo quinientos cuarenta y uno, no es aplicable como Derecho supletorio, en Cataluña, pues la Compilación y la tradición jurídica catalana, exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos."

"Considerando: Que el primero (de los motivos) que hay que examinar... el que se denuncia la violación de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, en relación con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a la aplicación de dicho precepto legal... que en el desarrollo de este motivo, incurre la recurrente en petición de principio, pues da como existente el supuesto que la Sentencia niega, o sea, que la ventana litigiosa existía con anterioridad y en el momento de separación de los fundos, supuesto de hecho necesario para que pudiera ser actuado el artículo quinientos cuarenta y uno del Código civil que se invoca, y cuya falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad en Cataluña."

Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que en esta última consideración y frase de la Sentencia del Tribunal Supremo es donde verdaderamente se encuentra planteada la cuestión fundamental de si, en Cataluña, las servidumbres pueden, o no, constituirse en base al precepto de Derecho civil común, el art. 541 del Código civil, que proclama la adquisición de servidumbres por signo aparente entre fincas que pertenecieron a un mismo dueño y en función de la voluntad tácita de las partes en el momento de su enajenación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo prefiere soslayar la cuestión, acogiéndose a la ausencia de prueba que la parte demandante dejó de aportar, acerca de si el signo aparente fue, o no, realizado con anterioridad a la enajenación, lo que considera como una falta del requisito esencial de constitución de la servidumbre por el art. 541 y, consecuentemente, la no existencia de la misma, haciendo inútil el examen de aquella cuestión, todavía más fundamental, relativa a su aplicabilidad en Cataluña.

En realidad, la Sentencia del Tribunal Supremo adopta tres posiciones contradictorias: a) La primera, basarse en el propio art. 541, si bien sea para no aplicarlo, al faltar la prueba de cuándo fue establecido el signo aparente, si ante o después de la enajenación, requisito exigido por dicha norma; b) La segunda, manifestar expresamente, como consecuencia de su posición anterior, que la falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 541 a Cataluña; c) La tercera es el acoger, aunque sólo sea implícita, pero textualmente, la posición de la Audiencia Territorial de Cataluña que dictó para esta Sentencia, de que el art. 541 no es aplicable a Cataluña, ya que la Compilación actual y la tradición jurídica catalana exigen para ello el con-

venio expreso por voluntad manifestada a través de los signos adecuados y directos.

Dado que la misma Audiencia Territorial de Cataluña, en sus sentencias anteriores aplicó este modo constitutivo tácito de las servidumbres, basado en el art. 541 del Código civil, y que el Tribunal Supremo también acogió esta misma postura interpretativa, se hace necesario examinar ahora cuál es, realmente, el fundamento normativo y la auténtica razón de la negativa a que resulten constituidas servidumbres tácitamente en Cataluña.

2. LA AUSENCIA DE CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE SEGUN LA TRADICION JURIDICA CATALANA Y LA COMPIILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA

La constitución de servidumbres por signo aparente, también conocida por la doctrina civilista como "destinación del padre de familia" (1), es una modalidad extraña, no sólo a la tradición jurídica del Derecho castellano y español, hasta el Código civil, sino a la del Derecho histórico y vigente de Cataluña.

El Derecho castellano, formado de complejos elementos históricos, basa su autoridad e influencia mayor en el "Código de las Siete Partidas" del rey don Alfonso X el Sabio, en el cual no aparece el supuesto de constitución tácita de las servidumbres por el hecho de la existencia de unos signos aparentes en las fincas que habían pertenecido a un mismo propietario y que, posteriormente, al realizar su enajenación, si nada se había dicho, o hecho desaparecer, se entendía que quedaba constituida la servidumbre correspondiente al signo existente.

Las Partidas, en cuanto vehículo de recepción del Derecho romano en todo nuestro país, se hacen eco y son fieles a la ausencia que la causuística romana clásica y postclásica hace evidente sobre este supuesto. Como tengo ya demostrado en un estudio anterior (2), en el Derecho romano tan sólo era posible la constitución de las servidumbres de una manera expresa ("nominatim"), tanto en su época clásica y justinianea, aunque por la caída de las fórmulas y para ciertos casos testamentarios, al interpretar la "voluntas testatoris", se consideren ciertas analogías con

(1) Cfr. LEZÓN, *El signo aparente de servidumbre y el art. 541 del Código civil*, en "Revista de los Tribunales" (1904), pp. 225 ss.; SANCHO REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al artículo 541 del Código civil*, en la revista "Universidad", de Zaragoza, IV (1946), pp. 39 ss.; BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV, 1 (1951), pp. 73 ss.; y *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, Madrid, 1970; HERNÁNDEZ-GIL, *Servidumbre por destino del propietario*, en *Dictámenes*, I (Madrid, 1968), p. 253.

(2) BONET CORREA, *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XIX (1948-1949), pp. 304 ss.

la figura que más tarde se va a construir por los glosadores, llamada "destinación del padre de familia" (3).

A mi juicio, según intenté demostrarlo (4), fue el movimiento de los glosadores y postglosadores, especialmente Bártholo, quien, en base a los textos del "Corpus Iuris Civilis", construyó la posibilidad de esta modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres en base a la voluntad tácita de las partes ante el signo aparente de servidumbre existente entre dos fincas que habían pertenecido al mismo propietario. Por su parte, el Derecho costumbrista francés (la Costumbre de París, la Costumbre de Orléans y otras) (5) concluyó por fijar el supuesto de la "destination du père de famille", de donde pasó a los autores modernos, especialmente considerado por Domat y Poithier, de los cuales lo tomaron los codificadores del Código civil de Napoleón.

Entre nuestros juristas, ha de ser García Goyena quien lo recoja del Código civil francés y lo incluya en el Proyecto de 1851, tomado por la Comisión codificadora de 1888, que lo situará dentro del artículo 541 de nuestro Código civil.

Por el contrario, el Derecho catalán, consecuente con su estirpe y tradición romanista, tampoco va a considerar en sus fuentes normativas y consuetudinarias este supuesto de constitución tácita de las servidumbres por signo aparente. Así, se constata por la doctrina catalana contemporánea, según hace ver Casals Colldecarrera (6), cuando afirma que "la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario, que en el Derecho español común corresponde al artículo 541 del Código civil y que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas".

No obstante, otros autores, entre ellos, Borrell (7), advierte cómo la doctrina de la destinación del padre de familia, adoptada por el artículo 541 del Código civil, fue aplicada a Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 31 marzo 1902, 29 mayo 1911 y 29 diciembre 1914). Incluso, este autor trata de presentar ciertos precedentes análogos en determinados cuerpos legales catalanes, como la Constitución 59 de Sanctacilia, donde se obliga a indemnizar al comprador por la existencia de servidumbres ocultas en la finca comprada, así como una Senten-

(3) Entre los romanistas se discute si este modo constitutivo de servidumbre pudo ser ya postclásico, cfr. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, p. 202.

(4) BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Derecho común*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XXXVII (1967), p. 531.

(5) BONET CORREA, *La "destination du père de famille" del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en "Información Jurídica", 86-87 (1950), pp. 879 ss. y en "Revue du Notariat" (Canadá), 53 (1951), pp. 453 ss.

(6) CASALS COLLDECARRERA, *El derecho real de servidumbre, según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Barcelona, 1941, p. 15.

(7) BORRELL, *Derecho vigente en Cataluña*, II (Barcelona, 1944), p. 198, quien se apoya en la opinión de ADMETLLA, en "Revista Jurídica de Cataluña", 3 (1897), p. 194 y MASPONS, en "Revista Jurídica de Cataluña", 27 (1921), p. 526.

cia de los Ediles de Barcelona de 1600. También, Pella y Forgas (8) menciona a Cancer para recordar un caso práctico similar donde intervino y, según el cual, un propietario que lo era de dos casas contiguas, se vertía todo el agua de una en la otra y vendió esta última, no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; mas algún tiempo después, dicho comprador, ejercitando la acción negatoria de servidumbre, pidió se librarse de ella a su casa. Cancer sostuvo la opinión contraria fundándose en la "Ley binas" del Digesto "de servitutibus urbanorum praedium" (D. 7, 3, 36) y en el Comentario que Pablo de Castro hace a D. 39, 3, 47.

Por otro camino, Casals Coldecarrera hace ver cómo doctrinalmente la aplicación del artículo 541 del Código civil ha sido sustentada por numerosos juristas, aun en Cataluña, sin que en ningún caso se haya tratado de justificar su adopción; por tanto, cree que no se puede menos de señalar que el Derecho foral de Cataluña no muere en este aspecto privado con el Derecho de Nueva Planta, al desaparecer los antiguos Cuerpos legisladores del Principado y que, toda vez que rige en Cataluña, como fuente supletoria de Derecho, la costumbre, no cree pueda ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales en Cataluña, por fuente consuetudinaria, ni que costara esfuerzo alguno admitir la práctica señalada en las sentencias del Tribunal Supremo con jalones en los que cimentar la existencia de un verdadero Derecho consuetudinario en esta materia, puesto que quedan perfectamente cumplidos los requisitos necesarios para que pueda reputarse tal práctica como costumbre.

Melón Infante (9), a pesar de que hace constar cómo la "Ordinación" nada tiene que ver con el artículo 541 del Código civil, puesto que en la "Ordinación" se hace, sin duda, referencia a verdaderas servidumbres y no a signos de servidumbre establecidos por el propietario de las dos fincas ("servidumbre de propietario") y de que el artículo 541 presupone una apariencia de servidumbre (apariencia de servidumbre aparente), mientras que en el texto de la "Ordinación" se hace referencia a servidumbres ocultas o escondidas, "servitut encubierta o amagada", también cree que en Cataluña pueden adquirirse las servidumbres de luces y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código civil y, por tanto, por signo aparente según el juego del artículo 541. A juicio de nuestro ilustre colega, el artículo 541, pues, se considera aplicable a Cataluña y existe jurisprudencia reiterada, sobre todo de los tribunales inferiores (10). Además, añade, "la doctrina catalana ha hablado en algún caso de "adquisición automática": una

(8) PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, II (Barcelona, 1917), p. 206.

(9) MELÓN INFANTE, *Luces y vistas en la Compilación foral catalana*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL XV-1 (1962), p. 125.

(10) Así, entre otras, la Sentencia de 26 de noviembre de 1948 de la Audiencia Territorial de Barcelona, donde uno de sus considerandos dice que: "el demandado funda su oposición a lo solicitado por el demandante en lo dispuesto en el art. 541 del C. c., de aplicación en Cataluña, según tiene declarado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias".

servidumbre latente deviene efectiva al separarse la titularidad de los predios" (11).

3. LA INHIBICION INTERPRETATIVA DE LA SENTENCIA SOBRE LA ORIENTACION FORALISTA CATALANA

Ahora bien, si estos intentos jurisprudenciales y doctrinales de extender el nuevo supuesto de constitución tácita de las servidumbres, ajeno a la tradición jurídica catalana, no están faltos de rigor, a partir del año 1960, en que se logra la "Compilación del Derecho civil especial de Cataluña", carecen ya de sentido, puesto que no corresponden con el querer mantener vivas las más íntimas y peculiares maneras de ser y estar según la convivencia de la sociedad y casa catalana, que estima que servidumbres de luces y vistas sólo pueden adquirirse por pacto expreso.

Según han puesto de relieve Condomines y Faus Esteve (12), la Compilación recoge lo más importante, lo que realmente puede estimarse vivo de las famosas "Constitucions" o "Ordinacions de Santacilia" y, en materia de servidumbres, elimina la posibilidad de adquisición por usufructo; para las demás servidumbres que se enumeran en el artículo 283, como la de luces y vistas entre terrados contiguos, o las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio, sólo pueden adquirirse por pacto.

Este último criterio es el que sigue la Audiencia Territorial de Barcelona en la presente Sentencia que, el Tribunal Supremo transcribe, al considerar que "tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código civil establece en su artículo 541, no es aplicable como Derecho supletorio en Cataluña, pues la Compilación y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifiesta a través de signos adecuados y directos". Sin embargo, el Tribunal Supremo, con gran cautela y prudencia, ante las tendencias autonomistas que van imponiéndose, ha preferido no pronunciarse sobre la cuestión de la aplicabilidad o no del artículo 541 del Código civil a Cataluña, si bien se acoja a la falta de un requisito formal de la propia norma para concluir que dicha "falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad en Cataluña".

De este modo, nos hemos quedado sin saber expresamente —dada esta formal inhibición del Tribunal Supremo— si, en un futuro próximo, estará dispuesto a mantener el criterio antecedente de aplicar en Cataluña la modalidad constitutiva de las servidumbres en base a los signos aparentes y según las condiciones que proclama el artículo 541 del Código civil, o si, después de que ha quedado vigente la Compilación de

(11) BORRELL, *op. cit.*, pp. 123 y 131.

(12) CONDOMINES y FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 329.

Derecho civil especial de Cataluña, dicha modalidad constitutiva y adquisitiva tácita de servidumbres ha de ser rechazada para el ámbito catalán, al no ser admitidas por su Compilación otras modalidades constitutivas de servidumbres que las que nazcan de pacto expreso y se conformen a la tradición jurídica de la sociedad y casa catalana.

JOSÉ BONET CORREA

2. LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE

(Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre y 2 de diciembre de 1976)

Hechos.—En ambas sentencias el supuesto planteado es el mismo. La Administración procede a realizar el deslinde de la zona marítimo-terrestre en la forma establecida en la Ley de Costas. Realizados los trámites oportunos se aprueba el deslinde por Orden del Ministerio de Obras Públicas, haciéndose constar que quedan a salvo los derechos de propiedad alegados en el expediente por particulares y sobre la zona en cuestión, acordando la remisión de lo actuado a la Dirección General de lo Contencioso del Estado para que determine si procede el ejercicio de acciones reivindicatorias ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por corresponder a ésta la decisión de las cuestiones de propiedad. El deslinde aprobado quedó firme y consentido al no haberse impugnado en tiempo y forma debidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dictada la oportuna Orden del Ministerio de Obras Públicas autorizando el ejercicio de tales acciones, el Abogado del Estado interpone las reivindicatorias de los terrenos ocupados por particulares y, en consecuencia, solicita se declare la nulidad y cancelación de las inscripciones que, a favor de éstos, existen en el Registro de la Propiedad. Es interesante señalar que el trámite registral que oponen los demandados se remontaba a 1871 en el caso de la Sentencia de 25 de octubre y a 1866 en la de 2 de diciembre.

Resoluciones de Instancia.—Los Juzgados de Primera Instancia desestimaron íntegramente las demandas interpuestas por la Abogacía del Estado. Igualmente, las Audiencias Territoriales desestimaron los recursos de apelación interpuestos, confirmando las sentencias.

El Abogado del Estado interpone los correspondientes recursos de casación por infracción de ley, defendiendo, con abundantes argumentos históricos, la tradicional consideración de la zona costera como dominio público. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo declara haber lugar a ambos recursos, señalando que los terrenos inscritos enclavados en la zona marítimo-terrestre son de dominio público, siendo nulas y ordenando la cancelación de las inscripciones existentes en el Registro de la Propiedad en cuanto a las parcelas comprendidas en aquella zona.

Son, respectivamente, ponentes de las sentencias estudiadas los señores. Díez Canseco y González Alegre.

Doctrina Jurisprudencial.—Las sentencias objeto de este comentario no destacan tanto por la novedad de sus declaraciones como por la confirmación de la doctrina que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha establecido en defensa absoluta de las teorías tradicionales sobre la llamada zona marítimo-terrestre, antes riberas del mar y playas.

En efecto, el mandato de deslinde y la correspondiente carga reivindicatoria (art. 6 y disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a) han determinado la producción de numerosos litigios que han llegado hasta el Alto Tribunal; tanto ante las salas de lo contencioso-administrativo (Sala 3.^a, a la que corresponden las cuestiones referentes al Ministerio de Obras Públicas), como ante la Sala 1.^a (cuestiones de propiedad).

La doctrina jurisprudencial de referencia puede entenderse iniciada, respecto a la Sala 1.^a por la Sentencia de 28 de noviembre de 1973 (Ponente: González Alegre), siendo confirmada y aun desarrollada en las de 3 de junio de 1974 (Ponente: Díez Canseco), y 7 de mayo de 1975 (Ponente: Rodríguez Solano), además, claro es, de las dos a que se refiere el presente comentario. El Tribunal Supremo ha llegado así a pronunciarse sobre la mayoría de las cuestiones que sobre esta conflictiva zona se plantean y, en general, con criterios dignos de todo elogio.

El sentido e importancia de esta jurisprudencia se advierte de inmediato comparándola con la también reflejada en algunas sentencias, cuyos pronunciamientos fueron opuestos (por ejemplo, la célebre de la Sala 4.^a, de 19 de junio de 1967, en relación con tres islas situadas en la ría de Arosa), admitiendo inequívocamente la propiedad privada de la zona marítimo-terrestre y aún es más evidente si se considera que la Ley de Costas de 1969 no llegó a proclamar de forma absoluta la demanialidad de la zona.

La jurisprudencia ha aplicado la legislación vigente sobre la materia corrigiendo los defectos de que adolece, en un progresiva interpretación para lograr la solución más conforme al interés público.

Los diferentes aspectos que plantea el problema y han sido resueltos por las sentencias citadas configuran el régimen de estos bienes del llamado dominio marítimo, siendo algunos de ellos predicables de todo tipo de bienes de dominio público.

1. **LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE ES DE DOMINIO PUBLICO.** La terminología utilizada en nuestro Derecho para designar a la zona costera ha sido variada. La denominación tradicional y de más solera es la de riberas del mar; tal expresivo término, proveniente del Derecho Romano, es recibido en las Partidas y hoy se mantiene en el Código Civil (art. 339). La Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 prescinde de una referencia especial a estos terrenos, que se incluyen en el concepto de playas (art. 1). Por fin, el nuevo término, ciertamente criticable, es introducido por la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 (art. 1), mantenido por la de 19 de enero de 1928 y por la Ley de Costas (art. 1), quedando corregida su ambigüedad al contenerse en la propia Ley su definición.

De acuerdo con el concepto recogido en la Ley de Costas, la Sentencia de 2 de diciembre señala: «la zona marítimo-terrestre queda delimitada por dos líneas, una exterior, que la forma el reflujo o descenso de la marea, cuando es sensible, o el mar en calma, cuando no lo es, iniciándose en la misma el mar litoral, y otra interior, que la señala el flujo o ascenso de la marea o, en su caso, las mayores olas».

La misma sentencia resuelve el problema que plantea la existencia de

«formaciones rocosas, arenosas o terrosas que, por la cota alcanzada, no son cubiertas por el mar en esos movimientos u oleajes», en el sentido de considerarlas como meras accesiones de la zona, integradas en ella, con la consecuencia natural de ser de dominio público y sometidas a su propia normativa. Evidentemente esta afirmación no puede entenderse en términos absolutos, estando condicionada por la situación concreta que el caso planteaba. En la situación resuelta por el Tribunal Supremo se puso de manifiesto por reconocimiento judicial que en la máxima pleamar emergían unas pequeñas partes terrosas del terreno objeto de la reivindicación, partes que quedarían cubiertas con exceso por las mareas vivas equinocciales. Ante tal situación y aunque la atribución que realiza la Ley de Costas en su artículo 5, a las accesiones o aterramientos que se producen a la Z. M. T. por causas naturales, de la condición de dominio público se refiere propiamente a un supuesto diferente, es lógica la declaración jurisprudencial, ya que la admisión de una propiedad privada de tales partes sería inconcebible. No podrá resolverse la cuestión de igual forma cuando los terrenos discutidos por las circunstancias que concurren (extensión, altura, posibilidad de utilización...), puedan considerarse independientemente de la zona, aunque se encuentren rodeados por ella. En estos casos los terrenos, verdaderos islotes, no forman parte de la Z. M. T. y, en consecuencia, serán de propiedad del Estado en calidad de bienes patrimoniales, o de propiedad privada, según los casos (arts. 2 Ley de Costas y 371 Código Civil).

Las riberas del mar o zona marítimo-terrestre han sido uno de los típicos ejemplos del llamado «dominio público por naturaleza o natural». Entendido este concepto por la doctrina tradicional como «bienes que, por su propia naturaleza, están fuera del comercio de los hombres», según se pronuncia la Sentencia de 25 de octubre, tal criterio se hizo indefendible frente al «punto de vista del metro cuadrado» opuesto por Hauriou. Con mayor precisión, por tanto, señala la Sentencia de 3 de junio de 1974 que «es la adscripción de los bienes a fines de carácter público, lo que los sitúa fuera de tal comercio», haciéndolos de dominio público.

La peculiaridad de este llamado «demanio natural» se encuentra en su peculiar forma de ser afectados los bienes al interés público. La afectación, esencia del dominio público, se realiza, en este caso, no mediante declaraciones singulares, sino, de modo general, por la ley con relación a las circunstancias físicas o naturales que reúne la categoría de bienes de que se trate. Se produce una total remisión del efecto que la ley señala, la condición de dominio público, a estas circunstancias naturales: de tal forma que el hecho de que un terreno reúna las condiciones que en general determina la ley, determina que tenga la consideración de bien de dominio público, y, recíprocamente, no se podrá afirmar que el terreno es de dominio público de la categoría que consideramos, en cuanto no reúna las circunstancias exigidas por la ley. En esta formulación se concreta el régimen de esta peculiar clase de bienes, no siendo los demás aspectos del mismo sino consecuencia de esta afirmación inicial que, no obstante no se encuentra recogida en forma clara y terminante en nuestra legislación. Ha tenido que ser el Tribunal Supremo el que, aplicando en toda su pureza los criterios anteriores, pro-

clame la demanialidad de la Z. M. T. con carácter general y absoluto, con referencia a las peculiares condiciones físicas que la definen.

2. EL DESLINDE DE LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE. Si la cuestión del deslinde es fundamental en tema de dominio público, especialmente importante lo será respecto del demanio natural y en concreto en la zona costera.

La situación queda reflejada claramente en la Sentencia de la Sala 3.^a, de 8 de abril de 1975: admitido que la Z. M. T., como de dominio público natural, se configura por sus características físicas y teniendo en cuenta cuáles son éstas, se desprende su intrínseca mutabilidad, ya que en su origen, variaciones e incluso extinción actúan de modo primordial hechos ajenos a la intervención humana; tales circunstancias «exigen una permanente vigilancia de la Administración Pública para actualizar constantemente sus límites y frenar simultáneamente la tendencia expansiva de la propiedad particular».

El instrumento a utilizar por la Administración para determinar, señalar y fijar de manera clara e indubitable los límites, linderos o perímetro de la zona de dominio público, es el deslinde, como expresa la Sentencia de la misma Sala de 18 de junio de 1976.

Aunque la naturaleza y efectos del deslinde administrativo son temas debatidos que incluso parecen encontrar declaraciones varias y contrarias en la propia legislación, puede admitirse su consideración como «acto declarativo de la condición jurídica de «dominus» que la Administración ostenta sobre sus bienes, mediante la unilateral fijación de su extensión y límites con las propiedades colindantes» (Mendoza Oliván: *El deslinde de los bienes de la Administración*, 1968, pág. 144), declaración que, tratándose del demanio natural, tendrá como fundamento y elemento causal las circunstancias de hecho identificadoras del mismo (Sentencia de 8 de abril de 1975).

La actividad de deslinde encuentra un límite al imponerse a la Administración el respeto a las situaciones jurídicas publicadas por el Registro, cuando el titular según éste, tenga la condición de tercero hipotecario. Es la situación reflejada en el artículo 6, p. 3, de la Ley de Costas al señalar que «la atribución de posesión, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto de las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Pero ello no supone que se produzca y consolide un despojo de la propiedad administrativa en que el demanio consiste, que podrá y deberá ser defendida mediante el ejercicio de las oportunas acciones reivindicatorias por la Administración (art. 6 y disp. trans. 2.^a Ley de Costas). La Sala 1.^a del Tribunal Supremo admite este criterio en la Sentencia de 25 de octubre al declarar que el respeto a la propiedad alegada por particulares presentando títulos acreditativos de ella, no puede entenderse como un reconocimiento por el Estado de la propiedad privada, porque éste se limita a no llevar a cabo la atribución posesoria consecuencia del deslinde, dejando a salvo la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.

Tratándose en especial de la Z. M. T. el deslinde perseguirá delimitar los terrenos que reúnan las circunstancias que la ley señala como propios de aquélla, declarando su condición de bienes de dominio público y atribuyendo a la Administración su posesión, pero sin perjuicio de las situaciones alega-

das por particulares y debidamente justificadas, cuya resolución queda remitida a los Tribunales ordinarios. Una vez firme la Orden ministerial aprobatoria del deslinde, los límites fijados no podrán ser discutidos, sin perjuicio de que, por la misma naturaleza de estos terrenos, se produzca una mutación de sus condiciones físicas que, al practicarse nuevo deslinde, imponga una línea de delimitación distinta, como prevé la propia Ley de Costas (art. 5, p. 2 y Sentencia de 8 de abril de 1975).

3. EFECTOS RESULTANTES DE ESTA CALIFICACION. Las dos sentencias que motivaron este comentario coinciden en señalar, congruentemente con lo ya expuesto, que los terrenos integrantes de la zona marítimo-terrestre están fuera del comercio de los hombres, siendo inalienables e imprescriptibles. Añade la de 2 de diciembre que «no teniendo acceso al Registro de la Propiedad, su contenido tampoco puede perjudicarles, por lo que, ni aquella inscripción, ni su posesión por los demandados puede servir de título que justifique su propiedad por parte de éstos y por el contrario su procedente reivindicación por el Estado».

Tales caracteres han sido reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia, consecuencia lógica de la consideración litoral como dominio público natural, de acuerdo con el criterio tradicional en nuestro Derecho y a pesar de las disposiciones vigentes sobre la materia.

La jurisprudencia parte de demanialidad necesaria de la zona: reuniendo un terreno las circunstancias específicas de la Z. M. T. es declarado «ex lege» de dominio público.

Sin embargo, conocido es, desde la Ley de Puertos de 1880, nuestra legislación, olvidando la recta doctrina, declara la plena compatibilidad de la genérica pertenencia de la zona costera al dominio público con la existencia de titularidades dominicales privadas sobre parcelas concretas de la misma. La situación creada era especialmente difícil para la Administración. En efecto, la demanialidad es declarada en general por la ley, no teniendo la Administración ningún título especial de pertenencia de la zona, por lo que queda colocada en situación de inferioridad frente a las pretensiones de los particulares, que pueden fácilmente crear títulos que las apoyen y que fueron conocidamente eficaces ante los Tribunales.

La primera limitación de tan amplia posibilidad tiene puro carácter procesal, pero constituye un paso inexcusable para el ulterior desarrollo jurisprudencial. La Sentencia de 25 de octubre señala, reiterando el criterio unánimemente proclamado en las anteriores, que «tratándose de bienes de dominio público al particular que se oponga a tal adscripción corresponde probar, y no al Estado, los hechos obstativos a la misma o, en su caso, el derecho que sobre los mismos reclame». Esta referencia a las posibles apropiaciones privadas de la zona costera conduce directamente al problema central que, especialmente desde la Ley de Costas, porque no lo resuelve, ha preocupado a la doctrina.

4. LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. A pesar de la calificación de las riberas del mar como dominio público natural, el hecho cierto es que se ha producido un proceso de usurpación por

los particulares de parcelas concretas de la misma. La situación ha pretendido legitimarse por las desafortunadas expresiones de las leyes de Puertos y Costas: para su defensa «los particulares han contado con un poderoso y harto eficaz instrumento jurídico: el Registro de la Propiedad inmobiliaria» (Leguina Villa: Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar R. A. P. núm. 65/1971, pág. 61. El problema general de las relaciones entre dominio público y Registro de la Propiedad en Parejo Gamir: Protección Registral y dominio público, Ed. RDPr. 1975).

Ante tal situación, al elaborarse la Ley de Costas el Gobierno propuso una solución radical, eliminando las referencias a los «derechos legalmente adquiridos», remitiendo las indicaciones registrales de colindar con el mar a la Z. M. T. y, sobre todo, haciendo inoponibles en el acto de deslinde las detentaciones de los particulares, aún amparadas en el Registro, sobre terrenos que reuniesen las condiciones naturales de la misma. La propuesta no prosperó, y la Ley, siguiendo un criterio intermedio, difícil de comprender estrictamente, respeta los derechos de los particulares y, con relación al problema que ahora aludimos, señala que la atribución de posesión que el deslinde supone no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 LH (art. 6, p. 3, Ley de Costas; es interesante confrontarlo con la Sentencia de 8 de abril de 1975, Sala 3.º).

La Ley, que en otros artículos alude a terrenos de particulares enclavados en la zona o colindantes con el mar expresamente, proporcionaba una evidente base para entender legitimada toda usurpación de los particulares, siempre que, de alguna forma, el detentador actual tuviese la condición de tercero hipotecario, con lo que la proclamación solemne, recogida en el artículo 1 del litoral como dominio público quedaría prácticamente ineficaz. El Tribunal Supremo, sin embargo, en la interpretación y aplicación de la Ley de Costas ha impuesto la solución más favorable al interés público y congruente con la naturaleza del demanio marítimo.

La Sentencia de 2 de diciembre parte de que los bienes de dominio público «no teniendo acceso al Registro de la Propiedad (art. 5 RH: «quedan exceptuados de la inscripción: 1º, los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil...») su contenido tampoco puede perjudicarles», por lo que concluye que la posible inscripción que exista de ellos no puede servir de título que justifique su propiedad por parte de los demandados. La misma fórmula es utilizada en la Sentencia de 3 de junio de 1974 que, precisando, añadía la imposibilidad de que se alegasen los artículos 34 y 32 LH en provecho de tercero cuando la inexactitud registral resulta de la no registración de los bienes de dominio público, porque frente a la descripción registral está la real y efectiva existencia de la zona marítimo-terrestre, que es de dominio nacional y uso público. Tal criterio está necesitado de precisión; no parece pueda imponerse de igual forma absoluta respecto de bienes de dominio público natural y artificial, es decir, aquellos que precisan una concreta y especial declaración de la Administración que los afecte al interés público, ya que sólo en cuanto a los primeros puede afirmarse que la existencia del dominio público es real y efectiva, frente a la descripción que contiene el Registro de la Propiedad.

5. DERECHOS DE LOS PARTICULARES. La legislación vigente admite la existencia de derechos particulares sobre la Z. M. T. y alude a terrenos particulares colindantes con el mar o enclavados en aquélla o en las playas; el problema se limita, pues, no a plantear su posible existencia que es indudable, sino a determinar el significado que debe atribuirse a tales referencias. La doctrina es unánime en criticar tales formulaciones, pero, en definitiva, señala la posible existencia de propiedad privada en la zona costera, aunque, en todo caso, los terrenos que reúnan los caracteres de playa o Z. M. T. estarán sujetos al uso público, que, sin distinción entre bienes de dominio público o privado, impone la Ley de Costas, con la consiguiente servidumbre de paso sobre los predios de particulares intermedios, para permitir su acceso (arts. 3, p. 1 y 3; 4, p. 1 y 7 Ley de Costas).

Declarada por la jurisprudencia la demanialidad necesaria de los bienes a que nos referimos, queda restringida la posibilidad de encontrar enclaves de propiedad particular en ellos. Las resoluciones del Tribunal Supremo repetidamente citadas, dictadas generalmente por recurso de la Abogacía del Estado, no han reconocido en ninguna ocasión derechos de propiedad a los particulares sobre los terrenos cuestionados.

De esta forma, el Alto Tribunal ha tenido ocasión de señalar que no son razones suficientes para justificar la condición privada de los terrenos enclavados en la zona litoral, su inscripción en el Registro de la Propiedad ni su posesión por particulares (Sentencia de 2 de diciembre; considerando la segunda Sentencia). Tampoco se considera suficiente para excluirlos de esta zona el que existan plantaciones, obras y aprovechamientos, que podrán ser sancionados por la ley mediante concesiones, o formaciones rocosas, arenosas o terrosas que, por su cota, no son cubiertas por el mar en sus movimientos u oleajes (Sentencia de 2 de diciembre).

Las determinaciones positivas en este sentido son escasas, aunque parecen tajantes: la normativa propia del régimen de dominio público se aplica a estos bienes «mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino, ya que acontecido éste se modifica la naturaleza de la propiedad, los bienes pasan al dominio privado y entran en el comercio de los hombres» (Sentencia de 25 de octubre que reproduce en este sentido la de 3 de junio de 1974).

Más completa es la Sentencia de 7 de mayo de 1975, al señalar que, para que puedan existir derechos de los particulares sobre tales bienes cuyo uso público, se requiere que hayan sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del mismo y que su alienabilidad haya sido objeto de una autorización previa, o que hubiesen pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones que la propia Sentencia menciona (la referencia parece hecha a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880).

Estas afirmaciones imprecisas pueden conducir a determinar lo que debe entenderse por derechos adquiridos por los particulares sobre la Z. M. T. Se refiere la Sentencia al tratar de la desafectación, al artículo 20 de la Ley del Patrimonio del Estado, referencia inadecuada y que sólo introduce un motivo de confusión, ya que éste no se incluye entre las normas referentes al dominio público (Título IV de la Ley), sino entre las generales.

del Patrimonio del Estado (Título I). La cita, en su caso, debió hacerse del artículo 120 o mejor aún del 123, que, al margen de los numerosos problemas que plantean, es evidente que son los aplicables a estos supuestos.

Por otra parte, la alusión a la declaración de alienabilidad (art. 61 L. P. E.) es improcedente, ya que, una vez desafectados los bienes, podrán ser adquiridos por usucapión por los particulares de acuerdo con las leyes comunes (art. 25 L. P. E.) y claro es que sin ninguna declaración administrativa previa autorizándolo.

La Sentencia parece señalar la Ley de Puertos de 1880 como fecha límite de la adquisición de Derechos por los particulares sobre la zona costera. Efectivamente fue aquella ley la que primero utilizó el término de Z. M. T. y asimismo contuvo en su artículo 1 la salvedad respecto de los derechos adquiridos por los particulares, pero no puede conducir a desconocer la identidad entre la nueva Z. M. T. y las tradicionales riberas del mar y playas, consideradas como dominio público natural en la vieja Ley de Aguas de 1866 y en las Partidas (Ley III, Tít. XXVIII, P. III), por lo que no existe razón adecuada para remitirse a la primera y no a las últimas citadas.

La Ley de Costas de 1969 respeta los «derechos legalmente adquiridos» exclusivamente, sin que, teniendo en cuenta la legislación anterior, pueda incluirse entre ellos la usurpación de terrenos de una zona demanial, que no podrá ser nunca un derecho adquirido conforme a la ley. Esta postura parece reflejada en las Sentencias de 25 de octubre y 2 de diciembre, que no admiten los derechos de propiedad que alegaban los demandados, aunque el trámite registral se remontaba a 1871 y 1866 respectivamente.

Las consideraciones anteriores conducen a la conclusión de que no puede hablarse realmente de propiedad privada de la zona costera, es decir, de parcelas que, reuniendo las condiciones que la ley señala a la Z. M. T. (bañadas por las mareas o las olas), sean propiedad de particulares. Las reglas que la Ley de Costas estableció para el respeto de tal posibilidad resultan imposibles de aplicar por incompatibles con la calificación general de la zona como demanial.

Sólo dos supuestos pueden señalarse «a priori» de derechos de los particulares sobre la zona marítimo-terrestre:

1. Que ostenten derecho al aprovechamiento privativo de la misma, bien por haber obtenido la oportuna concesión administrativa (arts. 7 y 10 Ley de Costas, 38 y 41 Ley de Puertos de 1928, principalmente), bien por haberlo disfrutado durante veinte años sin oposición (art. 57 Ley de Puertos).

2. Que los derechos hayan sido adquiridos legalmente por el particular, previa desafectación de los terrenos de la utilidad pública a que se encontraban adscritos, como señalan las Sentencias de 25 de octubre de 1976, 7 de mayo de 1975 y 3 de junio de 1974. La Sentencia de 1975 llega, sin embargo, más lejos, exigiendo que «los bienes hayan sido desafectados por el Ministerio de Hacienda»; declaración que encuentra fundamento en el artículo 120 L. P. E., pero que no puede predicarse de la Z. M. T., cuya afectación ha sido realizada de modo general por la ley.

Los bienes de dominio público natural sólo admiten dos formas de desafectación: la derogación de la ley que les ha conferido tal calidad o la pér-

dida de las características definidoras del género de bienes a que la ley califica como tales. Esta última posibilidad se producirá por alteración natural de las condiciones, entrando los bienes en el Patrimonio del Estado realizándose los trámites procedentes (arts. 5 Ley de Costas, 122 y 123 L. P. E.) o cuando la usurpación del particular determine la exclusión del concepto de zona marítima-terrestre de terrenos antes integrados en ella. Este último, el supuesto de la llamada «desnaturalización, degradación o desafectación por consumación de efectos» no ha sido planteado todavía ante el Tribunal Supremo. El problema es ciertamente grave, ya que de admitirse la posibilidad de consolidar la propiedad de tales terrenos ganados al mar quebraría, aunque por esta vía compleja, el principio de imprescriptibilidad del dominio público (una posible solución al problema en García de Enterría: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, 1974, pág. 121; en contra, Mendoza Oliván: *El deslinde...*, pág. 214). Pero incluso en este supuesto extremo no podría ya hablarse de propiedad privada sobre la zona costera, pues, por hipótesis, los terrenos en cuestión no tendrían tal naturaleza. Aun en este caso la parte de los mismos bañada por las aguas del mar serían de dominio público (art. 5, p. 3 Ley de Costas).

PEDRO ELIZALDE AYMERICH

II. SENTENCIAS

A cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVAL DE MA-
TEO, Angel LUCINI CASALES y José PERE Y RALUY.

I. DERECHO CIVIL

1. Derecho de la persona

1. *Nulidad de venta efectuada por pródigo: litis consorcio pasivo necesario.*—Basta demandar al comprador de las fincas vendidas por el pródigo, sin que haya que hacerlo a la esposa de éste, posible heredera en virtud de unas capitulaciones matrimoniales, ni, en su caso, a los herederos de aquélla, pues el objeto de la acción que se ejercita es retraer del patrimonio de un tercero unas fincas que salieron del que pertenecía al declarado pródigo, lo cual en nada puede afectar a los derechos que sobre tales bienes pudieran corresponder a su hoy viuda y posibles herederos.

Interrupción de la prescripción.—No hay aplicación indebida del artículo 1.973 del C. c. cuando se trata del ejercicio judicial de la misma acción, interrumpida su prescripción dos veces en uno y otro procedimiento, pues tanto vale pedir la nulidad de las inscripciones registrales, como la nulidad de los títulos a cuya virtud se dio lugar a dichas inscripciones y la correspondiente nulidad de éstas, cual ocurrió en una y otra litis, si bien en la primera no se diera lugar a la pretendida cancelación por el formal requisito de no haberse interesado la nulidad de los títulos, pues ello no desvirtúa la naturaleza de la acción ejercitada en ambos procesos en orden a su efecto interruptivo de la prescripción. (Sentencia de 17 de marzo de 1977; no ha lugar.)

2. *Error de hecho en la apreciación de la prueba: documento auténtico.* Cuando la apreciación de la prueba ha sido conjunta, no puede desarticularse aquélla con la invocación del error en uno solo de los elementos probatorios que la integran; aparte de que el documento notarial que se invoca no dice nada contrario a lo afirmado por la Sala.

Adquisición de vecindad civil por residencia.—Basta la permanencia en territorio de distinta vecindad por plazo de diez años o más, sin que sea preciso un «animus commorandi», pues así se deduce de los términos claros del artículo 15 del C. c. en su anterior redacción, y si bien algunas sentencias del Tribunal Supremo dan a entender la necesidad de que concurra, además del plazo, aquel especial «animus», muchas otras, entre ellas la de 21 de enero de 1958, en que tanto hincapié hace el recurrente, vienen a admitir la simple residencia, sin otros requisitos, para que opere el cambio de vecindad.

Extensión de la vecindad del padre al hijo menor.—La redacción del antiguo artículo 15 era clara y terminante y no dejaba lugar a dudas, de modo que el hijo no emancipado debe seguir la condición del padre y, por tanto, seguirá los cambios de vecindad civil que sufra el padre, como tiene que seguir también los cambios de domicilio que su padre le imponga durante la minoridad. (Sentencia de 2 de marzo de 1977; no ha lugar.)

NOTA.—En esta sentencia se discutía, a efectos de determinar si el causante estaba casado bajo el régimen de gananciales del Derecho común o bajo el régimen de separación mallorquín, cual era la vecindad civil del mismo en el momento de su nacimiento y en el de su matrimonio. El Tribunal Supremo, de acuerdo con las pruebas aportadas, concluye que el padre del fallecido llevaba residiendo en la provincia de Murcia el tiempo de diez años, incluso antes del nacimiento del hijo y que, por tanto, éste estaba sujeto al Derecho común, sin que ya cambiara su vecindad, a pesar de su origen mallorquín y de su nacimiento en Palma.

Tiene, pues, especial interés esta Sentencia, pues prescinde del incierto requisito del «ánimus» exigido por la legislación anterior al Código y mantenido en bastantes decisiones del Tribunal Supremo (como las Sentencias de 29 de mayo de 1892, 7 de febrero de 1889, 23 de diciembre de 1904, 1 de febrero de 1910, 20 de abril de 1927 y 13 de marzo de 1929).

Por razones evidentes de seguridad jurídica hay que estimar preferible la interpretación que sólo requiera el transcurso del plazo de diez años para que opere el cambio de vecindad civil, y a salvo, claro es, de que antes de pasar tal plazo se formule la declaración de querer conservar la vecindad anterior. Esta segunda interpretación está también apoyada en una buena serie de decisiones del propio T. S., como las de 30 de octubre de 1901, 18 de marzo de 1932, 3 de junio de 1934, 5 de junio de 1935, 11 de octubre de 1960 y 20 de noviembre de 1961, citadas todas ellas en uno de los considerandos de esta sentencia. Es muy llamativo, sin embargo, que no se haga ninguna referencia a un artículo del Reglamento del Registro Civil (225, párrafo 1.º), que, sin discusión posible, resuelve esta añeja cuestión al decir: «El cambio de vecindad civil se produce *ipso iure*, por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario.»

3. *Contrato de edición: excepción de cosa juzgada.*—No puede admitirse la violación denunciada del artículo 1.252 C. c., pues son completamente distintas las acciones ejercitadas en ambas demandas: en la primera se solicitaba la resolución del contrato de edición entre don Pío Baroja Nessi y Editorial Planeta por incumplimiento de las condiciones estipuladas y por cesión de derechos sin autorización de la contraparte, y en la segunda se pedía la nulidad de pleno derecho de la cesión efectuada por la titular de la Editorial Planeta del contrato de edición a favor de la entidad mercantil Editorial Planeta, S. A., con las condenas consiguientes a dichas declaraciones.

Efectos de la resolución del contrato de edición.—La tesis de los recurrentes, en el sentido de que estos efectos no se extienden a que las obras editadas por el cesionario hayan de ser devueltas al titular de la propiedad intelectual es inconsistente, pues ello implicaría que el autor no pudiera durante el contrato de edición perseguir las defraudaciones que a su propiedad se hagan por quien ha adquirido del editor, y sin consentimiento

del autor, el derecho de edición, aunque después se declare nula tal inconsentida cesión, y supondría dejar al autor desprovisto de todo derecho y a merced de cualquier cesión que a sus espaldas se realizara.

Nulidad de la cesión.—La argumentación de los recurrentes de que la cesionaria tuvo frente a la cedente los mismos derechos de ésta para editar la obra literaria, parte de la base falsa de estimar correcta la cesión del contrato de edición, cuando lo cierto es que la pretendida asunción de deuda por parte de la cesionaria se verificó sin consentimiento del acreedor —el autor de la obra o sus causahabientes— y no puede legitimar la edición, distribución y venta de las obras de don Pío Baroja por la entidad cesionaria en ningún momento y es como si no se hubiese realizado.

Defraudación de la propiedad intelectual.—El artículo 46 de la Ley de Propiedad Intelectual, que determina que los defraudadores de ésta, además de las penas que fija el Código penal, sufrirán la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarán al propietario defraudado, es de perfecta aplicación a la cesionaria Editorial Pianeta, S. A., puesto que, como la cesión del contrato de edición ha sido nula, tal Editorial nunca ha ostentado derecho alguno sobre la obra literaria de don Pío Baroja.

Defraudación de la propiedad intelectual.—Los defraudadores a que se refiere el artículo 46 de la Ley especial no son sólo los que mediante el empleo de fraude, civil o penal, lesionan los derechos del autor, sino también los que de cualquier modo menoscaban los derechos literarios del autor, publicando ilegalmente sus obras. (Sentencia de 9 de febrero de 1977; no ha lugar.)

2. Derechos reales

1. *Comunidad: mayoría para actos de Administración.*—Es inexcusable el acuerdo de la mayoría de los partícipes en la cosa común para la realización de actos de administración de la misma. (Sentencia de 1 de julio de 1977; ha lugar.)

2. *Propiedad horizontal: carácter ejecutivo por falta de impugnación del acuerdo de remoción del presidente de la comunidad: falta de legitimación procesal.*—Formulada la demanda inicial por la actual recurrente atribuyéndose la cualidad de presidente de la comunidad de propietarios, cargo del que fue removida por acuerdo de la Junta en sesión a la que no asistió aquélla, y versando la demanda, precisamente, sobre la nulidad de dicha junta, carece de legitimación procesal la demandante, en la cualidad en que actúa, por no haber impugnado el acuerdo de remoción, según lo dispuesto en la norma 4.^a del artículo 16 L. P. H., dentro de los treinta días siguientes a aquél en que le fue notificado dicho acuerdo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1977; no ha lugar.)

3. *Servidumbre de paso: adquisición y prueba de la misma.*—La servidumbre de paso, por su condición de discontinua, sea o no aparente, tan

sólo puede adquirirse en nuestro ordenamiento positivo en virtud de título, conforme a lo prevenido en el artículo 539 C. c., salvo que se hubiera obtenido por prescripción inmemorial con anterioridad a la publicación de dicho cuerpo legal, circunstancias que no concurren en el supuesto que aquí se contempla, dado que la existencia de título acreditativo de este gravamen no aparece para nada en los documentos de propiedad de las cifras pertenecientes al actor, al demandado, ni en los de sus respectivos causantes, y ni siquiera se ha intentado probar por la parte a quién corresponde, con arreglo al artículo 1.214 C. c.

Defectos del recurso: errores de hecho y de derecho.—La alegación conjunta de los errores de hecho y de derecho en el mismo motivo, es incompatible con la claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 L.E.C. y le hace incurrir en la causa de inadmisión señalada en el número 4 del 1.729, que lo es de desestimación en este trance decisorio. (Sentencia de 14 de junio de 1977; no ha lugar.)

4. *Servidumbres perpetuas de pastos y leñas: su redención.*—Siguiendo las orientaciones doctrinales que, fundadas en la tendencia desvinculadora, inspiró la labor de codificación, el artículo 604 C. c. concede en absoluto y especialmente, sin limitación al particular dueño de todo terreno gravado con servidumbre de aprovechamiento de leñas y demás productos forestales, el derecho de redimir la carga mediante pago de su valor, sin poner límite ninguno por su condición de perpetuidad, estando previsto en el Código el remedio contra la duración indefinida mediante el precepto contenido en el artículo 603, que establece la facultad atribuida según jurisprudencia al dueño de la cosa gravada, a redimir tal gravamen y el medio de hacerlo. (Sentencia T. S. de 28 de febrero de 1977; ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

1. *Interpretación de contrato: solidaridad y mancomunidad.*—Habiéndose pactado en el contrato objeto de la litis la cláusula de que los demandados responden solidariamente y también en forma mancomunada, frente a la invocación de que se han violado por inaplicación los artículos 1.137 y 1.138 C. c., cabe decir que el tema planteado es más bien un tema de interpretación de cuál fue la voluntad de las partes al obligarse y que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que lo que las partes quisieron era garantizar a todo trance, o asegurar a todo evento, la finalidad perseguida, ya que la solidaridad se halla pactada en primer término, aunque a continuación se añada «y también en forma mancomunada», es decir, sin excluir la solidaridad, y si a ello se une que, según doctrina constante de esta Sala para que una obligación tenga el carácter de solidarias, no es preciso usar de tal expresión si de su texto se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear una unidad en la obligación y responsabilidad «in solidum» de los cointeresados, es evidente que no se ha producido la violación de los preceptos que se aducen en el motivo. (Sentencia de 28 de febrero de 1977; no ha lugar.)

2. *Tercería de dominio: ventas a plazo: reserva de dominio: aspectos del recurso: cuestiones nuevas.*—Planteada una tercería de dominio por el vendedor de un camión vendido con pacto de reserva de dominio y posteriormente embargado por la Recaudación de Hacienda—tercería que prosperó en ambas instancias—, y habiendo alegado la representación del Estado en primera instancia únicamente que el artículo 11 de la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, de 17-7-65, permite al vendedor optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, pero no simultanear ambas acciones, como se ha hecho en este supuesto, al invocar ahora en el recurso ciertas consideraciones acerca del valor de la publicidad registral de acuerdo con el artículo 17 de la Orden Ministerial de 8-7-1966 en relación con el artículo 1.281 C. c. y de la privación de efectos frente a terceros de la misma cuando «ex lege» ha perdido su eficacia teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Especial citada, se trata, por tanto, de cuestiones nuevas no aducidas ni consiguientemente discutidas en el pleito precedente, que tienen vedado su acceso a la casación en virtud de lo establecido en el número 5 del artículo 1.729 L.E.C., que en este momento procesal constituyen causa de desestimación. (Sentencia del T. S. de 14 de febrero de 1977; no ha lugar.)

3. *Calificación del arriendo: referencia obligada al estado inicial: obras posteriores.*— Es doctrina uniforme de la Sala I que habiendo de efectuarse la calificación de la locación, por el concepto que lo arrendado tenía al celebrarse el contrato, la calificación como arriendo de solar no queda desvinculada por el hecho de que el arrendatario realice, posteriormente, con autorización del arrendador, determinadas obras y construcciones para adaptar el terreno al destino pactado, máxime cuando las obras han de ser retiradas por el locatario al extinguirse el arriendo.

Calificación del arriendo de un huerto segregado de otra finca: la segregación y el Registro de la Propiedad.—Si el huerto que con anterioridad estuvo unido a una casa habitación, fue segregado para arrendarlo independientemente, no puede estimarse como arriendo de terreno accesorio a vivienda, sin que a ello pueda oponerse que la segregación no se instrumentó en escritura ni se registró hasta veinticinco años después del contrato de arriendo, ya que ni la formalización en escritura pública ni la inscripción registral de la segregación, tienen carácter constitutivo en nuestro Derecho positivo. (Sentencia de 8 de julio de 1977; no ha lugar.)

4. *Retracto arrendaticio urbano referido a vivienda: improcedencia del recurso de casación.*—La Ley de 27 de junio 1974 suprimió el recurso de injusticia notoria, declarando terminantemente que, contra la sentencia de la Audiencia Territorial resolviendo el recurso de apelación interpuesto según el artículo 131 LAU, no se dará ulterior recurso y sólo, por excepción, se admitirá el recurso de casación en los litigios sobre arrendamientos de local de negocio cuya renta contractual exceda de 300.000 pesetas anuales, por lo que es evidente que no cabe recurso de casación en el juicio de retracto arrendaticio urbano relativo a vivienda, procediendo la inadmisión y, en su

caso, la desestimación, del indebidamente interpuesto. (Sentencia de 17 de mayo de 1977; no ha lugar.)

5. *Arrendamientos urbanos: irrenunciabilidad del derecho a la prórroga.*—El derecho a la prórroga regulado en la LAU es irrenunciable.

Arrendamientos urbanos: «numerus clausus» de causas de resolución en la legislación especial.—La Sala I del T. S. tiene declarado reiteradamente que a los contratos regidos por la LAU no les son aplicables otras causas de denegación de la prórroga obligatoria que las contenidas en el artículo 114 de la propia Ley.

Casación: formalismo.—Se incide en causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, al mezclar en el recurso preceptos no relacionados entre sí, incurriendo con ello en falta de claridad en el planteamiento del recurso. (Sentencia de 11 de marzo de 1977; no ha lugar.)

6. *Arrendamientos rústicos: legislación especial: tácita reconducción.*—La tácita reconducción del artículo 1.566 del C. c. es inaplicable a los arrendamientos regidos por la legislación especial que establece causas de prórroga sujetas a formalidades especiales.

Prórroga de seis años del artículo 10, 1 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos: interpretación.—No es cierto que el arrendador aceptara tácitamente la prórroga de seis años por el hecho de haber admitido la renta del primer año de la misma, ya que, terminado el arriendo, sin que el arrendatario, con la antelación del año exigida en el artículo citado, hubiera notificado al arrendador el propósito de prorrogar el arriendo, las partes convinieron en prolongar la subsistencia del arrendamiento por un año más, lo que no suponía dejación, por el arrendador, de su derecho a recabar la finca por expiración del término contractual.

Confesión judicial.—No es medio apto para demostrar error en la apreciación de las pruebas.

Recurso de revisión.—Es aplicable al mismo el requisito de claridad y precisión. La injusticia notoria, a efecto de este recurso, se refiere a la notoriedad de la injusticia que se produce, exclusivamente, por la infracción de un precepto legal, pero, en modo alguno, a la que pudiera derivar de una interpretación contractual que, por otra parte, es facultad exclusiva del Tribunal sentenciador, cuyo criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente. (Sentencia de 1 de julio de 1977; no ha lugar.)

4. Derecho de sucesiones

1. *Litis consorcio necesario: legitimación pasiva del reconvenido.*—Probada en autos la existencia de una comunidad hereditaria, falta la necesaria legitimación pasiva del reconvenido, porque afectando a todos los comunes la resolución que se dicte, no puede extenderse a los demás la que les sea adversa, por cuya razón, al no ser parte en el proceso todos los interesados en la herencia del causante, procede declarar mal constituida la relación jurídico procesal. (Sentencia de 21 de junio de 1977; ha lugar.)

2. *Testamento de inminente peligro de muerte.*—Conforme al artículo 700 C. c., su posibilidad se refiere exclusivamente a los casos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir el Notario, pero dada su finalidad no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del peligro, ni la imposibilidad de la intervención del Notario, bastando, en cuanto a este punto, según doctrina de esta Sala, la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia, y ambos requisitos son cuestiones de hecho que quedan a la apreciación del Juzgador de instancia.

Imposibilidad de escribirlo.—Puede ser válido, a tenor del artículo 702 C. c., a pesar de no poder ser escrito, en dos casos distintos: 1.º) cuando por la urgencia del supuesto no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento, lo que no impide que los testigos a la mayor brevedad posible lo consignen por escrito, y 2.º) cuando los testigos no sepan escribir, caso en el que habrán de conservar en la memoria las manifestaciones del testador hasta el momento de hacer su declaración ante el Juez; y en todo caso de litigio sobre la posibilidad de escribir el testamento, constituye su apreciación cuestión de hecho, cuya decisión incumbe a la Sala sentenciadora.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Declarado por la Sala que se está en el segundo de los casos indicados, no puede prosperar el error que se denuncia por infracción del artículo 1.214 C. c., pues este artículo no contiene principios de valoración de la prueba impuestos por el legislador a los órganos jurisdiccionales, sino un principio general de atribución de la carga de la prueba, sólo utilizable por el cauce del núm. 1.º del artículo 1.692, ni tampoco puede prosperar la infracción acusada del artículo 1.248 C. c., precepto de carácter admonitivo, pero no preceptivo, y contra la apreciación de la prueba testifical que haga el Tribunal en uso de las facultades que este artículo le confiere no se da la casación.

Institución de heredero: designación del instituido.—La institución ha perdido su carácter sacramental y basta, según el artículo 772 C. c., que no pueda dudarse sobre quién sea el instituido, lo que ocurre en este caso en el que el testador dejó todo su capital a su hijo, y no hay duda entre los testigos y todos los que guardaban relación de parentesco y amistad con el testador sobre la identidad del designado como hijo.

Cuestión nueva.—Tiene tal carácter la infracción que ahora se denuncia de los artículos 131 C. c. y 49 L.R.C., en el sentido de que el testador no había reconocido como hijo al heredero instituido, aparte de que, como acertadamente añade la Sala de instancia, una cosa es la filiación que en definitiva pueda corresponder al instituido y otra la validez de esa institución llevada a cabo con la designación de a quien era considerado su hijo y así era reputado en los ámbitos familiar y de vecindad del causante. (Sentencia de 2 de junio de 1977; no ha lugar.)

3. *Prescripción extraordinaria en Cataluña: inicio de plazo para reclamación de herencia fideicomitida.*—Han de decaer los motivos que denuncian la aplicación errónea y la interpretación indebida del artículo 342 de la Com-

pilación, pues es evidente el acierto del Juzgador de instancia al estimar que para el comienzo del cómputo de la prescripción extraordinaria es indispensable que haya nacido el derecho a reclamar la herencia fideicomitida, hecho que no ocurrió hasta el día del fallecimiento del fiduciario.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No pueden estimarse, a estos efectos, como documentos auténticos las certificaciones del Registro de la Propiedad que se mencionan, ya que han sido examinadas y tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia, aparte de que no evidencian lo contrario de lo dicho por éste.

Defectos del recurso.—No pueden prosperar los motivos que denuncian la violación de los artículos 13 y 34 L.H., ya que, haciendo supuesto de la cuestión, parten del fundamento erróneo de la inexistencia en el Registro del fideicomiso base de la acción ejercitada. (Sentencia de 27 de junio de 1977; no ha lugar.)

4. *Cataluña: heredamiento en capitulaciones matrimoniales y testamento-posterior.*—La única cuestión a resolver es la de si la sucesión de la madre de los litigantes ha de deferirse de conformidad con lo dispuesto en su último y válido testamento, en el que ordenó varios legados en favor de sus hijos, o si ninguna de las disposiciones testamentarias pueden tener eficacia por cuanto suponen la revocación de las otorgadas en las capitulaciones matrimoniales anteriores.

Institución en heredamiento, con facultad de dotar libremente a otros dos hijos no instituidos.—Por aplicación de lo que establece en el párrafo 1.º del artículo 66 de la Compilación, es eficaz ese testamento, precisamente por la reserva de la facultad expresada, incluida en los heredamientos según lo que se dispone en el artículo 77, y por no haber sido objeto de discusión la cuantía del legado en relación con la de la cuota legitimaria; por tanto, verificado el supuesto del artículo 87, es indudable la aplicación de éste. (Sentencia de 2 de junio de 1977; ha lugar.)

II. DERECHO PROCESAL

1. *Cuestión de competencia: incumplimiento de contrato.*—La acción que se ejercita en la demanda, es la de resolución del contrato de compraventa, por lo que el Juez competente para conocer del cumplimiento del contrato lo es para conocer de las acciones por su incumplimiento y accesorias a las que éste dé lugar.

Cláusula de sumisión al dorso.—No dando por válida la cláusula de su misión al estar impresa al dorso de donde están estampadas las firmas del actor y demandado. (Sentencia de 14 de enero de 1977; cuestión de competencia.)

2. *Cuestión de competencia.*—Salvo pacto entre los contratantes que se sometan a determinado juzgado, los géneros de comercio objeto de compraventa se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor.

Frase «puerta muelle».—La frase «puerta muelle», impresa en el conocimiento de embarque, debe entenderse como de igual valor que «sobre vagón» o muelle, y reveladora de que el contrato se perfeccionó y realizó en el lugar de la expedición y en él debe el comprador pagar el precio, viajando desde ese momento por cuenta y cargo de dicho comprador. (Sentencia de 24 de marzo de 1977; cuestión de competencia.)

3. Cuestión de competencia: principio de prueba.—Los documentos aportados no son constitutivos de principio de prueba por escrito, de la realidad del contrato de compraventa mercantil, afirmada por el actor, como base o fundamento de la acción ejercitada, porque si bien es cierto que dicho principio de prueba tiene menor intensidad probatoria que la que se atribuye a los medios probatorios propiamente dichos, también lo es, que, a los efectos competenciales, han de originar creencia racional de su certeza. (Sentencia de 20 de enero de 1977; cuestión de competencia.)

4. Congruencia.—La incongruencia deriva de la inadecuación entre las pretensiones de las partes y el fallo recurrido. La casación no se da respecto a los «Considerandos», sino en cuanto al fallo. (Sentencia de 4 de julio de 1977; no ha lugar.)

5. Reservas de derechos en resoluciones judiciales: alcance.—Aunque las reservas de derechos formuladas en las resoluciones judiciales no crean ni extinguen tales derechos, ni, en general, producen vinculación alguna, sin embargo, cuando—como en el caso del artículo 843 de la LECrim—se pronuncian por imperativo de una norma, ocasionan el efecto que tal norma señala.

Cuestiones nuevas: falta de jurisdicción: afecta al orden público.—Aunque la falta de jurisdicción, por no haber sido deducida en la instancia, sea «cuestión nueva» no puede quedar excluida de la casación, por afectar al orden público.

Jurisdicción competente: laboral y civil: acción civil ex delicto.—Aunque la jurisdicción laboral es la única competente para conocer, resolver y ejecutar sus decisiones en los conflictos individuales de trabajo siempre que se produzcan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo si lo que se ejercita es en realidad la acción para restitución de cosa, reparación de daño e indemnización de perjuicios en vía civil, reservada en procedimiento penal, no es la jurisdicción laboral, sino la civil la que debe conocer del proceso.

Casación: invocación del artículo 1.253 C. c.—Este precepto no contiene ninguna norma de valoración de prueba y por tanto, su invocación no sirve para amparar un recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, como reiterada jurisprudencia proclama. (Sentencia de 30 de junio de 1977; no ha lugar.)

6. Casación: acto de conciliación: identidad del demandado.—No se combaten de forma adecuada las afirmaciones de la sentencia recurrida de que

el error sufrido al demandar de conciliación no influye en la identidad del demandado, que declara perfectamente acreditada, por lo que se operó la interrupción del plazo prescriptivo; al quedar las mismas subsistentes desaparece la base fáctica del recurso.

Buena fe en el ejercicio de los derechos.—Por aplicación del principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, que, como postulado básico, consagra el artículo 7.º, núm. 1.º, C. c., si bien es cierto que el demandado es comerciante individual y su nombre comercial podía inducir a error a la parte actora, aquél sabía que se le demandaba en reclamación de la indemnización por el accidente mortal sufrido por el hijo de la actora, y esta buena fe en el ejercicio de los derechos impide aprovecharse de un error para no cumplirlos. (Sentencia de 19 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

7. *Casación: documento auténtico.*—Carecen de este carácter a los específicos fines de la casación en que se aducen unas certificaciones del Registro de la Propiedad y unas escrituras públicas, pues las primeras podrán dar fe del hecho en sí, del asiento registral a que se refieren, pero no de la veracidad o autenticidad intrínsecas del mismo, mientras que las segundas constituyeron el núcleo central del debate habido entre las partes, habiendo sido en este concepto tenidas en cuenta por el juzgador.

Cosa juzgada.—A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.252 C. c. para que la excepción de cosa juzgada produzca sus efectos en otro juicio es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (eadem res, eadem causa petendi y eadem personae); la segunda de las identidades (las causas) debe ser entendida no sólo como de los simples hechos y su correspondiente calificación jurídica, sino también, y ante todo, como del fundamento o razón de pedir que justifica el interés, base de la legitimación material o sustantiva. Para que se dé la identidad personal es necesario que exista identidad no sólo en el sentido físico del término, sino también en la calidad con que litigaron. (Sentencia de 30 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

Decretada la nulidad de una compraventa que había sido solicitada por doña M. M. A. contra su esposo y doña M. P. S. la sentencia no es ejecutada, ya que la actora nunca lo solicita.

Transcurridos dieciséis años de la primera sentencia, los hijos de la actora solicitan la nulidad de la misma compraventa y demandan a su padre y a doña M. P. S.

8. *Casación: en ejecución de sentencia.*—El especial y excepcional recurso de casación contra los autos que dicten las audiencias en los procedimientos para ejecución de sentencias, tiende en esencia, no a la finalidad de defensa de la ley y crear jurisprudencia uniforme, sino simplemente a mantener la integridad de los fallos firmes, evitando que éstos resulten vulnerados por las actuaciones ejecutivas realizadas para su cumplimiento, por lo que se ha de compulsar exclusivamente la sentencia y las diligencias practicadas en ejecución de ella; de tal manera que para que pueda prosperar sea me-

nester que el Tribunal de Instancia resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en aquélla, o provea en contradicción con ella. (Sentencia de 6 de julio de 1977; no ha lugar.)

9. *Casación: ejecución de sentencia.*—El auto que se recurre no hace otra cosa que comparar la ejecutoria con la ejecución, llevando ésta a sus verdaderos cauces procesales, sin que por ello provea en contradicción con lo ejecutoriado ni resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia. (Sentencia de 4 de julio de 1977; no ha lugar.)

10. *Casación: defectos del recurso.*—Son motivos de imposible estimación los que se presentan con absoluto desprecio de los hechos declarados probados en instancia y no combatidos en casación por el único cauce posible del número 7 del artículo 1.691 L. E. C.

Menor cuantía: costas en segunda instancia.—El párrafo 4.º del artículo 710 L. E. C., dado su carácter sancionador, habrá de ser interpretado restrictivamente en los casos de duda. (Sentencia de 23 de junio de 1977; ha lugar.)

11. *Arbitraje de equidad: causas de nulidad.*—El artículo 1.691 número 3.º L. E. C. establece con carácter taxativo las tres únicas hipótesis en que puede ser viable el recurso de nulidad, insusceptibles de extenderse a otras por analogía y sin que, por lo tanto, se dé tal recurso cuando deje cuestiones sin resolver.

Corrección de error fuera de plazo.—Extinguidos todos los poderes del árbitro en virtud del transcurso del plazo señalado en el compromiso, carecía de facultades aún para subsanar el error que ante notario manifestó haber padecido en la redacción de la contestación a la pregunta primera del laudo dictado. (Sentencia de 8 de febrero de 1977; ha lugar.)

12. *Arbitraje de equidad: cómputo civil del plazo.*—No se pueden descontar los días inhábiles, ya que no se trata de un plazo procesal, sino que constituye un plazo contractual convenido por las partes: no puede descontarse el mes de agosto, declarado inhábil por Decreto de 17 de julio de 1973, por referirse sólo a los Juzgados, lo que le hace inaplicable a la actuación arbitral. (Sentencia de 21 de febrero de 1977; ha lugar.)

13. *Casación: ejecución laudo arbitral.*—No son susceptibles de recurso de casación las resoluciones dictadas en incidentes de juicios o procedimientos en los que no se admite contra el asunto principal y, como según el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad, sólo cabrá el recurso de nulidad ante la Sala 1.ª del T. S., se está en el caso de un juicio, el de árbitros de equidad, contra el no cabe la casación.

Cambio de nombre del recurso.—Sin que quepa decir que el cambio de nombre del recurso es algo accidental, pues indica sólo la inadaptación de una Ley anterior a otra posterior en cuanto a terminología; por el contrario, el cambio de nombre está perfectamente justificado, si se tiene en cuenta

que al recurso de casación, por encima de los intereses individuales en litigio, lo que le interesa es la recta aplicación de la Ley, y, siendo ésta la naturaleza del recurso de casación, mal se compagina dicho nombre con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Arbitraje, ya que si no hay Ley que rija ni la forma ni el fondo del fallo, mal se puede decir que el hecho de haber privado del nombre de «casación» al recurso ante el T. S. de los fallos de equidad sea meramente accidental. (Sentencia de 28 de octubre de 1976; no ha lugar.)

14. *Recurso de nulidad: arbitraje de equidad: punto no sometido.*—Si de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.691 L. E. C. los árbitros de equidad no pueden resolver puntos no sometidos a su decisión, pues entrañaría una extralimitación de los límites objetivos del compromiso, ello no quiere decir estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión que amigablemente se les confía. (Sentencia de 10 de marzo de 1977; no ha lugar.)

15. *Casación: incongruencia.*—Siendo el fallo absolutorio de la demanda, es obvio no puede decirse que otorgue más de lo pedido. (Sentencia de 17 de junio de 1977; no ha lugar.)

16. *Quebrantamiento de forma: denegación de prueba.*—Según tiene declarado esta Sala, deben formularse las pruebas de manera concreta y determinada, para que los Tribunales puedan juzgar de su utilidad. No se ajusta a tal doctrina la prueba documental consistente en la unión a las actuaciones por cuerda floja de un pleito anterior, ni la de igual clase, formulada subsidiariamente, consistente en que se certifiquen íntegramente los autos de dicho pleito anterior, en lugar de pedir testimonios de particulares del mismo.

Inutilidad de la prueba.—Encaminada la prueba documental a la justificación de la alegada cosa juzgada, tal prueba resulta ser inútil, por cuanto es el propio recurrente quien, en su escrito de contestación a la demanda, afirma que el actor debió formular en el pleito anterior la petición que ejercita en el presente, y al no hacerlo así, no puede ahora solicitar otras nuevas pretensiones, por oponerse a ello los principios de economía procesal, lo cual constituye en claro y patente reconocimiento de la no existencia de tal cosa juzgada. (Sentencia de 22 de junio de 1977; no ha lugar.)

17. *Quebrantamiento de forma: falta de recibimiento a prueba en segunda instancia: prueba no practicada en primera instancia.*—Fueron las discordias entre las partes y la tardanza en aceptar, la hoy recurrente, al perito insaculado para la contraria, las determinantes de la imposibilidad de practicarla dentro de plazo en la primera instancia.

Prueba no necesaria.—La prueba propuesta no es necesaria para la resolución del caso, pues en la sentencia impugnada por forma, ya firme en cuanto el fondo, afirma definitivamente que la acción para reclamar, lo que era objeto del peritaje, estaba caducada. (Sentencia de 17 de junio de 1977; no ha lugar.)

El Tribunal Supremo afirma que sentencia recurrida en la forma es firme en cuanto al fondo, al no haberse hecho al interponer el de forma, protesta para en su día interponer el de infracción de ley, en la forma prescrita por el artículo 1.768 L. E. C.

18. *Quebrantamiento de forma: defectos del recurso.*—No es suficiente con expresar el número del artículo 1.693 L. E. C. que lo ampara, es necesario, además, indicar el precepto o preceptos que se supongan infringidos.

Falta recibimiento a prueba.—La viabilidad del recurso basado en el número 3.^º del artículo 1.693 L. E. C. no depende exclusivamente de la denegación de cualquiera diligencia de prueba, ya que hace falta, también, que la denegada sea de tal utilidad y eficacia que, necesariamente, tenga que ser admitida, por imperativo categórico de la Ley, y que, en todo caso, la inadmisión pueda originar indefensión. (Sentencia de 28 de febrero de 1977; no ha lugar.)

19. *Quebrantamiento de forma: recurso contra los considerandos.*—El recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia de instancia, no contra los considerandos de la misma, salvo que lo establecido en ellos constituya el antecedente obligado o la premisa indispensable del fallo, criterio que es igualmente aplicable al recurso por quebrantamiento de forma, cuando el vicio procesal denunciado se reputa cometido precisamente en una resolución fundada emitida por la Audiencia.

Declaración de nulidad de procedimiento sumario.—El pleito seguido para la declaración de nulidad de determinado procedimiento sumario, ajustándose a lo ordenado en el párrafo 6.^º del número 4.^º del artículo 132 L. H.; no obstante, la forma declarativa que ha de adoptar no tiene, sustancialmente, naturaleza independiente del procedimiento cuya nulidad insta, y ello da lugar a que, al no ser susceptible aquél del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, por la aplicación del artículo 1.694 L. E. C., el pleito dirigido a anular sus actuaciones haya de tener igual limitación procesal, pues no cabe que las mismas cuestiones que no tenían acceso al recurso dentro de los autos en que se cometieran las supuestas infracciones, puedan alcanzarlo a través del juicio seguido para obtener la anulación indicada. (Sentencia de 28 de junio de 1977; no ha lugar.)

**Suscripción anual: España, 2.400,— pesetas
Extranjero, 2.600,— pesetas
Número suelto: España, 700,— pesetas
Extranjero, 900,— pesetas**