

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXIII

Julio - Agosto 1957

Núms. 350-351

La aeronave y su situación registral (1)

SUMARIO

LA AERONAVE

- I. DENOMINACIÓN.
- II. DEFINICIÓN.
- III. NATURALEZA JURÍDICA :
 - 1.—La aeronave objeto de Derecho.
 - 2.—La aeronave bien mueble especial.
 - 3.—La aeronave bien de naturaleza compuesta.
 - 4.—La aeronave bien registrable.
 - 5.—La aeronave bien destinado a la navegación aérea.

(1) El autor de este trabajo, Carlos Jesús Álvarez Romero, nació en Madrid el 7 de noviembre de 1928, y cursó la carrera de Derecho en la Universidad Central, obteniendo Premio Extraordinario en la Licenciatura.

En 1949 fué nombrado Profesor Ayudante de la Cátedra de Derecho Natural de la citada Universidad.

En 1950 ingresó en el Cuerpo Jurídico del Aire, con el número uno de la oposición. En la actualidad ostenta el empleo de Capitán Auditor.

En 1951 fué designado Profesor titular de la Cátedra de Derecho Natural del Centro de Estudios Universitarios (C. E. U.), de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas.

En 1954 ingresó en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad.

Durante el presente curso obtuvo el grado de Doctor en Derecho. Su tesis «La aeronave y su situación registral» ha merecido la calificación de Sobresaliente con mención para Premio Extraordinario.

Recientemente ha sido nombrado Profesor Adjunto interino de la Cátedra de Derecho Natural de la Universidad Central.

IV. CONCEPTO JURÍDICO.

V. CLASIFICACIÓN.

EL REGISTRO

Registro de Matrícula.

I. NACIONAL :

- 1.—La matrícula.
- 2.—Presupuestos de la matrícula.
- 3.—Elementos inscribibles.
- 4.—Procedimiento.
- 5.—Efectos.
- 6.—Cancelación.

II. INTERNACIONAL.

Registro de la Propiedad Aeronáutica.

I. CONSIDERACIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL :

- 1.—Registro de inmuebles.
- 2.—Registro de muebles

II. SECCIÓN DE AERONAVES EN EL REGISTRO MERCANTIL :

- 1.—Su creación.
- 2.—Naturaleza de la inscripción.
- 3.—Base de la inscripción.
- 4.—Actos inscribibles.
- 5.—Publicidad de la inscripción.

III. EL CRÉDITO Y EL DERECHO :

- 1.—La aeronave como objeto de crédito.
- 2.—La hipoteca.
- 3.—La hipoteca de aeronaves en el Derecho español.

LA AERONAVE

*Initium doctrinae est
consideratio nominis.*

I. DENOMINACIÓN

Tal vez pueda parecer ocioso dedicar unas líneas, aunque pocas, al estudio de la denominación de la aeronave. La casi totalidad de los tratadistas examinan directamente su concepto, limitándose a señalar los nombres que recibe en los distintos países. Sin embargo, si las razones de método que impone el viejo brocardo latino no fuesen bastantes, bastaría tener en cuenta la modernidad de la palabra, que apenas cuenta con media centuria de existencia reconocida. Se trata, pues, de un término sin solera, pero de fuerte consistencia y

arraigo, prueba de lo cual son los impactos que empieza ya a recibir de la crítica.

Los textos anglosajones emplean el vocablo «aircraft», los alemanes «luftfahrtzeuge», los italianos «aeromobile», los franceses «aeronef» y los países de habla hispánica «aeronave». El calificativo «aéreo» es común a todos los términos, sin embargo en los dos últimos se advierte una mayor precisión que en los restantes, puesto que si en aquellos se hace referencia a vehículo, aparato de locomoción, o simplemente móvil, en la terminología francesa y española se indica que éste ha de ser una nave (1).

La voz aeronave, adoptada a partir de la Convención de París de 1919, entraña dos conceptos que es preciso examinar. Aéreo es todo lo que pertenece al aire y, por eso, el adjetivo comprende no sólo las cuestiones relativas a la navegación, ciertamente las más importantes, sino otras muchas como telegrafía y telefonía sin hilos, transmisión de señales ópticas, etc.... Pero esta gran amplitud, propicia a la confusión, se restringe extraordinariamente al referir el adjetivo a la nave y más aún a su utilidad específica, la navegación. Aéreo es, por consiguiente, el medio en que se desenvuelve normalmente la aeronave destinada a tal fin.

Los considerables avances de la técnica, a partir de la última guerra mundial, han hecho problemática la aplicación del adjetivo que nos ocupa al instrumento de la navegación. ROSTAND ponía ya en boca de Cyrano una serie de procedimientos para descender desde la luna a la tierra. Pero ahora no se trata de meras especulaciones literarias producto de la fantasía. La realidad se va imponiendo con una evidencia arrolladora. El 25 de julio de 1955 los Estados Unidos de América anunciaban oficialmente la construcción de un satélite artificial que se probará el año geofísico, punto de partida para la creación de otros ingenios dirigidos a los planetas más próximos. La O. A. C. I. ha redactado un informe para la Asamblea General de la Organización, en el que señala la necesidad de llegar pronto a un acuerdo internacional que regule el espacio interplanetario

Lo cierto es que el espacio aéreo se ha quedado insuficiente y

(1) WEGERT, Alfred, en su obra «Luftrecht» (Berlín, 1936), establece la distinción entre aeromóvil y aeronave en los siguientes términos: El primero es todo aparato capaz de mantenerse en el aire; la segunda lleva además consigo una utilidad, la de ser apta para el transporte de personas o cosas.

que las máquinas volantes surcarán otros espacios (estratosfera, etcétera), en los que el aire ya no existe. Al ampliarse el radio de acción de los hasta el momento aparatos aéreos, el actual adjetivo resultará inadecuado; por ello, VILLAGÓMEZ HITA (2), propone la revisión de nuestra materia y AMBROSINI (3) considera más acertada la denominación «Derecho de la Aviación» que la de «Derecho Aeronáutico» patrocinada por él anteriormente (4).

El segundo concepto objeto de nuestro examen es de la nave. Puede afirmarse que, a excepción de AMBROSINI (5), nadie ha formulado serios reparos a este término. A juicio de tan ilustre tratadista el objeto de la nave es «andar por el agua», «recorrer mares y ríos»; en consecuencia, la navegación —utilización de la nave para su objeto específico— sólo puede ser marítima o fluvial, en ningún caso aérea. Refuerza su tesis basándose en los distintos principios de sustentación de las naves y los aeroplanos (a excepción de los aerostatos y dirigibles). El término navegar, concluye, referido a la aviación, es equívoco y debe ser abandonado.

No compartimos esa opinión. El objeto de la nave es navegar y la navegación no consiste sólo en andar por el agua y recorrer mares y ríos (6), sino en «la locomoción sobre un medio distinto de la tierra firme. La navegación, por consiguiente, puede ser acuática o aérea... (7)». Durante un período multiseccular —las razones son obvias— únicamente se conoció la navegación acuática, sin embargo, aunque sólo fuera en hipótesis, había de admitirse la posibilidad de cualquier otra forma. Ahora la hipótesis ha cobrado vida surgiendo la navegación aérea o, para ser más exactos, la navegación sobre la esfera terrestre.

En conclusión, estimamos conveniente mantener el término aeronave. No encontramos ninguna objeción de peso que hacer al sustantivo y en cuanto al adjetivo, hay que tener presente:

(2) VILLAGÓMEZ HITA, Rafael. «Condición jurídica de la aeronave», 1951. pág. 11.

(3) AMBROSINI, Antonio: «Instituciones del Derecho de la Aviación». 1949. págs. 42 y sigts.

(4) AMBROSINI, Antonio: «Instituzioni di Diritto Aeronautico», 1940, pág. 24.

(5) AMBROSINI, Antonio: «Instituciones del Derecho de la Aviación», loc. cit.

(6) GORDILLO, Manuel: Enciclopedia jurídica SEIX, en la voz Derecho aéreo.

(7) SCIALOJA, Antonio: «Corso di Diritto della Navigazione», 1943, pág. 56.

1) Hasta el momento la determinación del espacio volado por las aeronaves se ajusta perfectamente a la realidad.

2) Si podemos augurar «un mañana en el cual ni aún es imposible que el hombre se escape de la tierra y supere la navegación aérea mediante la navegación intersidereal, todo ello no será sino afianzamiento de algo inicialmente conseguido: la conquista del aire (8)». Pero es más, las conquistas del futuro por audaces que sean, creemos que no relegarán nunca al olvido al espacio aéreo (9).

II. DEFINICIÓN

«La utilidad de una definición de la aeronave se presenta constantemente para precisar los aparatos a los cuales se pueden aplicar los diversos textos de Derecho Aéreo nacionales e internacionales.» Estas palabras escritas por CHAUVEAU (10) han sido reproducidas por FRAGALI (11), SCIALOJA (12), CHIOSSONE (13)... Para RIESE y LACOUR (14), por el contrario, lo único que interesa es tener unas ideas directrices relativas a los aparatos sujetos al Derecho Aéreo; la definición de la aeronave carece de relevancia.

Estamos frente a un punto en el que conviene proceder con cautela para poder llegar a soluciones satisfactorias. El error fundamental en que se ha incurrido con mayor frecuencia ha sido el de dar una definición de la aeronave de carácter ambivalente, es decir, englobando los aspectos técnico y jurídico de la misma con las consiguientes interferencias y confusiones y, en definitiva, su escasa utilidad. La causa de todo ello quizá se deba a que en sus orígenes la elaboración de nuestra pretendida disciplina estuvo a cargo, en

(8) GARCÍA ESCUDERO, José María: «Las libertades del aire y la soberanía de los Estados», 1951, pág. 10.

(9) En la esfera específicamente jurídica es muy frecuente encontrar instituciones que en el transcurso del tiempo han modificado sustancialmente su contenido inicial y que, sin embargo, por respeto a la tradición y para su más fácil inteligencia conservan su denominación primitiva. A título de ejemplo indicaremos en el Derecho público la soberanía y en el privado la propiedad, ambas fundamentales.

(10) CHAUVEAU, Paul: «Droit Aérien», 1951, pág. 291.

(11) FRAGALI, Michele: «Principii di Diritto Aeronautico», 1930, pág. 52.

(12) Ob. cit., pág. 56.

(13) CHIOSSONE, Germán: «Principios generales de Derecho Aeronáutico venezolano», 1954, pág. 36.

(14) «Precis de Droit Aérien», 1951, pág. 115.

gran parte, de técnicos de la aviación (15), que dejaron lógicamente la impronta de su personalidad.

Por esto la doctrina se divide y mientras unos propugnan la conveniencia de una definición, otros, ante las dificultades que se plantean, buscan caminos más prácticos y de mayor facilidad. En el año 1930, el C. I. T. E. J. A. trató en Budapest de definir la aeronave, teniendo que renunciar a su empeño.

Lograr una definición de la aeronave desde el punto de vista técnico con validez temporal ilimitada es tarea casi imposible. Ese concepto estará siempre en función de los avances de la técnica que supera todas las previsiones. Se ha dicho, y no sin razón, que es inútil fijar unos límites fuera de los cuales las aeronaves dejan de serlo. En ningún otro sector de la mecánica se produce un envejecimiento tan prematuro de los modelos que van apareciendo. Aunque resulte paradójico, esta circunstancia no representa grave dificultad para el jurista, ni siquiera para el legislador. Partiendo de una concepción teleológica del Derecho, los cauces de lo jurídico estarán perfectamente delimitados y todo lo que discurra por ellos tendrá una regulación específica. El caudal podrá aumentar o disminuir en el transcurso del tiempo. Es el caudal el que varía, el cauce se mantiene siempre el mismo. Sólo en ocasiones excepcionales será preciso rectificarlo. La aeronave podrá variar su estructura, su forma o sus características. Su concepto jurídico no tiene porqué variar constantemente.

Vamos a contemplar algunas de las definiciones de la aeronave a la luz de Congresos, Convenios y leyes positivas. Empezaremos por los primeros.

Con motivo de la Exposición Universal celebrada en París el 31 de julio de 1889, se reúne en la capital francesa el Primer Congreso Internacional de Aeronáutica. La palabra «aeronef» aparece entonces, pero no con carácter genérico, sino aplicada a «los aparatos más pesados que el aire, con medios propios de propulsión» (16). La definición es totalmente inadecuada por su gran amplitud. Además, al no aludir a la posibilidad de mantenimiento en el aire que es pre-

(15) COUANNIER, Andrè Henry: «Elements createurs du Droit Aerien», 1929, pág. 11.

(16) Se definen además los aerostatos: «Globos libres inflados con un gas más ligero que el aire». Y los aeronatos: «Globo dirigible más ligero que el aire y que tiene medios propios de propulsión».

ciso sobrentender, conviene igualmente a los buques, automóviles, etcétera.

Dado este primer paso, se reúnen otros varios Congresos y Conferencias (17), que abordan problemas aéreos de menor importancia para nuestro objeto y que preparan el terreno para la «Convention portant Reglementation de la Navigation Aerien», firmada en París el 13 de octubre de 1919, que se ocupa nuevamente de las aeronaves, dando en su Anexo A) la siguiente definición: «Todo aparato que pueda sostenerse en la atmósfera merced a la reacción del aire.» Comparando esta definición con la del Congreso de 1898, observamos un tecnicismo más perfecto. En primer lugar la palabra aeronave tiene ya carácter genérico y se refiere tanto a los aparatos más pesados que el aire como a los más ligeros (18). En segundo término exige la posibilidad de mantenerse en la atmósfera, que en la definición contemplada anteriormente había que presumir.

España, Portugal y un buen número de países sudamericanos permanecieron al margen de la Convención de París. Por este motivo el Gobierno español convocó un Congreso, que se reunió en Madrid los días 25 al 30 de octubre de 1926, al que asistieron veintiún Estados y en el cual se elaboró el Convenio Iberoamericano de Navegación Aérea, de primero de noviembre del referido año. Con posterioridad, el 20 de febrero de 1928, se firmó en La Habana el Convenio Panamericano sobre Aviación Comercial. En ambos se reprodujo la definición de aeronave de 1919, razón que nos exime de todo comentario.

Sin esperar al cese de las hostilidades de la segunda guerra mundial, los Estados Unidos, que habían alcanzado un desarrollo aéreo extraordinario, por la urgencia bélica de los acontecimientos, con-

(17) Instituto de Derecho Internacional. Sesión celebrada en Neuchatel, en 1900. Sesión del mismo Instituto en Bruselas, en 1902. Conferencias de Berlín, de 1903 y 1906. Instituto de Derecho Internacional. Sesión de Gante, de 1906. Congreso de Milán de 1906; de Bruselas de 1907; de Nancy de 1909; de París de 1910; de Verona de 1910; de Madrid de 1911. Conferencia de la I. L. A., París, 1912. Congreso de Frankfurt de 1913. En las cláusulas aéreas de los Tratados de Paz no hay referencias a esta cuestión.

(18) En el Anexo D) de la Convención, se definen los diversos tipos de aeronaves. Globo: *Aeronave* cautiva o libre, que utiliza un gas más ligero que el aire como medio de sustentación en la atmósfera y no tiene medio alguno de propulsión. Dirigible: *Aeronave* que mediante un gas más ligero que el aire se sostiene en la atmósfera y posee medios propios de propulsión. Avión: *Aeronave* más pesada que el aire que cuenta con medios propios de propulsión.

vocan una Conferencia de Aviación Civil, en Chicago, en la que participan 54 Estados, entre ellos España, y que se inicia el primero de noviembre de 1944 con un mensaje del Presidente Roosevelt. En el Anexo B), art. 3.º, de la Convención, se define nuevamente la aeronave en el mismo sentido que la Convención de París, con la única novedad de que, después de la palabra «aparato», añade «o dispositivo». Con ello, dice TAPIA SALINAS (19), parece querer dar entrada a futuros tipos de máquinas volantes. Esta ligera modificación nos hace a nosotros pensar en el concepto de aeronave de la Civil Aeronautics Act, de 1938 (Estados Unidos), que examinaremos posteriormente y que consideramos como su precedente inmediato.

Hemos visto las fórmulas de los textos internacionales de carácter general más importantes. En ellos se sigue una trayectoria precisa que aparece cada vez más depurada. Sin embargo, no encontramos ningún rasgo de carácter funcional que dé base al planteamiento de problemas jurídicos especiales. Para eso tenemos que acudir, sin abandonar el plano internacional, pero dentro de una mayor concreción, a la Convención Sanitaria para la Navegación Aérea, firmada en La Haya el 12 de abril de 1933, la cual define a las aeronaves como a «todos los aparatos que en razón de la propiedad del aire se encuentran en situación de mantenerse en el mismo y que están *destinados a la navegación aérea*».

En el Derecho positivo interno de los distintos Estados es imposible encontrar una línea perfectamente definida como en las Convenciones, lo cual resulta más extraño teniendo en cuenta la nota de internacionalidad fuertemente acusada en este sector del Derecho.

No pretendemos hacer una enumeración exhaustiva, ni tan siquiera profusa, que a nada conduciría. Por razones de sistema y ante la limitada información de que disponemos, preferimos hacer mención de las definiciones de mayor relieve, clasificándolas en tres grupos:

1.º Textos positivos en los que se define a la aeronave atendiendo exclusivamente a sus características técnicas:

Francia: «Se llaman aeronaves todos los aparatos capaces de elevarse o de circular en el aire.» Ley de 31 de mayo de 1924, artículo 1.º (20).

(19) TAPIA SALINAS, Luis: «La regulación jurídica del transporte aéreo», 1953, pág. 134.

(20) «Un planeador, aparato de vuelo a vela, si no es capaz de ele-

República Dominicana: «Cualquier vehículo que pueda sostenerse en el aire.» Ley sobre Navegación Aérea Civil, de 28 de enero de 1949, art. 3.º (21).

Méjico: «Cualquier vehículo que pueda sostenerse en el aire.» Ley de Vías Generales de Comunicación de 19 de febrero de 1940, reformada el 23 de enero de 1950, art. 311. Reglamento de operación de aeronaves civiles, de 22 de febrero de 1950, art. 1.º. Reglamento de tránsito aéreo, reformado, de primero de febrero de 1951, artículo primero (22).

2.º Textos positivos que no definen la aeronave, pero incluyen los distintos aparatos que merecen tal nombre (omitimos las diversas enumeraciones por su escasa utilidad desde nuestro punto de vista, y señalaremos únicamente algunos países que adoptan este sistema):

Gran Bretaña.—El Air Navigation Act de 1920 y el de 1938 no se refieren para nada a este punto. El Air Navigation Order de 1923 seguía el criterio enumerativo en la moción 31.

Suiza.—La Ley federal sobre Navegación Aérea, de 21 de diciembre de 1948, se abstiene voluntariamente, a juicio de RIESE y LACOUR (23), de dar definiciones. Enumera, sin embargo, las distintas clases.

3.º Textos positivos que, además de indicar las características técnicas o los varios modelos, contienen una referencia a su finalidad:

a) *Transporte*.—Para salvar a la aeronave de la aridez proyectada por un enfoque exclusivamente técnico y justificar su presencia en las normas positivas o en las páginas de los tratados de Dere-

varse por sí mismo, permite, entretanto, efectuar vuelos de más o menos importancia y de circular libremente en el aire. Cumple así una de las condiciones, suficiente ella sola por el artículo primero de la Ley, para constituir una aeronave, y está sometida a la legislación sobre navegación aérea.» Tribunal de Vitry-le-Francois: Sent. 20 de octubre de 1932. En el mismo sentido, la Corte de Casación, 30 de noviembre de 1935.

(21) En el mismo artículo se definen las más ligeras y pesadas que el aire.

(22) La Ley de Aeronáutica Civil de junio de 1936, incluía al «transporte de personas o cosas». Contrasta esta definición derogada con la vigente, análoga a la de la República Dominicana, e inspiradas ambas en los textos internacionales.

(23) Ob. cit., pág. 113.

cho, se ha señalado al transporte como la finalidad específica de las aeronaves. Estadísticamente está comprobado que el transporte de personas o cosas ocupa el primer lugar en las actividades aeronáuticas, de lo cual se concluye que por sí solo es suficiente para definir a la aeronave. Ante una opinión tan extendida nos permitimos la siguiente sugerencia. Toda definición para merecer tal nombre debe ser omnicomprendensiva y si al definir la aeronave se atiende a su objeto principal solamente, no cabe duda de que quedarán fuera de ella otra serie de actividades que por lo menos harán que la definición sea incompleta.

Italia.—«Por aeromóvil se entiende toda máquina apta para el transporte de personas o cosas de un lugar a otro.» Código de la Navegación, de 30 de marzo de 1942. Art. 743.

Uruguay.—«Aeronave es cualquier aparato destinado al transporte aéreo de personas o cosas.» Código de legislación aeronáutica, de 3 de diciembre de 1942. Art. 13.

Argentina.—«Se consideran aeronaves los aparatos o mecanismos que pueden circular en el aire y que sean aptos para transportar personas o cosas.» Código Aeronáutico, de 15 de julio de 1954. Artículo 35.

b) *Navegación.*—El término es más amplio que el de transporte. La navegación es el género, el transporte la más importante de sus especies, pero sólo una de ellas. Su concepto ha sido estudiado anteriormente, su aptitud para cualificar a los aparatos o mecanismos objeto de nuestra atención será examinado con posterioridad.

Estados Unidos.—«Aeronave significa cualquier aparato conocido o en adelante inventado, usado o destinado para la navegación o el vuelo por el aire.» Civil Aeronautics Act, de 1938. Título primero, Sección primera.

Líbano.—«Se considera aeronave para la aplicación de la presente ley todo aparato que pueda volar y navegar en el aire, y comprende los globos cautivos y libres y los dirigibles de todas clases.» Ley de 11 de enero de 1949. Art. 3.º.

Venezuela.—«Se consideran aeronaves, a los efectos de esta ley, todos los aparatos capaces de elevarse y transitar en el aire, destinados al transporte de personas o cosas, exhibiciones, propaganda, tu-

rismo, instrucción, deporte y a otros fines comerciales, agrícolas, sanitarios o científicos.» Ley de Aviación Civil, de 12 de abril del año 1955. Art. 17 (24).

La legislación aeronáutica española se encuentra en período formativo. La Ley de 27 de diciembre de 1947, que establece las Bases para la redacción de un Código de Navegación Aérea, no ha sido todavía desarrollada en el correspondiente texto articulado. Aun cuando esta Ley carece de fuerza vinculante para los súbditos, no podemos desconocerla, pues contiene las esencias del Código futuro y tanto el Gobierno como la Comisión de Codificación Aeronáutica habrán de acomodarse a lo que en ella se dispone para la redacción del mismo (25). La Ley emplea constantemente la palabra aeronave, pero no da una definición de la misma, criterio que estimamos acertado, porque la misión del legislador no es la de definir sino la de ordenar (26). La lectura de su texto y preámbulo permite llegar fácilmente al concepto funcional que de la misma tuvieron los redactores, considerando a la aeronave como instrumento destinado a la navegación aérea.

Existen, sin embargo, dos disposiciones que abordan directamente esta cuestión: el Real decreto de 25 de noviembre de 1919 y el vigente Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956. En el art. 44 de la primera se define a la aeronave como a «todo aparato de *navegación aérea* o de estancia en el aire (dirigible, globo libre o cautivo, aeroplano y demás aparatos análogos)» (27).

En esta definición destacan dos notas fundamentales, el carácter genérico y el destino aeronáutico. La importancia de la misma sube de grado si se piensa en la fecha de la disposición que comentamos —el mismo año de la Convención de París— y se compara con las raquíticas definiciones nacidas en aquel entonces y bastantes años

(24) En este artículo no se hace referencia al término *navegación*, pero queda sobreentendido en la completa enumeración de los distintos fines asignados a la aeronave.

(25) Art. 3, de la Ley.

(26) «Los Códigos no deben dar definiciones, pues éstas son la condensación de doctrinas y orientaciones científicas, sujetas a renovación constante.» CASTAN, José: «Derecho Civil español, común y foral», 1953, II, pág. 58.

(27) A continuación de las definiciones de *dirigible*, *globo libre*, *aparato volador*, *aeronave militar*, *aeronave de pasajeros* y *aeronave de comercio*.

después en el seno de reuniones internacionales o en los organismos legislativos internos.

El art 178 del Reglamento del Registro Mercantil establece que «para los efectos de este Reglamento se entiende por aeronave toda construcción destinada al transporte de personas o cosas, capaz de mantenerse y moverse en el aire, sea más o menos ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores». Aunque al tratar de la base de la inscripción en la Sección de Aeronaves del Registro Mercantil examinaremos con detenimiento esta definición, queremos ahora destacar que el legislador español se ha inclinado en este punto por la nota del transporte, siguiendo esa corriente que ya hemos censurado. Resulta, además, que en nuestro ordenamiento jurídico la aeronave es objeto de distinta valoración en el Registro de Matricula y en el Mercantil, ya que al restringir este último su ámbito objetivo quedarán privadas de sus ventajas y protección las aeronaves que estando matriculadas no se destinan al transporte.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Abordar los problemas de derecho que plantea la aeronave sólo es posible partiendo de su verdadera naturaleza jurídica. Tenemos que recorrer forzosamente este camino a sabiendas de las dificultades que entraña para alcanzar la meta propuesta. Si en los puntos que hemos examinado no había paridad en las opiniones, en éste la discrepancia es mayor. Otra vez más nos encontramos ante las exigencias ineludibles de carácter metodológico, que el Derecho Aero-náutico ha ignorado en muchas ocasiones, apremiado por la necesidad de resolver problemas concretos que no admitían dilación. Resulta así que cuando los juristas dedicados al estudio de esta especialidad proclaman la autonomía y sistematicidad de la nueva disciplina, el Comité Jurídico de la Organización de Aviación Civil Internacional (O. A. C. I.) se plantea en su sexta sesión —junio del año 1950— el problema de la condición jurídica de la aeronave que fué estudiada en la siguiente. Estamos terminando por el principio o empezando por el final. La conclusión es la misma, el método ha fracasado. Entiéndase bien que cuando hablamos de Derecho Aero-náutico terminado, queremos decir que ha regulado con evidente

acuerdo en muchos casos la mayor parte de las cuestiones surgidas, pero nunca que no esté sujeto a una constante revisión, ni menos aún que tenga carácter autónomo.

Las notas que, a nuestro juicio, tipifican a la aeronave desde el punto de vista jurídico son las siguientes :

- 1.º Ser objeto de derecho.
- 2.º Ser un bien mueble *sui generis*.
- 3.º Su carácter registrable.
- 4.º Su naturaleza compuesta.
- 5.º Su destino para la navegación aérea.

1.º *La aeronave, objeto de derecho ; su pretendida personalidad.*
En la VII Reunión del Comité Jurídico de la O. A. C. I., LOAEZA presentó, a requerimiento de aquél, una ponencia sobre la condición jurídica de la aeronave, en la que sentaba las siguientes afirmaciones :

«No debe dudarse que la aeronave, que en muchos aspectos se asemeja a un barco, y como éste es capaz de tener personalidad.

Este ente..., es objeto y sujeto de derecho... y es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, de prerrogativas y limitaciones directamente relacionadas con la propia aeronave.

El hecho de que la aeronave tenga personalidad, es decir, condición jurídica, puede demostrarse si hacemos un breve examen de las distintas fuentes.»

Entre esas fuentes cita el Convenio de Chicago sus anexos técnicos, los convenios bilaterales y las leyes nacionales de cierto número de Estados en los que se menciona «con frecuencia a la aeronave y sus derechos y obligaciones, sin mencionar al propietario, comandante de la aeronave o a cualquier otra persona». Y en las que «se contienen disposiciones que reconocen la condición jurídica de las aeronaves». Se refiere igualmente al Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves que, «como su propio nombre y función lo indican, sirve para demostrar que la aeronave es sujeto de derechos privados».

Análoga posición mantiene VILLAGÓMEZ HITA (28), CHAUVEAU

(28) «Los elementos esenciales de la condición jurídica de la aeronave son los que le dan un carácter de sujeto y objeto de derecho. La aeronave tiene la condición de sujeto protegido por el Estado». Ob. cit., pág. 98

(29) habla de una cuasi personalidad y GAY DE MONTELLA (30) inicia uno de sus estudios con el título de «Personalidad de la aeronave y publicidad aeronáutica en la legislación española», aunque se olvide luego, afortunadamente, del encabezamiento de su trabajo y defina a la aeronave como «una cosa mueble de naturaleza compuesta».

Se ha entendido tradicionalmente por personalidad la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Las teorías de la ficción empleadas como recurso para justificar la existencia de las llamadas personas jurídicas, están hoy abandonadas. Para CARNELUTTI, la personalidad jurídica sólo puede residir en el hombre aislado —persona simple— o agrupado con otros —persona compleja—, puesto que sólo el hombre puede ser el centro donde converjan los elementos económico y jurídico de las distintas situaciones. El Derecho tiene que servirse en este punto de un concepto prejurídico, necesario y valiosísimo: el concepto de persona (31).

Ese concepto prejurídico no es otro que el ontológico, formulado por BOECIO, con elementos aristotélicos y aceptado y comentado después por SANTO TOMÁS: «persona est rationalis naturae individua substantia» (32). No basta tener una existencia física para adquirir derechos y contraer obligaciones, es preciso, además, una naturaleza racional. Porque derecho y obligación son términos carentes de sentido si no están referidos a la libertad que sólo puede darse en los seres dotados de inteligencia y voluntad, es decir, en los hombres, bien aislados o integrando las llamadas personas complejas. Senta-do esto, parece difícil armonizarlo con la fórmula usual de expresarse muchas leyes y convenciones en las que se habla de nacionalidad y responsabilidad de las aeronaves, incluso de sus derechos y obligaciones, como taxativamente lo hace el art. 5.º de la Convención de Chicago. La subjetivación de los bienes, frecuente en otros sectores del Derecho, no tiene más sentido que el de una metáfora, explicable por razones de comodidad y apego a la rutina. SCIALOJA (33) encuentra los precedentes de este modo de expresión en las Tablas de Amalfi, relativas a la navegación marítima, per-

(29) Ob. cit., pág. 297, nota 6.

(30) GAY DE MONTELLA, Rafael: Artículo publicado en la *Ley*. Argentina, 24 de agosto de 1949.

(31) CARNELUTTI, Francisco: «Teoría General del Derecho», 1955, página 151.

(32) *Summa Theologica*, 1.ª, q. 29, art. 1.º

(33) Ob. cit., págs. 200 y 91.

tenecientes a una época en que la personificación de la nave no podía tener ningún significado jurídico. Este, y no otro, es el alcance que debe darse al término personalidad de la aeronave.

Descartado el que la aeronave sea sujeto de derecho, forzosamente podemos concluir que es un objeto. «Todo cuanto existe en la naturaleza y no se le reconoce personalidad, se le da el nombre de cosa» (34). Ahora bien, las cosas —término de amplitud y vaguedad extraordinario— sólo interesan al Derecho cuando, reuniendo ciertas condiciones, pasan a integrar la categoría de bienes. El concepto de cosa es abstracto y genérico; el de bien concreto es el mismo que el de cosa, pero aplicado ya a las relaciones de derecho (35). El problema consiste en determinar cuáles son los factores que comunican a la cosa sustancia jurídica. Para resolverlo acudimos a la opinión autorizada de diversos tratadistas. En este punto, dice JOSSE-
RAND (36), que como en tantos otros identifica los bienes con los valores económicos, lo jurídico es función de lo económico. JERÓNIMO GONZÁLEZ (37) dice que «la noción de cosas corporales va adquiriendo sentido jurídico gracias a un coeficiente económico que las transforma en bienes», mientras que otros autores estiman suficiente que las cosas presten utilidad sin que sea necesaria una estimación económica (38). Por el contrario, y a juicio de PLANIOL y RIPERT, la utilidad por sí sola no basta, es precisa además la nota de apropiación (39). Finalmente, cabe señalar la posición armónica de gran parte de la doctrina (40) insatisfecha con soluciones extremas que exige la concurrencia de la utilidad y la apropiación, bas-
tando que esta última sea potencial.

Aunque en el Código civil español se habla indistintamente de cosas y de bienes (arts. 334, 335, 346, 348, 375, 376, etc.), el legislador de 1889 tenía ideas muy claras sobre la materia, como lo de-

(34) DE BUEN, Demófilo: «Derecho Civil español común», 1930, pág. 140.

(35) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: «Estudio de Derecho Civil», 1911, Tomo II, pág. 487.

(36) JOSSE-
RAND, Louis: «Derecho Civil», 1950, Tomo I. Volumen III, pág. 3.

(37) GONZÁLEZ, Jerónimo: «Estudios de Derecho Hipotecario», pág. 7.

(38) CASTAN, José: Ob. cit. Tomo I, pág. 225.

(39) «El mar, el aire atmosférico, el sol, son cosas indispensables para la vida terrestre; sin embargo, no son bienes puesto que no pueden ser objeto de apropiación. Las cosas son bienes en el sentido jurídico, no cuando son útiles al hombre, sino cuando son apropiables». «Tratado práctico de Derecho Civil francés», 1932. Tomo III, pág. 59.

(40) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: Loc. cit., y DE BUEN, Demófilo: Loc. cit.

muestra en su laconismo el art. 333 del citado cuerpo legal, al decir que «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes...». El concepto de bien especifica al de cosa que tiene carácter genérico. No son bienes todas las cosas, solamente lo son aquellas apropiadas o apropiables. No se requieren otras circunstancias. Entre los varios caminos existentes para determinar la jurisdicción de las cosas, el legislador ha optado por el más seguro.

Situada la aeronave dentro del amplio marco de las cosas, podemos ahora, siguiendo este criterio lógico, dar un paso más y catalogarla entre los bienes. Cualquiera que sea el criterio que se adopte desde el punto de vista doctrinal, y claro está que también desde el legal, llegamos a esta conclusión aceptada igualmente en la esfera específicamente aeronáutica, como veremos en páginas siguientes.

Nos queda por examinar un último aspecto de las aeronaves, objetos de derecho, en relación con el Derecho Mercantil, partiendo del planteamiento general que hace VICENTE Y GELLA, quien entiende que no existe una teoría genuinamente mercantil del objeto del derecho, sino «unas normas especiales del Derecho Comercial respecto de algunas cosas» (41). GARRIGUES (42), al estudiar el patrimonio de la empresa mercantil, se ocupa de las cosas corporales que clasifica desde el punto de vista del tráfico, en material del negocio, mercadería, utillaje, dinero e inmuebles. Sólo nos interesan los dos primeros términos, a los que puede quedar adscrita la aeronave según las circunstancias.

Por material del negocio entiende «las cosas muebles por naturaleza que no son mercancías y no están destinadas a la venta, sino que se utilizan por el comerciante de un modo accesorio en la explotación». El concepto de mercancía presenta mayor dificultad. Aun cuando admite que no es exacta, da la siguiente definición doctrinal: «toda cosa corporal mueble susceptible de tráfico que constituye un objeto actual de la actividad mercantil y que tiene un valor ínsito en la cosa misma». La inexactitud proviene, a su juicio, de que no se excluyen de la misma algunas cosas que en el lenguaje de los comerciantes no son mercancías, por ejemplo, los buques.

Existiendo una estrecha afinidad entre la naturaleza de buques

(41) VICENTE Y GELLA, Agustín: «Curso de Derecho Mercantil comparado», 1944, pág. 334.

(42) GARRIGUES, Joaquín: «Curso de Derecho Mercantil», 1955. Tomo I, págs. 167 y sigts.

y aeronaves, parece que estas últimas no podrán tener tampoco la referida consideración. Nosotros, sin embargo, no lo creemos así.

Si, como afirma GARRIGUES, la palabra mercadería sirve sólo para poner de manifiesto el valor en cambio de la cosa, frente a su valor en uso, en aquellos supuestos en que el buque, aeronave, o cualquier otro mueble se adquieran para ser revendidos con ánimo de lucro, tendrán, en el plano doctrinal, ese carácter. La definición que anteriormente citamos nos parece exacta y aplicable a los buques lo mismo que a las aeronaves, que doctrinalmente pueden ser mercaderías.

Desde el punto de vista legal la solución es otra. Ni en el Código, ni en las leyes especiales se da ningún concepto. Esta omisión legal es subsanada por GARRIGUES que, interpretando diversos preceptos, llega, por exclusión, al siguiente concepto: cosas muebles que no sean ni frutos, ni títulos valores, ni efectos del comercio. Nosotros excluimos, además, a los buques por la incompatibilidad entre los arts. 85 y 573 del Código de Comercio.

Quizá el efecto más importante de las mercaderías desde el punto de vista legal es el trato favorable que a su comprador en almacenes o tiendas abiertas al público otorga el art. 85 del Código de Comercio, mediante la prescripción instantánea. Los vicios del título del vendedor son inoperantes respecto al adquirente y subadquirentes posteriores, y las acciones civiles y criminales sólo podrán ejercitarse contra el que vendió indebidamente.

La adquisición de un buque deberá constar en documento escrito (art. 573 del Código de Comercio) y se inscribirá en el Registro Mercantil (arts. 17 y 22 del Código de Comercio y 149 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919). La adquisición efectuada y no inscrita no produce efectos respecto a tercero (art. 573 del Código de Comercio), quien, por el contrario, resultará perjudicado desde la fecha de la inscripción del documento que no podrá invalidarse por otros anteriores o posteriores no registrados (art. 26 del Código de Comercio). El juego del art. 85 del Código de Comercio es imposible y, en consecuencia, el buque legalmente no puede tener la consideración de mercancía. El Reglamento del Registro Mercantil de 1956 mantiene esta misma línea en sus artículos 2.º y 147.

Respecto a las aeronaves, y con anterioridad al vigente Reglamento del Registro Mercantil, no podíamos decir otro tanto. Su

falta de regulación dentro de las leyes mercantiles hacía que las mismas quedaran sujetas a lo establecido en el art. 85 del Código de Comercio. Las restantes disposiciones aeronáuticas tienen, fundamentalmente, carácter administrativo y de seguridad pública, ajenas por tanto al punto que comentamos, y las bases de la Ley de 27 de diciembre de 1947, relativas a la adquisición que examinaremos posteriormente, están pendientes aún de su correspondiente articulación.

Publicado el Reglamento del Registro Mercantil, el art. 85 del Código de Comercio resulta igualmente inoperante respecto a las aeronaves, puesto que el art. 179 prescribe la inscripción obligatoria y el art. 2.º declara que los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. En definitiva, concluimos que las aeronaves no pueden ser consideradas legalmente como mercancías.

La actividad más frecuente de las Empresas aéreas no es la de mediación lucrativa entre los que las producen y los que las utilizan, sino la de navegación realizada casi siempre con fines de transporte. En estos casos las aeronaves constituirán dentro del patrimonio de la Empresa elementos accesorios, si bien imprescindibles de la explotación, debiendo ser consideradas, según la terminología del Profesor GARRIGUES, como «material del negocio».

2.º *La aeronave, bien mueble especial* — La distinción entre bienes muebles e inmuebles tuvo escasa importancia en el Derecho romano, que había centrado su atención en las *res Mancipi* y *res nC Mancipi*. Muebles e inmuebles estaban sometidos, en principio, a las mismas normas. Fué en la época medieval, a consecuencia del influjo de ciertas ideas procedentes del Derecho Público, especialmente la de soberanía, cuando la distinción supuso una ruptura entre el régimen jurídico de ambas clases de bienes. El gran valor de los primeros, frente al escaso de los segundos, se tradujo en las frases estereotipadas, repetidas después en todos los manuales, sobre la vileza y la posesión vil de los muebles. Los inmuebles fueron considerados como «los aristócratas de las cosas» (43), y en el terreno jurídico rodeados de todos los privilegios. Esta división, teóricamente incompatible con el espíritu individualista que animó a la

(43) DE BUEN : Ob. cit., pág. 144.

Revolución Francesa, pasó con todo su vigor al Código civil galo y a los restantes en él inspirados. «Este es, dice JOSSEKAND (44), uno de los puntos más débiles de la obra del primer Cónsul, una de sus facetas más discutidas.» Los Códigos de más reciente factura abandonan ya esa actitud.

El Código civil español (art. 333) eleva la distinción a la categoría de *summa divisio* y se ocupa de ambas clases en los artículos 334 a 337. La división trasciende a las restantes disciplinas jurídicas.

El binomio a que nos venimos refiriendo cubrió dignamente una etapa dilatada en la vida del derecho. Esos dos viejos moldes «sin duda merecen todo el respeto a que son acreedores por la utilidad que han prestado al Derecho durante muchos siglos. Pero ya no bastan para satisfacer las necesidades de la vida jurídica contemporánea» (45). Algo ha sucedido transformando el panorama. Sólo podemos comprenderlo partiendo del estudio de las causas que motivaron la dualidad. Porque ésta no surgió del capricho, estaba plenamente justificada e imprimió una diversidad de tratamiento jurídico.

A nuestro juicio, la distinción se asentó históricamente sobre tres pilares: dos de carácter técnico y uno económico. Los primeros se refieren a la movilidad y a la susceptibilidad de identificación de los bienes, el último a su valor. Los inmuebles «rayzes... que se non pueden mover» (46), eran aquellos que tenían una situación fija, reunían caracteres suficientes para ser objeto de publicidad formal y gozaban en el tráfico de una gran estimación. Los muebles, por el contrario, presentaban notas antagónicas. Sin embargo, cuando llegó el momento —etapa codificadora— de catalogar todos los bienes en una u otra de las categorías se atendió exclusivamente al criterio del desplazamiento, por un afán de simplificación y por entender posiblemente que los otros dos rasgos eran una secuela de aquél (artículo 335 del Código civil español y 528 del Código civil francés) (47). Si no lo admitimos así, tendremos que llegar a la conclusión absurda de que la movilidad, por sí sola, es capaz de imprimir

(44) JOSSEKAND: Ob. cit., pág. 22.

(45) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento». Rev. de D. Privado, 1953, pág. 498.

(46) Partida II, Título 17.

(47) PLANIOL: Ob. cit., pág. 67, y SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., pág. 501

una regulación jurídica diferente, según que exista o no en los bienes. Claro que hay motivos para pensar en tal absurdo al advertir que en la época de la codificación la revolución industrial había operado ya un cambio en la fisonomía económica de los bienes muebles.

Lo cierto es que hoy existen bienes muebles susceptibles de ser identificados como los inmuebles y, sobre todo, de análogo y en ocasiones de superior valor. «Será preciso, un día u otro, poner fin a este conflicto entre la realidad económica y la ficción jurídica» (48). «Hay que considerar totalmente superada la clasificación, porque no responde al momento económico actual» (49). «Los términos muebles e inmuebles se hallan hoy en la ciencia y en la realidad de la vida jurídica en una verdadera crisis» (50). «El legislador no puede olvidar que actualmente esos dos viejos moldes han sido desbordados por la cambiante realidad» (51).

El aumento de valor de los muebles ha determinado que su distinción de los inmuebles haya perdido importancia económica, pero su valoración jurídica sigue siendo casi análoga. MANRESA (52) destaca la existencia de una serie de cosas, intermedia entre los dos polos tradicionales, una categoría híbrida jurídicamente no reconocida, de la que existen precedentes en el Derecho anglosajón en la figura del «chattels» real. En nuestro Derecho, aun cuando ciertos bienes están más cerca de la órbita de los inmuebles, mientras puedan desplazarse sin detrimento, serán y estarán sometidos a las reglas de los muebles. Hay que tener presente, como afirma JOSSE-RAND (53), que «la teoría de la distinción de los bienes es de orden objetivo y presenta carácter de orden público», es decir, que la voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de un bien.

En nuestro Derecho esta regla está excepcionada. En un caso por la libre voluntad de los particulares, en otro por disposición legal. En el régimen económico de la sociedad conyugal aragonesa, el

(48) JOSSE-RAND : Loc. cit.

(49) MARÍN PÉREZ, Pascual : «Introducción al Derecho Registral», 1947, pág. 42.

(50) AZCÁRATE, G. : «Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad», Tomo III, pág. 49.

(51) VALLET DE GOYTISOLO : Loc. cit.

(52) MANRESA Y NAVARRO, José : «Comentarios al Código civil español», 1952, Tomo III, págs. 15 y sigts.

(53) JOSSE-RAND : Ob. cit., pág. 47.

Apéndice (art. 48, último inciso) permite que, por pacto consignado en escritura pública, se pueda atribuir a los muebles la condición de sitios y a éstos la de muebles. La Ley de Hipoteca Naval, en su artículo primero, establece que para el solo efecto de la hipoteca los buques mercantes se considerarán bienes inmuebles.

Centrada la cuestión en estos términos, y partiendo de la movilidad como medio legal de discernir el carácter mobiliario o inmobiliario de un bien, las aeronaves tienen el carácter de bienes muebles. Si los antiguos juristas llamaban a los bienes muebles, bienes volantes, la aeronave es el bien volante por excelencia. El carácter mobiliario de la aeronave, dentro de la categoría de los bienes, ha sido reconocido expresamente por el derecho científico (54) y el positivo (55). Ciertamente es que muchas legislaciones no dicen nada sobre este particular, pero no se trata de ninguna laguna, pues la regulación que hacen de las aeronaves presupone este carácter. En otros casos la omisión se debe a que por tratarse de un mueble especial, como examinaremos a continuación, se ha preferido no determinar la naturaleza del bien y regular directamente sus distintos aspectos (56).

La aeronave no es un objeto mueble puro y simple, sino que presenta características especiales (57), entre las que no incluimos su

(54) FRANCOZ RIGOL, Francisco: «Principios de Derecho Aéreo», 1939, pág. 89; HAMILTON, Eduardo: «Manual de Derecho Aéreo», 1950, pág. 373; BUCIO CIPRÉS, Eduardo: «La hipoteca sobre aeronaves civiles», 1952, pág. 39; CHIOSSONE LARES, Germán: Ob. cit., pág. 37; GAY DE MONTELLA, Rafael: Ob. cit.; TAPIA SALINAS, Luis: Ob. cit., pág. 56; LE GOFF, Marcel: «Manuel de Droit Aerien», 1954, pág. 272; LACKER, Daniel: «Initiation au Droit Aerien», 1937, pág. 9; LEMOINE, Maurice: «Traite de Droit Aerien», 1947, pág. 174; CHARLIER: «Droit Aerien», 1950, pág. 75; AMBROSINI, Antonio: «Cours de Droit Aeronautique», 1935, pág. 73; CONSENTINI, Francesco: «Code international de l'aviation», 1939, art. 179; FRAGALI, Michele: «Principii di Diritto Aeronautico», 1930, pág. 152; MAC NAIR: «The Law of the air», 1932, pág. 90; COOPER, Jhon: «A study of legal status of aircraft», 1949, pág. 56.

(55) Italia, Código de la Navegación, art. 861; Uruguay, Código de legislación aeronáutica, art. 96; Argentina, Código Aeronáutico, art. 48; Venezuela, Ley de Navegación, art. 62; Líbano, Ley de Navegación, art. 17.

(56) El nuevo Código civil peruano dice que son inmuebles las naves y las aeronaves. Cita de MANRESA, en «Comentarios al Código civil español», 1952, pág. 62.

(57) En el informe presentado por el Doctor LOAEZA, ante el Comité Jurídico de la O. A. C. I., destaca las siguientes: a) Las normas de Derecho público que regulan su construcción y destino, así como su utilización y explotación; b) La aeronave es un bien indivisible, en el sentido de que cualquiera de sus partes no podría desempeñar por sí sola la función del todo; c) Las aeronaves tienen una nacionalidad en el sentido de que

pretendida personalidad, ni tampoco la nacionalidad, igualmente ficticia. Dicha especialidad se deriva de que posee dos notas de que carecían los muebles en aquel momento en que fueron relegados a segundo plano y que después fueron eclipsadas por la de la movilidad, que se juzgó más importante. Esas notas son su fácil identificación y su considerable valor económico. Tal circunstancia hace que su régimen jurídico esté sujeto a ciertas peculiaridades, las cuales no bastan para hacerla perder su carácter mobiliario, que, como dice AMBROSINI (58), posee en sumo grado.

En la legislación española, a excepción de la Ley de Bases y de la reciente legislación sobre hipoteca mobiliaria y Registro Mercantil, no encontramos ninguna referencia sobre el carácter mueble de la aeronave; pero con arreglo a lo prescrito en el art. 355 del Código civil, no ofrece duda la naturaleza mobiliaria de la misma (59). La Ley de Bases declara en su preámbulo expresamente que «se establece en general la naturaleza mueble de la aeronave», y en su Base tercera, que «para todos los efectos de derecho en lo que no se hiciese modificación o restricción especial, seguirán las aeronaves su condición de bienes muebles». El legislador español admite que la aeronave es un mueble especial, corroborando esto último los términos «en general», del preámbulo, y «en lo que no se hiciese modificación o restricción especial», de la Base.

Sería muy fácil encontrar precedentes de la Base que comentamos en otras legislaciones (60), pero no es necesario, puesto que reproduce casi textualmente el art. 585 del Código de Comercio relativo a los buques. Transcribimos ambos preceptos a doble columna:

Código de Comercio, art. 585

Ley de Bases, Base tercera

«Para todos los efectos del de-

«Para todos los efectos de de-

están sujetas a alguna ley nacional que regula las relaciones de Derecho respecto a ellas; d) Se individualizan mediante la matrícula; e) Los derechos reales no son oponibles a tercero, sino a condición de su publicidad mediante la inscripción; f) Pueden ser hipotecadas; g) Están sujetas a un régimen especial de privilegios; h) Las consecuencias del embargo están sujetas a un procedimiento especial.

(58) AMBROSINI, Antonio: «Cours de Droit Aeronautique», 1935, pág. 73.

(59) MANRESA: Ob. cit., págs. 62 y sigtes., al comentar el art. 335, considera incluidas en él a las aeronaves.

(60) Código italiano de la navegación, art. 861: «En todo lo que no se establezca otra cosa, los aeromóviles estarán sujetos a las normas de los bienes muebles».

recho sobre los que no se hiciese modificación o restricción por los preceptos de este Código, seguirán los buques su condición de bienes muebles.»

recho sobre los que no se hiciese modificación o restricción especial, seguirán las aeronaves su condición de bienes muebles.»

Las peculiaridades establecidas por la Ley de Bases en el régimen jurídico de la aeronave, considerada como cosa mueble, podemos sistematizarlas atendiendo a la distinción del derecho en público y privado.

Derecho público.—Intervención estatal en la aprobación de prototipos y autorización del Ministerio del Aire para la construcción de tipos conocidos o prototipos ya aprobados (Base cuarta).

Facultades excepcionales del Estado para la expropiación de los derechos del inventor, proyectista o propietario (61) mediante indemnización (Base 4.^a). También admite la incautación y la requisa (Base 10.^a).

Carácter forzoso de la matrícula de aeronaves, que se realizará en el Registro llevado en el Ministerio del Aire (Base 5.^a). Será igualmente obligatoria la marca de matrícula (Base 19.^a).

Nacionalidad de la aeronave, determinada por la inscripción en el Registro de Matrícula (Base 3.^a). Será igualmente obligatoria la marca de nacionalidad (Base 19.^a).

Consideración como territorio español de las aeronaves españolas que se encuentren en lugar o territorio no sujeto a la soberanía de otros Estados, y normas especiales sobre la aplicación de la Ley española (Base 1.^a).

Normas especiales sobre competencia para el conocimiento de delitos o faltas cometidas a bordo (Base 19.^a). De este punto se ocupa el Código de Justicia Militar, especialmente en su art. 9.º, apartado e). En el Código Penal ordinario, art. 10, apartado 3.º, la destrucción de la aeronave es una circunstancia agravante.

Derecho privado.—Adquisición documental de la aeronave que no

(61) El Código soviético para la navegación aérea, art. 6.º, letra c), exige para ser propietario de una aeronave la previa concesión del Estado. Cita de Rafael GAY DE MONTELLA, en «Panorama del Derecho privado aeronáutico», 1951, pág. 11.

producirá todos sus efectos si no se inscribe en el Registro de Matrícula (Base 3.^a). Precepto incompatible con el art. 464 del Código civil.

Exigencia de que el propietario de una aeronave sea de nacionalidad española. Tratándose de personas jurídicas y de supuestos de proindivisión, existen reglas especiales que afectan además a la residencia (Base 3.^a).

Inscripción obligatoria de la aeronave en el Registro Mercantil (art. 179 del Reglamento del Registro Mercantil). La Ley de Bases, por el contrario, señala el carácter facultativo de la inscripción, salvo en los casos en que se disponga lo contrario (Base 5.^a).

Garantía real hipotecaria. La inscripción en el Registro Mercantil será obligatoria (Base 14). Regulan hoy día esta materia la Ley de 16 de diciembre de 1954 y el Reglamento de 17 de junio de 1955.

Obligación de concertar determinadas pólizas de seguro, a fin de cubrir las indemnizaciones derivadas de los riesgos que la Ley especifica (Bases 12.^a y 13.^a).

Limitación de la responsabilidad subsidiaria del propietario de la aeronave dada en alquiler o disfrute, mediante el abandono de la misma a los acreedores (Base 12.^a).

Lo expuesto no hace perder a la aeronave su carácter de mueble. La nacionalidad no es tal sino un defectuoso modo de expresión y la hipoteca es perfectamente admisible tratándose de un mueble susceptible de publicidad formal, sin que ello sea por sí sólo, como pretende MOLINA (62), argumento suficiente para sostener que la aeronave no es una cosa mueble, sino de características especiales.

Concluimos, pues, señalando el carácter mueble «sui generis» de la aeronave, lo cual tiene una grave trascendencia en una serie de aspectos, como capacidad dispositiva, sociedad conyugal, prescripción, prelación de créditos, competencia de los Tribunales, gravámenes fiscales, etc., cuyo estudio no es de este momento.

3.º *La aeronave, bien de naturaleza compuesta.*—En este como en otros tantos puntos, es preciso partir de la estructuración física de la aeronave, para llegar a conclusiones jurídicas aprovechables. La aeronave es un conjunto de cosas de distinta importancia (célula, mo-

(62) MOLINA VÍCTOR, Eduardo: «Nociones de Derecho Aeronáutico», 1951, pág. 6.

tores, planos, tren de aterrizaje, aparatos de radio, radar y demás necesarios para la navegación, instalación eléctrica, depósitos, etcétera (63), que, ensambladas, constituyen un nuevo objeto adscrito a su fin específico.

Más que una enumeración de los distintos elementos, que resultaría inexacta a consecuencia de las diversas clases de aparatos y de la evolución incesante de la técnica, interesa fijar unos criterios básicos, aplicables luego a cualquier realidad.

La primera observación que cabe formular es la de que esos elementos podrían expresarse bajo la fórmula de una serie de quebrados cuyo común denominador sería su carácter mueble y cuyo numerador variaría según la mayor o menor contribución de los mismos al resultado de la navegación.

La naturaleza jurídica de los elementos que integran las cosas compuestas se estudia bajo dos concepciones distintas en los países germánicos y en los latinos. Los primeros distinguen entre partes integrantes y pertenencias, los segundos entre cosa principal y accesorio. No tratamos ahora de hacer un examen de laboratorio, sino de estudiar un problema vivo de fuerte trascendencia para determinar el régimen jurídico de esos elementos que integran el todo.

Para que pueda hablarse de partes integrantes es preciso una conexión corporal entre las mismas, de tal suerte que exteriormente aparezcan como una cosa y que, además, constituyan una unidad económica. El B. G. B., parágrafo 93, distingue entre ellas las esenciales y no esenciales, según que puedan o no separarse, sin que se destruyan o se alteren en su esencia. Las primeras no pueden ser objeto de derechos separados; las segundas, sí. En una aeronave serían partes integrantes los motores, las hélices —si existen—, la célula y los planos, mereciendo estos últimos la calificación de esenciales (64).

(63) FRAGALI, Michele: Ob. cit., pág. 152: «Entre los «instrumenta» deben de considerarse no sólo aquellos que sirven desde el punto de vista técnico, sino a los que sirven a las necesidades del personal de a bordo y pasajeros».

(64) Los motores no se consideran partes integrantes en el texto de la Convención de Ginebra, para el reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, de 19 de junio de 1948. El art. XI, al referirse en su inciso 4) a las «piezas de repuesto», dice que, «esta expresión se aplica a las partes integrantes de las aeronaves, motores, hélices, aparatos de radio, instrumentos, avíos». Los motores se mencionan fuera de las partes integrantes.

Una aeronave desprovista de sus motores es una apariencia de tal. Sólo cuando se integran en la célula constituyen el todo a que nos referimos,

Pertenencias son «las cosas autónomas y con propia individualidad destinadas a servir el fin económico de la principal (respecto a la cual es accesoria) con carácter de permanencia» (65). Según ENNECCERUS (66), para que existan pertenencias es necesario:

- 1.º Cosa principal.
- 2.º Cosa accesoria mueble de existencia independiente.
- 3.º Destino de la pertenencia al servicio del fin económico de la principal.
- 4.º Colocación de la pertenencia en relación espacial con la principal.
- 5.º Que la colocación no sea transitoria.

La característica esencial de las pertenencias desde el punto de vista jurídico es la atracción que sobre ellas ejerce el régimen de la cosa principal, si bien conservan su propia individualidad. Como pertenencias de la aeronave podríamos indicar los aparatos de radio y radar, útiles instalados para la comodidad de los pasajeros y buena disposición de la carga, los paracaídas adscritos al servicio de una determinada aeronave, a los que el Código italiano de la navegación otorga ese carácter.

Las legislaciones de cuño romano, entre ellas la española, que enfocan esta materia sobre la base de distinguir entre cosas principales y accesorias, desconocen la regulación anterior (67), si bien hay atisbos de la misma y su influencia es cada vez más acusada (68). Por esta causa y, sobre todo, teniendo en cuenta la nota de internaciona-

salvo en los casos de navegación a vela. El Convenio citado puede que llegara a esa conclusión por la similitud entre aeronave y buque. Entre ambos existen muchos puntos de contacto, pero es preciso tener en cuenta las muchas diferencias que existen. Un buque sin motores puede navegar, aunque desplace un gran tonelaje, siendo remolcado. En las aeronaves, a excepción de los planeadores, los motores son forzosamente partes integrantes no esenciales. En el Código italiano de la navegación, art. 862, se dice que «el motor será considerado parte separable», y LEFEVRE y PESCATORE subrayan esta característica en su «Manual di Diritto della Navigazione», 1950, pág. 132.

(65) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «Manual de Derecho Civil español», Vol. I, pág. 209.

(66) ENNECCERUS, Ludwig: «Derecho Civil», parte general, págs. 354 y siguientes.

(67) PÉREZ y ALGUER: «Anotaciones al Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff», parte general, págs. 334 y sgtes.

(68) Véase la interesante Resolución de la Dirección General de los Registros, de 19 de noviembre de 1943.

lidad de este sector del Derecho, hemos creído oportuno hacer una exposición de conjunto.

El art. 1.097 del Código civil establece que «la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios aunque no hayan sido mencionados». Dicho artículo traduce al lenguaje legal la máxima «accessorium sequitur principale». La cuestión en materia de aeronaves es importante con objeto de «saber en los casos de venta, hipoteca y seguro, qué es lo realmente vendido, hipotecado o asegurado» (69).

Para evitar problemas, el Código de Comercio español (art. 576) precisa los elementos que han de considerarse incluidos en la venta de un buque, y al referirse a la hipoteca aeronáutica, el art. 39 de la Ley de 26 de diciembre de 1954 determina su extensión objetiva, pero la fórmula que emplea es tan amplia que su generalidad la hace casi estéril. Otro tanto podríamos decir del art. XVII del Convenio de Ginebra de 1948, al que España no se ha adherido. No obstante, en ambas fórmulas —sólo nos interesa la primera en el Derecho positivo español— aparece la destinación y servicio de la aeronave como único medio de poder determinar las piezas, pertrechos y enseres, no enumerados específicamente y que forman parte de la misma (70); criterio que, entre otros, ya empleaba el Código civil (art. 376) para distinguir la cosa principal de la accesoría, en materia de accesión de muebles.

Todo queda reducido a una cuestión de prueba, que en ocasiones planteará dificultades extraordinarias, como en el caso del combustible que GAY DE MONTELLA (71) resuelve, refiriéndose a la venta, distinguiendo entre el que se encuentre en los depósitos de la aeronave y el que esté en los aeródromos o almacenes destinado a su servicio. El primero se entenderá incluido en la venta; en tanto que el segundo pertenecerá al patrimonio privativo de la Empresa propietaria.

4.º *La aeronave, bien registrable.*—En páginas anteriores deja-

(69) GAY DE MONTELLA, Rafael: «Principios de Derecho Aeronáutico», 1950, págs. 83 y sgtes.

(70) La Base 4.ª de la Ley española dice que «se entiende a tales efectos por accesorios de una aeronave, tanto los que hacen posible el vuelo, como los que sirven para facilitarlos». Pero la frase transcrita parece que se refiere más a los accesorios de la aeronave, propiamente dichos a los aparatos accesorios de interés general para la navegación aérea.

(71) GAY DE MONTELLA, Rafael: «Principios de Derecho Aeronáutico», 1950, págs. 83 y sgtes.

mos constancia de la crisis en que hoy se encuentra la distinción tradicional entre bienes muebles e inmuebles. Pero la fecundidad del derecho, a impulso de los cambios operados en la estimación de los bienes y de las necesidades del tráfico, ofrece una nueva concepción más ajustada a la realidad en la que el Registro cobra un papel preponderante. Hasta época muy reciente, sólo los actos jurídicos relativos a los inmuebles eran susceptibles de publicidad registral. En la terminología usual, hoy en boga, Registro de la Propiedad es sinónimo de Registro de la Propiedad inmueble, sin que sea preciso hacer ninguna precisión. Para los muebles, sólo en determinados casos, están abiertos los libros de los Registros administrativos, sin gozar en la esfera privada, salvo contadas excepciones, de otra publicidad que la deficiente e insegura que otorga la posesión. Este régimen, producto de una época ya superada, es injusto, pues «los bienes muebles, como resultado de la técnica moderna han adquirido una importancia económica considerable; motores, aeronaves, máquinas..., todo ello vale de ordinario más que muchos inmuebles y, sin embargo, ni sirven de base segura para el crédito, ni su propiedad se justifica de modo perfecto y pleno» (72). Por ello urge que determinados muebles tengan cabida en el Registro.

Ante esta nueva situación, cabría distinguir tres categorías de bienes. La primera integrada por los inmuebles, la segunda por los muebles registrables y la tercera por los restantes bienes. Sin embargo, la doctrina —GENOVES (73), CASSO (74), DE CASTRO (75), SANZ (76), LA RICA (77), VALLET (78)—, con criterio certero y simplificador, prefiere distinguir entre bienes registrables y no registrables, o como dice MARÍN PÉREZ, cosas susceptibles de publicidad material y de publicidad formal.

No es éste el momento de plantearse si esa nueva división de los bienes sustituirá a la anterior, ya decrépita, o si podrán convivir am-

(72) LA RICA, Ramón: «Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico», 1951, pág. 84.

(73) GENOVÉS, Cirilo: «La posesión y el Registro de la Propiedad», 1945, pág. 28.

(74) CASSO, Ignacio de: «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», 1946, págs. 15 y 16.

(75) DE CASTRO, Federico: Programa de Cátedra. Curso 1946-47.

(76) SANZ, Angel: «La prenda sin desplazamiento», 1946, pág. 157.

(77) LA RICA, Ramón: Ob. cit., pág. 84.

(78) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», Rev. de Derecho Privado, junio, 1953, págs. 505 y 506.

bas. Nosotros nos inclinamos por la segunda posibilidad, pero ahora lo que interesa determinar es qué características deben reunir los bienes para merecer el calificativo de registrables y ver si concurren en las aeronaves. El criterio que vamos a seguir es distinto al comúnmente aceptado por el legislador (así con carácter particularista el Registro de buques, regulado en el Código de Comercio, y el de aeronaves, previsto en la Ley de Bases de 1947 y regulado en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956; y con fines exclusivamente de garantía, la Ley de 16 de diciembre de 1954), que por razones de prudencia ante la nueva regulación ha preferido sacrificar a la seguridad del sistema su mayor extensión objetiva. Como primer paso, merece alabarse, pero el ideal debe ser muy otro, si es que se está convencido de las ventajas del sistema, porque hecha la enumeración, los bienes muebles que luego fueran apareciendo quedarían privados de los beneficios del Registro hasta que se acometiese una reforma legislativa, cuya lentitud no es preciso destacar.

Podemos considerar en nuestra patria a Leopoldo ALAS como al primer teórico que presentó —1920— un sistema completo de los rasgos que han de tener los bienes muebles para poder ser registrables. Los tratadistas posteriores han dado forma a aquellas apreciaciones, han destacado tal o cual aspecto que juzgaron relevante, pero no han pronunciado una palabra nueva que no estuviese, en germen al menos, en la obra de aquel precursor.

Indicaba ALAS (79) que no todos los bienes muebles eran susceptibles de inscripción. Los fácilmente transportables, cuya existencia es difícil determinar, y los fungibles y consumibles, no pueden ser registrados. Sólo podrán serlo aquellos que, por su valor, deban tener algunas trabas para su libre comercio y los que estén destinados a permanecer mucho tiempo en el mismo sitio.

SANZ (80), con carácter sistemático, establece tres condiciones para que los muebles sean susceptibles de publicidad mediante el Registro: la duración, la identificabilidad y la situación. En consecuencia, los bienes consumibles y los fungibles no podrán ser registrables por carecer respectivamente de la primera y segunda notas. Para resolver el tercer punto, señala tres criterios que pueden referir los muebles a un lugar determinado: la situación administrativa, la

(79) ALAS, Leopoldo: «La publicidad y los bienes muebles», 1920, página 240.

(80) SANZ: Ob. cit., pág. 157.

destinación a un inmueble y el difícil o poco probable desplazamiento de su base física. LA RICA (81) se refiere únicamente al carácter durable e identificable.

Hay otro aspecto, el significado que tenga la cosa en el comercio, apuntado por ALAS y recogido por VALLET (82), de una importancia extraordinaria, porque si el Registro tiende a proporcionar una garantía más sólida, no sólo al propietario sino a los que contraten con él, mediante un sistema de publicidad mucho más perfecto que el de la posesión, la rapidez del tráfico en el comercio de muebles no debe quedar por ello perjudicada. La celeridad en el ritmo de las transacciones tiene por objeto fortalecer el comercio de muebles, pero cuando éstos gozan de un gran valor en el mercado, el establecimiento de ciertas garantías contribuye aún más a esa fortaleza.

Puestos ya en el trance de concretar, creemos que con las notas anteriores se puede determinar fácilmente qué bienes muebles son registrables. Pero esto no es suficiente y se puede hacer aún una última consideración y es la de que si todos los bienes registrables deben ser registrados. Creemos que no. El Registro es una institución pública que sólo debe ponerse al servicio de los intereses que sean dignos de protección. Es otra vez el factor económico el que debe decidir. Si se llegase a una reforma profunda en el régimen de los bienes sobre la base del Registro, en un primer tiempo, y con objeto de vigorizarle, solamente deberían beneficiarse de él, sin distinción, aquellos bienes que tuvieran un cierto valor. De este modo y pensando en una favorable acogida de la institución registral aplicada a los muebles se descongestionarían los libros, lográndose una mayor claridad y rapidez. Claro está que nos movemos en el terreno de la hipótesis, porque la inscripción requiere forma auténtica y una serie de gastos, y los particulares, cuando se trate de bienes de escaso valor, no acudirán a ella.

Distinguiendo, entre los bienes muebles, aquellos que tienen un cierto valor de los restantes y considerando únicamente a los primeros como susceptibles de registración, no hay que temer que el comercio quede perjudicado por la lentitud; al contrario, se proporciona una mayor seguridad, de consecuencias muy favorables para las su-

(81) LA RICA : Loc. cit.

(82) VALLET DE GOYTISOLO : Loc. cit.

cesivas transacciones e incluso para el crédito, lo que compensa suficientemente la pérdida de tiempo.

En definitiva, entendemos que para que un bien pueda y deba ser objeto de publicidad registral es preciso que reúna las siguientes características :

1.º Que tenga una cierta estimación económica.

2.º Que sea identificable. La identificación la entendemos, tanto en el sentido de que pueda distinguirse de los restantes bienes, como en el de la posibilidad de ser localizada la cosa, durante un cierto tiempo y en un lugar determinado. Así quedan perfectamente subsumidas en esta nota las de permanencia y situación, que exige comúnmente la doctrina.

La aeronave, registralmente considerada, tiene un doble aspecto que responde a dos intereses distintos que concurren en ella : el del Estado y el de los particulares. El primero se satisface mediante el llamado Registro de Matrícula, meramente administrativo y de efectos de Derecho público. La inscripción de una aeronave en este Registro, la coloca bajo la jurisdicción del Estado, a cuyo cargo se encuentra la institución, y responde, entre otros motivos, a la necesidad de saber con exactitud el potencial aéreo que en un momento determinado puede utilizar. Su admisión no ha planteado ningún problema y ha sido reconocida unánimemente por las leyes internas, las convenciones y los tratadistas

Pero el interés de los particulares demanda, cada vez con mayor apremio, que los actos relativos al régimen jurídico privado de las aeronaves puedan ser objeto de publicidad registral. Esa publicidad requiere que la aeronave tenga caracteres adecuados para ser objeto de Registro, cuestión previa y distinta a la de determinar los efectos de la inscripción de las aeronaves, cuyo estudio haremos más adelante.

Veamos separadamente esos caracteres :

1.º Estimación económica bastante. Si ya en los primeros tiempos de la navegación la aeronave tenía un valor considerable, hoy podemos decir que constituye una de las categorías de los bienes muebles más cotizada en el mercado. GÓMEZ LUCIA, en su conferencia sobre «Las tarifas de la aviación» (83), afirmaba que los

(83) Conferencia pronunciada en el C. S. de I. C. (25 mayo 1955).

DC-3 tenían entonces un valor de 100.000 dólares, y que los C-54, que al iniciarse la guerra de Corea costaban 200.000 dólares, no se podían ya adquirir por menos de 700.000. Añadió que el precio de cada uno de los superconstellation que «Iberia» tiene en servicio era superior a 90.000.000 de pesetas. Cifras tan expresivas no necesitan comentarios.

2.º Identificación.—Para su estudio completo es preciso tener en cuenta :

a) *Individualización*.—Es éste un problema que está resuelto hoy día, al igual que sucede con los buques, sobre la base que ofrece el Registro de Matrícula. Las Leyes internas y las Convenciones internacionales se han ocupado constantemente de los requisitos que deben figurar en la inmatriculación de aeronaves, mediante un proceso depurador de verdadero alcance. En este punto el Derecho Aeronáutico, a pesar de su novedad, ofrece una gran madurez, y prueba de ello la encontramos en nuestro Derecho positivo. El artículo 16 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de 17 de julio de 1955, al referirse a las circunstancias que deberán constar en la inscripción de los bienes hipotecados, hace una detallada enumeración de las mismas según las distintas clases de objetos, pero al referirse a las aeronaves, en su apartado 5.º, dice que «se describirán en la forma exigida por su legislación especial». En la legislación especial sólo se describe a la aeronave al referirse a la inmatriculación, y el modo auténtico de hacer constar esas circunstancias es el correspondiente certificado de matrícula. También se hace una referencia en la circunstancia tercera del art. 181 del Reglamento del Registro Mercantil. En la mayoría de las legislaciones, al estar unificados los Registros público y privado de las aeronaves, no será preciso acreditar estas circunstancias, que habrá de conocer forzosamente el encargado del Registro, mediante el examen de los libros, ya que la aeronave carece de existencia legal si no está matriculada. Pero en nuestra Patria será precisa la presentación del certificado, puesto que los aspectos público y privado están materializados en dos instituciones distintas. Los primeros, en el Registro de Matrícula, existente en la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio del Aire; los segundos, en la sección correspondiente del Registro Mercantil

(artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil y Base 1.^a de la Ley de 1947).

b) *Duración*.—Son dos las objeciones que pueden formularse, derivadas de los riesgos inherentes a la navegación aérea y de su corto período de servicio. No hemos de negar que la serie de riesgos tradicionalmente conocidos se ha enriquecido, desgraciadamente, con uno nuevo, específico y sin antecedentes, que puede ocasionar diversos siniestros, de los cuales consideraremos sólo los que afectan a la propia aeronave. Prescindimos, claro está, de los riesgos normales a que está sujeta como todos los muebles. La objeción tendría valor si los riesgos se repitiesen con frecuencia, tanto más cuanto que lo normal es que produzcan la destrucción o pérdida de la propia aeronave, pero lo cierto es que las condiciones de seguridad de vuelo son hoy tales que en las estadísticas más frecuentes se advierte que la aeronave es uno de los medios de comunicación más seguro, superior sin duda al automóvil y al ferrocarril. El índice de seguridad aumenta constantemente. «A pesar de que el tránsito aéreo mundial ha subido desde 9.630.000.000 de millas-viajero en 1946, hasta 32.000.000.000 en 1954, las muertes en accidentes de aviación se han reducido desde 3,53 a 1,32 por cada 100.000.000 de millas-viajero» (84). Otra cuestión completamente distinta es la de si, a pesar del carácter excepcional de los siniestros, puede ser utilizada con éxito como instrumento de crédito. De momento, adelantamos una respuesta afirmativa, teniendo en cuenta la obligatoriedad del seguro.

La segunda parte de la objeción sería admisible si nos refiriésemos al período de duración para determinados servicios. Efectivamente, las grandes líneas intercontinentales, afirmaba GÓMEZ LUCÍA en la conferencia citada, se ven precisadas, a los tres años de mantener una aeronave en vuelo, a sustituirla por otro modelo más moderno, a causa de la extraordinaria competencia. Pero este dato no puede tenerse en cuenta para levantar sobre él una afirmación general. La aeronave pasada de moda sigue siendo navegable y es utilizada en otras líneas de menor envergadura. La aptitud para el vuelo dura quince años normalmente, si bien la fase de pleno ren-

(84) Datos obtenidos de la publicación «Cada cinco segundos», editada conjuntamente por la I. A. T. A. y la O. A. C. I., en 1955.

dimiento oscila entre los ocho y diez años. Ese plazo es suficiente para afirmar el carácter durable de la misma a efectos del Registro.

c) *Localización*.—Al referirse ALAS (85) a los bienes susceptibles de inscripción, excluía a los que son «tan fácilmente transportables que pueden ser ocultados de tal modo que no hay manera de asegurar si existen o no». Estas palabras deben interpretarse en su conjunto y en el sentido de excluir de la publicidad formal, no a todos los bienes fácilmente transportables, sino a los que no es posible determinar si existen por su fácil ocultación, entre los que figuran normalmente los transportables. Esto es importante, porque cuando algunos bienes transportables reúnen circunstancias adecuadas para ser localizados, deben ser susceptibles de inscripción.

La aeronave es el bien autotransportable por excelencia; ahora bien, ¿reúne las circunstancias de localización? Existen dos medios para lograr la adscripción de la aeronave a un determinado lugar. El primero es de carácter jurídico, el segundo simplemente de hecho.

La matrícula, que tiene un aspecto fundamentalmente administrativo, produce una serie de reflejos, entre los que no es el de menor interés el de acreditar la existencia de la aeronave. Legalmente, sólo pueden navegar las aeronaves matriculadas. Cuando perecen o dejan de ser aptas para el vuelo, debe cancelarse su asiento. Los cambios de nacionalidad no producen la muerte registral, sino el traslado de la matrícula al nuevo Registro. VALLET (86) hace especial referencia a esta circunstancia cuando incluye a las aeronaves entre los bienes susceptibles de identificación registral, y SANZ (87) alude con carácter genérico a la situación administrativa como criterio aplicable para localizar a los muebles.

Las aeronaves, cualesquiera que sean los vuelos que realicen, están adscritas normalmente a un determinado aeródromo, al cual retornan para efectuar las correspondientes revisiones. En la terminología francesa se denomina a este aeródromo «port d'attache», entendiéndose por tal el lugar donde se efectúan las grandes reparaciones de la aeronave. En los países de habla española no tiene un nombre específico, y nuestro Derecho positivo emplea los términos de aeródromo base o aeródromo habitual, porque en él se

(85) ALAS : Ob. cit., pág. 204.

(86) VALLET DE GOYTISOLO : Ob. cit., pág. 206.

(87) SANZ : Loc. cit.

encontrará la aeronave fuera del tiempo en que esté en servicio. Muchos países (88) exigen que se haga constar en la matrícula este aeródromo, debiendo anotarse igualmente los cambios operados a través del tiempo.

Es ésta una circunstancia de gran valor que constituye un medio de identificación que debe de tenerse en cuenta.

Es, pues, la aeronave, un bien susceptible de inscripción, ya que reúne circunstancias adecuadas; faltaba sólo, en nuestra Patria, con anterioridad a la publicación del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, una elaboración jurídica adecuada y acorde con su naturaleza registral.

5.º *La aeronave, bien destinado a la navegación aérea.*—Decía RIPERT (89), refiriéndose a los buques, que su calificación jurídica estaba en función de su destino, y que las apariencias exteriores no eran suficientes si no existía la aptitud para la navegación. Reproducimos estas mismas palabras respecto a la aeronave, con la única salvedad, apuntada anteriormente, sobre el espacio surcado por los nuevos ingenios, que si hoy es el aéreo, mañana será el intersideral. Todo estriba en justificar esa aptitud, siendo el certificado de navegabilidad expedido por los organismos técnicos competentes y sometido a revisión el medio de acreditar dicha circunstancia.

Conviene dejar bien sentado este punto para evitar las confusiones producidas frecuentemente en la doctrina, que, deslumbrada por el creciente incremento del transporte, traslada a él el centro de gravedad para definir la aeronave (90). Esto es erróneo. Las autorizaciones para el vuelo no han exigido nunca la comprobación de especiales circunstancias de transporte, pero siempre fué precisa la idoneidad para la navegación, porque la navegación, ya lo hemos dicho, es el género, y el transporte su especie más importante. En ninguna de las clasificaciones de las aeronaves figura un apartado dedicado a las navegables, puesto que sería una redundancia. Por

(88) Ver art. 7.º de la Real orden de 6 de marzo de 1920.

(89) RIPERT, Georges: «Droit maritime», pág. 374.

(90) El transporte de mercancías aumentó en un 19 por 100 en 1955, mientras que en 1954 el aumento fué sólo de un 7 por 100. Los pasajeros-kilómetro transportados el último año aumentaron en un 18 por 100, mientras que el año precedente el aumento fué sólo de un 13 por 100.

el contrario, habrá normalmente alguno, por las razones antedichas, relativo a las dedicadas al transporte.

El criterio teleológico de la navegación aérea es el que, a nuestro juicio, tipifica a la aeronave, y su importancia es tal que ha representado en la historia de la humanidad un fenómeno de extraordinaria magnitud, cuyos efectos tenían que repercutir forzosamente en la vida del Derecho. «La circulación de aeronaves, dice LE GOFF (91), permite afirmar que se ha creado una nueva situación, a la cual el Derecho no podía quedar indiferente». Y COUANNIER (92) afirmaba que, a consecuencia de la infinidad de problemas que la navegación aérea ha hecho surgir, se advirtió bien pronto que muchas disposiciones de nuestros viejos Códigos se encontraron violentamente contrariadas.

Planteada la cuestión en estos términos, cabe preguntarse si la navegación aérea tiene virtualidad suficiente para crear una nueva rama del Derecho con carácter autónomo. Nosotros entendemos que la autonomía de una disciplina jurídica requiere la organicidad de sus instituciones y un grado tal de plenitud que pueda desenvolverse sin necesidad de recurrir a las restantes ramas, aunque, como es lógico, no pueda desconocerlas, ni prescindir de ellas. AMBROSINI (93), siguiendo a DONATI, exige la novedad de la materia, la especialidad de los principios que la gobiernen y la tendencia a la completividad en los aspectos privado y público.

La novedad de la materia objeto del Derecho Aeronáutico y la tendencia a su completividad, o al menos su tendencia expansiva, son evidentes. El problema surge en torno a los principios. Podemos clasificar las opiniones sustentadas sobre su autonomía en los siguientes grupos:

a) Está representado por la llamada escuela napolitana. El Derecho Aeronáutico y el Marítimo, según la misma, constituyen una nueva rama que denomina Derecho de la Navegación. El Derecho Aeronáutico, incompleto por su novedad, deberá colmar sus lagunas en el segundo, que desempeña el papel de Derecho común de la Navegación. La autonomía del Derecho de la Navegación,

(91) LE GOFF, Marcel; «Manuel de Droit Aerien», 1954, pág. 47.

(92) COUANNIER: Ob. cit. pág. 2.

(93) AMBROSINI, Antonio: «Instituciones del Derecho de la Aviación», 1949, pág. 73.

dice SCIALOJA (94), figura cumbre de la escuela, aparece a plena luz si se piensa no tanto en el Derecho escrito como en el «diritto vivente», no en las leyes, sino en la realidad. Fué tal la importancia de esta escuela, que gracias a su impulso se publicó el vigente Código italiano de la Navegación.

b) Afirman la autonomía del Derecho de la Navegación aérea. JUGLART, AMBROSINI, FRAGALI, GORDILLO .. se basan, sobre todo los primeros, en la peculiaridad de sus principios, entre los que sobresalen la politicidad y la internacionalidad. No obstante, como ambos principios son también propios de otras disciplinas (v. g., Derecho Marítimo), señalan nuevos elementos de distinción. Así, FRAGALI (95) dice que la actividad aeronáutica puede ocasionar daños en la esfera patrimonial de los terceros, los cuales, sobre no ser frecuentes en la esfera de la navegación marítima, tampoco presentan en ella características particulares. En consecuencia, el Derecho Aeronáutico tendrá que regular un campo de relaciones nuevas y extrañas al Derecho Marítimo. GORDILLO (96) justifica la autonomía de este nuevo Derecho por su objeto material, el espacio aéreo. AMBROSINI (97) dice que el Derecho Marítimo y el Aéreo difieren esencialmente por el mismo título que el mar y el aire, el buque y el avión. VILLACAÑAS (98), después de examinar minuciosamente las peculiaridades legislativas del Derecho Aeronáutico, concluye afirmando que ello supone «haber alcanzado su mayoría de edad o, al menos, su emancipación». En esta línea, aunque muy atenuada, y quizá como puente tendido entre este grupo y el siguiente, se encuentra CASTRO RIAL (99), que atribuye cierto carácter autónomo al Derecho Aeronáutico, en consideración a determinados rasgos privativos y peculiares, aunque por encontrarse en vías de desarrollo es susceptible de ser incorporado a alguna de las disciplinas jurídicas ya constituidas.

No compartimos ninguna de las anteriores opiniones. El Derecho

(94) SCIALOJA: Ob. cit., pág. 30.

(95) FRAGALI: Ob. cit. pág. 21.

(96) GORDILLO: Loc. cit.

(97) AMBROSINI, Antonio: «Corso di Diritto Aeronautico», Tomo III, pág. 16.

(98) VILLACAÑAS GONZÁLEZ, Pedro: «La codificación aeronáutica. Sus problemas en España». *Revista de Aeronáutica*, mayo, 1956, pág. 340.

(99) CASTRO RIAL, J.: «El transporte aéreo», *Rev. de Derecho Mercantil*, marzo-abril, 1947, pág. 176.

Aeronáutico carece de principios propios que justifiquen la autonomía. Tan sólo en la materia relativa al transporte, la limitación de la responsabilidad, salvo en los casos de dolo o culpa grave, implica una derogación de las normas generalmente aceptadas. Mas, como dice GARCÍA ESCUDERO (100), aceptando la tesis de ACEDO COLUNGA, en su Memoria inédita sobre «Fisonomía del Derecho Aeronáutico», la limitación fué precisa en los orígenes de la navegación aérea como medio de protegerla, a causa de sus riesgos excepcionales, pero esa especialidad se va abandonando día a día, «y es de presumir que, al cabo, se desembocará de lleno en las normas comunes».

Los restantes principios admitidos por AMBROSINI (101), o no son tales, o son simples modalidades o matices de los principios generales.

Negada la autonomía legal y científica del Derecho Aeronáutico, puede, no obstante, admitirse, a efectos didácticos, la unificación de las distintas especialidades en un solo texto. Téngase en cuenta que el Derecho Aeronáutico no es rama única de una de las tradicionales disciplinas jurídicas; pertenece tanto al derecho público como al privado y en cada uno de estos dos sectores modaliza a muchas de las instituciones encuadradas en ellos. Por esta razón, y para facilitar la tarea a los estudiosos, es admisible englobar bajo la rúbrica «Derecho Aeronáutico» materias tan diversas, sin que ello autorice a hablar, ni siquiera a concebir esperanzas, sobre su carácter autónomo.

(100) GARCÍA ESCUDERO, José María: Ob. cit., pág. 14.

(101) AMBROSINI, Antonio, en sus «Instituciones del Derecho de la Aviación», 1949, págs. 73 y sgtes., afirma los siguientes principios: «equilibrios entre el principio de soberanía de los Estados sobre el propio cielo y tránsito inofensivo del aeromóvil sobre el Estado extranjero; líneas internacionales sujetas al sometimiento del Estado sobrevolado y en el que aterrizan; aterrizaje sólo en determinados aeródromos y, en casos de emergencia, obligaciones especiales del Comandante y del propietario; responsabilidad objetiva por los daños causados a terceros en la superficie y subjetiva respecto a las personas y cosas transportadas (ambas limitadas); el aeromóvil no puede ser inscrito en un Registro si no pertenece por entero a ciudadanos de ese Estado; inembargabilidad de ciertas categorías de aeromóviles (Convenio de Roma de 1933) y la de todos, por violaciones de patentes y diseños (Convenios de París de 1919) y de Chicago de 1944, artículo 27); en el fletamento no es preciso individualizar la aeronave, sino indicar el tipo».

IV. CONCEPTO JURÍDICO DE LA AERONAVE

A la vista de lo que llevamos dicho, podemos dar el siguiente concepto jurídico de la aeronave: *bien mueble, «sui generis», de naturaleza compuesta, de carácter registrable, destinado a la navegación aérea.*

V. CLASIFICACIÓN DE LAS AERONAVES

El enfoque registral que alumbra este trabajo nos obliga a separarnos de los criterios de clasificación tradicionalmente aceptados. Con ello no pretendemos desconocer, ni menos disminuir, la trascendencia de esos puntos de vista, que recogemos de un modo incidental. Tan sólo queremos llamar la atención sobre la importancia del Registro, cuyo valor es preciso subrayar en esta materia. Aunque de modo sinóptico, hemos creído conveniente referirnos a los varios grupos de aeronaves que es posible establecer, atendiendo a sus características técnicas.

1) Por sus características técnicas.—En el Anexo A) de la Convención de París de 1919, se dió la siguiente clasificación :

Más ligeras que el aire (aerostatos).	No provista de un órgano motopropulsor	Globo libre ...	{	Globo libre esférico.
			{	Globo libre no esférico
	Provista de un órgano moto- propulsor	Globo cautivo .	{	Globo cautivo esférico.
			{	Globo cautivo no esférico.
		Dirigible	{	Dirigible rígido.
			{	Dirigible semirígido.
			{	Dirigible no rígido.

Más pesadas que el aire	{	No provistas de órgano motopropulsor .	{	Planeador c o - meta	{	Planeador terrestre.
						Planeador marítimo.
	{	Provista de órgano motopropulsor	{	Avión	{	Avión terrestre.
						Hidroavión.
			{	Giroplano... ..	{	Avión anfibio.
						Giroplano terrestre.
						Giroplano marítimo.
						Giroplano anfibio.
			{	Helicóptero ...	{	Helicóptero terrestre.
						Helicóptero marítimo.
						Helicóptero a n f i - bio.
			{	Ornitóptero	{	Ornitóptero terrestre.
						Ornitóptero marítimo.
						Ornitóptero a n f i - bio.

Prueba la importancia de esta clasificación el hecho de haber sido reproducida por la O. A. C. I. en su Anexo 7 al Convenio de Chicago, haciendo tan sólo las siguientes salvedades :

a) Que el globo cautivo no esférico se conoce generalmente por cometa.

b) Que en los más pesados que el aire, marítimos o anfibios, puede añadirse, según proceda, las palabras flotador o casco, y en los terrestres, aeronaves equipadas con esquís.

Pueden hacerse otras clasificaciones atendiendo al sistema de propulsión, número de planos, número de motores..., que omitimos en atención a la brevedad.

2) Por su situación registral.—Al tratar de la naturaleza jurídica de la aeronave, la consideramos como bien de carácter registrable. Por su naturaleza, todas las aeronaves son susceptibles de publicidad formal, pero por su destino puede establecerse una distinción entre registrables y no registrables.

El criterio discriminatorio entre unas y otras es el de su aptitud para el tráfico jurídico. Existen algunas aeronaves que están adscritas a fines de carácter público, y en tanto mantengan dicha afectación, no necesitan del Registro, pues llevan en sí mismas garantías muy superiores a las que aquél pueda brindarlas. Perdida esa afectación, las aeronaves podrán ingresar en el Registro no porque cambien de naturaleza, que sigue idéntica, sino de destino. Estos efectos se producen, naturalmente, también a la inversa.

La determinación del carácter *extracomercium* de una aeronave deriva fundamentalmente del modo en que se ejercite su titularidad. El hecho de que pertenezca al Estado o demás organismos de carácter público no es suficiente por sí solo. Esos entes, en cuanto propietarios, a diferencia de los privados, pueden ejercitar sus facultades dominicales reforzándolas con la nota de *imperium* que exige el fin especial a que están adscritos ciertos bienes. Esa adscripción y su consecuente extracomercialidad puede tener, en el campo aeronáutico, un matiz circunstancial, superior al de otros sectores (piénsese, por ejemplo, en las épocas de guerra, cuando el Estado se apropia de la flota aérea privada, destinándola a fines bélicos). A esta conclusión llegamos partiendo de los mismos supuestos sobre los que está basado el Registro inmobiliario (102). Adviértase que el planteamiento inicial del Registro, como institución al servicio de los bienes inmuebles, responde históricamente a una consideración fundamentalmente económica y que una gran parte de sus principios y conclusiones son aprovechables, *servata distantia*, en el régimen jurídico registral de los muebles, y, por tanto, de las aeronaves.

A) Aeronaves no registrables.--Son aquellas no susceptibles de tráfico jurídico, por estar destinadas a fines de carácter público, perteneciendo su titularidad al Estado, Provincia, Municipio u otros entes de Derecho público. Entendemos que el servicio público prestado ha de ser de carácter permanente, pues si de un modo circunstancial se utiliza una aeronave registrada para un fin público, no será preciso, por ello, efectuar ninguna operación en el Registro. Como supuestos típicos de aeronaves no registrables, podemos señalar :

(102) En nuestro Derecho positivo, véanse los arts. 5.º, núms. 1.º y 2.º, y art. 6.º del Reglamento Hipotecario.

- a) Las militares.
- b) Las adscritas a servicios de policía.
- c) Las adscritas a servicios de aduanas (103).

Merecen especial comentario las aeronaves militares (104). El concepto de aeronave adquirió especial interés a raíz de la primera guerra mundial. En efecto, la Conferencia celebrada en 1926, que fijó el nuevo régimen de la aviación alemana, no definió la aeronave militar, pero prohibió la construcción e importación de éstas, e incluso la de aeronaves que, bajo la consideración de civiles, pudieran ser empleadas en caso de guerra. Alemania y Austria, ante la imprecisión del art. 31 de la Convención de París, solicitaron una definición clara, llegando incluso a proponer una fórmula, que no fué aceptada.

La Base II de la Ley española entiende por aeronaves militares las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto (105). El legislador español, inspirándose en el art. 31 de la Convención de París, ha previsto en la segunda parte de la definición un supuesto excepcional e irrelevante desde el punto de vista registral. La utilización de una aeronave que no pertenezca a las Fuerzas Armadas por un militar comisionado a tal fin, tendrá normalmente carácter ocasional, aunque se destine a la defensa, y por ello entendemos en este caso, aunque en la misma Base se establezca la sujeción de las aeronaves militares a su legislación peculiar, que las normas comunes, y por tanto registrales, son aplicables. Si esa situación ocasional se transformase en permanente, se entraría entonces en el primero de los supuestos, debiendo la aeronave quedar excluida del Registro.

Las aeronaves no registrables son las mismas que el Convenio de Chicago (apéndice II, art. 3.º) considera como aeronaves de Es-

(103) La Convención de Ginebra—junio de 1948—, relativa al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, de fuerte matiz registral, excluye de su ámbito de aplicación las aeronaves del Estado, destinadas a servicios militares, de aduana y de policía.

(104) Véase el interesante trabajo «El concepto de aeronave militar», de Francisco LOUSTAU FERRÁN, en la *Revista de Aeronáutica*. Abril, 1957.

(105) Para Jhon C. COOPER, el carácter militar de una aeronave se desprende de su función pública y de que esté: 1.º Bajo la dirección de un oficial de uniforme; 2.º Que lleve además un certificado que acredite su condición militar. «Etude sur le statute juridique des aeronefs». Rev. française de Derecho Aéreo. 1950, núm. 3, pág. 205.

tado, a pesar de lo cual hemos preferido evitar la remisión a ellas por dos razones: la primera, porque la denominación de aeronave de Estado no ha sido aceptada unánimemente en los textos positivos nacionales, en especial de los países hispanoamericanos. Así, en Argentina (106) y Uruguay (107), se denominan públicas, y en la República Dominicana (108), oficiales. La segunda, porque entre las aeronaves de Estado se han incluido tradicionalmente las de correos (109), quedando sujetas, no obstante, al régimen de las aeronaves privadas (110). El Convenio de Chicago, atendiendo al criterio funcional, las ha excluido en la enumeración que hace de las aeronaves públicas (111), pero el legislador español (Base III), influido quizá por el Código italiano de la Navegación (art. 744), anterior a Chicago, sigue aferrado a los viejos cánones. El art. 44 del Real decreto de 25 de noviembre de 1919 las asimila a las de pasaje y carga. Con criterio enumerativo, más que clasificatorio, distingue:

Aeronave militar.—Aeronave del Ejército o de la Armada.

Aeronave de pasajeros y aeronave de comercio.—Aeronaves destinadas, respectivamente, al transporte de pasajeros y al de mercancías (incluso correos), y en las cuales se lleva, efectivamente, pasaje o carga.

B) Aeronaves registrables.—Son las susceptibles de tráfico jurídico, cualquiera que sea su titular. Coinciden con las aeronaves civiles del Convenio de Chicago, concepto análogo al de las privadas de nuestra Ley de Bases (Base III) y al de la mayor parte de los

(106) Código Aeronáutico, de 15 de julio de 1954, art. 36.

(107) Código de legislación aeronáutica, de 3 de diciembre de 1942, artículo 14.

(108) Ley sobre Navegación Aérea Civil, de 28 de enero de 1949, art. 15.

(109) Convenio de París de 13 de octubre de 1919, art. 30.

Convenio iberoamericano de Navegación Aérea, de 1 de noviembre de 1926, art. 30.

Convenio panamericano de Aviación Comercial, de 20 de febrero de 1928, art. 3.º

(110) Convenio de París, art. 30.

Convenio iberoamericano, art. 30.

Convenio panamericano, art. 3.º

Convenio de Berlín, art. 1.º

Convenio de Santander, art. 1.º

Convenio de Roma, art. 1.º

(111) Esta es la posición de Francesco CONSENTINI, en el art. 129 de su «Código internacional de la aviación», 1939.

Convenios internacionales y leyes positivas, salvo en lo relativo a las aeronaves postales.

Estas aeronaves pueden aún subdividirse, atendiendo a las funciones realizadas. Las Leyes positivas son parcas a este respecto, y es la doctrina la que abunda en criterios de clasificación. No obstante, de la Ley dominicana (112) y del Código italiano de la Navegación (113) se puede obtener la siguiente clasificación:

- a) Aeronaves de transporte de personas o cosas (114).
- b) Aeronaves de instrucción.
- c) Aeronaves de trabajo aéreo, distinto al transporte.
- d) Aeronaves de turismo, recreo o deporte.
- e) Aeronaves de experimentación.

CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO.
Del Cuerpo Jurídico del Aire
Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

(112) Ley, art. 15.

(113) Código, art. 747.

(114) En el Registro Mercantil español (art. 178 del Reglamento del Registro Mercantil, parece que solamente serán inscribibles estas aeronaves. Ver, más adelante, nuestro comentario sobre «La base de la inscripción en la Sección de Aeronaves del Registro Mercantil».

Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957 (B. O. núm. 131, de 17 de mayo), en relación con la Sentencia del T. S. de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones

La Resolución de 11 de marzo de 1957 ha resuelto un caso sobre el que dictaminamos hace unos años (1) y respecto del cual en pura hipótesis, con mayor anterioridad, habíamos expuesto nuestra opinión (2), que posteriormente reiteramos (3).

Fué materia del recurso una escritura autorizada por mi entrañable compañero, hoy jubilado, EMILIANO SANTARÉN Y DEL CAMPO, con quien tan estrecha amistad y compenetración me unió en mi inolvidable permanencia en Logroño. SANTARÉN había autorizado la escritura el 17 de julio de 1946. Es decir, aproximadamente un año antes de que yo llegase a Logroño y le conociera. Se trataba de una compraventa que, como vendedora, otorgó una señora viuda. Observó nuestro común y buen amigo el Registrador de la Propiedad la dificultad de que una de las fincas vendidas había sido com-

(1) Publicado en Anuario de Derecho civil, II-II, págs. 661 y ss.

(2) «La donación *mortis causa* en el Código civil». Conferencia leída en la II Semana Notarial de Santander (septiembre, 1948) y publicada en *Anales de la Ac. Matr. del Not. T. V.*, págs. 794 y ss.

(3) «Donación, condición y conversión jurídica material» IV, 4 a 6, en *An. Dr. Civ.* V-IV, págs. 1.319 y ss.

prada por la vendedora durante el matrimonio con su finado esposo. Como quiera que el cónyuge difunto de la vendedora, al ser comprada la finca en cuestión, había reconocido que el precio pertenecía a su dicha esposa—«por lo cual la finca tendría carácter parafernial»—, y que al fallecer éste no dejó descendencia, habiéndole premuerto sus ascendientes, volvió a presentarse la venta al Registro, acompañada de los siguientes documentos: certificaciones acreditativas del fallecimiento, en los años 1929 y 1931, de los padres del difunto marido de la vendedora, y acta de notoriedad, por mí autorizada el 31 de marzo de 1949, acreditativa de que aquél falleció sin haber dejado descendencia conocida.

El Registrador de la Propiedad puso nota de suspensión, fundamentalmente «por aparecer inscrita (la finca vendida) a nombre de la vendedora, que la adquirió en estado de casada con don J. E. y M., con licencia de éste, «y según el señor E. el dinero pertenecía a su esposa, por lo que la finca tendrá el carácter parafernial», y no habiendo justificado la procedencia del dinero, la adquisición ha de estimarse de naturaleza ganancial, con arreglo a los artículos 1.401 y 1.407 del Código civil, y como la transmitente es viuda, precisa justificar que le ha sido adjudicada en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales o que han prestado su consentimiento para la venta los herederos de su marido...».

Como ha visto con precisión en su primer considerando la Dirección General de los Registros: «la cuestión a resolver en este expediente se refiere a si es inscribible la escritura de compraventa por la que la vendedora en estado de viuda enajena una finca, que había adquirido durante su matrimonio, con aseveración por parte del marido de que el dinero con el que se satisfizo el precio era de exclusiva pertenencia de la mujer».

Sobre el fondo de ese problema—repetimos—hemos opinado reiteradamente. A lo que hemos dejado escrito (en especial en *Anuario de Derecho civil*, V-IV), nos ratificamos y remitimos para evitar repetirnos. Pero nos interesa hacer algunas observaciones a la calandada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativas: a su referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; a la discutible corrección lógica de sus razonamientos; a su interpretación del párrafo 2.º del art. 1.232 del Código civil; a su dudosa congruencia con el criterio del Código civil y de la Ley Hipotecaria en materia de confesión de dote, así

como de otras consideraciones que nos suscita la lectura de esta Resolución.

I. COTEJO DE LOS CRITERIOS DE LA RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1957 Y LA SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1951

Lo haremos a doble columna, con los considerandos más o menos paralelos de la Resolución y la Sentencia, y subrayaremos las afirmaciones más significativas de una y otra :

Resolución de 11 marzo 1957

Sentencia de 2 febrero 1951

3.er considerando : «que conviene decidir el alcance que se puede atribuir a la confesión del marido para enervar la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil, que inspirado en el principio de unidad familiar atribuye carácter ganancial a las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título oneroso, con lo cual priva a éstos de la facultad de determinar a su libre arbitrio la condición de tales bienes».

... ..

4.º considerando : «que la eficacia de la confesión requiere por parte del confesante no sólo

2.º considerando : «toda la cuestión a resolver en este litigio estriba en determinar el alcance que debe darse en el presente caso a la *presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil, según el cual se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer*, en relación con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de no ser suficiente la afirmación que pueda hacerse en la escritura de venta con respecto a la procedencia del dinero con que se adquirieron los bienes si ésta no resulta justificada como perteneciente a uno de los cónyuges».

3.er considerando : «que si bien dicha jurisprudencia es inatacable, por interpretar acertada-

[illegible]

4.º considerando: «que respecto del tercer motivo del recurso, donde se alega la errónea interpretación del principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, invocada en el tercer motivo, puede ser desestimada del mismo modo, porque si bien es verdad, como se afirma en el mismo, el artículo 1.218 del Código civil distingue entre el hecho de la escritura, en este caso la compraventa, y las manifestaciones que en ella puedan hacer las partes, *no es posible tampoco desconocer que la manifestación del marido en la escritura afirmando que la compra se realizó con dinero perteneciente a la mujer no puede menos de vincular a aquél con respecto a ésta mientras no se demuestre su simulación, sin que le sea lícito ir contra sus propias manifestaciones, pretendiendo ahora negar lo que en dicha escritura reconoció, porque no es lo mismo discutir la eficacia de tal confesión cuando a ella se opone un tercero que puede resultar perjudicado como consecuencia de un posible concierto doloso entre los cónyuges, que cuando éstos convienen sobre si los bienes pertenecen a uno u otro de los esposos, y así vino a reconocerlo esta Sala en su Sentencia de 30 de junio de 1948.*»

Ante la discrepancia doctrinal de los considerandos transcritos, nos interesa destacar :

1.º Que la afirmación del último considerando de la Dirección, acerca de lo que «reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo», estaba previamente desmentida por el mismo Tribunal Supremo en el tercer considerando de la Sentencia de 2 de febrero de 1951. (La Dirección General conocía—puesto que la cita entre los vistos—esta Sentencia, pero sin duda debió aplicar a la *confesión del Tribunal Supremo* la propia doctrina de la Dirección sobre la *confesión*, ya que tan absolutamente se desentiende de ella—(conste que lo decimos sin la menor ironía, sino generalizando la *lógica de la Resolución*).

2.º Que la manifestación hecha por el marido en la escritura de compra de ser el precio parafernial de la mujer es valorada de modo totalmente opuesto en los considerandos 4.º y 5.º de la Resolución y los 3.º y 5.º de la Sentencia. Esta distingue sus efectos respecto al marido y a sus acreedores ; aquélla es rotunda en no reconocer validez a aquel reconocimiento. Según el 5.º considerando de la Sentencia : *vincula al marido mientras no se demuestre su simulación* y, por lo tanto, debe vincular a sus herederos voluntarios (e incluso, tal vez, según creemos, a éstos, aunque se demostrara la simulación —tema distinto—) ; y no afecta, en cambio, a los acreedores, a los que creemos deben asimilarse a este efecto los legítimarios del marido en cuanto afecte a su legítima.

II. EXAMEN LÓGICO DE LOS CONSIDERANDOS 3.º Y 4.º DE LA RESOLUCIÓN COMENTADA

a) El *tercer considerando* de la Resolución razona la confirmación del auto apelado (conclusión) con estas dos premisas :

Premisa mayor : «el artículo 1.232, § 2.º, del Código civil, declara que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso de que por ella puede eludirse el cumplimiento de las leyes, y, por tanto, cuando versa sobre materia sustraída por la ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal «eficacia».

Premisa menor: que en el reconocimiento del carácter parafernal del precio de la compra hecho por el marido, «se podría conseguir mediante prueba de confesión lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal, en este caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código civil».

b) El último considerando contiene este silogismo:

Premisa mayor: «el principio de derecho que prohíbe ir válidamente contra los «actos propios» se refiere a los lícitos y carece de aplicación cuando se trata de actos contrarios a la Ley, la moral o el orden público».

Premisa menor: «La manifestación del marido hecha en el título adquisitivo de la finca» contiene o supone «el peligro de que con la sola voluntad de uno de los cónyuges queden alterados los derechos que en la sociedad conyugal les corresponden o los que se atribuirían a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio».

Conclusión: «Por tanto, esa confesión» (y ahí se intercala la inexacta referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo) «no es suficiente por sí sola para destruir la presunción del art. 1.407 del Código civil».

c) *Crítica de ambos silogismos.*

En el primer silogismo niego la exactitud de las dos premisas: la mayor, por interpretación equivocada del art. 1.232, párrafo 2.º, y la menor, por interpretación excesiva del art. 1.334. En el segundo, hay doble falta lógica en la deducción de la conclusión.

Las dos premisas mayores tienen en términos lógicos carácter universal, pero condicional-hipotético. En efecto, respectivamente afirman la ineficacia de la confesión y de la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos, *si* por ella puede eludirse el cumplimiento de las leyes (en la primera) o *si* se trata de actos contrarios a la Ley, la moral o el orden público. Ahora bien, existe una diferencia entre ambos silogismos. En las dos premisas mayores, si bien las respectivas proposiciones consecuentes son de igual intensidad negativa (es nula la confesión o el acto propio), en cambio las proposiciones categóricas antecedentes no tienen la misma intensidad, porque en el primero basta una *posibilidad* («en el caso de que ella pueda...»),

mientras que en el segundo hace falta una *seguridad* (cuando se trata de actos contrarios a...).

Aparentemente, las premisas menores de ambos silogismos son singulares. Pero no es así en la primera, que es universal con relación a la posibilidad prevista en la premisa mayor de su silogismo. La segunda, en cambio, es singular, o bien está extendida en términos más amplios que los de la premisa mayor a que se refiere.

Por eso el primer silogismo sería correcto si fueran exactas sus premisas (luego discutiremos su exactitud). Mayor: «Cuando con la confesión pueda eludirse el cumplimiento de las leyes es nula». Menor: «Con la confesión por el marido del carácter parafernial del dinero, puede eludirse la prohibición del art. 1.334». Conclusión: «Luego esta confesión de parafernalia hecha por el marido es nula».

Mientras que el segundo silogismo incurre en infracción, bien sea de la cuarta o bien de la octava de las ocho reglas clásicas del silogismo. En efecto, tenemos como premisa mayor: «La doctrina de los actos propios no es aplicable cuando se trata de actos contrarios a la Ley, la moral o el orden público». La premisa menor sólo puede enunciarse de dos formas: «Todas las declaraciones del marido en contra de la presunción del art. 1.407 pueden infringir las normas legales imperativas relativas a la sociedad conyugal»; o bien: «Algunas declaraciones del marido contrarias a la presunción del artículo 1.407 pueden infringir dichas normas legales imperativas». La conclusión es formulada así: «Luego en este caso no es aplicable la doctrina de los actos propios».

La conclusión es sofística. Porque:

O bien los términos de la premisa mayor tienen menos extensión en ella que en la conclusión (infringiendo la cuarta regla de los silogismos), como sucede con el primer planteamiento de la premisa menor (la mayor exige para la inaplicación de la doctrina de los actos propios que se trate de *actos contrarios a...*; la menor no afirma que la manifestación del marido «*sea acto contrario a...*», sino que *existe el peligro de que lo sea*; luego, falta el enlace lógico, porque el término mayor (inaplicación de la doctrina de los actos propios a los actos contra ley) se emplea en la conclusión con mayor extensión (exceptuando de tal doctrina incluso actos que *pueden ser* contra ley, *pero no consta que lo sean*).

O bien, la premisa menor es particular («algunas declaraciones del marido contra la presunción del art. 1.407 infringen normas le-

gales imperativas) y la conclusión universal («toda declaración del marido contra la presunción del art. 1.407 es nula»), con lo cual es infringida la octava de las reglas del silogismo: «Si una premisa es particular, la conclusión tiene que ser particular». Por lo cual, para llegar a esa conclusión de nulidad, no basta que la declaración *pueda infringir*, sino que es necesario que *esté probado que efectivamente infringe*.

Queda demostrada la total falta de lógica del último considerando de la Resolución. Ahora intentaremos demostrar que el razonamiento del cuarto considerando falla por la inexactitud de sus dos premisas.

III. DIVERSO VALOR JURÍDICO DE LA CONFESIÓN QUE «HACE PRUEBA» Y DEL RECONOCIMIENTO QUE SE PRESUME VERDADERO Y LÍCITO. LA CONFESIÓN JUDICIAL SURTE EL EFECTO DEL ART. 1.232, PÁRRAFO 1.º, CON LA EXCEPCIÓN DEL PÁRRAFO 2.º. A LA EXTRAJUDICIAL NO SE APLICA PROCESALMENTE EL ART. 1.232, SINO EL 1.239, Y SUSTANTIVAMENTE AL RECONOCIMIENTO, EN CUANTO SE REFIERE A RELACIONES JURÍDICAS, LOS ARTS. 1.277 Y 1.276 DEL CÓDIGO CIVIL

Es errónea la premisa mayor del razonamiento contenido en el cuarto considerando de la Resolución de 11 de marzo de 1957, porque confunde el «hacer prueba» de la confesión judicial (art. 1.232) con el valor extraprocesal del reconocimiento (arts. 1.277 y 1.276 del Código civil).

Conviene distinguir cuidadosamente ambas instituciones.

A) La *confesión judicial* está caracterizada por los siguientes datos:

- 1.º Es institución de Derecho procesal (4).
- 2.º Se refiere a hechos, no a relaciones jurídicas (5).

(4) Ver: MANUEL DE LA PLAZA, «Derecho Procesal civil español», Vol. I (2.ª ed. Madrid, 1945), págs. 520 y ss.; JAIME GUASP: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil» T. I, Vol. I, 2.ª parte (Madrid, 1947), página 641 y s.

(5) Como dice PLAZA (vol. cit., pág. 519), «versa sobre los hechos, y con ello queda dicho que, doctrinalmente, no cabe llamar confesión al reconocimiento de las *pretensiones ajenas*». GUASP (págs. 463 y s.) también

3.º No es una prueba de eficacia discrecional y libre, sino de eficacia vinculada o tasada para el órgano jurisdiccional. Hecha bajo juramento decisorio, hace prueba plena. En caso contrario, hace prueba contra su autor, y el Juez está vinculado a reconocer como probada la existencia e inexistencia de los hechos confesados por el declarante en cuanto le sean perjudiciales: «*confessus pro iudicatur habetur*» (6). No cabe prueba en contrario, sino tan sólo la impugnación directa de la confesión que carezca de alguno de los requisitos esenciales subjetivos (falta de aptitud), objetivos (arts. 1.232, párrafo 2.º, y 1.237 del Código civil) o de actividad, o bien demostrando que se incurrió en error de hecho (art. 1.234 del Código civil) (7).

Ante ese valor procesal de la confesión judicial que es impuesta por la Ley al Juez, al que no le cabe interferir su apreciación personal al respecto, no cabe duda que debe excluirse su admisibilidad en cualquier caso en que con ella «pueda eludirse el cumplimiento de las leyes». Su eficacia, legalmente impuesta en juicio de modo tan absoluto, requiere que no se la admita no sólo cuando esté patente su resultado de burlar alguna ley, sino incluso siempre que con ella *pueda* eludirse su cumplimiento.

B) A la llamada *confesión extrajudicial* no se le aplica el artículo 1.232, sino el 1.239 del Código civil (8). Esto sólo cabe concordarlo con el párrafo 1.º de aquél, entendiendo que, por ser más

subraya el carácter fáctico del objeto de la confesión y afirma que debe ser rechazada la confesión (judicial, o propiamente dicha) de una relación jurídica, por no ser posible en caso alguno en que con los hechos se combinen puntos de derecho.

(6) PLAZA (pág. 533) recuerda la vieja calificación de *regina probationem, major probatio* y la frase de LESSONNA de que en ella se sustituye la *certeza moral* del Juez por la *certeza legal*. GUASP (págs. 466 y 479) explica que «el Juez está vinculado a reconocer como probada la existencia o inexistencia de los hechos confesados por el declarante en cuanto le sean perjudiciales». PLAZA, no obstante, observa la moderna tendencia, mostrando alguna vez en la jurisprudencia, de limitar esa plena eficacia de la confesión judicial.

(7) GUASP (págs. 485 y s.) entiende que el art. 1.234 del Código civil, al hablar del error de hecho se refiere a la falsedad legal; que el término «error» está empleado, «no en su sentido técnico de vicio de la voluntad, sino en su sentido más amplio y vulgar de pura discordancia con la realidad, acepción nada rara en nuestras leyes (tampoco los «errores» de la casación son verdaderos errores en la acepción estricta del concepto)». Tal vez ese juicio de GUASP sea consecuencia de la moderna tendencia a restringir el valor pleno de la confesión judicial.

(8) Ver: PLAZA, págs. 520 y 533, y GUASP, pág. 460, nota (1). «Por eso —dice el primero— se sostiene que la confesión extrajudicial es un *prin-*

concreto el 1.239 y referirse especialmente al valor procesal de la confesión extrajudicial, lógicamente la norma del 1.232 ha de estimarse limitada a la regulación de la confesión judicial.

Consecuentemente por su colocación, el párrafo 2.º del mismo artículo 1.232 ha de estimarse referido únicamente a la confesión judicial. Criterio que es abonado por el distinto valor procesal de una y otra declaración. La limitación del párrafo 2.º del art. 1.232 es imprescindible, dada la valoración legal de la confesión judicial, imputada al Juez. Es, en cambio, innecesaria en la confesión extrajudicial, dado a que, según el art. 1.239, se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba.

Apoyado en la distinción sentada por FURNO (9), entre la confesión extrajudicial y su prueba documental, GONZÁLEZ PALOMINO (10) ha sostenido que si el hecho de la confesión verificada extrajudicialmente se acredita por medio de prueba legal (documento público o bien documento privado *reconocido*), «la confesión extrajudicial, como hecha, ya no se regula por el art. 1.239, sino por los arts. 1.231 a 1.234, en los que se la equipara a la confesión judicial con valor de prueba plena».

A esta afirmación de nuestro querido compañero pueden hacerse varias observaciones. En primer término, podría discutirse su exactitud, partiendo del valor dado por nuestro Tribunal Supremo a las voliciones y declaraciones de las partes contenidas en los instrumentos públicos. En segundo lugar, aun admitida dicha equiparación, no habría razón para aplicar la regla del párrafo 2.º del art. 1.232 a la confesión extrajudicial en sus términos meramente potenciales del verbo *poder*, referido a eludir el cumplimiento de las leyes. Ciertamente, la situación es muy diferente en la confesión judicial (que normalmente será decisiva y dará lugar a sentencia firme antes de que pueda impugnarse la confesión falta del presupuesto para su validez de que por ella no se eluda el cumplimiento de las leyes) que en la extrajudicial (que se llevará a un juicio en el cual el confesante

cipio de prueba, un elemento de ella, hasta un indicio, al que acaso en puridad no pueda llamarse confesión.»

(9) CARLO FURNO, «Negocio de fijación y confesión extrajudicial», versión castellana de LUIS SANCHO MENDIZABAL (Madrid, 1957), de dicha monografía publicada en 1948, núm. 38, págs. 275 y ss.

(10) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, «Negocio jurídico y documento» (Valencia, 1951), págs. 141 y ss.

podrá alegar y el Juez apreciar dicho incumplimiento), por lo cual, a falta de paridad de razón, no cabe equiparación en la aplicación de este precepto. Y, en tercer lugar, como veremos, cuando se trate del reconocimiento de relaciones jurídicas, en las que necesariamente la revisión judicial de la calificación jurídica, y por lo tanto de su licitud, aleja todo peligro decisivo a dicha confesión, la aplicación del párrafo 2.º del art. 1.232 quedará más alejada aún de su finalidad.

C) Pero tanto de la confesión judicial como de la extrajudicial de meros hechos, debemos distinguir cuidadosamente el *reconocimiento de relaciones jurídicas*, si bien latamente se la comprenda en la denominación genérica con la confesión extrajudicial. Su naturaleza ha sido reiteradamente discutida desde hace siglos (11), pero hoy parece indudable que la definen los siguientes caracteres:

(11) Un interesantísimo estudio sobre esta materia, puede consultarse en el Vol. III de los «*Scritti Juridici*», de GIUSEPPE MESSINA (Milano, 1948): «*Contributo alla dottrina della confessione*», cap. II, págs. 42 y ss. En esta nota haremos una esquemática síntesis de la investigación de MESSINA:

I.—*Glosa, postglosa y canonistas*. En este período la consideración de la confesión extrajudicial se hace desde el punto de vista de la causa. JACOBO DE PORTA RAVENA, admitió la validez de la «*confessio extra jus*» —aunque se hiciera sin expresar la causa— a reserva de la contraprueba. La glosa distinguió entre la *confessio ad obligandum* y la *confessio ad liberandum*, y en caso de inexpressión de la causa, sólo admitió la validez de la segunda, pero no de la primera. En PIETRO DE BELLAPERTICA, CINO DE PISTOIA y BARTOLO, se observa una notable aproximación de la *confessio* a la *stipulatio* e incluso a la *litterarum obligatio*, dando plena eficacia a la confesión extrajudicial escrita. La tesis opuesta a JACOBO la hallamos en AZÓN y ACURSIO, que sólo contribuyen a la confesión extrajudicial eficacia probatoria y muy circunscrita, idónea a producir una presunción, con excepción de ser hecha «*si directum tendat ad obligandum confitendum*». Después se comenzó a considerar la confesión, ya no como expresión de una presunta verdad, sino como resultado de la voluntad del confesante a obligarse; así, para su eficacia se exigió que reuniera los requisitos de los contratos y entre ellos se acentuó la «*expressio causae*», no como «*ratio*» de la veracidad, sino como «*causa dabendi*» de la relación material. Así llegó a proclamar DURANDO: «*non praejudicat jure confessionis, tamen praejudicat quandoque jure pacti*» (núm. 17, págs. 42 y s.).

II.—Esta última posición predominó en los países de Derecho común hasta principios del pasado siglo. Entonces fué cuando se comenzó a enseñar que la confesión era un testimonio contra sí mismo, que requería un «*animus confitendi*», y que la confesión extrajudicial sólo se diferenciaba de la judicial por la necesidad de ser probada en sí misma (núm. 17, pág. 43).

III.—BETHMANN-HOLLWEIG considera la confesión extrajudicial como un testimonio dirigido a convencer al Juez, susceptible de estimación, en el que es necesaria la *expressio causae*, impugnabile sin necesidad de que

en contraprueba se demuestre el error, y con su objeto limitado a los hechos y no extensivo a las relaciones jurídicas (núm. 18, págs. 43 y ss.).

IV.—BAEHR reivindicó el valor como acto obligatorio, además de probatorio, de la confesión judicial. En el primer aspecto lo estimó un contrato reconocitivo, abstracto y adaptable a las más variables configuraciones (núm. 18, pág. 44).

V.—GAUP y MOERING estimaron que el reconocimiento de relaciones jurídicas sería el contenido de un negocio de naturaleza civil, distinto de la confesión extrajudicial, porque ésta no tiene nunca eficacia dispositiva, sino probatoria (núm. 18, pág. 45).

VI.—La doctrina francesa en general ha requerido la expresión de la causa para que la confesión haga prueba plena. Sin causa expresa admiten el juego de la «*cautio indiscreta*» o presunción de existencia de causa del art. 1.132, Código civil francés, con la posibilidad de prueba en contra. Otros autores (LAURENT y PLANIOL) limitan la posibilidad de la contraprueba a la demostración de error o ilicitud de la causa (núm. 19, págs. 46 y s.).

VII.—MESSINA, por su parte, observa que la confesión puede hacerse con la convicción de su veracidad (con fin cautelar, como negocio de fijación jurídica o para conceder un nuevo título) y convencido de su inexactitud (con valor constitutivo). Por ello cree que no es requisito el *animus confitendi*. A su juicio, la confesión extrajudicial no puede estimarse como una anticipación o preconstitución de la judicial, porque la diversidad sustancial de las normas a que vienen sometidas las declaraciones procesales de las partes y las extrajudiciales, impiden trazar cualquier paralelismo entre ellas (núm. 23, págs. 58 y ss.).

Como resumen, podemos trazar el siguiente esquema de opiniones diversas sobre la llamada confesión extrajudicial:

Concepción procesal.	{	meramente testimonial.	{	— inversión de la carga de la prueba.	{	fin cautelar.
		contrato de prueba				
Concepción sustantiva.	{	según su veracidad.	{	— de quien es	{	negocio de fijación.
				— de quien a sabiendas no lo es:		
	{	según la estimación de la causa.	{	valor constitutivo.	{	causal: con necesidad de su expresión.
				causal: con presunción de su existencia y licitud (innecesidad de su expresión).		
				abstracta.		

CARLO FURNO, en su obra citada en la nota (9), ha vuelto a la concepción estrictamente procesal y meramente testimonial. Arremete contra la doctrina dominante en Italia, que admite la categoría del negocio de fijación, ya sea con función y naturaleza declarativas (G. STOLFI, CARNELUTTI), o constitutiva (ASCARELLI, CORRADO), o mixta, de función declarativa a tra-

vés de un negocio estructuralmente constitutivo del deber de no entender la relación originaria de modo diverso (NICOLÒ, GIORGIANNI), o con estructura declarativa y función dispositiva o constitutiva, concebido como acto (declaración) normativo de ciencia (COSERTINI).

Debe reconocerse el rigor crítico con que FURNO destruye la concepción del llamado negocio de fijación jurídica como negocio formal o como negocio abstracto, más inaceptable aún en sistemas jurídicos causales, como es el italiano —y el nuestro— (núm. 22 y ss., págs. 157 y ss., y núm. 37, páginas 270 y ss.). Impresiona su afirmación de que si bien no sería exacto afirmar que la fijación que proviene de persona distinta del Juez no tiene ningún valor jurídico como acto intelectual, lo cierto es que no lo tiene como acto de voluntad, porque «el acto intelectual de fijación de la parte no puede tener relevancia *sustantiva*, porque sobre el terreno sustantivo el derecho no toma en consideración las apreciaciones, los juicios, las valoraciones y todo lo que se refiere a los reflejos psicológicos y a las modalidades internas de la actuación de la autonomía privada, libre para determinarse en la esfera que se le reconoce» (núm. 16, pág. 117). A su entender, el problema de la certeza jurídica se plantea y se resuelve, como problema técnico del derecho positivo, no en el ámbito de las mutuas relaciones, de los acuerdos convencionales recíprocos entre las partes, sino en el ámbito del juicio de un tercero. Por eso cree también imposible toda causa material de fijación en el terreno sustantivo (núm. 25, págs. 178 y ss.).

Pero para llegar ese concepto, destilado hasta el máximo, tiene FURNO que dejar fuera de su ámbito gran número de figuras de reconocimiento. Así, dice: que el reconocimiento de la filiación natural no es sino un mero acto jurídico (núm. 29, a, págs. 210 y s) —calificación contraria a la que le corresponde en nuestro Derecho, según la interpretación jurisprudencial predominante, que entiende que el artículo 135 exige una *voluntad*, no un mero *convencimiento* (Ss. 23 junio 1922, 7 abril 1924, 7 diciembre 1927, 1 marzo 1927, 17 junio 1927, 16 enero 1928, 28 noviembre 1941)—. También separa el reconocimiento documentado de un negocio jurídico si constituye el punto de llegada y de perfeccionamiento de tratos orales anteriores entre las partes, supuesto en el que estima que el negocio se realiza por primera vez en el momento en que se llega a la redacción del documento (número 30, D, pág. 215), y el de la declaración documentada que contiene expresamente modificaciones de un convenio concluido antes verbalmente, el cual —a su juicio— supondrá un *nuevo* arreglo convencional de sus relaciones recíprocas, una *nueva* regulación vinculante (pág. 219).

Con ello viene a dividir de un tajo ideal la vieja figura del reconocimiento de relaciones jurídicas. Pero la dificultad estriba en separar lo puramente procesal y probatorio de lo sustantivo y material. Su distinción (número 23, pág. 168) entre los efectos jurídicos sustantivos (o primarios) y formales (o secundarios o procesales) es generalmente difícil de fijar en la práctica en muchos casos concretos, en los cuales el reconocimiento en cuanto negocio modificativo obliga a las partes y en cuanto declaración de verdad vincula al Juez a respetar la *contra se pronuntiatio*. Lo que consigue es una escisión teórica entre aquellos reconocimientos a los que niega ese carácter, por tener eficacia dispositiva o contractual, y los reconocimientos que asimila en sus efectos a la confesión judicial, si, aunque practicados fuera del proceso, llegan a éste por un vehículo probatorio que garantice su autenticidad.

Estimamos como puntos débiles de la tesis de FURNO los siguientes:

a) Si cabe la voluntad de novar o modificar una relación jurídica, ¿por qué razón teleológica no ha de ser posible una voluntad de fijar tal relación en los mismos términos en que la estimen ambas partes? ¿Por qué —bajo este punto de vista— la voluntad apta para modificar no puede

1.—Es institución de Derecho sustantivo, es decir, extraprocésal (12).

2.—No se refiere a meros hechos, sino específicamente a relaciones jurídicas.

FURNO, en varios pasajes de su citada monografía (13), ataca esta común opinión, de la que cita a CARNELUTTI como representante más caracterizado. Cree FURNO que «por un lado, ningún acto negocial de parte puede vincular al Juez en orden al *derecho*, y, por otro, el objeto de una declaración de parte, aunque configurada verbalmente *sub specie iuris*, se reduce siempre técnicamente al *hecho* (existencia y modo de ser de la relación o del derecho) cuando la declaración se configura objetivamente como *contra se pronuntiatio* del declarante (reconocimiento del derecho *ajeno*)». Porque «en la amplia categoría de los hechos jurídicos se incluyen, sin sombra de duda, en cuanto a su existencia y a su concreto modo de ser, relaciones y situaciones, actos y negocios, considerados precisamente *sub specie facti*». «Incluso... que precisamente los negocios y las relaciones jurídicas constituyen normalmente, *sub specie facti*, materia y objeto de prueba, sin que con esto se prejuzgue en absoluto su *calificación* jurídica precisa—resultado de un juicio lógico interpre-

serlo para concretar y determinar el contenido realmente estimado como existente? ¿Es posible que la voluntad pueda lo más y no lo menos?

b) Tampoco nos convence, como luego observaremos, su equiparación del reconocimiento de una relación a la confesión extrajudicial del hecho de su existencia. De ello deriva: que no compartamos su reducción del reconocimiento a institución exclusivamente procesal y probatoria; ni su tacha de incorrección contra la norma del artículo 1.958 del *Codice* —precepto que excusa a quien reconoce un débito de la carga de probar la relación fundamental—, a la cual quiere disolver (núm. 39, págs. 281 y ss.), en el valor de prueba plena de la confesión extrajudicial (2 y 25, en vol. 2.733) tan sólo impugnabile si el confesante demuestra que al hacerla incurrió en error de hecho o sufrió violencia. Pero esa diferencia de efecto —como veremos— queda explicada por la diferencia que media entre la prueba de los hechos y la calificación jurídica de la relación. Así, como el carácter sustantivo de la presunción de la causa, o relación fundamental —si se prefiere llamarla así—, nos explica que el reconocimiento puede tener valor extraprocésal —en el tráfico, en los registros públicos, etc.—, mientras no sea desvirtuada, y lo tenga procesalmente fuera del campo de la prueba —en la ejecución—, en tanto no se excepcione y pruebe la inexistencia o ilicitud de la relación fundamental.

(12) Ver: FRANCESCO CARNELUTTI: «Sistema di Diritto processuale» (Padova, 1936), vol. I, núm. 311, pág. 759, y el trabajo de MESSINA, reseñado en la nota anterior. En contra, la opinión de FURNO, que hemos referido en la misma nota.

(13) FURNO, op. cit., núm. 29, nota 71, pág. 210, y núm. 39, páginas 279 y 281.

tativo que corresponde única y exclusivamente al Juez por el principio «*iura novit curia*»—y sin que se altere, por consiguiente, la relación de las actividades y de las funciones respectivas de partes y Juez en el proceso».

Hemos transcrito literalmente estas frases de FURNO, porque en ellas se patentiza su propia contradicción. Porque si la calificación de una relación jurídica o de un derecho corresponde al Juez, no pueden ser estos *hechos* de cuyo reconocimiento resulte contra quien los reconoce prueba plena impuesta al Juez. *Ergo*, a efectos de la confesión (judicial o extrajudicial), los derechos ni las relaciones jurídicas pueden estimarse nunca como meros hechos. El reconocimiento de aquellos puede originar una presunción *iuris tantum* de existencia y legalidad, pero nunca tendrá el valor de prueba plena, que sería incompatible con la función calificadora del Juez (14).

3.—Su valor probatorio dependerá del que le corresponda según la forma documental en la que se patentice (15). Por lo tanto, las contenidas en una escritura pública estarán investidas de una presunción *iuris tantum* de existencia y legalidad de la relación reconocida, con eficacia *inter partes* limitada a que la parte que la niegue

(14) GONZÁLEZ PALOMINO (loc. cit., págs. 144 y ss.) tiene también a este respecto otra opinión, que expone sugestivamente: «*Es posible concebir la confesión de relaciones jurídicas como tales? Lo que, desde luego, es posible es confesar sintéticamente el supuesto de hecho total de una norma, como hecho, sin que por ello se necesite confesar... la norma. Lo que, desde luego, es difícilísimo es confesar los hechos particulares integrantes del supuesto de hecho total de la norma. Sólo juristas muy capacitados para ver en el espacio podrían hacerlo. Un particular, no.*»

Creo que mi querido compañero es excesivamente exigente. Confesar una relación jurídica es tanto como hacer, a la vez que una confesión, una calificación jurídica. Aunque se haga en sentido vulgar, es decir, no técnico, quien confiesa una propiedad además de confesar un hecho, lo califica jurídicamente. Quien reconoce un hijo natural, hace también una calificación jurídica. En cambio, el que confiesa que le consta que Juan labra una finca hace *x* años, sólo confiesa un hecho; lo mismo que quien se limita a declarar que en tal tiempo tuvo acceso a la madre de aquel presunto hijo natural.

(15) Así lo entendió FLORENCIO GARCÍA GOYENA en sus glosas al Proyecto de 1851 («Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español».—Madrid, 1852—, T. III, art. 1.229, pág. 243), al hablar de la confesión extrajudicial: «Si fuera por escrito, se regiría por lo que acerca de esta especie de pruebas se ha establecido en las secciones anteriores, bien para probar, bien para servir como principio de prueba por escrito.» Es decir, como concreta GONZÁLEZ PALOMINO (op. cit., pág. 140): «si la confesión extrajudicial constara por escrito, como generalmente sucede, se regirá por las reglas del documento, no las de la confesión».

deberá demostrar su inexistencia o su ilegalidad, cargando con la prueba.

Ese reconocimiento no es una mera *declaración de verdad* enunciativa, sino una *declaración de voluntad de fijar la verdad*, «*declarativa, constitutiva y definitiva*» (16) Como tal, cuando es hecha en documento público, ha de aplicársele en su exacto sentido el número 2 del art. 1.218 del Código civil. Hará prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho aquéllos. Pero no de la *disposición interna* ni de la *sinceridad* de la expresión. Por eso—como ha dicho PLAZA (17)—, sin mengua de la fe notarial, y sin necesidad de acudir a la querrela de falsedad, es lícito impugnar la validez de lo convenido (*aquí, de lo fijado*), bien por efecto de la simulación (esté o no documentada), como en el caso de las contradecaraciones, o por obra de los vicios del consentimiento (18). Pero la simulación o los vicios del consentimiento no pueden presumirse; deberá alegarlos y probarlos la parte a quien perjudiquen. Por ello, como dice NÚÑEZ LAGOS, «las manifestaciones de voluntad de las partes son hechos controvertibles, o *verdad supuesta*; su sinceridad volitiva probatoriamente es admitida con presunción *iuris tantum* (19)

b) Pero esa presunción no juega contra terceros, en cuanto a la verdad de la relación reconocida, al contrario de lo que ocurre con las declaraciones de voluntad contenidas en documento público

(16) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *Anales de la Ac. Matr. del Not.* T. I, pág. 475.

(17) MANUEL DE LA PLAZA, «Apuntes para el estudio de los errores de hecho y de derecho en casación; el documento público y el documento auténtico», en *Anales de la Ac. Matr. del Not.*, T. I, págs. 587 y sigs. En esa distinción entre el hecho de la expresión ante el Notario y la veracidad de las partes, halla «la entraña de la distinción entre el documento público y el auténtico, porque lo que llamaba la Sentencia de 22 de marzo de 1928, *autenticidad jurídico-procesal*, y lo que denomina *veracidad intrínseca* la de 4 de julio de 1941, no son sino variadas expresiones de una misma idea: la de que el documento no puede acreditar inequívocamente aquello que el Notario no pudo percibir». Ver las Ss. de 26 de enero de 1922, 23 de noviembre de 1928 y 18 de mayo de 1932, que cita el mismo PLAZA en su «Derecho Procesal». Vol. cit., pág. 336.

(18) Ver también, ENRIQUE JIMÉNEZ ARNAU, «Instituciones de Derecho Notarial», T. II (Madrid, 1954), pág. 66: «El documento testifica, sin duda, la declaración o la promesa, pero no la verdad de lo declarado o prometido, que es totalmente ajeno a la certeza de que esa declaración o promesa se prestó.»

(19) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, «Hechos y derechos en el documento público» (Madrid, 1950), núm. 38, págs. 68 y ss.

que sean constitutivas *in actu*. En éstas se presume, salvo prueba en contrario, que el negocio que el Notario ha presenciado es intrínsecamente verdadero. En cambio, en las declaraciones de voluntad de fijar una relación anterior, se puede presumir *iuris tantum* la sinceridad con que se hace esta fijación ; pero no, respecto a terceros, la eficacia anterior de la relación preexistente, objeto del reconocimiento.

La diferencia estriba en la relación entre el hecho del otorgamiento (*verdad impuesta*), las voliciones que contiene (*verdad supuesta*) y el hecho o relación anterior que se quiere fijar (*verdad puesta*). El hecho de la expresión de la voluntad de fijar el estado de una relación jurídica es hecho autenticado por el Notario (artículo 1.218, párrafo 1.º) ; la sinceridad de esa volición se presume *iuris tantum* frente a todos ; la verdad y la legalidad de la relación anterior sólo debe estimarse fijada entre quienes la reconocen—mientras no la impugnen y prueben su falsedad o ilegalidad—, pero no puede afectar a terceras personas ajenas a la declaración (art. 1.218, párrafo 2.º).

D) Igual resultado que el logrado en el ámbito probatorio obtenemos desde el punto de vista sustantivo. Hemos visto que el Código civil, en los arts. 1.231 y siguientes, sólo se refiere a la confesión de hechos. Pero contiene otros artículos en los que se ocupa del reconocimiento de relaciones jurídicas.

Así tenemos los arts. 1.129 a 1.138 (reconocimiento de hijos naturales), 1.344 (reconocimiento de dote), 1.647 (reconocimiento por el enfiteuta del derecho del dueño directo), 1.948 (reconocimiento del derecho del dueño por el poseedor a efectos de interrumpir la usucapión) y 1.973 (reconocimiento de la deuda por el deudor a efectos de interrumpir la prescripción extintiva).

De los arts. 1.138 y 1.344 se deduce que en los supuestos en ellos regulados no tiene aplicación regla alguna analógica a la que dispone para la confesión judicial el art. 1.232, párrafo 2.º. Del artículo 1.344 nos ocuparemos después. Ahora sólo observaremos que el párrafo 2.º del art. 1.119 determina los requisitos legales necesarios para ser hijo natural ; que el art. 1.130 presume natural al hijo reconocido por uno solo de los padres, a pesar de que con este reconocimiento unilateral puede eludirse un requisito del art. 1.119, párrafo 2.º, y finalmente, que el art. 1.138 a *contrario* sienta la doctri-

na de la eficacia del reconocimiento mientras no sea impugnado por su ilegalidad (20). Es decir, no se rechaza la posibilidad del reconocimiento por el hecho de que con el mismo pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, sino que, pese a esto, se admite, sin perjuicio de permitir su impugnación, que para prosperar requerirá la demostración de que se hizo faltando a las prescripciones de la sección correspondiente del Código civil.

El reconocimiento de relaciones jurídicas, puesto que puede ser valorado íntegramente por jueces y tribunales, no ofrece los peligros inminentes de la confesión judicial—especialmente con el criterio que predominaba, incluso doctrinalmente, al redactarse el Código civil—de dar lugar a una Sentencia definitiva, decidida por una confesión con valor impuesto al juzgador y con la cual se pretendiera burlar alguna ley prohibitiva. No habiendo igual razón, no hay base para extender la norma del art. 1.232, párrafo 2.º, al reconocimiento extrajudicial de relaciones jurídicas.

Con lo dicho creemos que queda totalmente rechazada la premisa mayor del razonamiento expresado en el cuarto considerando de la Resolución que comentamos.

IV. EFICACIA INTER PARTES DE LA CONFESIÓN DE DOTE HECHA DURANTE EL MATRIMONIO A FAVOR DE SU MUJER POR EL MARIDO, CONFORME EL ART. 1.344 DEL CÓDIGO CIVIL

Además de negar la premisa mayor, también negamos la menor del silogismo de que estamos criticando. Aunque aquélla fuese cierta, la falsedad de ésta bastaría para invalidar la conclusión. Dice esta premisa menor que «se podría conseguir mediante la prueba de confesión lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal, en este caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código civil».

No vamos a insistir en nuestra interpretación del art. 1.334 (21),

(20) Dice el artículo 138 del Código civil: «El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo 2.º del artículo 119, o en el cual se haya faltado a las prescripciones de esta Sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique.»

(21) Ver, en especial, el epígrafe IV-5 de «Donación, condición, etc.». Nuestros argumentos siguen sin rebatir. Mi querido maestro ROCA SASTRE

sino que nos limitaremos a oponer a este razonamiento lo que dispone el mismo Código civil en el art. 1.344: «*La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, o constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales*» (22).

La referencia a las *obligaciones personales* indica varias cosas:

1.º Que ese reconocimiento no es eficaz respecto a terceros (acreedores o legitimarios del marido, en cuanto perjudique a sus respectivos derechos). Es natural, puesto que se trata de reconocer una entrega al marido (por la mujer o a cuenta de ésta) que no consta o que sólo consta en documento privado. Por eso es lógico que no se admita su garantía hipotecaria, que equivaldría a transformar una eficacia que sólo puede ser *inter partes* en *erga omnes*. Ese criterio, perfectamente lógico, resplandeció en la Resolución de 15 de enero de 1881, bastante más afortunada que otras posteriores sobre la materia (23).

2.º Que la remisión del art. 1.334 a los efectos de las *obligaciones personales* (el art. 1.334 contempla en primer plano el supuesto más corriente de reconocimiento de la entrega como dotal de una suma de dinero, pero puede aplicarse, por igualdad de *ratio*, al reconocimiento de cualquier otra entrega de cosa dotal) nos indica que su carácter excede del meramente testimonial y que tiene valor dispositivo (de una obligación o un derecho real, según cual sea su contenido).

(«Derecho Hipotecario», T. III, pág. 161, nota 2-5.ª, col. Barcelona, 1954), se limita a decir que no le convencen suficientemente y que en el artículo 1.334 el legislador omitió la palabra «*hecha*» entre las palabras «*cónyuges*» y «*durante*». Pero estimamos que no puede presumirse que en la ley existan errores (la razón de que en el art. 1.335 se siga otro criterio, también la expusimos en nuestro citado Dictamen, publicado en *An. D. C.*)

Por eso nos ratificamos en la conclusión que entonces formulamos: «Si el sentido gramatical (la sintaxis no puede despreciarse) y lógico (no puede presumirse que el legislador haya sido redundante al decir «donaciones entre cónyuges durante el matrimonio»), concuerda con los antecedentes históricos, con el Derecho vigente al publicarse el Código civil y con el sentido común y moral, ¿por qué adoptar una interpretación distinta? Porque presumir que el legislador fué redundante, faltó a la sintaxis, modificó el Derecho a la sazón vigente (contrariando el mandato de la Ley de Bases) y, además, impuso una disposición menos justa y equitativa.»

(22) Concuerda con este artículo y el siguiente del Código el artículo 170 de la Ley Hipotecaria.

(23) Ver ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario» (5.ª ed. Barcelona, 1954), Tomo IV, págs. 649 y ss.

Hay que aplicarle, pues, la doctrina general de la causa :

a) Si no se expresa la causa adquisitiva del dinero de la mujer, se aplica el art. 1.277 del Código civil : «se presume que existe y es lícita mientras el deudor (que en este caso lo es el marido o sus herederos, únicas personas a quienes puede perjudicar el reconocimiento) no pruebe lo contrario».

b) Si se expresa la causa y se demostrase no ser cierta (verbi gracia, si se dijera que la cantidad o bienes reconocidos como dote la había heredado la mujer de su padre, y se probase que no era verdad), se aplicará el art. 1.276 del Código civil ; es decir, dará lugar a la nulidad del reconocimiento si no se probase que estaba fundado en otra verdadera y lícita.

El error no puede presumirse en el caso a). El supuesto del artículo 1.901 del Código civil (presunción de error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió, lo que también exige su prueba), no es análogo a este caso, sino al b), pues en el art. 1.901 se determina una causa (*«causa solvendi»*) que resulta no ser cierta, y por eso cae en el ámbito del art. 1.276 y no del 1.277 del Código civil.

No hay que olvidar cuál es nuestro régimen en materia de causa. No se admiten en él los negocios formales (con causa sólo formal), ni los abstractos (desconectados de la causa) ; pero sí los sustantivamente causales y probatoriamente abstractos. Se presume *iuris tantum* que hay causa y que ésta es lícita (24).

3.º Los efectos indicados del reconocimiento dotal, según el artículo 1.344, demuestran que este reconocimiento *no tendrá eficacia durante el matrimonio, sino a su disolución*, es decir, en el momento de la devolución de la dote (salvo los efectos en materia dispositiva durante el matrimonio de inmuebles dotales inestimados confesados, o procedentes de compra con dinero confesado como dotal inestimado, a la cual, por analogía, deberá aplicarse el art. 96, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario). Con ello la interpretación del art. 1.344 del Código civil queda en perfecta armonía con nues-

(24) Las conclusiones expresadas en el texto con el núm. 2.º, las formulamos en la Ponencia que sobre este tema sostuvimos en mayo de 1950 en el Seminario de Anuario de Derecho civil (que tan cariñosamente nos preside el Profesor FEDERICO DE CASTRO).

tra exégesis del art. 1.334 del Código civil. Tema sobre el que juzgamos ocioso insistir.

Lo evidente, como se dice en el escrito de apelación por EMILIANO SANTARÉN contra el fallo de la Audiencia de Burgos y que ha dado lugar a éste de la Dirección, es que :

«Sería contradictorio que la confesión del art. 1.232 del Código civil fuese eficaz, tratándose de los bienes dotales, conforme al artículo 1.344, contra el marido y sus herederos (efecto de las obligaciones personales, conforme al art. 1.257, párrafo 1.º), y fuese, en cambio, ineficaz contra los mismos tratándose de bienes parafernales. Es decir, que la excepción del párrafo 2.º de dicho artículo sólo alcanzase a la confesión del marido relativa a la naturaleza últimamente indicada de determinados bienes, no alcanzando, en cambio, dicha excepción, a la confesión de su naturaleza dotal. Ello sería absurdo. «Ubi sit eadem ratio ibi eadem dispositio juris esse debet» (Sentencias de 12 de noviembre de 1892, 12 de febrero de 1896, 1 de diciembre de 1903, 13 de diciembre de 1913 y 13 de marzo de 1916). A la confesión de bienes parafernales por el marido hay que darle igual alcance que a la de los dotales. Es decir: ineficaz en cuanto a tercero y eficaz contra el marido y sus herederos. Por lo menos desde el instante de la disolución del matrimonio.»

Si con el reconocimiento de parafernales se siguiera un criterio distinto que con la confesión de dote, los Notarios tendríamos que aconsejar a los maridos confesantes, cuando no pudiera probarse el carácter privativo del dinero, que en lugar de reconocerlo como parafernial lo confesaran como dotal inestimado. Unica manera de salvaguardar a su mujer contra el mismo marido, y sobre todo frente a sus posibles herederos voluntarios, «duros y avaros». Pero sería absurdo tener que llegar a ese formalismo, según el cual con el empleo taumatúrgico de una u otra palabra llegaríamos a resultados opuestos.

V. LA PRESUNCIÓN DEL ART. 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU REFLEJO REGISTRAL

Creo haber refutado los razonamientos de los dos últimos considerandos de la Resolución de 11 de marzo de 1957. De los otros

tres, el primero y el tercero—que antes hemos transcrito—no hacen sino plantear el problema a resolver. El segundo es un eslabón entre el planteamiento genérico del primero y el más específico del tercero. No obstante, puede interesar su comentario. Dice así:

«Considerando que en los libros del Registro no figura como titular la sociedad legal de gananciales como entidad independiente de los elementos personales que la forman, y los asientos, generalmente, aparecen extendidos a favor de uno u otro cónyuge sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, la cual se determinará en la calificación definitiva que se haga con los datos consignados en las inscripciones, la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil y las normas que establecen el régimen económico matrimonial, y por ello el art. 95 del Reglamento Hipotecario, cuando regula la inscripción de los bienes adquiridos por mujer casada, en su párrafo 1.º dispone que cuando se hubiese acreditado que el precio o contraprestación le pertenecían, se inscribirán a su nombre como parafernales o dotales, y en el párrafo 2.º agrega que si no se demostrase tal procedencia, se consignará esta circunstancia en la inscripción, indicando, además, si el marido asevera o no que el precio es de la propiedad exclusiva de la mujer.»

Estimamos que a este considerando le sobra el inciso *«la cual se determinará en la calificación definitiva que se haga con los datos consignados en las inscripciones, la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil y las normas que establecen el régimen matrimonial»*. Lo decimos así, porque creemos que el Registro de la Propiedad no puede declarar algo que únicamente los Tribunales podrán decidir, en su día, a falta de acuerdo entre todos los interesados. El Registro no hace sino advertir, publicar datos que orienten acerca de esta determinación y que deben ser relacionados con la presunción legal del art. 1.407 del Código civil.

Mientras los Tribunales no fallen definitivamente, no se puede tener la certeza plena acerca de si serán gananciales, parafernales o dotales o privativos del marido los bienes a que se refiere el artículo 1.407 del Código civil. Por eso era absurdo el criterio que, en general, se seguía en materia registral antes de la reforma del último Reglamento Hipotecario, en sus arts. 95 y 96

Por lo tanto, son inaceptables varias de las afirmaciones que

hizo la Resolución de 13 de septiembre de 1926, si bien en ella la Dirección adoptó una posición evidentemente menos injusta y más progresiva que la sostenida en aquel caso por el Registrador. Pero el hecho de que se inscribieran calificados como gananciales los bienes que el marido confesó adquiridos con dinero parafernial, no hubiera sido más absurdo que su inscripción como parafernales, solo porque la mujer, además, exhibió unos títulos de venta de bienes que ella había heredado. Porque, ¿quién garantizaba que con aquel precio no se habían adquirido ya otros bienes, tal vez inmuebles, inscritos en diferentes Registros?

El Registro no puede garantizar ni una cosa ni la otra, sólo advertir.

Por tanto, cuando en el Registro de la Propiedad únicamente conste con fehaciencia el reconocimiento del marido y éste haya fallecido dejando legitimarios, es lógico que no se permita a la mujer disponer de ellos sin la aquiescencia de dichos legitimarios—a quienes, como terceros, no puede perjudicar en su legítima aquel reconocimiento—o mientras no se haya liquidado la sociedad conyugal y los bienes hayan sido reconocidos como privativos de la viuda o adjudicados a la misma. Incluso es lógico que en vida del marido—insistimos que el reconocimiento no surte *durante el matrimonio* más efectos que los puramente legitimadores de la facultad dispositiva—se exija que éste preste su consentimiento a las enajenaciones de su mujer (25). Pero lo que ya no es admisible es que se exija tal consentimiento a los herederos voluntarios del marido a quienes el reconocimiento vincula específicamente, mientras no lo impugnen y prueben a juicio de los Tribunales su simulación absoluta o su ilegalidad, aunque ésta, además, creemos desaparece una vez disuelto el matrimonio. En cuanto a los acreedores, en cualquier caso

(25) El consentimiento que reclama el artículo 96, § 2, R. H., no requiere el empleo sacramental de esta palabra (como, al parecer, entienden casi todos los sustitutos de Registro y algún Registrador). *Consiente* el marido que comparece en la escritura de enajenación y presta en ella licencia marital expresa. *Consiente* el marido que otorga a su mujer una licencia marital expresa para vender la finca de que se trata. En cambio, no puede estimarse suficiente la licencia marital dada en términos generales para disponer de los bienes parafernales, a no ser que se incluyan expresamente, v. gr., «incluso aquellos que legalmente se presuman gananciales, pero que figuren adquiridos a nombre de la mujer» (o «aquellos que el otorgante haya reconocido como parafernales, no obstante la presunción del art. 1.407, del Código civil»).

(tanto si quien enajena es la mujer por si sola o en unión de su marido o de sus herederos), y con cualquier criterio no les queda otro recurso que el ejercicio de la acción Paulina cuando se den sus supuestos.

VI. OTRAS CONSIDERACIONES SUSCITADAS POR EL RECURSO Y LA RESOLUCIÓN QUE COMENTAMOS

El último considerando de la Resolución dice que la doctrina de los actos propios carece de aplicación cuando se trata de actos contrarios a la Ley, la moral y el orden público.

Creemos haber demostrado que no nos hallamos ante acto alguno *contra ley*, y es evidente que tampoco existe nada contra el *orden público*.

En cuanto a su *moral*, no queremos terminar estas notas sin hacer alguna observación al respecto. Aunque sólo sea limitándonos a reproducir algunos párrafos de la apelación de nuestro querido compañero SANTARÉN, desestimada por la Dirección.

«Si el reconocimiento del marido fué verdadero, la injusticia de la doctrina que prejuzga su ineficacia es evidentísima. La mujer difícilmente tendrá otra prueba, y menos aún después del tiempo transcurrido, que esgrimir contra los herederos del marido. Deberá darles la mitad de lo suyo.» Ha escrito JOSÉ VALVERDE («Nuestra Revista», 1 de enero de 1949), aludiendo a aquella vieja y errónea interpretación que combatimos: «¡Cuántas veces hemos conocido los Notarios adquisiciones verificadas por mujer casada con carácter ganancial, por haber fallecido el familiar donante del dinero, con que se efectuó la compra, y no poderse acreditar el hecho de la donación!»

«Si el reconocimiento, por el contrario, sólo encubrió el deseo del marido de favorecer a la mujer, ¿por qué unos herederos voluntarios, a los que el causante pudo incluso privar de tal carácter, han de poder reclamar a la viuda lo que su finado marido quiso que fuese para ella? Recordemos la calificación de «duro y avaro» dirigida por el Divino Severo al heredero voluntario que pretendiese reclamación de bienes que se hallasen en semejante situación.»

«A cualquier persona le parecerá bastante fuerte que pueda depender de la voluntad de los herederos voluntarios el que, en cualquiera de los supuestos planteados, conserve la viuda lo que compró con su dinero o lo que el marido quiso que fuese para ella y sólo para ella. La interpretación que llegue a resultados semejantes ha de ser errónea. El Derecho, como dice CARNELUTTI, tiene por fin someter la Economía a la Ética. No la Moral a una interpretación (?) cómoda.»

«El Registro de la Propiedad, afortunadamente, es una institución que tiene por finalidad proteger al Derecho y a la Justicia. No la de ponerles obstáculos y dificultades. Pues bien, en el presente caso, de no ser por la actitud recurrida del Registrador de Logroño, con Registro o sin él, la situación justa de que la viuda gozase plenamente de lo que su marido reconoció o quiso que fuese sólo de ella y no de sus herederos voluntarios, imperaría mientras algún tercero (legitimario o acreedor del marido, que aquí no existen, ni éstos últimos resultarían más protegidos por la intervención en la venta de aquellos herederos) no demostrase su antijuridicidad. En cambio, si fuese exacta la postura del Registrador, que se confirma en el auto que se apela, la viuda tendría que entablar un pleito contra los herederos del marido para que éstos le reconociesen su derecho, y además, en dicho pleito, dada la interpretación que se pretende dar de los arts. 1.401 y 1.407 (sin los frenos del 1.232 en relación con el 1.344 y del 1.275, relacionados con nuestra interpretación del art. 1.334), llevaría todas las de perder. Es decir, que conforme la posición impugnada, la viuda y sus compradores, que para colocarse hipotecariamente en situación legal (sin peligro del juego del art. 34 de la Ley Hipotecaria para los compradores, y bajo el amparo de los arts. 41 y 313 de la Ley Hipotecaria) deberán inscribir, se verían obligados—por el obstáculo que se les pone—a tomar una ofensiva (siempre procesalmente desventajosa), que por su situación de poseedores no les era necesario tomar, para plantear un pleito, que seguramente nunca se hubiese suscitado y que seguramente, según el criterio recurrido, deberían perder, dada esa errónea interpretación que discutimos. Es decir, que por culpa de querer inscribir, por culpa de existir el Registro de la Propiedad, caerían sobre la viuda todos estos perjuicios. Afortunadamente, no creemos que esta postura pueda prosperar. El Registro sirve a la Justicia, de la que es un esforzado paladín. Si

no fuese así, sería una institución deleznable cuyos propios resultados la desprestigiarian ante la gente de sentido común y buena voluntad. La altísima misión que corresponde al Registro de la Propiedad, de por sí, ya repele la interpretación impugnada.»

Y más adelante, añadá: «Pero, además, el rechazar todo valor a la confesión del marido, sólo porque ella podría encubrir una donación que se dice prohibida, no es una razón, sino un cómodo «curarse en salud»... Con igual pretexto, podría rechazarse cualquier otra confesión, alegando que podría encubrir una donación inoficiosa, o una venta disimulada con el fin de burlar algún retracto, etc., etc. ¡Qué pocas confesiones podrían sobrevivir a tan apriorística doctrina!»

No podemos olvidar que, como ha afirmado BIONDI (26): «El aplicar la norma al caso concreto no es operación mecánica, y es pueril repetir que se trata de un simple silogismo, del que la premisa mayor está dada por la norma y la menor por el caso concreto. Si así fuese, todo el mundo sería jurista, ya que todos son capaces de formular un silogismo. Pero elegir la norma y adaptarla al caso concreto no es empresa tan sencilla, y en este menester es donde se revela la genialidad del jurista. No se trata de formular un silogismo a fin de llegar en forma mecánica a un resultado, sino de alcanzar un resultado que aparezca justo... El absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.» «El sentido de justicia, o sea el sentido jurídico, es siempre el que pone los límites; es preciso guardarse de aquellas consecuencias, que aun deducidas en buena lógica aparecen como repugnantes a la justicia.»

CONCLUSIÓN

Como resumen de lo expuesto, podemos sintetizar que los fundamentos de la Resolución que comentamos se reducen a una afirmación y dos razonamientos.

La afirmación, relativa a la posición del Tribunal Supremo, estaba previamente desmentida y rebatida por la Sentencia de 2 de febrero de 1951, en términos que no dejan lugar a duda.

(26) BIONDO BIONDI, «La Ciencia del Derecho como Arte de lo Justo», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. IX, págs. 359 y ss.

El razonamiento contenido en el quinto considerando de la Resolución es lógicamente sofístico por incurrir en infracción, sea de la cuarta o bien de la octava de las reglas de los silogismos.

Y el expresado en su cuarto considerando es inexacto en sus dos premisas. La premisa mayor sería verdadera si se limitara a referirse a la confesión judicial; pero resulta falsa aplicada no sólo a la confesión extrajudicial, sino incluso al reconocimiento extrajudicial de relaciones jurídicas. La premisa menor es desmentida por el art. 1.344 del propio Código civil.

Por lo tanto, de la Resolución sólo queda en pie el fallo, flotando desprovisto del apoyo de sus considerandos. Pero, además, este fallo no resiste su confrontación vital con el caso resuelto. Así es como lo hemos visto en el comentario que concluimos.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario

Sobre el Derecho y su concepto

S U M A R I O

- I. PLANTEAMIENTO.
El problema del concepto y el problema de la definición.
Definiciones.
- II. SIGNIFICADOS DE «DERECHO».
 - 1.—Lo etimológico.
 - 2.—Lo reglado.
 - 3.—Lo facultativo.
 - 4.—Lo justo.
 - 5.—Lo científico.
 - 6.—Lo histórico.
- III. DOCTRINAS Y ORIENTACIONES.
 - 1.—La diversidad de puntos de vista.
 - 2.—Doctrinas teológicas.
 - 3.—Doctrinas consensuales.
 - 4.—Doctrinas racionalistas.
 - 5.—Doctrinas objetivo-positivas.
Los tratadistas del Derecho positivo ante el Derecho.
- IV. LAS ESFERAS Y DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO.
 - 1.—El concepto de la libertad y el concepto del Derecho.
Orden, Libertad y Derecho.
El problema de la coacción y el problema de la libertad.
Doctrina de San Agustín sobre la libertad.
 - 2.—Lo natural y lo positivo en Derecho.
El verdadero lugar de las relaciones entre Derecho natural y Derecho positivo.
 - 3.—El sentido de «lo justo».
Las especies distintas de justicia.
 - 4.—Lo social.
 - A) La justicia legal y las otras clases de justicia.
Justicia legal y justicia social.
El Derecho público y el Derecho privado en su privatización y socialización.

- B) Doctrina del Cardenal Siri sobre Orden, Derecho, Justicia y Sentido social.
 - a) Los principios.
 - b) Aplicaciones.

V. ASPECTOS ESENCIALES DEL DERECHO.

1.—Lo objetivo.

El problema de la Ley.

La racionalidad y autoridad de la norma.

El acondicionamiento del Derecho positivo por el natural.

2.—Lo subjetivo.

La facultad y el poder jurídico.

Actos humanos y actos del hombre.

Fuerzas determinativas.

La exterioridad.

Los tipos de derechos subjetivos.

VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Los problemas del «concepto» siempre han sido difíciles, delicados y, en ocasiones, hasta contraproducentes. Las cosas tienen una realidad que unas veces es íntima, otras se manifiesta de manera externa más fuertemente, y en las demás el sentido vulgar—que tantas veces es filosofía de la vida—, no hace sino aplicar a un lenguaje conceptual una realidad denunciada, a la que se intenta definir.

Por eso, no debe extrañar ese recelo del legislador—cuya sola existencia como tal órgano se justifica por una razón de justicia—para definir instituciones jurídicas, muchas de las cuales, incluso las civiles más sustantivas, llevan muchos años de existencia y de elaboración doctrinal y legal. Se prefiere dar el contenido, el objeto, los efectos. Parece como si el legislador, a cada paso, quisiera hacer uso de aquella sentencia evangélica, que en la calificación de la bondad, o malicia, y la de los hombres titulares de ellas, no configuró ningún tipo—ni siquiera dentro de una estructura, una raza, un idioma, un pensamiento—, sino que «por los frutos los conoceréis».

De ahí que tantas veces se haya acudido a lo analógico, y particularmente lo histórico, para llegar a la esencia de la institución de que se trate, la cual en no pocas ocasiones queda sin definir.

Ahora bien, el problema se complica cuando se hace objeto de estudio nada menos que el Derecho, en su dimensión más íntima, la que parece más sencilla y elemental: su concepto.

Hay una razón de dificultad que estriba en esa misma elementalidad. Para que el concepto de Derecho sea científico ha de ser claro y completo, lo que se ha llamado por algunos *omnicomprendensivo*, sin proposición jurídica, sin dar una definición que esté contenida en el mismo y sin ambigüedad alguna.

Escojamos unas cuantas definiciones: Ahrens define el Derecho como un principio que fija y arregla las condiciones con que los hombres pueden, individual y socialmente, perseguir sus objetos racionales. Kant, como conjunto de condiciones que limitan las libertades de cada uno para armonizar la libertad de todos. Schopenhauer dice que «Derecho es la negación de una injusticia». Krause, que «es el conjunto de condiciones exteriores conformes con la razón y necesarias para la vida orgánica social». Puchta, que «es condición común a todos los que componen la sociedad jurídica». Pascal lo entiende como aquello que es forzoso aceptar. Maeztu (1), haciendo principio del Derecho a una serie de problemas, incluso políticos, decía que «no sé cuantos años tendrán que transcurrir hasta que vivamos los españoles con arreglo a Derecho; pero sí que mientras no lo consigamos, lo que más valdrá de nuestras vidas será lo que de ellas dediquemos a lograrlo, y que no alcanzarán la medida de su dignidad sino en cuanto se consagren a esta conquista incomparable».

¿Qué nos dicen todas estas definiciones? Todas coinciden en un denominador común, casi mejor en una nota específica, que unos resaltan más y otros menos: o es lo forzoso dentro de la libertad, o es lo «imprescindible» para vivir socialmente. O es—como dice Fraga Iribarne—orden del Orden—, o, como lo entiende el Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Florencia, La Pira, razón basada en la necesidad, pues todo precepto que no responda a una necesidad, deja de serlo.

El problema tiene, incluso en su planteamiento, otras dimensiones, que vamos a intentar esbozar someramente.

(1) V. Maeztu, *Frente a la República*, selección y estudio preliminar de Gonzalo Fernández de la Mora. Biblioteca del Pensamiento Actual. Madrid, 1956, pág. 149.

II. SIGNIFICADOS DE «DERECHO»

No es lo mismo el problema del *concepto del Derecho* que el problema de la *definición del Derecho*. Con un criterio metodológico, estas dos cuestiones no sólo precisarían una determinación clara, sino que podrían ser objeto sólo de un trabajo especial. Pero sacrificamos toda esta problemática, un tanto casuística, por cuanto que aspiramos a estudiar la integración unitaria del Derecho dentro de los dos aspectos subjetivo y objetivo, dentro de la manifestación especial de justicia social, que son los verdaderos ingredientes de aquella integración.

1.—Lo etimológico.

Sabido es que el origen de la palabra Derecho es el supino *directum*, que a su vez deriva del verbo *dirigo*, que significa dirigir, compuesto de la voz *rego* (regir) y de la preposición *de*, que refuerza el sentido y significación. Por lo tanto, es lo *directo*, lo *recto*, lo *rígido*, y hasta lo *inflexible*, el significado de la palabra Derecho. Esta etimología está más cercana a la autenticidad de lo que es y significa Derecho, que no pocas de las orientaciones sobre la materia.

Todo lo que escape a esta rigidez, a esta inflexibilidad, no es Derecho. A veces es difícil distinguir un proceder justo de un proceder recto, o casi más bien no es posible. Se trata o existe la dificultad, sobre todo en el campo de aquellos procederes que aun siendo o debiendo ser justos no son estrictamente jurídicos, como pueden ser los actos de gobierno, políticos, gubernativos o semejantes, donde la discrecionalidad presupone la ausencia de lo inflexible (2).

(2) El problema ha sido puesto de relieve de manera concretísima en la Ciencia de la Administración. V. los distintos criterios señalados por García Oviedo en *Derecho Administrativo*, 5.ª ed., por Martínez Useras, tomo I, Madrid, 1955, pág. 7. Y los estudios de Royo Villanova, *La Administración y la política*, Rev. Ad. Públ., núm. 10, 1953; Marín Pérez, *El Capitalismo y el Derecho Privado*, RCDI, núm. 338-339, julio-agosto 1956, páginas 433-487.

Clavero Arévalo, en *Las formas políticas y la Administración del Estado*, separata de «Estudios Americanos», núm. 13, pág. 20, en atención precisamente al mayor o menor grado de lo «de Derecho», distingue los diversos tipos de administraciones públicas, diciendo que a la liberal le caracteriza la jurisdicción; a la absolutista, la discrecionalidad, y a la totalitaria, la politización de la Administración.

Ahora bien, aun en estos casos, cada vez más abiertamente, se quiere ver la necesidad de acomodar todos los actos al Derecho. Facundes (3) dice abiertamente que «todas las actividades de la Administración Pública están limitadas por la subordinación al poder jurídico, o sea, a la legalidad (4).

Por este mero ejemplo que hemos puesto, podemos ver que no es desacertado valorar en toda su fuerza la acepción vulgar y etimológica del Derecho como directo, recto, inflexible. Naturalmente que «lo justo» vendrá con anterioridad—como luego diremos—; vendrá como causa o motivo de esa *rigidez*. Pero la expresión inmediata del Derecho se condensa en ese camino de orden, de rectitud, en cuanto viene exigido no sólo por su razón intrínseca—el Derecho es eso o no es Derecho—, y además viene reclamado por la propia sociedad, de una manera tan imperiosa e inflexible—como en el mismo Derecho—, porque imperiosa e indeclinable es la existencia y sobrevivencia de las relaciones humanas.

2.—*Lo reglado.*

El Derecho como regla suele emplearse como concepto del Derecho. Nosotros entendemos que es más bien aspecto de aquél.

Por tal la acepción, Derecho será igual a conjunto de leyes, conjunto de usos y costumbres, conjunto de fuentes de un país, pueblo o comunidad. De aquí la denominación, ante este significado de Derecho objetivo, sobre la cual nos detendremos más concretamente.

3.—*Lo facultativo.*

Es lo que se ha denominado Derecho subjetivo, que también no puede entenderse como significado, sino como aspecto. Savigny habla de él «como poder del individuo», pero naturalmente, su poder no se explica ni justifica sino es por el previo y determinante Derecho, que es derecho objetivo.

(3) *O controle dos actos amministrativos pelo poder judiciario*, 1.ª edición, 1941, pág. 75.

(4) Es curioso cómo se ha querido mezclar lo «de Derecho», incluso en el juego de móviles políticos—V. Azcárate, Gumersindo, que en *El régimen parlamentario en la práctica* titula así uno de los capítulos: «Cómo, bajo la instigación de partido, el Derecho es sacrificado a la política».

4.—*Lo justo.*

El Derecho también ha tenido esa expresión de «principios de razón». Como Puig Peña dice (5), en este sentido se expresa la fórmula «es justicia que pido». Pero en realidad, los problemas de la justicia y del Derecho hay que tratarlos separadamente, no en la realidad de la vida jurídica, sino en el estudio e investigación, para poder dar a cada uno de ellos una medida y un criterio serenos que nos hagan más fácil la conjunción de ambos.

5.—*Lo científico.*

También los autores ponen un significado a esta palabra Derecho. Pero en realidad se trata de un significado gramatical, pero nunca científico ni de interés. Decir que Derecho es la ciencia que trata del mismo, es no decir nada. Quizá sería en todo caso útil hacer hincapié al hablar de esta significación en esa clase de ciencia, sobre qué normas y bases y hasta qué calificación se le podría dar. Nosotros entendemos que la única verdaderamente Ciencia del Derecho está en la Filosofía del Derecho, o en el Derecho natural. Las demás Ciencias jurídicas—si se admite un significado múltiple a una sola idea del Derecho como Ciencia—son disciplinas jurídicas, en las cuales lo científico de las mismas se basa en una elaboración especializada de unos principios que tienen de Derecho el *sustantivo*, pero cuyo objeto, cuyo contenido, está ya vertido en el *adjetivo*: civil, penal, hipotecario...

6.—*Lo histórico.*

Lo que ha sido el Derecho en la Historia, apenas puede tener interés cuando se trata de un problema de concepto. Un criterio historicista del Derecho puede ser interesante como estudio marginal, más bien de puro adorno. Pero el sentido omnicomprendivo, que decíamos al principio, no es característica que nos la brinde la indagación histórica. Del Vecchio afirma que la Historia nos dice únicamente qué es lo que vale actualmente y lo que valió anteriormente como Derecho, pero jamás nos dará un concepto genérico, universal.

(5) *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1942, pág. 3.

La relatividad del significado histórico del Derecho resalta más cuanto que lo que se quiere concebir y si se quiere materializar es algo, como decíamos al principio, claro y completo. La versión histórica nos puede reflejar o el espíritu de las instituciones, o el criterio de los hombres en orden a las mismas. El valor de la Historia, como maestra de la vida, o como lección a tener en cuenta, suma poco en cuanto que la permanencia y la integración unitaria del Derecho no es algo de cuya «experiencia» se haya de aprender poco o mucho, o de cuyo «escarmiento» se haya de obtener un aprovechamiento u otro. Naturalmente, lo que se ha podido hacer, o se ha prohibido, en un momento determinado, tiene no pequeña importancia, pero siempre en el reducido campo de una facultad o un mandato. Pero no cuando se trata precisamente de revisar todo ese reflejo externo, de orden legal, ante el concepto del Derecho.

Por eso se hace imprescindible, dentro de este significado, distinguir lo que es *legalidad* de lo que es *legitimidad*, ya que ambos términos se utilizan frecuentemente en sentido análogo, a pesar de que guardan profundas diferencias. La legalidad es la vestidura jurídica del precepto positivo, el cumplimiento de todos aquellos requisitos externos que son necesarios para imponer una obligación. La legitimidad es el ajuste perfecto de la norma positiva a los supremos principios del Derecho natural (6).

El Derecho ha sido esclavitud y libertad (7). Y dentro de ésta— como luego diremos— ha sido injusticia, libertinaje, y auténtica esclavitud. Lo histórico ante el Derecho es como la seguridad y la paz. La primera es garantía de una situación de hecho, la segunda

(6) La *legalidad* es acepción elevada a la categoría de principio en los Derechos positivos, especiales y concretos. *Principio de legalidad* se denomina aquel derivado de la función calificadora del Registrador, según determinan los arts. 18, 19 y 100, entre otros, de la Ley Hipotecaria. También los administrativistas han querido llevar a su terreno lo que denominan «principios de legalidad de acción administrativa». Véase *Acto administrativo en el Brasil*, Sa Freire, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado», junio 1955, pág. 51.

(7) A veces se debe una institución «justa», o al menos en su logro, a una serie de factores que no son sólo históricos, sino incidentales. Eugenio D'Ors explica en su *Glosario* cómo avanzaba la Edad Media, y aun persistiendo la esclavitud, a pesar de las doctrinas jurídicas del cristianismo contrarias a ellas, se hizo prácticamente imposible por un simple «invento»: el herraje de las caballerías, que permite «liberar» a los esclavos, «necesarios» para ciertas labores, de manera que «el yugo que afrontaba la frente del esclavo pasa a adornar la cabeza del percherón».

es situación de Derecho, como estabilidad de lo que está ordenado; es —como ha dicho Pío XII— *la tranquilidad en el orden*.

Como ha puntualizado Puigdollers, siendo filosófico el concepto de Derecho sólo podemos acudir a la Historia a posteriori. Y la mejor historia sería la del propio Derecho Natural, que en cierto modo viene a ser Filosofía «comparada» del Derecho.

Coincidiendo con esta tesis de Puigdollers, Fernández Miranda, en «El concepto de lo social y otros ensayos», dice que «la Historia muestra un abigarrado conjunto de tipos de Derecho, diversos y contradictorios, que justifica la famosa exclamación de Pascal: *Tres grados de elevación hacia el polo echan por tierra toda la jurisprudencia, un meridiano decide de la verdad; a los pocos años de ser poseídas, las leyes fundamentales cambian; el Derecho tiene sus épocas...*, *valiente justicia es la que está limitada por un río...* «Este pensamiento de Pascal —sigue diciendo Fernández Miranda— traduce una realidad innegable: la variabilidad y contradicción del derecho histórico».

III. DOCTRINAS Y ORIENTACIONES

1.—*Diversidad de puntos de vista.*

Así como hay diversas posibles acepciones ante el significado de la voz «Derecho», así también hay variedad de doctrinas que constituyen puntos de vista sobre su naturaleza (8).

Precisamente, por la raíz filosófica que tiene el Derecho, en cuanto a problema de concepto, ha sido tratado por los grandes filósofos, desde Aristóteles a Platón, Cicerón, Séneca y Santo Tomás, además de todas aquellas corrientes que ponen el fundamento del Derecho en la voluntad humana; o bien los que reconocen un orden especial y concreto de orden superior y fuera de ella; o aquellos que siguen a Kant al entenderlo como restricción de la libertad; o el idealismo subjetivista de Fichte o el utilitarismo de Bentham, o la Escuela Teológica (tradicionalista), o la tesis espiritualista de Trendelenburg, o el panteísmo de Hegel, etc. Doctrinas éstas, citadas a vía de ejem-

(8) Véase para ésta y otras citas a Giorgio del Vecchio, en *Filosofía del Derecho*, adiciones por Luis Recaséns, Bosch, Barcelona, 1935.

plo de esa variedad, que nos predica la diversidad de las mismas y la preocupación filosófica por el Derecho.

Con deseos de una simple orientación de nuestro trabajo, citaremos las doctrinas siguientes :

2.—*Doctrinas teológicas.*

Son aquellas que relacionan el Derecho con la Religión, en la cual tenemos los ejemplos de San Isidoro, San Agustín, Santo Tomás y Suárez, entre otros.

No es de extrañar el campo de los estudios de la Ciencia jurídica dentro de los teológicos, en cuanto que Derecho significa ante todo un orden, y la Teología viene a explicar y relacionar el mundo de seres racionales en Dios, al cual se le «estudia» —en pobrísima palabra humana— aparte de los problemas peculiares de toda Teología, en el concepto de Dios Creador, Dios Hacedor, Dios Ordenador, Dios Justo.

3.—*Doctrinas consensuales.*

Ven la naturaleza del Derecho en el consentimiento. Es la doctrina de Rousseau, mantenida por Irocio, Hobbes, Espinoza y otros. Rousseau distinguía (9) en toda acción libre, fundamentalmente dos causas productoras : una moral, la voluntad que determina el acto, y otra física, el poder que lo ejecuta. Esta doctrina que tuvo repercusiones enormes en la separación de poderes dentro del Estado, precisamente por aquella doble distinción, ven en el Derecho el poder de voluntad libremente consentido, incorporado a la persona, con preferencia al orden objetivo o natural de las cosas.

4.—*Doctrinas racionalistas.*

Fundamentan el Derecho en la razón subjetiva que impulsa el obrar humano. En este grupo podríamos citar a Kant y Fichte.

5.—*Doctrinas objetivo-positivas.*

Son aquellas que basan el Derecho en la existencia de un objeto

(9) *Contrato social*, lib. III, cap. 1.º

específico, y en torno a él una serie de verdades, que al propio tiempo ofrecen las dimensiones humanas, el poder de facultad que deriva de él, con una razón social, un sentido de lo justo y una responsabilidad en la libertad.

Puede decirse que estas doctrinas son todas aquellas que, desarrollando previamente la justicia, ponen el interés de su estudio en el objeto, y ello desde un punto de vista no sólo el religioso o teológico, sino también el positivo. De aquí que la doctrina del Derecho y su concepto haya sido desarrollada y planteada por los propios civilistas, como Castán, Federico de Castro, Puig Peña, o Alvaro D'Ors.

Castán la define (10) como «ordenación moral imperativa y normalmente coercitiva de la vida social humana con miras a la realización del bien común».

Federico de Castro (11) ya dice que «el Derecho natural es base del Derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la Ley Eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre».

Puig Peña (12) dedica un apartado especial para relacionar el Derecho positivo y el Derecho natural como contenido incluso objetivo de aquél.

Alvaro D'Ors (13) ha puesto de relieve no hace mucho las consecuencias de la no penetración del Derecho Natural Escolástico en la trama misma de las instituciones vigentes.

Ruggiero ha dicho (14) que la determinación de la justicia ideal no debe abandonarse al convencimiento íntimo y personal de los particulares, quienes, juzgando de la bondad intrínseca del Derecho positivo constituido, se forjan a su capricho uno diverso de los demás.

Por esta sola cita de autores, que estudian y manejan el Derecho desde el ángulo más objetivo, puede hablarse verdaderamente de esa corriente objetivista que hace ver un contenido justo, natural, o ideal, incluso hasta en las instituciones legales más positivas en una dimensión concreta de la vida jurídica.

A nosotros nos parece que este grupo de doctrinas u orientaciones, sin perder de vista los aspectos teológicos y filosóficos del pro-

(10) Derecho Civil, t. I, edic. 1941, pág. 16.

(11) Derecho Civil, Madrid, 1949, t. I., pág. 421.

(12) Obra citada, págs. 4 a 6.

(13) *Discurso inaugural leído en la solemne apertura del Curso Académico 1955-56*, Compostela, 1955, págs. 26 y ss.

(14) *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1929, vol. 20, pág. 18.

blema, son las que más luz pueden darnos hoy a un concepto del Derecho, para que éste, teniendo la suficiente estabilidad, pueda no parecer hoy inactual, asocial o ineficaz. La razón es porque en el Derecho partimos de su propio objeto, y junto al mismo ese conjunto de verdades que le dan contenido esencial, hilvanándose así en la propia idea, Derecho —su objeto particular— y su Verdad fundamental, sea moral, religiosa, de Derecho natural, de Justicia.

IV. LAS ESFERAS Y DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO

1.—*El concepto de la Libertad y el concepto del Derecho.*

El concepto de libertad, dígame lo que se quiera, va inherente al concepto de orden. Sin orden no hay libertad para moverse dentro de él y construir o hacer realidad aquel mismo orden. Además, sin orden, no hay posibilidad de valorar las tergiversaciones de esa libertad, es decir, para dar la medida exacta, el grado y la autenticidad de la propia libertad.

Como ha escrito el Padre Carro, comentando a Soto: «El concepto de bueno y malo, de justo e injusto, recto y no recto, debe tener al menos raíces más hondas en un orden que se nos impone, que encontramos preestablecido»...; «la ley está en función del orden que refleja, que traduce, que descubre en términos intelectuales». Ramiro de Maeztu, comentando estos textos, dice (15): «se trata de un orden independiente de nosotros, que tal vez se estableció para nosotros, aunque independiente de nuestra voluntad, pero que debemos de respetar, si queremos conseguir la perfección asequible a los hombres».

A pesar de que el concepto del orden juega un papel muy importante dentro de una concepción del Derecho, sin embargo, no es frecuente —al menos no lo hemos visto nosotros— desarrollar los problemas de la libertad dentro de aquella concepción, y eso que, como demuestra Cathrein (16), toda la ciencia jurídica depende de la *recta determinación* del concepto del Derecho y de que —como

(15) *Frente a la República*, ob. cit., pág. 152.

(16) *Filosofía del Derecho, El Derecho Natural y el Positivo*, traducción directa de la 2.ª ed. alemana. Madrid, 1945, pág. 81.

ha expuesto Bergbohm (17)—en el mismo tiene una no pequeña significación la coactividad.

El problema de la coacción es distinto del problema de la libertad. La primera viene determinada o condicionada por el concepto y el sentido de la libertad. Cuando los autores o el propio legislador manejan la coacción como elemento de una ley, lo hacen bajo un concepto, una idea de la misma, que es la gramatical a veces, y en otras, la expresión jurídica de ese orden a que tienen derecho. Pero los problemas de Derecho, orden y libertad viven en planos distintos. Cuando Holzendorff escribe (18), que «las leyes jurídicas comprenden lo que debe hacer el hombre bajo una garantía coactiva en el interior de una sociedad políticamente organizada», parece estar pensando en una coacción realizada en su realidad misma, es decir, como entidad objetiva, mejor que pensando en el individuo libre que hace posible la coacción precisamente a costa de su libertad.

Nuestro propósito en este punto —nuestro trabajo podía circunscribirse a este solo aspecto que acaso podamos algún día desarrollar— pretende únicamente llamar la atención sobre el extremo concreto: la libertad, como factor a estudiar dentro del concepto del Derecho. Y esto, porque no sólo juega un papel decisivo a la hora de fijar lo directo, lo recto, lo inflexible, como acepciones etimológicas, o el orden que lo impregna, o la coacción que le caracteriza, sino incluso porque en el desarrollo específico y positivo de sus instituciones se procede hoy a una revisión profunda, llegando a hablar de crisis del Derecho, precisamente a consecuencia del papel que está tomando «la libertad jurídica», como manifestación de la libertad general. Y así como no puede lograrse o admitirse plenamente un concepto del Derecho que no tenga una dosis filosófica importante, así no podremos trazar perfectamente el camino de la libertad jurídica, o el principio del consentimiento en la relación jurídica, sin una fuerte dosis, también filosófica, sobre la libertad.

San Agustín, que tan acertadamente estudió los problemas de la Ley Eterna y Ley Natural, dedicó en sus diversas obras (19) a la Libertad no pocos de sus pensamientos. Nos lo ha resaltado abierta

(17) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, pág. 73.

(18) *Principien der Politik*, 1869, pág. 85. Véanse también las citas de Ihering, Lasson y Stammler, cr. por Catheine, *ob. cit.*, pág. 84.

(19) *De libero arbitrio*, *De Trinitate*, *Contra Fortunatum*, *De Civitate Dei*, *Confesiones*, etc.

y recientemente Adolfo Muñoz Alonso, en un trabajo sobre «La Libertad en San Agustín» (20).

Si se observa el contenido de la doctrina de San Agustín sobre la Libertad, se verá que está alimentada de criterios de bien, de rectitud, de justicia, de caminos de orden y de fines humanos a cumplir dentro siempre de un orden. Dice San Agustín: «Si el movimiento por el que la voluntad se vuelve acá o allá no fuera voluntario y no dependiera de nuestra potestad, no podría ser alabado el hombre cuando gira hacia los bienes de lo Alto, ni podría ser tachado de culpa cuando gira sobre el quicio de su voluntad dirigiéndose hacia las cosas inferiores; ni cabría el aconsejarle que, dando de mano a las cosas inferiores, procure alcanzar los bienes eternos, ni cabría tampoco aconsejarle que no quiera vivir mal y que quiera vivir bien. Pues bien, si alguno opinara que no se deben dar al hombre estos consejos, quien tal opine debe ser excluido del número de los hombres». Y como comenta Muñoz Alonso (21), «San Agustín ve, palpa, encuentra la libertad en sí mismo... porque la libertad es condición de la voluntad... La voluntad es libre y es aprehendida intuitivamente como tal, y todo acto humano es la voluntad la que le ejerce, precisamente en cuanto libre. Sólo así, el hombre es responsable de sus actos».

Véase, pues, cómo el concepto de libertad es de un orden positivo, mucho más abierto que el de coacción, puesto que si el Derecho objetivo pone en dicha coacción la nota de su fuerza normativa, el Derecho subjetivo pone la responsabilidad como elemento correlativo a la facultad. De ahí que cuando se quiera estudiar el concepto del Derecho en un sentido *unitario*, aunque en sus *dimensiones* de objetivo y subjetivo sea preciso e interesante hacer relevantes los problemas de la libertad, dentro de una concepción filosófico-jurídica, para que así el Derecho nos ofrezca un mayor número de perspectivas posibles dentro de su propia unidad.

2.—Lo Natural y lo Positivo en Derecho.

Por más ahinco que tengamos en la esencia *jus naturalista* del Derecho, desde cuyo campo es como se debe de abordar más segura-

(20) *La Libertad en San Agustín*, «Revista Calasancia», núm. 2, abril-junio 1955, págs. 127 a 136.

(21) Véase trab. cit., *La Libertad...*, pág. 128.

mente el problema de su concepto, no podemos hacer omisión de referencia al Derecho positivo, su relación y su conexión con aquél. Ramiro de Maeztu, sin pretensiones jurídicas, pero con un sentido claro de lo que debe constituir principio y fundamento de lo político y de lo social, a cuyos temas se dedica con mayor profusión, no deja de advertir que «creemos (22) los cristianos que Dios nos instruyó acerca de la Ley al promulgar sus mandamientos, y que además del natural, a que los mandamientos pertenecen, existe el positivo, que es la traducción a las cambiantes necesidades de tiempo y de lugar de los eternos principios del Derecho Natural».

Lo Natural y lo Positivo, no cabe duda que son dos adjetivos del mismo concepto—sustantivo—, el Derecho. Gayo, en esa definición tantas veces repetida, decía hablando del Derecho que era «*quod quisque populus ipse sibi constituit ad ipsius proprium civitatis est vocatur que jus civile quasi fus proprium civitatis.*»

El sentido reiterativo de lo «propio» en Gayo no es—entendemos nosotros—sino la adecuación, la localización en espacio y tiempo del Derecho Natural. Con ese sentido de localización llega Ulpiano a distinguir el *jus naturalis*, *jus gentium* y el *jus civile*. Localización, o en otros casos deducción—que es localización intelectual—, que llevaba a Soto a decir que los jurisconsultos «sacan las leyes de las vísceras de la filosofía natural por medio de la razón y del juicio».

Ya hemos visto anteriormente el punto de vista de una serie de autores que dentro de las doctrinas que hemos llamado objetivistas discurren en la fundamentación del Derecho Positivo en las instituciones peculiares por caminos del Derecho Natural.

Ciertamente que lo positivo se forja muchas veces por factores que no son los de Derecho Natural. Mejor dicho, que en su elaboración lo natural parece no influye tanto como en ocasiones otros factores más tenues, como la *mayoría*, hecha posible por la libertad, como elemento integrante del propio concepto del Derecho, ejerciendo su fuerza sobre el orden que hace discurrir la vida jurídica. La libertad brota, pues, de la misma norma jurídica como consecuencia de su impulso y naturaleza, haciendo posible no sólo las tergiversaciones, claudicaciones o conductas torpes—al margen del orden que nos da el Derecho—, sino también la propia elección, la propia «redacción» y hasta la propia aprobación de la norma.

(22) *Frente a la República...*, ob. cit., pág. 152.

Se ha citado repetidas veces el caso de Pilatos, que no sabiendo la verdad, se asomó al balcón para preguntar a los judíos si debía absolver o condenar a Jesucristo. Lo *positivo* en el acto condenatorio de Pilatos está en la libertad de las turbas para opinar, y ello frente a lo *natural* de una conducta de Jesús que, a sus luces, era inocente.

El planteamiento del concepto del Derecho se hace a veces tan delicado, que hay autores que, como Cathrein (23), plantean las relaciones del Derecho positivo y Derecho Natural bajo dos rúbricas fundamentales: «Derecho Natural en sentido objetivo y Derecho Natural en sentido subjetivo»; y eso que parece más cierto: volcar todo el Derecho Natural sobre su fuerza normativa, objetiva, mejor que hacer derivaciones de aquél como (24) «totalidad de las facultades jurídicas que a uno pertenecen inmediatamente por razón del Derecho Natural objetivo y de relaciones dadas por la naturaleza misma», y sigue diciendo Cathrein: «Por ejemplo, el Derecho del hombre a su vida, su inviolabilidad, libertad, adquisición de propiedad, etc. Todos los restantes derechos se llaman Derecho positivo».

Nosotros creemos que el Derecho positivo no puede venir ni por eliminación del Derecho Natural subjetivo, sino por vía de conclusión o de determinación, como decía Santo Tomás, y hemos aludido anteriormente de un Derecho Natural en sí, es decir, sin descender a esa «totalidad» de facultades jurídicas».

La admisión, en cierto modo plena, del Derecho Natural entre las fuentes del Derecho positivo—concretamente, los principios generales de Derecho admitidos en el párrafo del art. 6.º del Código civil, o el carácter supletorio semejante que tiene en el Código austríaco; o la misma formulación del art. 1.º del libro preliminar del primitivo Código francés, al decir «existe un Derecho Universal inmutable, fuente de todos los derechos positivos; no es más que una razón natural en cuanto gobierna todos los hombres»—se refleja y se entiende sobre las bases no de las puras facultades subjetivas, sino del Derecho Natural.

Creemos, pues, que en el problema del concepto no se puede relacionar el Derecho Positivo *objetivo* y el Derecho Positivo *subjetivo* al lado o en relación con un Derecho Natural *objetivo* y un

(23) *Filosofía del Derecho...*, ob. cit., pág. 196.

(24) Cathrein, ob. cit., pág. 204.

Derecho Natural *subjetivo*. En ambos—Derecho Positivo y Natural—hay duplicidad de aspectos, pero éstos no deben de ser tenidos en cuenta cuando, tratando de precisar ese concepto —que, repetimos, es de un orden filosófico mejor que histórico o jurídico—, nos vemos obligados a abordar sus relaciones, sobre las cuales hay multitud de puntos de vista, sin necesidad de descender a los aspectos.

Lo natural del Derecho viene dado en sí mismo, y sólo cuando se concreta en «lo propio» de cada pueblo—siguiendo a Gayo—podemos hablar del positivo. La cuestión, pues, es previa a la de los aspectos. Casi más bien es problema de continente y contenido, de generalidad y especialidad, de deber ser y de ser realmente.

3.—*El sentido de lo justo.*

Siguiendo en la fijación de un objeto omnicomprendivo del Derecho, surge inmediatamente el problema de «lo justo» en él. De aquí, a su vez, todo ese tremendo mundo de problemas y relaciones entre la Justicia y el Derecho. Así como la Libertad, el Orden, o lo Natural, contornan el posible campo—más o menos abstracto—del Derecho, «lo justo» lo estrecha y circunda para llenarle de contenido y vida.

Las relaciones entre Justicia y Derecho han sido expuestas también en el mismo terreno filosófico del concepto del Derecho. Lasson (25) ya dice que «lo justo, como formando el principio sustancial del Derecho, ha sido primeramente analizado por Aristóteles, y con resultados perdurables; en él se ha resumido toda la evolución del concepto».

San Isidoro, en sus «Etimologías», afirma: «*ius dictum est quia est justum*». Y Santo Tomás, siguiendo a Ulpiano, «*ius a iusticia apelatum*»—en su «Summa Teológica» concibe el Derecho como objeto de la justicia: «*ius est objectum iustitiae*»—. Y Suárez, en «De Legibus», dice que «por más que al *jus* se entienda causa de la justicia, en el género de causa eficiente es efecto de la misma, dado que la justicia hace y constituye su objeto como las otras virtudes morales».

Ahora bien, lo característico de la Justicia, en su razón intrínseca y en su realidad externa, es que no se refiere nunca al mismo ser

(25) System der Rechtsphilosophie, 1882, pág. 223.

que obra, sino a los demás. No precisa una conducta personal vertida hacia sí mismo—como lo sería la templanza, la paciencia, el valor—, sino que se hace posible y se mide por los demás.

De ahí la necesaria distinción, ya clásica, pero siempre vigente, de:

Justicia	{	General	{	Conmutativa
		Particular		Distributiva

En esa *ordenación de partes al todo*—en que consiste la conmutativa—, o en la *del conjunto a los individuos*—distributiva—, hay dos mundos verdaderamente distintos, aunque no opuestos: el mundo del Derecho Público y el mundo del Derecho Privado. Dos acepciones nuevas que constituyen a su vez problema, en orden a su distinción y a su existencia reguladora y auténtica (26).

Entre lo recto, lo inflexible, lo directo del Derecho, y «lo justo» de la Justicia, hay un punto de relación inmediato, que es la razón de ser de aquella rectitud, de aquella inflexibilidad o sentido directo. La Justicia *da a cada uno su derecho*. Y éste lo concreta y lo modela en sus propias notas.

Naturalmente que el campo de «lo justo» tiene una multitud de dimensiones que no podemos tratar aquí, como «lo suyo», objeto de la justicia; la igualdad, como su forma general; la alteridad, como propiedad esencial; la santidad, como noción íntimamente ligada a esa «*constans et perpetua voluntas*», de que hablaba Ulpiano al definir la Justicia.

Todos esos ingredientes de la Justicia, en cuanto mira al todo y a las partes, no hacen sino informar las dos proyecciones de la vida del hombre, supuesta la sociabilidad. Si la Justicia viese lo suyo sólo en las partes, faltaría a sí misma al olvidar el *todo* que

(26) El problema de la distinción del Derecho Público y el Privado se ha recrudecido en los últimos tiempos, tras haberse agotado—en apariencia—en la doctrina científica anterior. Nosotros hacemos notar, sin embargo, que el verdadero terreno de planteamiento no debe ser el estrictamente de Derecho Positivo, sino este filosófico-jurídico de *lo distributivo y lo conmutativo*. Como criterio, no obstante, puede verse: Castán, *Derecho Civil*, tomo I, 5.ª ed., Madrid, 1941, pág. 16; Puig Peña, ob. cit., págs. 16-25; Savatier, *Les metamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, París, 1948. Y Eisseman, en *Droit Public, Droit Privé*, «Rev. de Droit Public», núm. 4, 1952.

exige y se exige a sí mismo «lo suyo», y lo mismo diríamos a la inversa.

El Derecho no hace sino aportar la expresión humana elaborada de la Justicia. Como el Padre Carro dice: «no se puede sostener el origen voluntario del Derecho, porque mata al mismo tiempo el Derecho y la Ciencia jurídica». Ese «lo suyo» del Derecho está también matizado en las propias especies de Justicia, y allí va a buscarlo el Derecho. Si la Justicia da a cada uno «su derecho», éste habrá de tomar en su concepto toda la fuerza de la virtud moral de la Justicia, en sus diversas especies, porque aceptar una sola de ellas sería dejar de lado toda la fuerza, justeza y precisión del propio concepto y del propio Derecho.

4.—*Lo social.*

A. *La Justicia social y las otras especies de Justicia commutativa y distributiva*

Cathrein habla de una especie más de justicia. Es la justicia legal. De ella dice (27) que «se dirige tanto al gobernante de la comunidad como a los miembros de la misma, pero no en igual manera; primero debe regular y prescribir por medio de leyes lo que es necesario para el bien general; los individuos deben cumplir lo prescrito y ordenado con el mismo fin. El primero semeja a un arquitecto que dispone el plan de conjunto y señala a los trabajadores su tarea; éstos tienen que realizar el plan trazado bajo la dirección y concurso del arquitecto».

La justicia legal así entendida no es sino el pórtico de esa otra que ya más modernamente ha venido calificándose de *justicia social*. La modernidad está en el vocablo, no en la existencia y sobrevivencia de esa especie de justicia, cuya sola nota básica es el sentido de comunidad, de bien común, que viene o ha venido marcándose en estos tiempos más acusadamente.

El fenómeno tiene una consistencia sociológica, económica, industrial y jurídica, o simplemente humana. Y desde el ángulo del Derecho, plantea nada menos que ese otro (28) de la socialización del

(27) Ob. cit., pág. 48.

(28) Este afán de hacer *social* todo Derecho ha llevado en los últimos tiempos a enfocar problemas jurídicos de manera nueva, verdaderamente

Derecho privado y la privatización del público. La propia contextura, tan rígidamente marcada y sostenida del Derecho Público, y la del Derecho Privado, ha sido preciso, en cierto modo, «sacrificarla» bajo el interés y la necesidad de una realidad social que se impone. Porque, o la resolvemos de frente, o nos arrolla en su propia fuerza.

Ciertamente que el problema ha surgido en una esfera de vida concreta, como ha sido el mundo del trabajo. Pero así como los problemas esenciales de otros tiempos se basaban en el descubrimiento de unas fórmulas de libertad—individuales y estables—, hoy todo el secreto de la sobrevivencia ya no se mide por formas de Estado y formas individuales coexistentes con él, sino que radica en la coexistencia social, que es convivencia, que es bienestar común y público, que es paz y, con frase pontificia, *tranquilidad en el orden*.

Esto impone un reajuste fundamental. Si los inventos, desde aquel de la máquina de vapor a los más recientes, obligan, en todas las horas, a un reajuste de fuerzas económicas de productividad y de desarrollo industrial, el progreso social y el progreso jurídico necesitan también un reajuste diario, que siendo, al tiempo, verdadero examen de conciencia para las fuerzas dirigentes y poderosas, sepan dar cauce y altura, asiento y lugar, a las relaciones humanas que viven y se desarrollan en él.

Las aportaciones de la Iglesia Católica en el terreno de lo social son hoy—en el propio terreno del Derecho y de la Justicia—las más acordes y las más eficaces que han podido establecerse. Si el término Justicia social no aparece (29) en la Encíclica «*Rerum Novarum*» de manera concreta, sí se encuentra ya en la «*Quadragesimo Anno*», y reiteradas veces. Primero, al examinar «los males tan profundos» que afligen a la sociedad moderna, siendo la Justicia social

novísima y revolucionaria. Dos ejemplos: uno, la proletarización del Derecho Civil, es decir, la calificación de éste como un derecho de clase. Véase Ripert, en *Les forces creatives du Droit*, París, 1955, y en *Le Regime Democratique et le Droit civile moderne*, París, 1948, págs. 401. Y Savatier, *Les metamorphoses*, ob. cit., págs. 286 y ss. Véase también cita (26).

El otro ejemplo es el afán de hacer públicas instituciones «clásicamente privadas». Véase Cicú, *Lo spirito del Diritto di famiglia*. Macerata, 1941. *Il diritto di famiglia*. Roma, 1915. *La filiazione*. Milán, 1927.

(29) Para una bibliografía ordenada y sistematizada pueden verse: *Doctrina social de la Iglesia*. Madrid, 1956, de Alberto Martín Artajo, Cuervo y Federico Rodríguez; Torres Calvo: *Diccionario de sociales pontificios*. Madrid, 1956, y *Colección de Encíclicas y cartas pontificias*. Publicaciones de la Junta Técnica Nacional de Acción Católica.

uno de los posibles remedios. En segundo lugar, al tratar del reparto de las riquezas naturales que no cesan de acumular los progresos de la economía. «Estas riquezas—dice el Pontifice—deben distribuirse entre las personas y clases, de suerte que quede a salvo la utilidad común de todos, o, con otras palabras, de manera que no padezca el bien común de toda la sociedad. Esta Ley de Justicia social prohíbe que una clase excluya a la otra de la participación de los beneficios. Dése, pues, a cada cual la parte de bienes que le corresponde y hágase que la distribución de los bienes creados vuelva a conformarse con las normas del bien común o de la Justicia social, porque cualquier persona sensata ve cuán grave daño trae consigo la actual distribución de bienes por el enorme contraste entre unos pocos ricos y los innumerables pobres». Y en tercer lugar, León XIII la invoca también al plantearse los problemas que pueden surgir para instaurar el salario familiar y las dificultades que pueden ofrecerse: «Si las circunstancias presentes de la vida no siempre permiten hacerlo así, pide la justicia que cuanto antes se introduzcan tales reformas que a cualquier obrero adulto se le asegure ese salario».

El propio Cathrein (30) termina el capítulo dedicado a la Justicia diciendo que «la Justicia nos da solamente el andamiaje, por así decirlo, del edificio social; pero no basta. La sociedad necesita no sólo la Justicia, sino también del amor del prójimo, generosidad, gratitud, cortesía, veracidad, fidelidad, etc. El justo da a cada cual lo suyo, el generoso o compasivo da lo propio a los demás, prescindiendo de toda ley positiva humana y ésta es también una función necesaria. Lo mismo puede decirse de la caridad, gratitud, etc.». Para Messner, la Justicia social es el conjunto de los deberes naturales en relación al bien común. Se trata de una nueva especie de justicia, distinta de la tradicional clasificación tripartita o complemento de ella. «Es indudable—dice Antoine—que la Justicia social abarca todas las diferentes especies de justicia».

Nosotros no hacemos problema de si esta Justicia social es antes, después o al tiempo que la conmutativa, distributiva o la legal. Lo que sí hemos pretendido es reflejar dentro del concepto del Derecho este sentido de lo social. Si quizá en el Derecho romano «lo propio» tipificaba el Derecho, ahora no es solamente ese «*proprium civitatis*» lo determinante como tal, sino más bien «*proprium bo-*

num» comune», que también integra el concepto de ley en Santo Tomás. Para desarrollar esta idea, vamos a dejar hablar al Cardenal Siri (31), que ha tratado de este tema concreto no sólo desarrollando el pensamiento anterior de la Iglesia, sino volviendo a las esencias evangélicas, precisamente con una plena actualidad, tan espléndidamente expuesta, que no hemos podido menos que hacer punto y aparte en este epígrafe de «lo social».

B. *Doctrina del Cardenal Siri*

a) *Los principios.*

El Cardenal Siri, para centrar todo el tremendo problema del mundo en que vivimos, que es problema de Verdad, de Fe, de Justicia, aunque muchos de tales valores se hayan de hacer efectivos por el Derecho, dedica una primera parte de su Pastoral a los Principios, situado precisamente en el centro vivo y esencial de Cristo, que coincide también con el centro y punto de partida de la humanidad, y su historia: «cuando se trata de orientaciones y principios no tenemos nada que aprender de ninguno que no sea Jesucristo, o que no hable en su nombre. Sólo se puede afrontar la cuestión social con esta clara y precisa toma de posición que, por basarse en una realidad infalible, está en condiciones de asegurar la certeza de nuestro camino».

Y entre esos principios, rubricados con sentencias evangélicas, están:

1.º *Lo que da Cristo*: «Los bienes materiales de producción y de consumo figuran entre las cosas que el «Padre» nos ha dado, pero cuando hablamos de ellos como si fuesen los únicos, ¿acaso no propagamos una mentira que se asemeja al asesinato? Tenemos dos manos: una vacía, la otra llena, y miramos a la vacía y nunca a la

(31) El Cardenal Siri, en su Pastoral al Clero genovés— *El camino pasa por Cristo*—, ha trazado un plan concretísimo, de principios y de aplicaciones de la doctrina evangélica sobre el mundo de hoy, basados en la luz teológica, moral y jurídica que, vertidas al Derecho, la justicia y lo social, son hoy un camino verdaderamente primordial en el afán humano de conjuntar todos esos elementos que construyen los cimientos básicos del vivir pacífico de los hombres. De ahí nuestro deseo de aportar a un concepto del Derecho sus ideas, tomadas en versión castellana de los números 23 y 24 de «Nuestro Tiempo», en páginas 3-43 y 3-25.

llena, y así llegamos a creer que somos más miserables de lo que en realidad somos».

2.° *La Providencia y fraternidad interesada por Cristo*: «En el plan de la Providencia del que depende también el bienestar económico y el progreso de los pueblos, el criterio sobrenatural es absolutamente predominante; decir otra cosa es salirse de la ortodoxia católica».

«¡Somos hermanos! No somos antagonistas, no somos sólo compañeros o camaradas, ni siquiera únicamente conocidos o amigos: somos hermanos.»

3.° *La lucha de clases*. «La idea de luchas de clases no es admisible para Jesucristo, y quien usa tal palabra pretendiendo ser cristiano, puede estar seguro de haber agotado su cristianismo hasta el punto de haber preferido cualquier otro profeta en lugar de Jesucristo, sirviéndose de Jesucristo no ya como el Maestro Divino, sino como de una pantalla con que pudorosamente se cubre.»

4.° *Dios, Señor y Legislador Universal*. «Sólo Dios es Absoluto; por tanto, su Voluntad y su correspondiente manifestación en la Ley Divina superan de modo absoluto todo... El Estado no es absoluto... Tampoco es un absoluto la colectividad humana..., no es absoluto ningún ideal humano, aunque se presente revestido de justicia y de progreso.»

5.° *Ley natural y ley positiva*. «La ley natural da normas para el individuo, para las sociedades menores, para la comunidad humana y para la economía... La ley positiva divina y la ley natural trazan un cauce a lo largo del cual la vida humana puede desarrollarse provechosamente; forzar sus orillas—aunque lo hagamos alucinados por brillantes planes—, produce catastróficas inundaciones.»

6.° *La persona, en su autonomía y como «límite»*. «La distinción o «autonomía de la persona» le garantiza algo que es ciertamente «suyo» y no de «otros», estableciendo una reserva, un límite, que no se puede pasar sin provocar una evidente ruptura del orden... La persona humana, tan claramente calificada por toda la Revelación divina, pone límites evidentes a todas las demás instituciones hu-

manas, incluso aquellas a las que debe ser sometida, como la familia, las sociedades intermedias y el Estado.»

7.º *La socialidad.* «No se hace con los demás, a costa de los demás, con el sacrificio y quizá con la ruina de los demás...; nuestro papel no es ciertamente el de desencadenar el odio en nombre de la justicia, en aventurar una opinión formada con ligereza sobre principios y hechos muy complejos, sino el de formar a los fieles en la «socialidad», es decir, en el conjunto de virtudes que los harán sociales.»

8.º *Desprendimiento del corazón y caridad.* «La doctrina moral del desprendimiento del corazón de los bienes terrenos es el «verdadero límite» y el «único límite realmente operativo» impuesto a la propiedad, a sus exageraciones y al egoísmo humano.»

«La caridad no es sólo algo que pone de relieve un estado de miseria, sino que es, ante todo, un acto de amor; un calor del que, en realidad, la temperatura moral del mundo no podrá nunca prescindir.»

b) *Aplicaciones.*

Con esta exposición escueta, que no precisa comentario alguno, nos podremos adentrar en una serie de aplicaciones concretas que, únicamente a título de invitación—para no desviarnos de nuestro tema central—, extractamos a continuación:

1.ª *Las mejoras sociales.* «Las mejoras sociales queridas por Cristo representan una meta que, en su conjunto, es mucho más elevada que la que pretende alcanzar, en buena o mala fe, cualquier ideología humana.»

2.ª *La dinámica social.* «La dinámica social de Jesucristo es más fuerte que las demás.»

«El comunismo y el socialismo están rabiosamente en la derecha. No es sólo cuestión de cambiar la titularidad de los bienes o de reunirlos en manos de la colectividad—que equivale a decir en manos de uno o de pocos—para que el mundo vaya adelante; más bien se trata de renovar estructuras y relaciones según justicia, de modo que

se logre un aumento de dignidad y bienestar para cada hombre en el cuadro del bien común.»

3.^a *Concepto y sentido de la justicia.* «Al redimir a la persona humana y al elevarla, por tanto, Cristo, en su Evangelio, define lo que a la persona corresponde y lo que emana de ella : su integridad, su libertad, su derecho.»

«El derecho es correlativo a la justicia, y en la medida en que existe da existencia a la justicia. O sea, que afirma plenamente el concepto de justicia.»

«Todos los hombres tienen derecho a una razonable distribución de la tierra, y si la correspondiente relación hubiese sido alterada sin razón e injustamente, tienen derecho a invocar, en forma debida, una redistribución, o sea, una mejor distribución.»

«El Evangelio, al establecer que la autoridad es un servicio, ha afirmado—el todo contiene a la parte—la obligatoriedad de la justicia distributiva. Dando a la autoridad un contenido con fundamento divino, ha enseñado la validez de la justicia legal.»

«Todas estas formas de justicia se requieren para que el hombre sea protegido, para que el pobre obtenga lo que es suyo... Como el Evangelio proclama simultáneamente la necesidad de la justicia global y la dignidad de la persona humana, establece el fundamento auténtico y completo para la valoración del trabajo, en cuanto que no puede ser una pura vocación económica, sino que debe ser valoración humana.»

4.^a *El equilibrio del orden social.* «Los términos «hombres», «alma», «cuerpo», «libertad», «propiedad», «iniciativa», «familia», «derecho», «justicia», «poder», «coacción», «pena», «comunidad», «Estado», «asociaciones menores», «interés privado y público», «ley», «economía», «técnica», «ciencia», «cultura», deben ser salvaguardados, porque han sido establecidos por el Creador y condicionan objetivamente el vivir humano. No sólo hay que salvaguardarlos, sino armonizarlos entre sí.»

«La libertad tiene que armonizarse con la ley, y esto no es posible si se excluyera la conciencia y la ley eterna de Dios.»

«Dar a la comunidad es un bien cuando lo que se da repercute sobre los individuos. Sólo este movimiento de «reflujo» hace humana la cesión de derechos, bienes y funciones a la comunidad. Si este

reflujo no tiene lugar, surgen en primer término las oligarquías, y a continuación—fatalmente—, las anarquías o las dictaduras tiránicas.»

5.^a *La justa situación social.* «Las leyes pueden asegurar muchos derechos, pero si el poder que a veces resulta de la confluencia de hechos extraños a la ley no está regulado por la conciencia moral, es capaz de alterar las leyes.»

«La legislación debe ocuparse de todo, y el poder regulador de la ley ha de ser tan extenso como lo son las relaciones humanas... El Estado tiene derecho de hacer cuanto sea necesario u honestamente al bien común, y puede para ello exigir sacrificios a los ciudadanos... Error trágico ha sido, efectivamente, haber considerado dos únicos sujetos de derecho—individuo y Estado—, mientras que entre el individuo y el Estado se encuentran la familia y todas las posibles asociaciones menores.»

«... Que el orden basado en la libertad y en el respeto garantice el máximo de bienestar común; que vivan todas las instituciones y las fuerzas justamente ordenadas a la transformación de lo que debe ser transformado... Cristo no da sólo la Ley, sino también el hombre que la observa. No estimula solamente el ordenamiento que favorezca la más perfecta igualdad entre los hombres—por la fraternidad—, sino que pone ante sus ojos motivos tan verdaderos y tan fuertes que le sostienen en la lucha contra aquellas pasiones que destruyen el acuerdo entre los hombres y la primacía del bien común.»

V. ASPECTOS ESENCIALES DEL DERECHO

De un planteamiento general del concepto del Derecho, ceñido más tarde al punto más concreto de *lo natural, lo justo y lo social* en el mismo, vamos ahora a constreñir más nuestro estudio a los dos aspectos más esenciales del Derecho: lo objetivo y lo subjetivo

1.º *Lo objetivo.*

El Derecho, en el sentido objetivo, implica el estudio de la Ley. Ya en Grecia se distinguía perfectamente esta acepción del Derecho

de la anterior examinada, y ha venido siendo uniformemente empleada en toda la Ciencia Jurídica. Basta, además, ver la acepción vulgar y la denominación con que se ha hablado de Derecho de las Doce Tablas, Derecho Romano, Derecho de Castilla, Derecho del Trabajo, Derecho Social, etc.

Realmente, el problema del Derecho objetivo es el problema de la Ley. San Isidoro, al referirse a la Ley positiva, decía que ha de ser «honesta, justa, posible, en conformidad con la naturaleza, en armonía con las costumbres del país, conveniente por razón del tiempo y lugar, necesaria, útil, clara, no sea que en su oscuridad oculte algún engaño, establecida para utilidad común de los ciudadanos... Ley será solamente aquello que habiendo sido establecido por la razón, esté en armonía con la religión, en conformidad con la disciplina y sea para incremento de la salud pública.»

No puede intentarse cuestión alguna sobre el concepto del Derecho sin tener a la vista las dos clásicas definiciones de Ley de Santo Tomás y Suárez. El primero la define como *ordinatio rationis ad bonum comune et ab eo qui curam comunitatis habet promulgata*. Y el segundo como *preceptum comune iustum ac stabile et sufficienter promulgatum*.

Estas definiciones y las que sitúan la Ley dentro de la objetividad de la norma, y bajo el prisma siempre de la justicia—con reflejo inequívoco en muchos casos de los que de virtud moral tiene—, gozan de la ventaja de ajustarse al sentido auténtico de su razón de ser. Neucamp explica que la palabra Ley, originariamente usada sólo para designar las relaciones políticas y morales, pasó traslaticia—mente a las leyes naturales, entendidas éstas como «nada más que abstracciones».

De esta forma parece que se ha ido en un sentido inverso al normal, porque lo lógico sería descender de las leyes naturales al campo de las leyes políticas y morales, que son la expresión vulgar, ordinaria y tradicional de la palabra Ley. Por consiguiente, lo cierto de aquella relación traslaticia debe ajustarse a un momento del Derecho y no a todo el problema conceptual del mismo.

Los dos elementos que integran la Ley, con carácter fundamentales, son la *racionalidad* y la *autoridad*. Esencia de la misma es el *imperium*, y precisamente al buscarle una explicación, han surgido los dos grupos: intelectualistas y voluntaristas. La cuestión es de máxima trascendencia, pues si se considera el *imperio* como acto

propio de la voluntad, la Ley será producto de ésta, y si, por el contrario, se juzga como privativo de la razón, habrá que buscar en ella sus fundamentos. Santo Tomás sustenta este último criterio, pues la razón precede a la voluntad, y si bien la facultad de elegir corresponde a esta última, esa elección se hace entre los distintos bienes que se le ofrecen.

Es también dentro del orden del Derecho objetivo donde se plantean, concretados, los aspectos teóricos puestos en juego por las doctrinas consensuales o racionalistas. Pero aquí no cabe duda que resalta, dentro de la Ley, *la autoridad*, mejor que la *racionalidad*. Esta deriva del Derecho en sí, mientras que la autoridad va ligada a la fuerza misma de una realidad legislativa y de un poder legislador, además de la intrínseca de la norma.

Lo objetivo del Derecho—como ya hemos advertido anteriormente—lleva a algunos autores a relacionar el Derecho Positivo con el Derecho Natural. Nosotros creemos que el planteamiento ha de hacerse previamente a determinar lo objetivo y lo subjetivo del Derecho, porque si no, caemos en el equívoco de ofrecer unilateralmente un Derecho Natural objetivo y subjetivo ante un Derecho positivo de distinta índole.

No obstante, concretado ya el aspecto de la Ley como manifestación suprema del Derecho objetivo, cabe, si no en el planteamiento, sí en las notas características, preguntarnos la necesidad de una Ley positiva, justamente porque el Derecho Natural no es Código, sino conjunto de principios. Platón afirma que «si los hombres vivieran sin leyes, en nada se distinguirían de los animales más feroces».

El pensamiento agustiniano se ha interpretado un tanto torcidamente, pues el Obispo de Hipone funda el Derecho positivo no en el pecado original, sino en la sociabilidad humana. Parece como si el estado de gracia no fuese un estado de orden. Por eso han de resaltarse siempre los planos distintos en que se desarrolla la libertad y la coacción. Esta sí que es fruto de una situación posterior, porque brota de la eficacia de la Ley, no de su esencia. Precisamente por el pecado y la libertad ante él, la Ley que tiene una contextura natural puede resultar ineficaz, y la ineficacia se mide hoy no sólo por la fuerza de su incumplimiento o cumplimiento, sino por la sociabilidad en que se inspira y a que tiende.

La necesidad del Derecho objetivo viene impuesta precisamente por la necesidad del Natural. Y aquí es donde el problema de su

derivación puede hacerse no como problema conceptual, sino como problema de necesidad.

Así, el dominico francés Renard señalaba las condiciones de la influencia del Derecho Natural en el positivo en las siguientes :

- 1.^a Condiciones del medio social
- 2.^a Posibilidades y conveniencias de la coacción.
- 3.^a Preocupación de consolidar el orden establecido.

Por la primera condición, el medio social hace no variar el Derecho Natural, sino impregnar el sentido del Derecho objetivo de unas realidades que son naturales, concretas y específicas. De una Ley mosaica primitiva, por ejemplo, que permitía la poligamia, a otra Ley nueva que la abolió, sólo media el medio social ; que a veces de los mismos principios se llega a soluciones legales distintas.

Pero las posibilidades y conveniencias de la coacción no siempre el Derecho Natural, con el imperativo de su propia «naturalidad», puede volcar toda su fuerza coactiva ante una realidad determinada. El sentido de prudencia legislativa—lo más y lo menos en ella es siempre peligrosa, aunque no por eso debe ser olvidada—, dará en un momento determinado cauce a la instauración del orden jurídico deseable. He aquí cómo el Derecho Natural constituye una desiderata del Derecho objetivo.

Finalmente, la preocupación por consolidar el orden establecido da al Derecho objetivo la continuidad, la estabilidad, la permanencia dentro de su íntima esencia legal. Los problemas de derogación de la Ley se basan precisamente en su continuidad, aunque la situación que originó la norma se haya diluido en su propia regulación normativa.

2.º *Lo subjetivo.*

Nos queda por comentar la acepción segunda del «Derecho», el Derecho subjetivo. Esta, como la anterior, suele explicarse con un simple juego de mayúsculas y minúsculas. Parece que el derecho objetivo se hace sinónimo de *Derecho* y derecho subjetivo de *derecho*.

El planteamiento puede hacerse bajo el prisma de *derecho-deber*, o simplemente como acepción especial.

Cathrein (32) lo define diciendo que es la facultad de poseer o

(32) Ob. cit., pág. 62.

de exigir algo como suyo y disponer de ello para su propia utilidad con exclusión de los demás. Esta facultad deriva de que el Derecho en general es regulación de acciones humanas. Y para su desarrollo, para su verdadera concreción y hasta ejecución, hay que apropiarse al patrimonio del de un sujeto los hechos, las cosas o las relaciones por las que discurre la vida jurídica para dar contenido y efectividad a la propia relación.

De aquí esa doble distinción de acciones humanas y acciones del hombre, en las cuales juega un papel básico aquella libertad de que hablábamos al principio, y la exterioridad.

El problema de la libertad ante el concepto del Derecho juega un papel distinto ante el problema del aspecto concreto del derecho subjetivo. En el primero, vemos la libertad junto al orden; en el segundo, junto a otro orden concreto y específico. Aquí se trata ya de conjugar el deber correlativo al derecho que *facilita* los suyos y el poder humano de liberación.

Luño Peña clasifica las causas determinantes de los actos humanos en:

- 1.º Fuerzas naturales.
- 2.º Fuerzas sobrenaturales.
- 3.º Fuerzas sobrenaturales y divinas.

Todas estas fuerzas, de encontrarse, sería ante un imperativo de Derecho, precisamente allí donde—como entona San Agustín—«los pastores la cantan en los montes, los poetas la celebran en los teatros, el vulgo en sus fiestas, los eruditos en sus bibliotecas, los profesores en sus cátedras, los Obispos en el santuario y el género humano por todo el mundo». Pero ante el *derecho-facultad*, la libertad va impuesta dentro de la fuerza del derecho objetivo, viene determinada necesariamente dentro de él. Es la norma jurídica la que le da el campo de las relaciones, la que limita su alcance y su poderío. Pero esto no es determinismo, sino adecuación, desarrollo natural y norma del Derecho. No podemos hacer de lo que no es lo que es. Lo exacto, por el contrario, es indagar la dimensión natural de los *derechos-facultad*, y para ello nada mejor que acudir al propio derecho objetivo.

La exterioridad nos marca el sello de una posible distinción del *derecho subjetivo-deber* y la *norma moral deber ser*. Aquí seríamos

prolijos en la exposición de todo el grandioso mundo de problemas y doctrinas sobre la separación de la Moral y el Derecho.

Pero nosotros damos por sentado que no se puede hacer problema de la separación de Moral y Derecho, cuando de lo que se trata es de valorar el principio de unión que existe entrambos. Es conocido el ejemplo de Santa Teresa, en «Las moradas», de las dos velas de cera: si se juntasen tan en extremo que toda la luz fuese una, o que el pábilo, la luz y la cera fuese todo uno, aunque después bien se puede apartar una vela de la otra y quedar dos velas o el pábilo de la cera.

Esa exterioridad del Derecho tiene no pequeña relación con la alteridad de la justicia, es decir, aquel mirar hacia *los demás* de la Justicia, que le hace, no adentrarse ni buscar su perfección en sí misma, sino en los demás, en los otros.

Toda actuación de una persona, en orden a sus derechos subjetivos, impone en los demás una serie de condiciones que puede ser de tres tipos:

- 1.º Respeto o actitud meramente pasiva.
- 2.º Ejercicio de determinados actos.
- 3.º Entrega de determinados bienes.

Actitud, actos y bienes, son los elementos objetivos del derecho subjetivo. Y sobre ellos actúa a su vez la *trinidad unitaria* de la justicia legal, la distributiva y la conmutativa. Las exigencias sociales recíprocas se tornan en facultades de uno u otro sentido, en un devenir un jurídico que patentiza la mayor o menor atención del todo a la parte y a la inversa.

Lo cierto es que el derecho subjetivo, precisamente por el sentido social que lo impregna, cada vez va perdiendo su actitud pasiva y que *acto y bien* confluyen en una idea común, que es la que, aunque originaria de «lo social», matiza el mismo derecho objetivo, y anteriormente el Derecho, y se traduce en la realidad de los derechos subjetivos. Por eso, porque se trata de la concreción última del Derecho, es decir, en cuanto que se pone en contacto, movimiento y vida con el cuerpo social, ha podido decir Becker que el «derecho subjetivo es la piedra angular del edificio jurídico».

VI. CONCLUSIONES

1. El Derecho tiene un objeto propio, que es regular las acciones humanas bajo el norte del bien común. Sobre el objeto dicho existe una serie de principios fundamentales o verdades que nos dan aspectos básicos del mismo, dentro del Derecho como Ciencia que es.

2. El problema del concepto del Derecho empuja el de su definición, y correr el riesgo de definir lo que primeramente hay que conceptuar, puede ser interesante ante una institución concreta determinada, ante la cual el propio legislador huye de su definición, pero no cuando el concepto entraña en sí mismo todos los elementos valorativos para su comprensión e identidad. Es como si ante una realidad indefinible de un amor mutuo, se pretendiera definir explicativa o suficientemente ese mismo amor.

3. El sentido etimológico del Derecho, como *directo*, *recto* o *inflexible*, da base más que suficiente para orientar en él su concepto, y poder luego, en premisas sucesivas, hacer llegar a la intimidad de aquél los otros aspectos de la cuestión.

4. Por ser filosófico el concepto de Derecho, no se puede ni se debe acudir a la Historia sino *a posteriori*.

5. La exacta doctrina puede estar en saber conjugar lo teológico de la *virtud* Justicia, con lo racional, voluntario o simplemente *humano* del Derecho.

6. La objetividad de la norma hace más fácil buscándola en las instituciones jurídicas, y logrando su relación e integración expresa en las del Derecho Natural.

7. El problema de la libertad debe venir en el primer plano del concepto del Derecho, y no en los aspectos específicos del Derecho subjetivo, aunque ello no quiere decir que éste no los tenga. Y ello porque lo *directo* del Derecho presupone un orden por ser él mismo *Orden*, aunque recto e inflexible. Por eso a su vez son distintos los problemas de la libertad y de la coacción.

8. Lo natural y lo positivo del Derecho han de ambientarse en la amplitud de las ideas, sin descender a los extremos del Derecho

Natural objetivo o Derecho, Derecho Natural subjetivo, de un lado, y Derecho Positivo objetivo y Derecho Positivo subjetivo, de otro.

9. El sentido de lo justo no hace sino ceñir el objeto del Derecho y nos lleva a examinar los problemas generales de la Justicia en sus distintas especies.

10. Lo social se impone dentro del propio concepto del Derecho. Porque si la Justicia es virtud que mira a *los demás*, el Derecho vierte a ellos en su más adecuada dimensión de lo individual y lo comunitario, que es lo social.

11. Lo objetivo y lo subjetivo son los aspectos esenciales del Derecho, y miden no sólo lo normativo, la coactividad y lo externo, sino también la eficacia, la necesidad, y el *patrimonio derecho-deber* por el cual se hacen realidad las razones filosóficas, morales e intelectivas del propio Derecho.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

Ayudante de Derecho Natural. Registrador
de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

HEREDERO: EL PODER QUE CONFIERE ESTA CUALIDAD LE FACULTA, EN EL ORDEN PATRIMONIAL, PARA ADQUIRIR TODOS LOS BIENES QUE INTEGRAN EL HABER HEREDITARIO, Y POR ELLO, SI CADUCAN O SE INVALIDAN LAS DISPOSICIONES ESPECIALES CONTENIDAS EN EL TESTAMENTO, LOS BIENES QUE COMPRENDAN ACRECEN A LA MASA HEREDITARIA.

Resolución de 29 de noviembre de 1956. (B. O. del 18 de enero de 1957.)

El 23 de enero de 1934, ante don Pedro Gutiérrez Peña, Notario de Calahorra, otorgó testamento doña A. G. B., sin herederos forzosos, en el que nombró albaceas solidarios a don F. S. P. y don J. G. A., con la facultad especial, a más de las generales que establece el art. 1.057 del Código civil, de enajenar en pública subasta dos casas que pertenecían a la testadora, sitas en Calahorra, y todos los muebles, para con su importe pagar deudas y gastos, aplicando el sobrante si lo hubiere «con arreglo a las instrucciones que tienen recibidas de puño y letra de la testadora» (cláusula tercera). Según la cláusula cuarta del testamento, «del remanente que quedare de sus demás bienes, derechos y acciones instituye y nombra por su única y universal heredera a su prima carnal doña F. I. B.».

Doña A. G. falleció el 17 de febrero de 1946 bajo el testamento relacionado. Uno de los albaceas nombrados, don F. S., había fallecido con anterioridad. Y la heredera instituída, doña F. I., requirió notarialmente por medio de mandatario al otro albacea, don J. G., para que confirmase las siguientes afirmaciones : a) que la causante doña A. G. no le había dado ni de palabra ni por escrito las instrucciones a que alude en su citado testamento sobre la inversión del posible sobrante del precio que obtuviera con la venta de las casas que tenía en Calahorra ; b) que la poderdante, doña F. I., como heredera de la finada, había satisfecho todos los gastos de entierro, funeral y última enfermedad ; c) que tanto la otorgante como su finado esposo le manifestaron que no se conocían deudas de ninguna especie de la sucesión ; d) que a los pocos días de la muerte de la causante, requerido el señor G. manifestó a la señora I. que no aceptaba el cargo de albacea que se le había confiado, por ser la requirente heredera única, no haber gastos ni deudas que satisfacer y no haber recibido instrucción alguna de la causante en contra de lo indicado en el testamento, por lo que su albaceazgo no tenía cometido propio ni justificación su intervención en la testamentaria ; f) que desde el fallecimiento de la causante no ha habido reclamación de crédito ni conocimiento de deudas existentes contra la testadora, y que el requerido confirmó todos los extremos anteriores, según consta en acta autorizada por el Notario de Calahorra, don José Grande Martínez.

Que presentados en el Registro copia del testamento de doña A. G., con una instancia en que se hacía constar la no aceptación del cargo en tiempo oportuno del albacea sobreviviente y se pedía la inscripción de las dos casas sitas en Calahorra que formaban parte del caudal hereditario, fué calificada por la siguiente nota : «Denegada la inscripción de las dos primeras fincas, únicas en las que se solicita, comprendidas en la precedente instancia, presentada juntamente con el testamento de doña A. G. y otros documentos complementarios, porque, a tenor de las cláusulas tercera y cuarta del citado testamento, la solicitante, doña F. I., no ostenta respecto precisamente a los dos inmuebles cuya inscripción se pretende, el carácter de heredera testamentaria de doña A. G., invocado en el escrito presentado como título de la adquisición. Y estimándose insubsanable dicha falta, no se extiende tampoco anotación preventiva».

Interpuesto recurso por la interesada, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

«Que por la muerte de uno de los albaceas y por haber renunciado a su cargo el otro, es necesario decidir si los dos inmuebles que para pago de deudas les habían sido adjudicados en el testamento pueden estimarse comprendidos en la institución de heredero hecha a favor de doña F. I., o si, por el contrario, se deberá proceder respecto de ellos a la apertura de la sucesión intestada.

Que la frase empleada en el llamamiento hecho a favor de la heredera—«en el remanente de sus bienes»—, como expresó la Resolución de 25 de agosto de 1923, reproduce una corriente e incorrecta fórmula notarial que responde más a un concepto económico de la herencia que el jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, y especialmente reflejado en los arts. 659 y 661 del Código civil, puesto que las instituciones en el remanente, cuando no afectan a determinada categoría de bienes, comprenden la universalidad de ellos y no pueden estimarse desvirtuadas por el empleo del adjetivo «demás» que supone una redundancia en los términos usados.

Que la aplicación de las normas fundamentales de nuestro Derecho Sucesorio han dado lugar a que en la redacción de las disposiciones de última voluntad, después de las declaraciones, mandas y legados que disminuyen el haber hereditario, aparezcan las cláusulas de institución de heredero hechas con frecuencia en el remanente no por el propósito del testador de circunscribir el llamamiento a una parte de la herencia y excluir determinados bienes de ella, sino como necesidad de respetar la eficacia de las disposiciones a título singular, previamente establecidas.

Que el poder que confiere la cualidad de heredero faculta en el orden patrimonial para adquirir todos los bienes que integran el haber hereditario, y por ello, si caducan o se invalidan las disposiciones especiales contenidas en el testamento, los bienes que comprendan acrecen a la masa hereditaria, y como quiera que en este caso la adjudicación hecha a favor de los albaceas ha perdido su validez, corresponden dichos bienes a la heredera, con lo que, además, se favorece el cumplimiento de la voluntad de la testadora, puesto que se mantiene el derecho de los acreedores, dado que la

responsabilidad del heredero se halla especialmente proclamada por el art. 1.003 del Código civil.»

* * *

El regusto romanístico de la precedente Resolución es bien patente.

Una disposición del Código de Partidas—Ley 14, tit. III, partida 6.^a—, inspirada en aquel sistema, expresó que cada heredero tiene a su favor una vocación por la totalidad de la herencia, sólo limitada por la coexistencia de otros herederos.

Por ello ha podido decirse que, así entendido, el derecho de acrecer era más bien un derecho de no decrecer («jus non descrescendi»). Y que por la disposición referida resultaba ser el derecho de acrecer *necesario*.

Pero al declarar la Ley única del tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá la posibilidad de morir parte testado y parte intestado, surgió la discusión entre los antiguos autores sobre si había quedado o no derogada la *necesidad* del derecho de acrecer.

Como es de suponer, nos estamos refiriendo al derecho de acrecer de segundo grado o supletorio, que si bien tiene plena actuación en las regiones de Derecho romano, como lo demuestra, respecto de Baleares, la Resolución de 26 de diciembre de 1942 (págs. 190 a 193, año 1943, de esta Revista), no parece tan clara en las de Derecho común.

La existencia de este «jus acrescendi» responde plenamente —dice el maestro Roca— a la lógica institucional de la sucesión romana, íntimamente ligada con la *figura de la «institutio ex re certa»*; queda plenamente justificada y guarda absoluta concordancia con la idea central del ordenamiento sucesorio romano, que ve en el heredero una especie de monarca, en el cual destaca más bien su condición semifuncionarista de sucesor en el cargo de soberano doméstico que la de un vulgar adquirente de bienes. La «asignatio» es irrelevante frente al «nomen heredis», y por ello en esta ocasión el que asume este título de heredero extiende su dominación sobre todo cuanto quede vacante de la herencia por inoperancia de los llamamientos testamentarios («Estudios...», pág. 22 y siguiente, volumen II).

Pero en la revisión de ideas clásicas, y como consecuencia de la

derogación del principio «nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest», el instituído en cosa cierta será considerado legatario. De ahí el art. 768 del Código civil, igual al 628 del Proyecto de 1851.

Por otra parte, ¿es que el «nomen» debe ser superior a la intención? ¿Y no es la voluntad ley de la sucesión?

Como dice el Registrador, dada la minuciosidad con que la causante se expresó respecto al destino de las casas en cuestión en la cláusula 3.ª, parece deducirse que lo que no quería es que se favoreciese precisamente en ellas la heredera.

Todavía si la testadora hubiese empleado la frase «instituyo heredera en el remanente de mis bienes...» pudiera discutirse—dice el mismo funcionario—la tesis del recurrente, pero anteponiéndose a la palabra *bienes* el adjetivo *demás* hay que restringir el llamamiento a los que no sean los de la cláusula 3.ª... y proceder, en consecuencia, respecto a éstos a la apertura de la sucesión intestada.

Recientemente un inteligente y culto Notario—Francisco Ginot Llobateras, en «Anuario de Derecho civil», tomo III, fascículo IV, «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho Común y foral»—ha sostenido que el heredero parcialmente instituído, así como el heredero legítimo que reciba el *remanente* no dispuesto en el testamento, no son sucesores universales, sino «adquirentes de bienes del testador» (Art. 764, Código civil).

Así, pues, estos herederos del artículo 764, si para la afección de deudas tienen una posición peculiar al liberárseles de la responsabilidad ilimitada y solidaria, que es garantía de los acreedores, sin los plazos y formas de la aceptación a beneficio de inventario, es porque su semejanza con los instituídos *ex re certa* es completa.

Y éstos ya sabemos que hoy se consideran legatarios (Art. 768).

Todo lo cual, sin embargo, lo desvirtúa en sus bien pergeñados considerandos nuestro Ilustre Centro.

Como también refuta a Ginot, con sólida argumentación, Vallet de Goytisoló («Apuntes de Derecho Sucesorio», tomo IV, fascículo IV. «Anuario de Derecho civil»).

En consecuencia, no se infiera que encontramos desacertada la Resolución precedente, que sigue la trayectoria tradicional marcada por la de 25 de agosto de 1925, citada en su texto; sólo, sí, queremos resaltar la peligrosidad de este derecho de acrecer (o no decrecer, mejor) que se extiende a veces a extremos insospechados,

como ya señaló un ilustre compañero, Martínez Santonja, en una brillante conferencia, por nosotros glosada (esta Revista, año 1951, página 486: «Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción»), al señalar el caso frecuente de Contadores-Partidores que, porque todos los hijos y herederos han repudiado la herencia del padre, adjudican los bienes relictos, así los gananciales como los privativos del causante, a la madre viuda, considerándola única interesada en la sucesión, olvidando que si todos los herederos han repudiado la herencia y no *dándose entre ellos y la viuda el derecho de acrecer* (de primer grado, decimos nosotros, conforme al párrafo 1.º, art. 982, y el 983, Código civil; pero no si el viudo es solo llamado a su cuota legal), por no ser herederos de igual rango, lo que ha ocurrido es que ha quedado la herencia vacante y se debe abrir la sucesión *abintestato*. en virtud de lo dispuesto en el artículo 912, párrafo 3.º, Código civil. Podrá la viuda ser declarada heredera *abintestato* del marido a falta de ascendientes, hijos naturales reconocidos, legitimados por concesión real, hermanos y sobrinos y entonces podrán adjudicarse a la viuda todos los bienes, pero no antes».

Otra cosa sería—añade Martínez Santonja—y de esto nace el error cometido por el Contador, si los hijos, en vez de repudiar la herencia, hubiesen cedido sus derechos hereditarios a su madre.

REGISTRO MERCANTIL. SOCIEDADES ANÓNIMAS.—1.º «QUORUM» DE SEGUNDA CONVOCATORIA: SI BIEN PUEDE ESTABLECERSE, SEGÚN YA SE TIENE ADMITIDO EN RESOLUCIÓN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1956, DICHO «QUORUM» HA DE SER INFERIOR AL DE LA PRIMERA.

2.º ADMINISTRADORES.—COMO IGUALMENTE SE DECLARÓ EN DICHA RESOLUCIÓN, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 11 Y 17 DE LA LEY ESPECIAL, DEBE CONSIGNARSE EN LOS ESTATUTOS O LA DETERMINACIÓN EXACTA DE SU NÚMERO, O AL MENOS LA FIJACIÓN DE UN MÁXIMO Y MÍNIMO, SIENDO EN ESTE ÚLTIMO CASO LA JUNTA GENERAL LA QUE ESTARÁ FACULTADA, DENTRO DE ESE MÁXIMO Y MÍNIMO, PARA FIJAR EL NÚMERO DE ADMINISTRADORES QUE CONSTITUYAN EL CONSEJO.

3.º RETRIBUCIÓN DE LOS MISMOS.—CUANDO ÉSTA CONSISTA EN UNA

PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS, LA MEDIDA DE LA MISMA, EL TANTO POR CIENTO EN QUE SE CIFRA, DEBE CONSTAR EN LOS ESTATUTOS CON TODA CERTEZA Y SER TAMBIÉN CLARAMENTE DETERMINABLE SU BASE, PUDIENDO O NO SEÑALARSE LÍMITE MÁXIMO DE PERCEPCIÓN.

- 4.º COMISIÓN LIQUIDADORA.—SI BIEN NO EXISTE OBSTÁCULO PARA QUE EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SE CONVIERTA EN ÉSTA, LOS ESTATUTOS, AL PREVER EL SUPUESTO, HAN DE CONTAR CON LA LIMITACIÓN DEL NÚMERO IMPAR DE LIQUIDADORES, IMPUESTO POR EL ARTÍCULO 156 DE LA CITADA LEY, Y OFRECER LAS CORRESPONDIENTES SOLUCIONES CUANDO EL NÚMERO DE LOS DESIGNADOS PUEDA RESULTAR PAR, EVITANDO LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS Y PRÁCTICAS QUE EN EL MOMENTO CRÍTICO DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PUDIERAN SURGIR, COMO PUSO DE RELIEVE LA REPETIDA RESOLUCIÓN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1956.
- 5.º ARTÍCULO 59 DE LA LEY.—HA DE ENTENDERSE CUMPLIDO CUANDO EL PRESIDENTE DA POR LEGALMENTE CONSTITUÍDA LA JUNTA Y PONE SU VISTO BUENO EN LA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR EL SECRETARIO, EN DONDE ESTE HACE CONSTAR EL NÚMERO DE ACCIONES REPRESENTADAS POR CADA ACCIONISTA.

Resolución de 29 de noviembre de 1956 (B. O. de 19 de enero de 1957).

Por escritura otorgada el 15 de diciembre de 1953, una Sociedad adaptó sus Estatutos a la Ley de 17 de julio de 1951, estableciéndose en ellos lo siguiente: «Art. 19. Para celebrar Junta general de accionistas, cualquiera que fuese su clase, se requerirá siempre la concurrencia, en primera o segunda convocatoria, de la mayoría del capital social, con excepción de los casos previstos en el art. 58 de la Ley de 17 de julio de 1951, en todos los cuales se estará a lo establecido en dicho artículo.»

«Art. 23. El Consejo de Administración se compondrá de un mínimo de tres accionistas. Los Consejeros seguirán desempeñando sus cargos, mientras no manifiesten su voluntad de cesar en ellos.»

«Art. 35. Del beneficio líquido que resulte del balance después de deducidos los gastos y cargas y de atender debidamente las amortizaciones, se aplicará, previo cumplimiento de lo ordenado en los artículos 106 y 74 de la Ley: a), una cantidad para formar las re-

servas que la Junta general estime procedente constituir con carácter voluntario; b), un tanto por ciento para el Consejo de Administración, que fijará la Junta general de accionistas, si lo cree pertinente.»

«Art. 38. En el caso de disolución, el Consejo de Administración será el encargado de la liquidación de la Sociedad, con plenitud de facultades, incluso para transigir y comprometer en árbitros y amigables componedores, pudiendo delegar total o parcialmente las facultades que como liquidador le competan en alguna o algunas personas, formen o no parte del propio Consejo.» En el acta de la Junta general se dice que: «Reunidos en el domicilio social todos los señores accionistas de la Compañía, aceptan por unanimidad la celebración de la Junta general ordinaria de accionistas».

Presentada en el Registro Mercantil de Barcelona primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la adaptación de Estatutos a la Ley de 17 de julio de 1951, a que hace referencia el precedente documento, por cuanto el artículo 19 de los Estatutos, por lo que se refiere a las Juntas ordinarias de segunda convocatoria para tratar de los asuntos del artículo 50 de la Ley, no se ajusta a lo dispuesto en el 51 de la misma; el artículo 23 de los Estatutos, en cuanto a la determinación del número que ha de constituir el Consejo de Administración, vulnera lo dispuesto en el art. 71 de la Ley; el apartado b) del art. 35 de los Estatutos no se ajusta a lo dispuesto en el art. 74 de la Ley, y el art. 38 de los Estatutos puede resultar en contradicción con lo dispuesto en el art. 156 de la Ley. En el acta de la Junta general no se acredita el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 59 de la Ley.

Interpuesto recurso por don Francisco Virgili Sorribes, Notario autorizante de la reseñada escritura, la Dirección la declara inscribible en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

En cuanto al primero de los defectos, que el artículo 19 de los Estatutos, al establecer que para celebrar la Junta general se requerirá siempre la concurrencia, en primera o segunda convocatoria, de la mayoría del capital social, plantea en relación con el artículo 51 de la Ley no sólo el problema de si puede ser establecido «quórum» en la segunda convocatoria, aspecto en el que centran su preferente y exclusiva atención recurrente y recurrido, y sobre el

que la Resolución de 15 de noviembre actual se declaró afirmativamente conforme al párrafo segundo del art. 51 de la Ley, sino especialmente la cuestión de si es posible establecer idéntico «quórum» para la primera y segunda convocatoria; cuestión ésta que debe merecer solución negativa, tanto por la finalidad que la segunda convocatoria persigue, que siempre ha de ser, ya que no asegurar—como podría sostenerse en Juntas ordinarias de obligatoria celebración—, facilitar por lo menos la celebración de la Junta y el estudio en ella de acuerdos no llegados a discutir, debido a falta de asistencia en la primera, como por la aplicación analógica de los términos del art. 51, que prefija diferentes «quóruns», y el de la segunda, tan debilitado, que en caso de límite puede quedar reducido a la simple asistencia de dos socios, con lo que se evidencia que en el espíritu de la Ley el derecho del socio y el interés de la Sociedad a la constitución de la Junta general son superiores al interés que aquélla pueda tener de que los acuerdos se adopten por una mayoría determinada.

Que el segundo defecto, relativo a la indeterminación del número máximo de Administradores que ha de constituir el Consejo de Administración, fué planteado por el mismo Notario recurrente, con ocasión de la escritura de adaptación de los Estatutos del Hotel de Viena, S. A., y resuelto por este Centro directivo en la anteriormente mencionada Resolución, que declaró conforme a los artículos 11 y 17 de la Ley la obligación de consignar en los Estatutos o la determinación exacta de su número, o al menos la fijación de un máximo y mínimo, siendo en este último caso la Junta general la que estará facultada, dentro de ese máximo y mínimo, para fijar el número de Administradores que constituyan el Consejo.

Respecto a la retribución de los Administradores—y cualquiera que sea su especial naturaleza jurídica, en relación con el cargo que puede ser gratuito—, que cuando ella consista en una participación en las ganancias, la medida de esta participación, el tanto por ciento en que se cifra, debe constar en los Estatutos con toda certeza, y ser también claramente determinable su base, pudiendo o no señalarse límite máximo de percepción—al igual que ocurre con las ventajas particulares de los fundadores, a las que por consistir también en reparto de beneficios el art. 12 fija tal límite, pues la inseguridad de la fijación, sobre su propia variabilidad, podría redundar tanto en perjuicio de los Administradores—que podrían ver

reducidos sus emolumentos, no ya por disminución de las ganancias, causa lógica dentro del sistema de participación en ellas, sino por voluntad de la Junta y sin necesidad de una reforma previa de los Estatutos—como de los propios accionistas, en especial de los minoritarios, y ésta es tal vez la fundamental «ratio legis», ya que las precauciones sancionadas en el párrafo segundo del art. 74 de la Ley, para que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes—entre las que se encuentra el reconocimiento de un dividendo a los accionistas de un 4 por 100—, no quedarían completadas sin una exacta fijación de la participación en los beneficios.

Respecto del cuarto defecto, que si bien no existe obstáculo, por ser práctica razonable, que el Consejo de Administración se convierta en Comisión liquidadora, los Estatutos, al proveer este supuesto, tienen que contar con la limitación del número impar de liquidadores impuesto por el art. 156 de la Ley y ofrecer las correspondientes soluciones cuando el número de los designados pueda resultar par, y así evitar, según declaró la repetida Resolución de 15 de noviembre, que en momento tan crítico como es la liquidación de la Sociedad, se deba proceder, o a revocar el nombramiento hecho en favor de uno o varios Administradores, o a completar su número con personas extrañas al Consejo de Administración, lo que daría lugar, sin duda, a dificultades jurídicas y prácticas, con la consiguiente inseguridad en la Comisión liquidadora.

Respecto del último defecto, que aparte de tratarse de una Junta universal constituida al amparo del art. 55 de la Ley, hay que entender cumplido lo ordenado en el art. 59 de la misma, conforme declaró la Resolución mencionada desde el momento en que el Presidente da por legalmente constituida la Junta y pone su visto bueno en la certificación expedida por el Secretario, en donde éste hace constar el número de acciones representadas por cada accionista.

Recomendamos la lectura del informe del Registrador.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

IV.—Sucesión mortis causa

SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1956.—*Testamento ológrafo.—Sustitución simple ordenada para un caso o supuesto.—Valor de las Resoluciones de la Dirección de los Registros.*

Los antecedentes en que se basa esta Sentencia se exponen con claridad en los considerandos. Vamos, pues, a seguirlos y así expondremos un resumen de hechos y la doctrina que en ellos se contiene.

Pese a la solo aparente complejidad de las cuestiones que se discutieron en el pleito, la cuestión única que en él se ha planteado gira en torno a la interpretación que ha de darse a alguna de las cláusulas del testamento ológrafo, que el día 14 de agosto de 1925 otorgó don M. P. P., protocolizado el 2 de julio de 1949 ante Notario, a la luz de lo que dispone el artículo 774 del C. c., y ello, porque en ese punto hay una radical disparidad entre la tesis de los Tribunales de Instancia, que negaron a la viuda del causante, doña I. P. R., la condición de heredera universal por obra de una sustitución que según los juzgadores no llegó a producirse, como ajena al supuesto único expresamente previsto por el testador, y el parecer de dicha señora viuda, que apoyándose precisamente en una interpretación del precepto legal principalmente invocado, estima que la sustitución se produjo; que por su virtud, la recurrente debió suceder en la totalidad del patrimonio relicto por fallecimiento de su marido y que por tanto, cuantos actos se realizaron desentendiéndose de ese hecho fundamental, son nulos y deben quedar sin efecto por ostentar la viuda, demandante primero, apelante después y recurrente en último término, la condición de heredera única y universal de su difunto marido.

En el testamento de tan distinta manera interpretado, resalta por modo notorio la voluntad del causante de instituir heredero a su hermano y socio, don José P. P., aún empleando una frase equívoca que no, por serlo, encubre la verdadera intención, puesto que paladinamente expresa el testamento que le da y lega todos sus bienes presentes y futuros, con la sola excepción de la casa que habita; a lo que debe añadirse, que si bien el causante de la sucesión subordinó la entrada en propiedad de su hermano a que se obligase a satisfacer a su viuda la pensión vitalicia de 125 pesetas mensuales, mientras se mantuviese en estado de viudez, y al pago de ciertos legados en metálico, sus disposiciones testamentarias en relación con la esposa reclamante se limitaron a establecer a su favor la pensión de que se deja hecho mérito, a declararla usufructuaria de una finca que concretamente se determinó y del piso que habitaba, con sustituciones a fa-

vor de determinados sobrinos, y dueña absoluta de todo lo que hubiera en la casa el día de su fallecimiento; más para el caso—dice literalmente el testamento—*de que no esté conforme mi hermano don José con estas condiciones que le impongo, deberá hacerse inmediatamente una liquidación del negocio, y entregar a mi esposa el importe total, así como de todos mis bienes, sin limitación alguna.*

Como antecedentes indispensables para formar cabal juicio de los términos en que el pleito se planteó, sobre la base de esta disposición testamentaria, cuya realidad y existencia nadie ha puesto en duda, es de señalar, en primer término, que el heredero don José P. P. falleció el 24 de enero de 1935, y el testador, en 16 de julio de 1949, sin haber otorgado nueva disposición testamentaria y sin que por la premoriencia del primero se produjese la transmisión prevista por el segundo en el testamento ológrafo de que se ha hecho mención; en segundo lugar, que ya fallecido don José P., y su hermano el testador, mediante escritura otorgada en 5 de septiembre de 1940, cedió a un hijo de aquél el negocio de agencias y consignaciones, que es, indudablemente, el aludido en el testamento ológrafo, y sin hacer mención ni referencia alguna a éste, impuso al sobrino cesionario la condición de que en la nueva razón social figurase siempre la expresión «Sucesor de Manuel P.», declarando además que la cesión del negocio comercial no se extendía a la mitad del activo y pasivo invertido en él y la de los inmuebles en los cuales están instalados los almacenes y despacho de los cuales—terminaba—*él dispondrá en su día como tenga por conveniente*; y en tercero y último lugar, que acordada la protocolización del testamento ológrafo tantas veces citado por auto de 20 de julio de 1949, por otro auto de 29 de agosto de ese mismo año, se declararon herederos abintestato a los hermanos que le sobrevivieron y a los hijos del que había fallecido, sin perjuicio de los derechos del cónyuge viudo y con reserva de los legados que el causante hubiese hecho en su testamento y tuvieran validez legal.

Declarada por los Tribunales de Instancia la inocuidad de la cláusula por la que en el testamento de don Manuel P. se hizo la institución de heredero en favor de su hermano don José, por premoriencia de éste, y la imposibilidad de construir una sustitución para un caso no previsto expresamente por el testador, el recurso de casación interpuesto alega en primer término, al amparo del número primero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la infracción por interpretación errónea del artículo 774 del Código civil; y en un largo e interesante alegato, pretende dar al párrafo segundo de este último precepto una interpretación favorable a los derechos de doña Isabel P., sosteniendo, en síntesis, la tesis de que la sustitución en su favor debe producirse lo mismo en el supuesto de que se trate de una sustitución simple que en el de que se trate de una sustitución con expresión de un caso, porque, según él, lo mismo en una que en otra de las hipótesis que contempla el expresado párrafo, cabe la posibilidad de que se comprendan todos los prescritos por el legislador y así lo infiere con todo detenimiento de una valoración que toma

en consideración la gramática, la lógica, la historia, los antecedentes legislativos, la doctrina y la jurisprudencia; pero, pese al cuidadoso esfuerzo exegético del impugnante de la sentencia, la verdad es que, desde el punto de vista gramatical, el empleo de la copulativa en el texto legal que se menciona, lejos de conducir a la conclusión que el recurrente pretende, facilita la interpretación contraria, porque contribuye a esclarecer que lo que el legislador pretendió fué definir, precisándola, la denominada sustitución simple, que es cabalmente la que no considera los casos que pueden suscitarse y permite lograr lo que en el supuesto de autos no es hacedero, ya que se menciona uno de ellos y la previsión del testador no llegó a producir sus efectos por premoriencia del heredero instituido, que, naturalmente, impidió el posible acceso de la viuda a la sucesión de su esposo; sin que tengan mayor consistencia los argumentos que pretenden basar la interpretación que se supone acertada, acudiendo a la lógica que, según el recurso, consistiría en este caso en suponer equivocadamente que el testador conocía todo el derecho aplicable a sus asuntos, siendo así que ni es esto lo que la interpretación lógica significa, ni aunque así fuera, hay méritos para suponer que por este conocimiento la voluntad del testador no tuviese adecuada expresión; o trayendo a capítulo por vía de antecedentes históricos textos del Digesto y de las Partidas, obedientes a una preocupación que en el sistema sucesorio del Código no tendría justificación posible; o recurriendo al proyecto de Código de 1851, que si constituyó un valioso elemento para redactar el de 1889, según lo que estableció la base primera de la Ley de 11 de mayo de 1888 en cuanto recomendaba que aquel proyecto se tuviese en consideración, porque en él se contenían las instituciones civiles del derecho patrio, no por ello suponía un sometimiento servil a sus ordenaciones, reguladas frecuentemente en el Código de 1889 con orientación distinta, que el curso del tiempo estimó más beneficiosa para las necesidades del tráfico jurídico, o en último término, recurriendo al esfuerzo doctrinal, que en este punto ha sido mínimo y aun en contadas ocasiones contradictorio; o pretendiendo llamar en apoyo de una tesis, interesante, pero inexacta, normas de Derecho extranjero que, aparte de no ser invocables, responden en algún caso—como en el del Derecho francés—a un sistema sucesorio que desconoce y hasta estima peligrosas las sustituciones y tímidamente ampara algunos supuestos similares, bajo una rúbrica reveladora de la repugnancia a ampararlas, en cuanto tales, regulándolas de un modo expreso.

Aun cuando en el primero de los motivos del recurso el recurrente agota todos los argumentos que, según él, bastan para denunciar el supuesto error interpretativo padecido por el Tribunal sentenciador, arguye en el segundo una nueva infracción; la del principio según el cual donde exista la misma razón, idéntica debe ser la regla jurídica aplicable; y ello porque, según su parecer, siendo dos los supuestos a que se refiere el segundo párrafo de aquel precepto, lo que se predica de la sustitución simple debe predicarse de la sustitución con expresión de un caso, si el testador no se preocupó de excluir los demás por modo expreso; pero

aparte de que, como se ha dicho, la exégesis gramatical no consiente esas anormales ampliaciones, *la doctrina de la Dirección General de los Registros, que sin ser fuente jurisprudencial obligatoria para los Tribunales, constituye, por su densidad, una fuente informativa, cuya autoridad nace de sus frecuentes aciertos doctrinales*, ya se ha pronunciado sobre el tema que en este recurso se ha traído a capítulo; y aun cuando el recurrente, que no lo desconoce, haya pretendido explicar a su modo las razones determinantes de la Resolución de 25 de enero de 1916, que da al párrafo segundo del art. 774 la interpretación restrictiva que esta Sala, conforme con el Tribunal sentenciador preconiza, ha omitido—y acaso sea lo más interesante de esa Resolución—que la presunción de que el testador que prevé un caso no quiere hacer extensiva su previsión a los demás que, hipotéticamente, pueden darse, no es una presunción caprichosa y arbitraria, sino un homenaje al principio según el cual lo dispuesto por el testador de un modo solemne es ley para cuantos deriven sus derechos del testamento mismo; argumento que tiene una poderosa fuerza de convicción para sostener que a los Tribunales no es dado formar la analogía cuando no se apoye en bases que tengan un valor decisivo para que, lógicamente, pueda asimilarse una situación prevista, a otra que con mucha probabilidad no quiso en manera alguna preverse.

En el tercero de los motivos del recurso, formulado subsidiariamente, se denuncia la infracción del art. 675 del Código civil, y con él la de los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del propio Código y doctrina congruente de este Tribunal para llegar, tras un largo alegato, a la conclusión de que aun siendo dudosa la expresión de voluntad del testador, una interpretación respetuosa para ella y conforme al desenvolvimiento a través del tiempo de las relaciones familiares, obligaría a tener a la viuda como única y universal heredera de su esposo, luego que por la premoriencia del instituido heredero no hubo medio hábil de inferir su conformidad o disconformidad con las obligaciones que se le impusieron, como supuesto necesario de su entrada en la propiedad de los bienes; pero, aparte de que al razonar ese motivo se vuelve sobre otros puntos de vista ya rechazados, y abstracción hecha de que en materia de interpretación de disposiciones testamentarias ha de estarse, siempre que sea posible, más a los preceptos especificados que la regulan que a las normas dictadas en contemplación de los demás actos jurídicos, lo que en realidad se hace en este motivo, aunque no se diga expresamente, es establecer una presunción que, tomando como base ciertos hechos, pretende deducir de ellos la conclusión de que el testador quiso instituir heredera universal a su viuda, luego que su hermano hubo muerto; y frente a esa presunción se alzan otros hechos, por todo extremo elocuentes, que no facilitan el enlace lógico entre esos hechos y la conclusión que de ellos pretende sacarse, porque, en el testamento de que se trata, lejos de advertirse la preocupación de instituir heredera a la viuda, se la favorece, sin instituir la con legados de cosa determinada, el usufructo, y aun se condiciona su subsistencia al hecho de que no contraiga ulteriores nupcias, y en relación con

el negocio que antaño explotaron en común el testador y su hermano, se subraya con reiteración la voluntad de mantenerlo en la familia propia; a lo que debe añadirse que, pese a la subsistencia del testamento ológrafo cuyo alcance pretende desbordarse, sin razón que convenza, cuando muchos años después de otorgado, y de fallecido el heredero instituido, el causante cede a su sobrino el negocio de aduanas, teniéndole como continuador de las actividades comerciales y manteniendo un nombre especial que es signo elocuente de su voluntad, al fijar las condiciones de esta cesión, lejos de referirse al testamento ya otorgado (lo que hubiera sido lógico si su voluntad hubiera sido la que le atribuye el recurrente), dice paladinamente, en relación con la mitad del activo y pasivo invertido en el negocio, y la de los inmuebles en que están instalados los almacenes y despachos, que de ellos dispondrá en su día como 'tenga por conveniente'; expresión en futuro que no se compadece con la subsistencia del testamento ológrafo en punto a la pretendida sustitución y arguye, por el contrario, una voluntad que no llegó a cristalizar, y que por ello determina la apertura de la sucesión intestada y la subsiguiente declaración de herederos; todas cuyas consideraciones bastan para desestimar el motivo que aquí se examina e impone también la desestimación del motivo cuarto formulado por razones formales al amparo del número séptimo del artículo 1.692, pero que, en el fondo, es idéntico al amparado por el número primero del citado precepto procesal.

Sabido es que la sustitución vulgar es una de las figuras del Derecho romano que ha trascendido con más pureza a la legislación positiva, como dicen los anotadores de Enneccerus y que, a pesar de la claridad del artículo 774, ha producido abundante jurisprudencia, si bien no respecto al detalle o cuestión que el asunto litigado planteaba.

El problema debatido es el de si nombrado sustituto para uno solo de los tres casos previstos en dicho precepto—premorienza, renuncia o imposibilidad de aceptar—, puede entenderse que tal sustitución se da también en los demás. A la solución negativa llega el Tribunal Supremo invocando la doctrina de la Dirección General de los Registros, acomodada y basada en la voluntad más o menos presunta del testador, ley suprema de la herencia. Ya la Dirección General de los Registros, en la Resolución aludida de 25 de enero de 1916, expuso que, según el art. 774 del Código civil, puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que muera antes que él o no quieran o no puedan aceptar la herencia, disponiendo el párrafo segundo del mismo artículo que la sustitución simple y sin expresión de casos comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario; y que, por lo tanto, no cabe aplicar directamente el precepto de dicho párrafo segundo sobre la sustitución simple y sin expresión de casos al testamento de doña ..., toda vez que ésta menciona única y escuetamente el de fallecimiento; y antes bien, interpretando a «contrario sensu» los términos de la citada disposición legal, ha de limitarse la efectividad del segundo llamamiento al único supuesto expre-

sado, no pudiendo ampliar a los otros dos casos de falta de aceptación o incapacidad del instituido en que, según el repetido artículo, puede tener lugar la sustitución. Añadía que al interpretar de esta manera las cláusulas testamentarias, no se parte, como aseguraba el Notario recurrente, de una presunción de voluntad arbitraria y caprichosa, sino que se desenvuelve el principio de que la expresada por el testador en forma solemne es ley para cuantos deriven sus derechos del testamento, y teniendo en cuenta que son muchas y fundamentales las razones por las cuales quien instituye un segundo heredero para el caso de premoriencia del primer instituido, puede no querer que se extienda la institución al caso de no aceptación de herencia, y mucho menos a los de incapacidad o indignidad.

Kipp dice, refiriéndose al Derecho alemán, que el heredero sustituto entra en la sucesión cuando el primer llamado no se convierte en heredero definitivo, ya sea porque no lo pueda ser, o porque no lo quiera ser, y precisamente incluso cuando el causante sólo ha instituido al sustituto para uno de estos dos casos. Tan sólo ocurre de manera distinta —añade— cuando el causante dió a entender claramente que la institución del sustituto debe limitarse a determinados casos. Traviesas, en un documentado estudio sobre las sustituciones («Revista de Derecho Privado», 1927, pág. 404), también afirma claramente que si el testador señala una causa concreta de sustitución, las demás causas quedan excluidas. Si dice que nombra sustituto, *verbi gracia*, para el caso de que el instituido muera antes que el testador, no se entenderá que hay sustitución para el supuesto de que haya otra causa de imposibilidad de que el instituido acepte la herencia o para el de que el instituido no quiera aceptarla.

Sin embargo, al recurrente no le faltaron argumentos, como se desprende de la Sentencia. Sin duda invocó los antecedentes históricos y doctrinales anteriores al Código. En Benito Gutiérrez se lee que el caso de nolutad comprende el de impotencia, por ser verosímil que el testador hubiera dispuesto en un caso lo que dispuso en otro y que este criterio o jurisprudencia se elevó a mayor grado de autoridad en el Proyecto de Código, que en su art. 630 decía que la sustitución para uno de los dos casos comprende también al otro, a menos que el testador haya declarado lo contrario.

En el Derecho extranjero también pudo encontrar algún apoyo el recurrente, pues Barassi, por ejemplo, recogiendo los preceptos del Código italiano, dice que el testador puede prever los supuestos de incapacidad o renuncia del sustituto, y que si menciona uno solo, en la duda se presumirá que ha querido referirse también al otro.

En resumen, que es de interés esta Sentencia, que viene a fijar y a concretar el precepto del art. 774 y a sentar como doctrina de nuestro más alto Tribunal la que ya había dictado la Dirección General de los Registros.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1956.

ADQUIRIDA UNA FINCA RÚSTICA POR UNA ENTIDAD BENÉFICA A TÍTULO DE COMPRAVENTA Y LIQUIDADO EL IMPUESTO CON EL TIPO BENEFICIOSO CORRESPONDIENTE Y EJERCITADO EL DERECHO DE RETRACTO LEGAL POR EL COLONO QUE LA LLEVABA EN ARRENDAMIENTO, NO TIENE QUE SATISFACER IMPUESTO POR TAL ADQUISICIÓN EL RETRATO, NI SIQUIERA COMO ACORDÓ EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL, LA DIFERENCIA ENTRE EL TIPO BENEFICIOSO APLICADO A AQUELLA ADQUISICIÓN Y EL DEL 6 POR 100 QUE NORMALMENTE CORRESPONDERÍA APLICAR AL COLONO RETRAVENTE EN EL CONCEPTO DE COMPRAVENTA.

Antecedentes.—La Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera adquirió por medio de la correspondiente escritura, y en subasta pública, una finca rústica valorada en 17.507.480 pesetas, siéndole aplicado por la Oficina liquidadora el tipo beneficioso del 2,40 por 100 del número 9 de la Tarifa, dada su condición de Establecimiento de beneficencia privada.

El colono cultivador de la finca ejercitó oportunamente el derecho de retracto que la Ley de Arrendamientos Rústicos concede a los arrendatarios, previo un acto de conciliación del que resultó avenencia, extendiéndose en su consecuencia la oportuna escritura

y subrogándose el retrayente en los derechos que la Caja de Ahorros ostentaba como compradora.

Presentada la escritura a liquidación por el Impuesto de Derechos reales, la Oficina liquidadora giró liquidación al retrayente por la diferencia de tipo aplicado, o sea por el 3,60 por 100, completando así el tipo de liquidación del 6 por 100 que era el aplicable como normal a la compraventa realizada por el retrayente. Su importe alcanzó, incluido el 15 por 100 de la cuota, la suma de pesetas 746.617,84, cifra como se ve cuantiosa y que revela la trascendencia económica del pleito.

Tal liquidación fué recurrida por el comprador retrayente ante el Tribunal provincial esgrimiendo como argumento fundamental el de que la adquisición estaba exenta en virtud de lo establecido en el número 25 de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento del Impuesto, ya que el tributo había sido satisfecho por la Entidad compradora, e invocando, además, los arts. 31 y 32 de aquélla y el 43 del Reglamento junto con los arts. 1.511, 1.518 y 1.521 del Código civil y el 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

El antedicho Tribunal confirmó la liquidación entendiendo que la compra no se había realizado entre la Caja de Ahorros y el retrayente, ya que ello hubiera originado la aplicación del tipo del 6 por 100 en lugar del de 3,60 aplicado, sino que consideró que al subrogarse el recurrente en los derechos de compra de la Entidad, merced al retracto, era indispensable completar el tipo del 2,40 aplicado, número 9.º de la Tarifa, con el 2,60, para llegar así al de 6 por 100, que es el normal que corresponde a la compraventa, según el número 15 de la misma Tarifa.

Contra tal Resolución instó el retrayente ante el Tribunal Central insistiendo en sus puntos de vista, como también insistió dicho Tribunal en los del inferior, añadiendo las citas de los artículos 58, apartado 6), y 59 del Reglamento del Impuesto, a más de los mencionados artículos del Código civil y del 5.º de la Ley de Contabilidad, en cuanto a la interpretación restrictiva de las exenciones tributarias.

Este acuerdo del Central fué recurrido ante la Sala, y ésta lo revoca en la Sentencia que nos ocupa, declarando que la adquisición de la finca mediante retracto legal arrendaticio está exenta del impuesto por haberlo satisfecho la Institución compradora antes de ser retraída.

La Sala empieza por sentar que la cuestión debatida consiste en determinar si adquirida en virtud de retracto ejercitado contra la Institución benéfica que la había comprado, y satisfecho el impuesto con el tipo correspondiente a su condición de benéfica y fiscalmente privilegiada, debe el retrayente satisfacer la diferencia de tipo hasta completar el de una compraventa normal, o más bien no tiene por qué pagar impuesto alguno, como efectivamente no lo paga el retrayente que adquiere de quien al comprar había satisfecho el tipo no privilegiado tarifado para la compraventa.

Sus razonamientos son los que siguen :

Sienta, en primer término, la conocida norma legal y jurisprudencial, según la que las disposiciones fiscales, por su carácter y naturaleza, no admiten interpretación extensiva en perjuicio del contribuyente y exigen, en consecuencia, su aplicación con sujeción a sus términos literales, sin ampliaciones o apreciaciones que no estén taxativamente autorizadas en su texto ; y a continuación añade que, esto sentado, son de tener en cuenta, como específicamente aplicables al caso debatido, el número 25 de los artículos 3.º de la Ley y 6.º de su Reglamento y singularmente el apartado 6) del artículo 58 de este segundo texto, que dice que : «El que adquiriera una finca o derecho real a virtud de retracto legal, no está obligado a satisfacer el impuesto si el comprador de quien lo retrae lo hubiera satisfecho ya» ; lo cual, en conexión con la citada doctrina, y dada su claridad y precisión, «implica la realidad de la exención tributaria discutida, otorgada sin excepción, condición ni salvedad algunas, sin la limitación o subordinación pretendidas en el presente caso por la Administración. Y semejante tesis la refuerza la Sala añadiendo que si otro hubiera sido el pensamiento del legislador, lo hubiera expresado claramente, como lo hace en el caso similar del apartado 2) del art. 9.º del Reglamento, cuando en las transmisiones onerosas de padres a hijos prevé que éstos pagarán por el tipo de las compraventas, salvo que al valor de lo adquirido le sea aplicable un tipo mayor, conforme a la escala de las herencias.

A todo ello ha de añadirse como refuerzo, a juicio de la Sala, lo dispuesto en el art. 1.521 del Código civil al definir el retracto legal como la subrogación del retrayente en el lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato respectivo, y lo previsto en el 1.525 al ordenar que en el aludido retracto tendrá lugar lo estatuido en los arts. 1.511 y 1.518 del propio Código, o

sea que el comprador sustituirá al vendedor en todos sus derechos y acciones; todo lo que se remacha, continúa diciendo la Sentencia, con la norma jurisprudencial que establece que en el retracto no existe doble transmisión y sí tan sólo la relación jurídica producida mediante el mismo entre el vendedor y el retrayente.

De todo ello entiende la Sentencia que se deduce «naturalmente la inclusión y la transmisión entre aquellos derechos del de la reducción contributiva consabida y la imposibilidad fiscal de que una sola transmisión sea objeto de dos liquidaciones, giradas separada y distanciadamente con relación a las dos adquisiciones constitutivas jurídica y legalmente de esa única transmisión; imposibilidad deducida además, evidentemente, del apartado 6), antes invocado, del artículo 58 del Reglamento, al limitar en estos casos la actuación del liquidador a la constatación por nota, puesta al pie de la escritura de retracto, de la fecha del ingreso y número de la carta de pago».

Comentarios.—Siempre con los máximos respetos para la Sala, como es en nosotros norma de conducta fielmente seguida en estos comentarios a toda hora, empezamos por decir que disentimos radicalmente de la doctrina que dejamos anotada, en virtud de los razonamientos que siguen; dejando también sentada como premisa que no nos encontramos ante un caso de ampliación interpretativa del ámbito de una norma tributaria, sino simplemente de discernir cuál sea el verdadero sentido de la norma reglamentaria que regula la liquidación del retracto legal y, señaladamente, del repetido apartado 6) del artículo 58 del Reglamento.

Para ello hemos de empezar por transcribirlo íntegramente—cosa que no ha hecho la Sentencia—. Dice así: «El que adquiera una finca o derecho real a virtud de retracto legal, no está obligado a satisfacer el impuesto si el comprador de quien lo retrae lo hubiera satisfecho ya; pero se hará constar esta circunstancia por nota puesta al pie de la escritura de retracto, expresando la fecha del ingreso y número de la carta de pago. Si se presentaren a la vez a la liquidación del impuesto las escrituras de venta y de retracto de la finca o derecho enajenado, sólo se liquidará el impuesto en la segunda, poniendo la oportuna nota de referencia en la primera».

Este segundo párrafo del apartado transcrito nos proporciona de primera intención un clarísimo y poderoso argumento en contra

de la tesis de la Sentencia ; efectivamente, supuesta esa simultánea presentación de las dos escrituras y supuesto que la que ha de liquidarse en tal caso no es la inicial de venta, sino la de retracto, esto es, aquella en la que el retrayente es el adquirente y, por lo tanto, al que ha de girársele el impuesto como tal adquirente, ¿ cómo podrá invocar que él, como *comprador* que es, tiene derecho a un tipo de liquidación beneficioso? De ninguna manera, porque él, como *retrayente legal*, no está ligado con el comprador de quien retrae más que transitoriamente y de él, como persona puente que es, nada adquiere, ni la finca ni ningún otro derecho, y mucho menos el personalísimo y privilegiado que la ley fiscal concede en este caso a la Caja de Ahorros. No ; entre el retrayente y el comprador de quien él retrae no media vínculo jurídico creador de recíprocos derechos y obligaciones, sino que lo que en realidad hace el retrayente es decirle al comprador que su papel ha terminado, y que él, como tal retrayente, se coloca en su lugar *por ministerio de la ley*, o, como dice el citado artículo 1.521, que se subroga con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del dicho comprador, con su voluntad o sin ella, y, por lo mismo, el retrayente nada adquiere del comprador, cuya intervención queda reducida a ser simple vehículo o cauce para que el bien de que se trate pase del vendedor al retrayente, y no, como la demanda pretende, del vendedor al comprador, y de éste al retrayente.

Desde otro punto de vista, tampoco es favorable a la tesis de la Sentencia el citado art. 1.521 que ella invoca, aunque otra cosa quiera deducirse de su simple lectura. Confiere, efectivamente, el retracto legal el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, pero no hay que olvidar que esta subrogación está referida exclusivamente a las relaciones *civiles pactadas* en el contrato o que de él dimanen directamente, y no lo está ni puede estarlo a las que «a posteriori» nazcan con completa independencia del vínculo entre comprador y vendedor para con terceros, como lo es en este caso la Hacienda.

Por consiguiente, no vale argumentar diciendo que el retrayente no ha hecho más que colocarse en el lugar del comprador y que éste le ha transmitido todos los derechos que tenía y entre ellos el de obtener un tipo de liquidación beneficioso, puesto que los que el comprador retraído podrá transmitir serán los que tenía frente

al vendedor y ningún otro más, como es el que él ostentó ante la Hacienda, consistente en que por su condición *personal* de Entidad benéfica le fuera aplicado un tipo privilegiado de liquidación. Si, pues, ese derecho personal no procede del vendedor, como independiente que es de la venta en sí, es evidente que, dado su carácter de personal y de independiente del vendedor, no pudo ser transmitido al regravante.

Cierto es—y con ello nos enfrentamos con otro de los argumentos de la Sentencia—que el art. 1.525 del Código civil, al regular el retracto legal, se remite a los arts. 1.511 y 1.518 para determinar los derechos que del retracto nacen; pero lo que en ellos se previene, en nada roza ni avala la tesis de la Sala, como no la avala tampoco el contenido del art. 1.521, según queda demostrado. El artículo 1.511, en efecto, dice que el comprador—el que compra con pacto de retroventa o compra la cosa sometida a retracto legal—sustituye al vendedor, o sea al dueño, en todos sus derechos y obligaciones, pero esto, como a primera vista se aprecia, nada tiene que ver con lo que así se discute; y otro tanto se puede decir del artículo 1.518, que se refiere a las obligaciones del que retrae, sea el dueño vendedor en el retracto convencional, sea un tercero en el legal, frente al comprador, esto es, en la actual contienda a las obligaciones del arrendatario regravante con la Caja de Ahorros compradora. Esas obligaciones son las de abonar el regravante al comprador retraído los gastos del contrato y los necesarios y útiles hechos en la cosa por él, y esto, evidentemente, es completamente ajeno a nuestro problema, porque aquí, repetimos, no se trata de precisar las obligaciones del regravante con la Caja de Ahorros, sino de las que le ligan con el Fisco.

A todo lo dicho hay que añadir un argumento que nos parece definitivo, nacido de uno de los que esgrime la Sentencia combatida. Dice, en efecto, literalmente, que la jurisprudencia tiene declarado «que en el retracto no **existe** doble transmisión y sí tan sólo la relación jurídica producida, mediante el mismo, entre el vendedor y el regravante», y ello, añadimos nosotros, no es así; la doctrina es que el vínculo definitivo se establece entre el vendedor y el regravante, originando una única transmisión de compraventa en la que la figura intermedia del comprador se esfuma. Pues bien, si la transmisión es única y el vínculo jurídico, único también, se establece entre vendedor y regravante, ¿cómo sostener que esa com-

praventa ha de disfrutar del tipo beneficioso otorgado en razón de la condición personal y privilegiada del comprador intermediario, cuyo papel termina en el momento en que surge el retrayente, sin transmitir ni poder transmitir a éste ningún derecho, especialmente cuando de retracto legal se trata, como en el caso discutido ocurre?

Sentencia de 16 de enero de 1957.

CONVOCADA LA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD AL EFECTO DE ADAPTAR SUS ESTATUTOS AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, SE EXTENDIÓ EL ACUERDO DE AQUÉLLA, NO OBSTANTE NO ESTAR CONVOCADA PARA ELLO, A LA AMPLIACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL, Y TAMBIÉN A LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE SUS ACTIVIDADES, LA LIQUIDACIÓN PRACTICADA POR AMPLIACIÓN DEL CAPITAL Y POR TRANSFORMACIÓN ES PROCEDENTE, AUN SIENDO NULO EL ACUERDO EN CUANTO A ESOS DOS EXTREMOS.

Antecedentes.—Pocos más son necesarios después de los que en el enunciado acabamos de hacer.

Desbordado por la Junta general el objeto para que había sido convocada, el Registrador Mercantil denegó la inscripción fundado en que, al no estar convocada la Junta de Accionistas más que para tratar de la adaptación a la nueva Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, el acuerdo tomado para ampliar el capital y para que la Sociedad se pudiera dedicar a «cualquier objeto lícito de comercio», además del comprendido en la escritura social, era nulo.

La Oficina liquidadora había liquidado por los conceptos de ampliación de capital y de «transformación», y ante la jurisdicción económico-administrativa se razonó contra la liquidación con base en dicha nulidad, sin éxito.

Planteado el problema ante la Sala, dice que, denegada la inscripción de los acuerdos dichos por la razón de no estar, estatutaria y legalmente tomados, tales acuerdos son, indudablemente, nulos y no debieran producir el motivo o acto liquidable a que se refiere el apartado 14) del art. 19 del Reglamento; pero ello no obstante, no es menos cierto—sigue diciendo la Sala—que el art. 41 de dicho

Reglamento preceptúa la exigencia del impuesto prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a la validez y eficacia del acto de que se trate, y, consecuentemente, declara la sinrazón de la demanda y la validez de la liquidación impugnada.

Comentarios.—Pocos son, realmente, los que sugiere un problema tan concreto como el debatido, dado el rigorismo del precepto reglamentario transcrito, muy justificado, sin duda, en términos generales, so pena de dejar al criterio del liquidador la facultad de valorar la licitud y validez de los actos sometidos al tributo, que es cosa muy distinta a la de calificarlos civilmente, con lo cual quedaría investido de atribuciones ajenas a su cometido como tal y convertido en juzgador.

Pero, aun siendo ello así, hay otro punto de vista que abre otros horizontes al problema. Nos referimos al que se planteó ante el Tribunal Central y fué resuelto por él en Resolución de 23 de octubre de 1951, oportunamente comentada en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

Se trataba de una donación de inmuebles que fué liquidada, pese a no haber sido aceptada por el donatario, aplicando el citado artículo 41 del Reglamento. Fué tachada de ilegal con apoyo en que el acto era civilmente inexistente, y el Tribunal aceptó la tesis del recurrente y anuló la liquidación, diciendo que los actos jurídicamente inexistentes no son liquidables.

Nosotros, sin confundir los actos o contratos inexistentes con los nulos, los anulables y los rescindibles, según la nomenclatura jurídico-civil, nos limitamos a preguntar: ¿los referidos acuerdos, calificados de nulos y no inscribibles por el Registrador, eran realmente nulos, o merecían más bien el calificativo de inexistentes?

Ante la Sala no se planteó la cuestión en este segundo aspecto y por ello no pudo entrar en él. Por la misma razón, tampoco nosotros entramos y nos limitamos a apuntar ese matiz, sin duda interesante.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1957.

EN EL CASO DE QUE UNA EMPRESA AUXILIE A OTRA CON DETERMINADAS PRESTACIONES DINERARIAS, SIN CONTRAPRESTACIÓN CONCRE-

TA POR PARTE DE LA AUXILIADA, AUNQUE COMPROMETIÉNDOSE A CEDER EN VENTA A LA PRIMERA, CON CARÁCTER DE EXCLUSIVA, EL 25 POR 100 DE LOS POSIBLES PRODUCTOS QUE PUDIESE ENCONTRAR EN LOS SONDEOS QUE PRACTICABA, TAL CONTRATO NO ENGENDRA EL CONCEPTO REGLAMENTARIO DE SUBVENCIÓN.

Antecedentes.—Una Compañía dedicada a sondeos petrolíferos celebró un convenio con la Vaccum Oil Company por el que ésta se comprometió a sufragar a aquélla, en el concepto de auxilio, la mitad de los gastos generales y de preparación de los trabajos de sondeo en las concesiones de que la auxiliada fuese investigadora, reservando en compensación a la Vaccum Oil la exclusiva de compra del 25 por 100 de toda la producción de sus concesiones presentes y futuras.

El documento correspondiente fué presentado a liquidación por el Impuesto de Derechos reales y calificado el acto como de «subvención», comprendido en el apartado 10) del vigente Reglamento de 7 de noviembre de 1947 y, por ende, liquidado por el tipo de «muebles», número 46 de la Tarifa.

Recurridas las liquidaciones, que afectaban a varios años e importaban una cantidad muy considerable, fué desestimado el recurso ante el Tribunal provincial y después ante el Central.

La Entidad subvencionada o auxiliada recurrente argumentó diciendo que no existía contrato o transmisión gravable, ya que las cantidades referidas no se entregaron con el carácter exclusivo de subvención o ayuda, como entendió la Oficina liquidadora, sino como compensación y pago del derecho de exclusiva a la compra del 25 por 100 del petróleo que pudiera obtenerse como consecuencia de las operaciones de sondeo, cuyo derecho careció de efectividad a causa del fracaso técnico de las mismas. Por lo tanto, al no existir transmisión concreta de bienes o derechos, era improcedente la liquidación girada.

El Tribunal Central sostuvo su punto de vista fundándose en que la adquisición de las cantidades recibidas en concepto de subvención o auxilio económico no dependía del resultado o éxito favorable de las investigaciones petrolíferas ni de los derechos eventuales, a precisar en contratos futuros distintos, los cuales, como móvil e interés del auxilio, habían quedado reservados, en principio, en el convenio celebrado entre ambas Empresas.

De todo ello dedujo el expresado Tribunal Central que la transmisión del metálico en concepto de auxilio económico, sin que su efectividad dependiera o se resolviera por eventos futuros, constituía, cualesquiera que fuesen sus móviles, el acto gravado y liquidado como «subvención».

Frente a esta tesis, la Sala entiende que la discutida conveni- ción no encierra el concepto gravable de subvención y revoca el acuerdo del Tribunal Central, dejando sin efecto las liquidaciones, «sin perjuicio—añade—de que el documento pueda, en su caso, ser considerado por la Administración como comprendido en otro concepto tributario que le fuere precedentemente aplicable».

Veamos ahora los razonamientos de la Sala. Dice que, puesto que el problema consiste en determinar si la aportación dineraria de que se trata es o no una subvención, con esa finalidad «pueden ser recogidas las acepciones de «favorecer», «venir en auxilio», «ayudar, amparar, socorrer», «beneficio y gracia», que directa o derivadamente asigna a la subvención la Real Academia de la Lengua y la orientación general de la doctrina y la jurisprudencia respectivas en cuanto enlazan ese concepto con el auxilio económico producido y prestado por razón de intereses generales», para deducir—sigue diciendo la Sentencia—«de todas esas consideraciones la apreciación de que, esencialmente, la subvención ha de inspirarse en esa clase de móviles o intereses, con independencia o separación de los concretos o especiales, y consiguientemente, sin contraprestaciones pactadas y determinadas previa y expresamente al ser otorgada.

Es decir, resumiendo el razonamiento, que el concepto subvención supone que no exista contraprestación de aquel que recibe el auxilio económico, y queda con ello constreñido el concepto al caso en que se da tal auxilio «por razón de intereses generales». Y como en el presente caso la contraprestación existe y está representada por la exclusiva de compra del 25 por 100 del petróleo que obtenga la Compañía auxiliada, lo que supone una posible fuente de ingresos que sirva de compensación a la pérdida consiguiente a la ayuda dineraria prestada por la otra Empresa, resulta claro, con arreglo a esas premisas, que el concepto jurídico-fiscal de subvención no es el aplicable y que la liquidación practicada es radicalmente nula.

Comentarios.—Del pronunciamiento de la Sala antes entrecor-

millado, y sin entrar, de momento, en el fondo, decimos en primer lugar que la Sentencia, ateniéndose a los términos en que fué planteada la demanda, o sea, a que se pronunciase sobre si el acto liquidado constituía o no una «subvención», se limita a declarar que el documento o convención de que se trata no creó esa figura jurídico-fiscal; y de ahí que diga que anula la liquidación y que añada que deja a salvo el derecho de la Administración para adoptar otra calificación del acto más adecuada, con lo cual claramente da a entender que es otro el concepto que debió ser liquidado.

Este aspecto del problema tiene un matiz que, aunque estrictamente se salga del papel de comentaristas del fallo y de los razonamientos de la Sentencia, no queremos dejarlo extramuros de estas notas sin una ligera apostilla.

En el caso, y supuesto el error conceptual apuntado, no sería la llamada a revisar la liquidación la Dirección General de lo Contencioso, que es la que, según el Reglamento, puede hacerlo con relación a las liquidaciones giradas por las Oficinas liquidadoras provinciales por los trámites del art. 141 de dicho Reglamento, porque su competencia no se extiende a los fallos de los Tribunales Económico-Administrativos. Cuando de éstos se trata, puede apelar ante el Central de los dictados por los provinciales; y cuando estima improcedentes los del Central, habrá de proponer a la Superioridad la declaración de lesividad, al efecto de interponer la oportuna demanda contencioso-administrativa.

Aquí, pues, y dado que el tiempo sea hábil, habría que seguir ese camino de la lesividad, que es el marcado en el art. 142 del mismo Reglamento.

En cuanto al fondo propiamente dicho de la cuestión, decimos que en rigurosos términos jurídicos estamos conformes con la conclusión a que llega la Sala al decir que la «subvención» se caracteriza por ser un auxilio que se da «por razón de intereses generales», pero añadimos que ello es así en cuanto a las que frecuentemente otorgan el Estado y otros Entes públicos, sin que quiera decir que los auxilios así motivados sean los únicos que merezcan el calificativo de «subvención». Lo merecerán también, sin duda, todos aquellos que, sin encajar en los artículos 618 y 619 del Código civil, tengan una motivación fundada en la obtención de futuros beneficios, para el que concede la subvención, como sería, por ejemplo, el caso del que subvencionase a su convecino para que realice

determinada obra o servicio de los que a él le pueden prestar utilidad.

A ello añadimos que el negocio pactado presenta grandes analogías, como las presentan todas las subvenciones, con la figura jurídica de la donación tal como la conceptúa la doctrina y nuestro Código civil, especialmente con las que se denominan remuneratorias; pero nuestra legislación fiscal, sin desconocer esa doctrina y esas normas positivas, ha querido separar y matizar fiscalmente la «subvención» frente a la donación, aplicando a ésta la tarifa de las herencias y a aquélla la de los bienes «muebles», cuando de metálico se trata.

Nos parece claro que si la legislación del impuesto no hubiera dispuesto que las «subvenciones» tributasen por el concepto «muebles», necesariamente habría que calificarlas como donaciones, ya se tratase de donación «strictu sensu», ya de las remuneratorias, según que el auxilio prestado fuese completamente gratuito y espontáneo —art. 618 del Código civil— o fuese concedido en atención a méritos o servicios del auxiliado, de remuneración no exigible —art. 619—, o, cuando no esto, en atención a las ventajas que de las actividades del auxiliado se prometiese el auxiliante.

Pero esta calificación tan ajustada a la razón fundamental del impuesto, consistente en que los aumentos de patrimonio deben tributar, no puede ser aplicada cuando de subvenciones se trata, porque para ellas rige una norma específica que prevalece sobre la general, cual es la del apartado 10 del art. 24.

Resumiendo y concretando lo expuesto, nos parece que la convención analizada merece, intrínsecamente, la calificación de donación, y ante el Reglamento la de subvención, porque no encajan sus circunstancias exactamente en una mera liberalidad ni tampoco en las remuneratorias, pero hay en cambio esperanzas de utilidades derivadas del hallazgo del petróleo, que es lo que mueve el ánimo de la cedente del auxilio sin contrapartida concreta y exigible.

LA REDACCIÓN.

VARIA

Discurso del señor Martínez Santonja, con motivo de su jubilación.—En el Salón de Actos del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, con motivo de la jubilación e imposición de la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort al Registrador don José Martínez Santonja, pronunció éste un discurso, del que entresacamos los siguientes párrafos :

«Y ahora voy a haceros una íntima confidencia : creo sinceramente que no merezco esta alta condecoración ; el haber cumplido con mi deber, suponiendo que lo haya conseguido, es poco merecimiento, ya que son muchos los que callada y humildemente cumplen con su deber, muchas veces un deber de ingrato cumplimiento, y no son condecorados. A pesar de este íntimo convencimiento, yo no podía rehusar este honor, por dos razones fundamentales : la primera, porque no podía privar al Cuerpo de Registradores, al que pertenezco con orgullo y al que perteneció mi padre, de esta preciosa distinción, y en segundo lugar, porque esta cruz impone deberes que no podía ni debía de rehuir.

En los Cuerpos existe una especial solidaridad, lo mismo en las alegrías que en las penas, lo mismo en los triunfos que en los fracasos.

Existe en los Cuerpos algo semejante a lo que en nuestra Religión ocurre con la doctrina de la comunión de los santos.

En virtud de esta doctrina, como todos sabéis, los méritos adquiridos por la fe; la piedad y las obras buenas de cada cristiano son socializadas sobrenaturalmente. Los méritos de los unos se aplican a la redención de los otros, y así la religiosa que llora en el fondo de su claustro por los pecados de los hombres, los borra con sus lágrimas, y el fraile que mendiga con los pies desnudos por los polvorientos caminos, compra, con las penalidades y las humillaciones que padece, el perdón de los pecadores, y los sacerdotes, las religiosas y los religiosos que renunciando a los bienes materiales que el mundo puede proporcionarles, consagran su vida a consolar al triste, a curar al enfermo, a asistir al moribundo, a socorrer al necesitado, a enseñar al que no sabe, consiguen con su sacrificio el perdón de los réprobos. Y así se establece en la sociedad cristiana una circulación perenne de caridad, y los vivos ruegan por los muertos, y los muertos interceden por los vivos y los justos por los pecadores. Y así en la sociedad cristiana no hay en quien no repercutan para su dolor y vergüenza las iniquidades y pecados que otros cometen, pero también repercuten en él, para su consuelo, los méritos y obras buenas de los demás. Los Cuerpos y Organismos de toda clase sienten también esta solidaridad y se enorgullecen y ufanan con los méritos, honores y elevadas posiciones de algunos de sus miembros, y se avergüenzan, llegado el caso, de la conducta poco correcta de alguno de ellos.

Esta cruz, aunque de momento luzca sobre mi pecho, corresponde por entero al Cuerpo de Registradores, y para él recabo todo el honor que de ella emana. Por esto no podía rechazarla.

Y tampoco podía hacerlo porque, como antes dije, esta cruz impone deberes, que yo recabo todos para mí y que hubiera sido cobarde rehuír. Se ha dicho que nobleza obliga, y puede decirse, ampliando esta hermosa frase, que toda superioridad obliga y hay que expiarla con el cumplimiento de los deberes que impone, hasta la abnegación, hasta el sacrificio.

Toda superioridad obliga: la superioridad en la cultura, en la riqueza, en el poder, en los honores. Se ha dicho que es muy difícil hacerse perdonar cualquier superioridad; yo creo, por el contrario, que es bien fácil, y la fórmula es ésta: modestia y cumplimiento fiel de los deberes que toda superioridad impone.

Hasta los obreros, inclinados por reiteradas predicaciones a con-

siderar al patrono como su enemigo, se rinden ante el patrono que cumple con ellos sus deberes sociales y hasta los supera, y no sólo les hace partícipes, en la mayor medida posible, de los beneficios de la empresa, sino que considera al obrero en su trabajo y le aconseja en sus dudas y le consuela en sus dolores, y reparte entre ellos sonrisas y apretones de manos. Que les da, en suma, no sólo retribución justa, sino un poco de amor. Ya dijo Gracián que no hay otra fórmula para ser amado que amar. Contra el odio no hay otro antídoto que el amor. El patrono que da a sus obreros un poco de amor, hace más por la paz social que el que les reparte tierras o dinero. No basta dar, hay que darse. *Not money but your selves*, como diría Carlyle.

En la obra admirable y pacificadora de las Conferencias de San Vicente de Paúl, tanto o más eficaz que la limosna que se da es la visita que la señora o el señor encopetados hacen al pobre en su humilde vivienda, donde toda miseria y toda incomodidad tienen su asiento.

Nobleza obliga, toda superioridad obliga, obliga al estricto cumplimiento de los deberes sociales que toda superioridad lleva consigo. Ya véis que, hombre de Derecho como soy, sólo hablo de deberes, y es porque he creído siempre que el Derecho, como facultad omnímoda, como prerrogativa, como imperio, apenas existe; que el Derecho, que lo que llamamos Derecho, sólo es un medio para cumplir con el deber. Que el hombre posee muy pocos derechos, propiamente dichos, y en cambio está cargado de deberes de todo orden: deberes políticos, deberes sociales, deberes familiares, deberes como padre, como hijo, como propietario, como patrono, como obrero, como intelectual, como gobernante, como ciudadano, como sacerdote, como militar, como funcionario.

Esta idea de que el hombre es un sujeto de deberes más que de derechos, me es muy grata desde los años de mi juventud. Lo demostré, recién terminada mi carrera de Derecho, encaramándome en la tribuna del Ateneo de Madrid y hablando a aquella juventud ateneísta un poco rebelde, ambiciosa y engreída; aquella juventud que tenía todavía los pies apoyados en el siglo XIX y se creía poseedora de todos los derechos; hablándole, repito, de sus deberes, de sus deberes sociales, en una conferencia titulada «Misión social de la juventud intelectual española». Un eminente hombre público que, a pesar de la enorme distancia que nos separaba (él era Pre-

sidente del Consejo de Ministros y yo un modesto y joven abogado), me honraba con su amistad y con su afecto, me invitó a publicar aquella conferencia, que vió la luz en un folleto que adquirió gran difusión en España y fuera de ella.

Que caminamos en este sentido, de que el hombre es un sujeto de deberes más que de derechos, se aprecia claramente viendo cómo hasta muchos de los derechos del hombre se enuncian hoy como deberes, y así, junto al derecho de vivir se proclama hoy el deber de vivir (las modernas teorías penales no admiten la licitud del suicidio), y frente al derecho al trabajo, el deber de trabajar (no es lícita la holganza), y frente al derecho de propiedad, el deber de la propiedad (no es lícito al propietario dejar inculto su campo o sin edificar su solar), y junto al derecho a la instrucción, el deber de la instrucción (enseñanza obligatoria), y frente al derecho electoral, el deber electoral (sufragio obligatorio), y el arbitraje, la asociación, la previsión, facultades y derechos del hombre, se tornan en deberes con el arbitraje obligatorio, la sindicación obligatoria, el seguro obligatorio.

Y es que el hombre tiene una determinada función social que cumplir, y no le es lícito hurtarse a ella; y en tanto en cuanto sus actos responden a su función social, están protegidos por el Derecho, y si no cumple su función social, sus actos no están protegidos.

En otros términos, que los derechos no son más que el medio para cumplir los deberes. Que nadie tiene más derecho que el de cumplir con su deber.

Si quisiéramos definir de un solo trazo los siglos XIX y XX, podríamos decir que el siglo XIX fué el siglo de los derechos del hombre, y el siglo XX es el siglo de los deberes del hombre.

Y no quiero fatigaros más; pero tampoco quiero terminar esta, seguramente, mi última actuación pública, sin decir algo a mis jóvenes compañeros de la carrera de Derecho, tanto a los que se dedican al ejercicio libre de la profesión como a aquellos que han ingresado, o piensan ingresar, en los distintos Cuerpos jurídicos del Estado.

Quisiera que cuando estas luminarias se apaguen y se haya extinguido el eco de estos discursos y de estos aplausos, y todos, todos menos yo, hayan olvidado este acto, quisiera, repito, que quedaran bien grabadas en las mentes y los corazones de mis jóvenes compañeros de profesión estas últimas palabras mías, con las

cuales un viejo que termina quiere despedirse de unos jóvenes que comienzan, y estas palabras son las siguientes: Que nada produce más alto interés en esta vida y seguramente en la otra, que nada rinde más pingües beneficios que la honradez y el cumplimiento del deber.»

CONFERENCIA DEL PROFESOR RENATO RODIERE. Tema: *El matrimonio de hecho* (La menage de fait).

El 30 de abril último, el ilustre Profesor RENE RODIERE pronunció una conferencia en el Colegio Notarial de esta capital. El conferenciante fué presentado por don JOSÉ MARTÍN LÓPEZ, Secretario del Colegio. El eminente Catedrático ganó por oposición su primera cátedra a los treinta y seis años, y seguidamente obtuvo la cátedra de Derecho comparado en la Universidad de París. Se ha especializado en Derecho privado. Su primer trabajo monográfico fué sobre la tutela; después publicó numerosas monografías, que le han dado merecida fama (sobre obligaciones extracontractuales, sobre derechos consuetudinarios, etc.).

El señor MARTÍN LÓPEZ, después de una breve historia del Derecho civil francés, puso de relieve la influencia que el Código de Napoleón ha ejercido en tantos países de Occidente. Recogió la injuria de reaccionario que se ha dirigido contra dicho Código, aduciendo, en descargo, el espíritu del tiempo de su publicación y el escaso adelanto de la doctrina. Seguidamente se dirigió, en idioma francés, a Monsieur RODIERE, invitándole a tomar la palabra y agradeciendo su presencia en el Colegio. Monsieur RODIERE, con un francés claro y sencillo, gracias al cual pudimos tomar estas notas, correspondió a las frases últimas del señor MARTÍN LÓPEZ con la mejor escuela de cortesía. Acto seguido pasó a tratar el tema de su conferencia: «Le menage de fait», esto es, el matrimonio de hecho. La relación marital extralegal no puede captarse, sino en relación con la unión legal, con el matrimonio. Con espíritu «anti-kelseniano», que ganó todas nuestras simpatías, hizo resaltar que el Derecho sigue al hecho, irremediabilmente. Es el mismo hecho de la vida —dijo, recalcando—. El hecho natural es aquel que no interesa al Ordenamiento jurídico. El hecho jurídico es aquel que interesa a

dicho Ordenamiento, y, por consiguiente, es objeto de regulación. El Ordenamiento jurídico no niega el hecho: trata de organizarlo. Esto ocurre con el matrimonio, que es una cuestión de HECHO, por más que se haya recogido por el Derecho. El matrimonio, como cuestión de hecho es, como dice una frase francesa popular, comer juntos, acostarse juntos y vivir juntos siempre. Esto lo recoge el Derecho, sin más excepción que la intervención de la Iglesia. El matrimonio es, dice, con expresión un tanto «kantiana», la relación sexual con arreglo a Derecho. Hay dos maneras de regular jurídicamente esta situación: la canónica y la civil o laica. La primera está dominada por la idea del pecado; sin embargo, se han reconocido las situaciones de hecho. Antes del Concilio de Trento, casi todos los matrimonios que se contraían eran *de hecho*, pues bastaba para que nacieran la simple formalidad de una cédula o carta nupcial privada. El matrimonio civil tiene una regulación canónica; es decir, que las prescripciones civiles apenas se diferencian de las canónicas, salvo en lo que respecta a la parte estrictamente religiosa. Por virtud del Concilio de Trento se exigieron un conjunto de requisitos y formalidades, conjunto que ha desplazado a la situación de hecho, base del matrimonio. La regulación civil ha sustituido el sacerdote con el Magistrado u otra Autoridad.

Así las cosas, cuando una relación marital de hecho desdén la Ley o la sanción religiosa oficialmente reconocida, también la Ley desdén esta situación y no la ampara. En el Derecho canónico se distinguieron: las relaciones sexuales incidentales, que son pura concupiscencia; entre las relaciones permanentes había unas que eran verdaderos matrimonios y se probaban, como ya hemos dicho, con la cédula privada, o bien con lo que se llamó posesión de estado (nomen, tratus et fama). También existían otras relaciones concubinarias que fueron reconocidas canónicamente como concubinato. Constituían mayor pecado que la mera *fornicatio* y se distinguían del matrimonio en la voluntad de los contrayentes. Con otras palabras, cuando hombre y mujer se comportaban como esposos, tal situación era matrimonio. En cambio, aunque viviesen íntimamente unidos, si hombre y mujer no se comportaban como esposos y había una clara intención en contra de esta consideración mutua, entonces había concubinato.

Para la Ley civil, la misma estimación se concede a la libre relación sexual que al matrimonio de hecho. Más todavía: el Código de

Napoleón miró con enemistad estas uniones libres por reputarlas atentatorias para el régimen familiar legítimo. Los Tribunales franceses se inhibían respecto de las relaciones sexuales incidentales y contactos esporádicos; también ignoraban las relaciones extralegales de hecho, pero con motivo de la investigación de la paternidad, los matrimonios de hecho eran objeto de fallos rigurosos. Esta actitud tiene mucha intransigencia, a juicio del conferenciante. La solución, sin embargo, es difícil.

Si, objetivamente, dos, hombre y mujer, se comportan bien entre sí en su unión de intimidad continuada, ¿por qué les vamos a desterrar jurídicamente? ¿Por qué les vamos a negar el pan y la sal de la convivencia? Esto, decía, parece excesivo. Pero con ello admitiremos el régimen de la unión libre. ¡Jamás! El Profesor, aludiendo a algunas Sentencias de los Tribunales franceses, que han sido calificadas por muchos de audaces, entiende que el reconocimiento jurídico de los matrimonios de hecho no autoriza o no debe de autorizar bigamias y adulterios.

¿A qué formalidades debemos someter las relaciones maritales de hecho con el fin de recibir las en la Ley? Este asunto es espinoso. Por de pronto parece aconsejable, tanto por razones económicas como por la necesidad de amparar los matrimonios de hecho, que en muchos casos constituye un problema social, aliviar de formalidades la celebración del matrimonio legítimo. El Derecho francés se ha ido inclinando poco a poco al reconocimiento de las uniones libres. El artículo 340 del Código de Bonaparte era muy restrictivo en orden al reconocimiento de la filiación natural por el padre. Por Ley del año 1912, se admitió el reconocimiento de la paternidad, cuando entre los padres hubiera habido *público y notorio concubinato*. En el año 1914 se tuvo en cuenta para el pago de las pensiones de guerra esta clase de uniones. Como se ve, se ha dado carta de naturaleza legal a estos ligámenes como formas superiores de uniones sexuales. Una Ley francesa de 1955 permite la prueba de posesión de estado y admite las pruebas biológicas.

Pero donde aparece con todo relieve el matrimonio de hecho es en la Ley de Guatemala, de 1955. Para que haya tal matrimonio de hecho, se necesita: 1.º Que la relación de hombre y mujer no sea incidental, sino que es preciso que haya compañerismo y comunidad de vida; 2.º Cohabitación, la cual se presume entre ellos con tal de que sean aptos matrimonialmente; 3.º Relación concubinaria durante

tres años. Se notan las diferencias que existen entre el matrimonio de hecho y el legal. En el matrimonio legal no es preciso que haya comunidad de vida, aunque, naturalmente, se presume. Marido y mujer legítimos pueden vivir en distintos sitios, sin dejar de ser casados. En el matrimonio, no es rigurosamente necesario que haya cohabitación. El Juez no investiga los secretos de la alcoba. Esto no ocurre con el matrimonio de hecho. Por último, en la unión legítima, basta que se preste el consentimiento en la forma establecida, mientras que en el matrimonio de hecho el lazo ha de ser continuado. En la Ley guatemalteca se necesitan tres años, pasados los cuales se considera la relación carnal como *matrimonio legítimo*.

En estas relaciones de facto no existen deberes de esposos. La amante cierra un día su alcoba y el amante no puede reclamar judicialmente, como en el caso de que fuera marido. Las donaciones entre cónyuges legítimos son revocables, y los contratos entre esposos están amenazados de la misma invalidez. Esto no ocurre en las donaciones y contratos de los amantes, que son perfectamente válidas. De igual modo, los amantes no están obligados a la asistencia mutua, lo que no sucedería si estuvieran casados legalmente. Otro tanto ocurre con la pensión alimenticia que se deben legalmente los esposos legítimos...

El derecho de habitación, que en el Derecho francés es eminentemente familiar, se niega a la amada; ésta no adquiere el domicilio del amante como si fuera su esposo, ni el arrendatario de un piso adquiere este domicilio para la amada. Entre los amantes no hay comunidad de bienes, salvo la que pueda sobrevenir en los supuestos jurídicos generales. Esto, cuando cesa la unión marital de hecho, produce no pocas dificultades. Por último, la amante carece de vocación sucesoria y una cierta incapacidad hereditaria. Como por un lado son irrevocables las donaciones entre amantes, salvo que sobrevenga una causa de revocación, por ejemplo, la ingratitud, apreciada por los Tribunales, no se compagina este tratamiento con la exclusión sucesoria del enmaridado de hecho. Sin embargo, los Tribunales franceses han declarado que existe una *obligación natural* nacida del amor entre los amantes, y por ello se han modificado, en algunos casos, los principios.

Por último, en cuanto a la ruptura, hay también diferencias entre la unión de hecho y la legítima. En rigor, más bien que de ruptura, habría de hablarse de la cesación de la relación de hecho.

El nexo entre los amantes se disuelve por desestimiento de hecho, unilateral o bilateral, y sin expresión de causa o motivo de la separación. En el matrimonio legítimo hay propiamente ruptura, y se produce en la forma legalmente tasada.

¿Cuáles son los efectos de esta ruptura en los bienes de los amantes? Es muy complicado decirlo. No satisface la idea de la comunidad; son tan numerosas las gestiones y la índole de las aportaciones, que es difícil determinar la participación que a cada uno de los amantes corresponde. Un caso relativamente frecuente: el varón tiene un comercio, la amada es la cajera. Hay una maraña de ayudas y servicios mutuos, con repercusiones patrimoniales que es difícil desenredar, estimando las consecuencias. Algunos han acudido a la idea de la sociedad de hecho. Esta requiere aportación de cosas o bienes en común y reparto de beneficios; pero, además, necesita el *animus coeunde societatis*, la *affectio societatis* y el fin beneficioso contemplado. Los dos primeros requisitos suelen existir, pero no los dos últimos. Los Tribunales franceses han dicho que sólo hay sociedad cuando se cumplan entre los amantes los requisitos de ella.

Aunque la ruptura del lazo de hecho es libre, no se puede hacer sin ciertos riesgos, pues, en primer lugar, hay que cubrir los riesgos inherentes a las consecuencias de la separación. Los Tribunales pueden establecer una compensación a la amada por seducción, en el momento de la ruptura, pero por una causa anterior a ella. La seducción se refiere al momento inicial de empezar las relaciones de hecho, pues los Tribunales presumen que hay seducción desde el momento que la amante se prestó a vivir concubinariamente con el amante. Puede obtener una reparación semejante a la que ocasiona la seducción de la prometida en esponsales y obtener indemnización del daño moral mediante compensación pecuniaria. El amor de la amante está, se ha dicho, al servicio de Francia. Esta consideración envuelve peligros sociales. En España, dijo monsieur RODIERE, no hay problemas. A fin de cuentas, el ataque posible del matrimonio de hecho a las relaciones familiares básicas es de importancia secundaria. El enemigo número uno de dichas relaciones, fundamento de la vida y de la sociedad, es el divorcio. España no lo tiene.

El objeto de la conferencia de monsieur RODIERE es tan incisivo e inquietante que el primer nervio sentido empieza con la nomenclatura. Las palabras más apropiadas, amancebamiento o concubinato, están signadas por secreto bautismo de vergüenza o deshonor. Las expresiones eufemísticas padecen otros inconvenientes; inconvenientes que suben de punto si el asunto se acomete como lo hace monsieur RODIERE. ¿Dónde está el *quid* del matrimonio? ¿En el propósito de cumplir los fines del mismo, manifestado legal o religiosamente? No es muy segura la afirmativa. Como advierte SANTAYANA, la boda no hace el matrimonio; el matrimonio se hace después. El Derecho puede atar las consecuencias jurídicas del matrimonio a tal manifestación, seguida, en los tiempos modernos, por una inscripción en el Registro; pero la intrínseca moral del acto y de la situación creada no puede incorporarse, de un modo fariseo o filisteo, a una blanqueada apariencia y a una vana presunción. VALVERDE, MORENO MOCHOLI y otros no parecen atinados cuando rechazan, moralmente, de plano, el concubinato; confunden los dos momentos, el de la constitución y el de la situación o estado, la significación de acto con el acto significado, la forma con su contenido... y así no se puede juzgar moralmente.

Monsieur RODIERE es más realista y atiende a los fondos humanos. No obstante, mira las cosas desde un punto de vista social, lo cual nos hubiera gustado más si hubiera apuntado algunas reservas. También la doctrina española (CASTÁN, VALVERDE y, después, MORENO MOCHOLI) empezó a reconocer el matrimonio de hecho con tal perspectiva. Entendía que el matrimonio de hecho sólo podía admitirse respecto a terceros que resultaran engañados por una apariencia de matrimonio. Pero esta distinción entre partes y terceros se reconoció en Francia que no era tan fácil de hacer como parecía; y, aquí, si se admite esta distinción, se tendrá que tropezar con tal dificultad.

Precisamente por el carácter sociológico de la comprensión de monsieur RODIERE, considera al matrimonio como un compañerismo simplista, y nos recuerda a KANT en su concepto sobre el mismo. Mejor parece decir que en el matrimonio hay una doble jerarquía: la de la carne, la de la sangre, y la del afecto cuyo primado corresponde a la mujer; y la del espíritu, la del alma, y la del carácter—fuerza e inteligencia—, cuya preferencia se concede al varón. De otro modo, no habría manera de distinguir el matrimonio de la mo-

nogamia simple. El matrimonio es una monogamia cualificada por el amor de la esposa, el cual lleva implícitos una estimación y allanamiento cariñosos que toda mujer bien nacida concede a los dictados del esposo. En la Ley esto se refleja articulándolo en derechos y deberes, que si se separan del buen sentido de las cosas pueden estimarse injustos y opresivos. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la famosa «autoritas» romana. El romanista de nuestra Central, JUAN IGLESIAS, ha demostrado que no tenía un sentido tan espantable como se supone, en artículo de la *Revista de Derecho Privado* de hace dos años.

No es el matrimonio la unión de dos individuos con sexos distintos, con cualidades o circunstancias distintas, con meros aparatos orgánicos diferentes, como diría cualquier marxista con su materialismo trasnochado. Este criterio occidental que logró su apogeo en el siglo XIX, ha desmerecido. Para las fuentes, sagradas y profanas, para SANTO TOMÁS, para los psicólogos, psiquiatras y médicos de hoy, el sexo imprime carácter y repercute en todos los planos físicos y psíquicos del ser. Por esto el matrimonio es la unión de dos seres distintos, por su sexo e idénticos formalmente por su sustancia e individualidad. Sólo con una correcta discriminación de los sexos puede legislarse, sin temeridad, respecto del maridaje de hecho. Sólo con esta comprensión rara y atinada pueden resolver los Jueces sobre seducciones y obligaciones naturales derivadas del amor entre *dos seres distintos*. Hasta ahora jueces, legisladores y juristas sólo se han distinguido por una galantería que personalmente les honra mucho.

GALLARDO RUEDA dice escuetamente y sin más aclaración que el matrimonio de hecho se parece al matrimonio *sine manu*. Esto parece tener cierta reticencia punzante, porque el llamado matrimonio *sine manu* apareció en Roma, cuando había naufragado el verdadero matrimonio, o sea el que tenía *manu*. De igual modo, modernamente, cuando sucumbe en las costumbres el matrimonio y se convierte en una monogamia simple, aparece el matrimonio de hecho.

En España se ha seguido parecida política legislativa que en Francia respecto del concubinato. Se proscribió la barraganía por la Ley 1^ª de las de Toro. En estas mismas Leyes se impusieron penas muy severas a los que se casaren sin el consentimiento de los parientes. Esto hizo que cuando se publicaran por Felipe II las conclusiones doctrinales de Trento como Leyes del Reino, se cum-

plieran puntualmente. En el Siglo de Oro todavía fué muy corriente el matrimonio por cédula. Esto dió origen a muchos abusos y a una exaltación del honor que se refleja en el teatro de nuestros mejores autores. El concubinato fué considerado como nefando y próximo a la prostitución. En caso de dificultades entre los novios, se acudió frecuentemente a los matrimonios por sorpresa en el siglo XIX, cuando fueron derogadas las Leyes de Toro, tan duras para los que se casaban sin consentimiento. En el Código civil se ignoran las relaciones concubinarias, salvo, estrictamente, en lo que se refiere al reconocimiento de la descendencia.

El Supremo ha mantenido este criterio. La Sentencia de 8 de marzo de 1918 declara nulo un convenio que tenía por objeto establecer un estado de mancebía. Después de esta Sentencia, parece que el Supremo ha vacilado. La de 17 de octubre de 1932 mantiene la validez de una donación prometida a una mujer que había estado amancebada con el donante, para satisfacer una obligación natural que tenía con la donataria por razón de dicho amancebamiento. En cambio, en la de 2 de abril de 1941 se declara ineficaz una donación condicionada a la ruptura de un amancebamiento. Estas dos Sentencias se duda si son o no son contradictorias. La de 13 de febrero de 1941 concedió indemnización laboral a la concubina con preferencia a la viuda legítima, que convivió con el accidentado sólo un día después de la boda. Esta resolución es similar a la de la jurisprudencia italiana. Solución más correcta es la de la jurisprudencia uruguaya, que estima que la relación personal ahoga la relación laboral y es incompatible con ella.

Pese a estas vacilaciones del Supremo, dado nuestro rígido criterio en estas materias, creemos que se tardará mucho tiempo antes de que se lleguen a reconocer las relaciones maritales de hecho.

Sobre esta materia puede consultarse el admirable artículo de PUIG PEÑA en la *Revista de Derecho Privado* del año 1949.

L. D. S.