

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La nueva legislación de Régimen Local y el Registro de la Propiedad», por BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE	1693
«Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal», por ANTONIO ISAC AGUILAR.	1721
«Valoración jurídica del matrimonio canónico en el Derecho español», por ESPERANZA DIZ PINTADO	1735

DICTAMENES Y NOTAS:

«Los Entes administrativos. Su personalidad jurídica, capacidad, bienes y actuación respecto a ellos; inscripción de dichos bienes», por JUAN PABLO RUANO BORRELLA	1767
--	------

ACTUALIDAD JURIDICA:

«Información legislativa y de actividades», por LA REDACCIÓN	1815
--	------

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1825
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Registro de la Propiedad, por JULIO SOLER GARCÍA y JUAN PABLO RUANO BORRELLA	1835
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Parte General y Derechos Reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1859
b) Obligaciones y Contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1864
c) Arrendamientos Rústicos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1871
d) Familia, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1878
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1922
2. Derecho Procesal, por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	1933
3. Derecho Fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1947

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones», de LA- CRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, DELGADO y RIVERO, por MANUEL MEDINA DE LEMUS	1955
«Il rapporto de locazione abitativa fra teoria e prassi», de ANNA DE VITA, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1960
«El Impuesto sobre el Valor Añadido en la profesión notarial», de ROBERTO BLANQUER UBEROS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1964
«Nueva Ley de Aguas y Cuenca del Segura», de EMILIO PÉREZ PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1968
REVISTA DE REVISTAS	1973

ESTUDIOS

La nueva legislación de Régimen Local y el Registro de la Propiedad

INSCRIPCIONES DE BIENES DE LAS CORPORACIONES LOCALES: ADQUISICIONES

Como regla general y básica se dispone por el artículo 85 del Texto Refundido de legislación del Régimen local:

Las Entidades locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, siendo suficiente a tal efecto la certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el Secretario, con el visto bueno del Alcalde o Presidente, que producirá iguales efectos que una escritura pública.

Este precepto tiene un contenido casi programático, siendo incluso en ese aspecto demasiado sucinto, además de omitir casi todas las situaciones inmobiliarias y registrales en que puedan encontrarse esas Corporaciones. Complementándolo con otras normas legales, fundamentalmente con las de la legislación hipotecaria, podemos considerar los diversos supuestos, que después pasaremos a tratar.

A su vez, el artículo 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto de 13 de junio de 1986) dispone:

1. Las Corporaciones locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales de acuerdo con lo previsto en la legislación hipotecaria.

2. Será suficiente, a tal efecto, certificación que con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación expida el Secretario, con el visto bueno del Presidente de la Corporación.

3. Si no existiera título inscribible de dominio se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 a 307 de su Reglamento.

4. Los Registradores de la Propiedad, cuando conocieran la existencia de bienes de Entidades locales no inscritos debidamente, se dirigirán al Presidente de la Corporación, recordándole el cumplimiento de lo dispuesto por el párrafo 1 del presente artículo.

5. Los honorarios de los Registradores por la inmatriculación o inscripción de bienes de las Entidades locales se reducirán a la mitad.

Este precepto parece que ha querido desarrollar y completar el del Texto Refundido, si bien lo ha verificado con poca fortuna.

La exégesis del mismo la realizaremos posteriormente al tratar de la inscripción de los bienes adquiridos por las Entidades locales. No obstante, hemos de destacar ahora que la idea de atribuir a los Registradores de la Propiedad la función de estimular la inscripción de los bienes de las Entidades locales figuraba ya en el artículo 35 del anterior Reglamento de Bienes de estas Entidades, pero con una mayor operatividad. En el precepto actual, la actuación registral es sólo la comunicación de un hecho. En el anterior era un compelerimento a la inscripción. En aquel precepto, transcurridos tres meses desde la comunicación sin que se hubiera presentado en el Registro título suficiente para la inmatriculación o inscripción, el Registrador «lo pondrá en conocimiento del Jefe Provincial del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento para que prevea lo procedente» pero al desaparecer en el precepto actual esta segunda instancia, más compeleridora, la actuación registral pierde fuerza y queda limitada a eso, a una simple noticia o recordatorio, pese a que en el artículo 20 de este Reglamento de Bienes se recoja como un requisito más del inventario individualizado de los bienes inmuebles de las Entidades locales: «k) Signatura de inscripción en el Registro de la Propiedad, en caso de que fuera inscribible».

BIENES INSCRIBIBLES Y NO INSCRIBIBLES

El Registro de la Propiedad tiene como objeto recoger el historial jurídico de los derechos reales sobre los bienes inmuebles.

Ello implica que el inmueble objeto del derecho real ha de ser susceptible de aprovechamiento individual exclusivo, lo cual no es posible en los inmuebles que están extracomercio. Por lo que no podrán tener acceso al Registro los bienes extra comercio no susceptibles de ser objeto de un derecho real.

Esta idea básica la recogen los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipo-

tecario, que, en cuanto a los bienes de las Corporaciones locales, después de reconocer en el primero su inscribibilidad, la limita en el segundo al excluir de inscripción e historial registral a «los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial»; con lo que en virtud del contenido del primero de aquéllos y del principio *inclusius unus exclusio alterius*, serán inscribibles en el Registro todos los demás bienes de esas Corporaciones.

Para precisar todo ello, cumpliendo a la vez la remisión realizada por el precepto transcrito, ha de realizarse la siguiente clasificación de los bienes de los Ayuntamientos, con expresión de su posible situación registral:

1) Bienes de dominio público destinados al uso público local, como los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local (artículos 79 de la Ley de Bases, 74 del Texto Refundido y 2 y 3 del Reglamento de Bienes), los cuales no pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 5 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 24 de noviembre de 1964).

2) Bienes de dominio y servicio público destinados al cumplimiento de servicios de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y todos aquellos edificios que sean sede de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte y, en general, cualquiera otros bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos (arts. 79 de la Ley de Bases, 74 del Texto Refundido y 2 y 4 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales), todos cuyos bienes son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 4 y 5 del Reglamento Hipotecario), si bien no por ello son susceptibles de ser enajenados (arts. 80 de la Ley de Bases y 5 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

3) Bienes pertenecientes al común de vecinos, cuyo aprovechamiento y disfrute se efectuará preferentemente en régimen de explotación colectiva, salvo que en base a normas consuetudinarias los Ayuntamientos y las Juntas vecinales —esta clase de bienes no se da en las provinciales— estimen otra cosa (arts. 79 de la Ley de Bases, 75 del Texto Refundido y 3 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales), siendo inscribibles estos bienes en el Registro (art. 4 del Reglamento Hipotecario), si bien tampoco pueden ser enajenados (arts. 80 de la Ley de Bases y 5 del

Reglamento de Bienes de Entidades Locales). Teniendo hoy la peculiaridad de ser considerados como uno más de los bienes de dominio público, o sea, un bien de dominio público y aprovechamiento por el común de vecinos (arts. 2 y 5 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

4) Bienes de propios o patrimoniales, los cuales son los que siendo propiedad de la Entidad local no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, pudiendo constituir fuentes de ingresos para el erario de la Entidad (arts. 80 de la Ley de Bases, 76 del Texto Refundido y 6 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales), siendo plenamente inscribibles en el Registro (art. 4 del Reglamento Hipotecario), enajenables e hipotecables, rigiéndose por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado (arts. 80, 2, de la Ley de Bases; 79 a 83 y 180 del Texto Refundido, y 6 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales). Hay que precisar que, según el artículo 7 del Reglamento de Entidades Locales, tienen el carácter de bienes patrimoniales las parcelas sobrantes y los efectos no utilizables, en las formas y con los requisitos que determina ese precepto.

MODIFICACION DE SU CALIFICACION

Las cuatro clases de bienes antes expresados son susceptibles de que se les modifique su destino y, por ende, su calificación jurídica, bien mediante expediente al efecto o bien automáticamente, dándose lugar a esta última actuación cuando se trate de proyectos de obras y servicios o de la adscripción de un bien patrimonial a un uso o servicio público por más de veinticinco años (arts. 81 de la Ley de Bases, y 3, 2, y 8 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

Esas modificaciones de la calificación jurídica de los bienes de las Corporaciones tendrán un variado reflejo registral según los casos.

Si la modificación consiste en que el bien destinado al dominio y servicio público o comunal, o de propios, adquiriera la naturaleza de bien de servicio y uso público, se procederá a su desinmatriculación, para lo cual bastará extender al margen de su última inscripción la oportuna nota marginal (párr. 2.º, art. 6, del Reglamento Hipotecario).

Cuando estemos en el caso contrario, o sea, un bien de dominio y uso público que pasa a tener la cualidad de cualquiera de los otros tres grupos, se procederá a inmatricularlo con el carácter que tenga en virtud de la modificación, en la misma forma que lo serían los bienes cuya característica adquiere (párr. 1.º, art. 6, del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 27 de febrero de 1984), pero sin que sea posible realizarlo mediante

una nota marginal al efecto, en base a que ya estuvieron antes inmatriculados (Resolución de 31 de enero de 1980).

Cuando la modificación se refiere a que un bien comprendido en cualquiera de los tres últimos grupos pasa a tener el carácter de algún otro de ellos mismos, ha de entenderse que se procederá a practicar la oportuna inscripción al efecto, análogamente a lo que para los bienes del Estado (en situación no actual) determina el párrafo 3.º del artículo 18 del Reglamento Hipotecario.

En todo caso, y salvo el supuesto de desafectación de unos bienes comunales a esa finalidad, a que se refiere el artículo 78 del Texto Refundido, la alteración jurídica de los bienes demaniales compete al pleno de la Corporación, adoptando el voto favorable de «la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación» (ap. *k*) del art. 22, apartado *g*) del 33 y 1 del párr. 3 del art. 47, todos de la Ley de Bases, y art. 8 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

INSCRIPCION DE LAS ADQUISICIONES POR ENTIDADES LOCALES

Como idea básica hemos de tener en cuenta lo que se dice en el artículo 1 del Texto Refundido, respecto a que los Municipios y Diputaciones tienen plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes.

Si la Corporación local o provincial adquiriese el dominio o un derecho real inmobiliario para destinarlo a bienes de propios, ese contrato difícilmente podrá tener el contenido y la finalidad de los contratos administrativos, en los que la Administración interviene con imperio y no como una persona jurídica más. Únicamente estaremos en ese último caso cuando adquiera por apremio fiscal o por expropiación forzosa.

Por ello, en las tres normas legales —Ley de Bases, Texto Refundido y Reglamento de Bienes— no se dicta ninguna especial sobre ello, debiendo estarse a la general recogida en los apartados 2.º del artículo 80 de la Ley de Bases y del 6.º del Reglamento de Bienes, en los que se indica que «los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado». La única especialidad radicará, como en cualquier persona jurídica, en quien la represente y cuáles sean los requisitos de capacidad para ello.

a) Representación de los Entes locales

La representación de los Entes locales está precisada por la legislación. Las Diputaciones provinciales son representadas por su Presidente (apar-

tado *b)* del párr. 1.º del art. 34 de la Ley de Bases), pudiendo delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo las excluidas por su legislación, entre cuya exclusión no se encuentra la de comparecer en las escrituras públicas de compra o de venta de inmuebles, de una manera genérica en los miembros de la Comisión de Gobierno y de una manera específica en favor de cualquier otro Diputado (arts. 34, 1, *b)*; 34, 2, y 35, 3, todos de la Ley de Bases). Sin que en esta materia quepa que actúen por sí las Entidades locales menores (art. 38 del Texto Refundido).

La representación de los Ayuntamientos corresponde a sus Alcaldes (artículo 31, 1, *b)*, de la Ley de Bases), quienes podrán delegar sus funciones, salvo las expresamente prohibidas, entre cuyas prohibiciones no se encuentran las aquí consideradas de comparecer en escrituras públicas para adquirir o enajenar inmuebles (art. 21, 2, de la Ley de Bases), en los miembros de la Comisión de Gobierno, y donde no exista, en los Tenientes de Alcalde, sin perjuicio de las delegaciones especiales que para cometidos específicos pueda realizar en favor de cualquier Concejal, aunque no pertenezca a aquella Comisión (arts. 21, 3, y 23, 4, de la Ley de Bases).

Todo ello sin perjuicio, en cuanto a ambos Entes, de la facultad de sustitución del Alcalde, en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, por los Tenientes de Alcalde (art. 23, 3, de la Ley de Bases), y el que en los mismos casos será sustituido el Presidente de la Diputación por un Vicepresidente (art. 35, 4, de la Ley de Bases), como asimismo de la representación de cualquiera de ellos por un mandatario civil, pues no se trata de un acto de *jus imperium*.

b) Capacidad

En cuanto a la capacidad, ambas autoridades no la tienen íntegramente por sí mismas, teniendo que serle complementada. Así se declara como atribuciones del Pleno municipal «la adquisición de bienes y derechos del Municipio y la transacción sobre los mismos, salvo que las competencias estén atribuidas expresamente por la Ley a otros órganos» (art. 23, 1, *a)*, del Texto Refundido), reiterándose lo mismo en cuanto a las Diputaciones (artículo 28, 1, *c)*, del Texto Refundido). Plenos que habrán de celebrarse en la Casa Consistorial o en el Palacio Provincial respectivo, salvo caso de fuerza mayor (art. 49 del Texto Refundido). Bastando para la aprobación de estas adquisiciones la mayoría simple, o sea, la de que los votos afirmativos sean más que los negativos, dado que la legislación no exige ninguna mayoría especial (art. 47 de la Ley de Bases).

c) *Asientos y documentos*

Las inscripciones de estas adquisiciones son las normales de la legislación hipotecaria. Por eso se dice por el artículo 24 del Reglamento Hipotecario: «Siempre que el Estado o las Corporaciones civiles adquieran algún inmueble o derecho real, los Delegados de Hacienda, Autoridades o Directores Generales de los ramos bajo cuya dependencia hayan de administrarse cuidarán de que se recojan los títulos de propiedad, si los hubiere, y de que en todo caso se verifique su inscripción». Idea que, con poca fortuna en su desarrollo, se recoge expresamente para las Entidades locales en los artículos 85 del Texto Refundido y 36 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, a la vez que aquel precepto hipotecario constituye el desarrollo del número 6.º del artículo 2 de su Ley, el cual declara inscribibles los «títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan» a las Corporaciones civiles.

Queda por dilucidar cuál sea el documento hábil para ello, dada la desafortunada redacción de los artículos 85 del Texto Refundido y 36 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, que se acentúa si nos fijamos en que todo el título de aquél referente a los bienes, así como el correspondiente de la Ley de Bases, están redactados en consideración a los Ayuntamientos, si bien hayan de aplicarse también a las Diputaciones, dado que se utiliza a veces en ellos el término «Entidad local», y este término, según el artículo 3 de la Ley de Bases, comprende tanto a los Municipios como a las Provincias y las Islas del Archipiélago Balear y Canario, aparte de otras Entidades más que asimila a las enumeradas.

Dicen los preceptos que hemos transcrito al principio del presente, de una parte, que esas certificaciones de los inventarios de bienes de las Entidades locales, libradas por el Secretario con el visto bueno del Alcalde o del Presidente, «producirá iguales efectos que una escritura pública», y asimismo, que ellas son «suficientes» al efecto de inscribir en el Registro de la Propiedad los «bienes inmuebles y derechos reales» de la Entidad local, siendo ambas afirmaciones incomprensibles.

En el precepto parece que se contraponen el término bienes inmuebles al de derechos reales, lo cual sólo puede implicar que se contraponen el derecho real de propiedad a todos los demás derechos reales, o sea, a los limitativos del dominio. Esto así, resulta que es absolutamente imposible reflejar en el Registro un derecho real limitativo en virtud de una de esas certificaciones, pues por mucho que se fuerce la interpretación educadora de ellas con las escrituras públicas, en la certificación administrativa ni comparece el titular del derecho gravado ni existe consentimiento alguno de su parte para que surja el gravamen. La certificación administrativa

es uno de los documentos auténticos a que se refiere el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria como susceptibles de admisión en el Registro; pero la incomparecencia en ella del titular del derecho gravado impide el calificar su capacidad, como exige el artículo 18 de esa Ley, y al mismo tiempo, esa incomparecencia originará la falta del consentimiento para la constitución del gravamen por parte del titular del predio gravado, contra la tajante exigencia del párrafo 1.º del artículo 20 de dicha Ley Hipotecaria. Faltando así todas las bases jurídicas para apreciar la existencia de un derecho real limitativo. Lo cual impide una interpretación extensiva del precepto del Texto Refundido. A mayor abundamiento, el artículo 20 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales sólo es inteligible si se parte de la idea de que lo básico y certificable es el dominio, y lo subordinado, los demás derechos reales, exigiendo así que conste en el inventario la naturaleza del dominio, a la vez que los derechos reales constituidos a su favor o que graven la finca.

Como observación final hemos de recordar que las Resoluciones de 12 de diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960 expresaron que los derechos reales en cosa ajena han de recaer sobre inmuebles inscritos, pues aquéllos no pueden abrir folio registral, conforme dispone el artículo 7 de la Ley Hipotecaria, teniendo además que prestar su consentimiento para su constitución y acceso al Registro el dueño del inmueble gravado, conforme ordena el artículo 20 de la misma Ley, salvo lo que resuelvan en su caso los Tribunales de Justicia, todo lo cual no concurre en las certificaciones de dominio, que son sólo medios supletorios de inmatriculación, utilizables ante la carencia de título inscribible.

En esa resolución se recoge también el límite a la otra afirmación nuestra sobre estas certificaciones administrativas. La de que ellas sólo son utilizables como medio de inscripción de los bienes de las Entidades locales cuando se trate de inmatricularlos y para ello se «carezca de título escrito de dominio», como en forma imperativa dice el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Pues si bien, salvo en algunas cancelaciones, nuestro sistema civil e hipotecario se muestra causalista, recogiendo en la inscripción una operación jurídica sobre un derecho real inmobiliario, realizada en base a un negocio jurídico (art. 2 de la Ley Hipotecaria), cuando se trata de inmatriculaciones admite expresamente algunas excepciones, y así, junto a la inmatriculación «mediante título de su adquisición», autoriza la inmatriculación de situaciones jurídicas de propiedad, no de negocios jurídicos, a través del expediente de dominio o de la certificación administrativa, pero con una limitación en cuanto a estas certificaciones, la de que la Entidad local (o la de otras personas jurídicas que puedan utilizar ese medio) carezca de título escrito de dominio, o «si no existiera

título inscribible de dominio», como dice el artículo 36, 5, del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, pues, como dijo la Resolución de 12 de diciembre de 1953, antes citada, estas certificaciones fueron introducidas en nuestra legislación por los Reales Decretos de 19 de junio de 1863 y 11 de noviembre de 1864 con carácter de supletorias, según los artículos 5 y 6, y para el caso de que no existiera título escrito de propiedad, carácter que conservan claramente en los artículos 206 de la Ley y 17, 18 y 303 del Reglamento. Preceptos todos que no pueden ser derogados por una forzada interpretación de otra norma legal, máxime cuando ésta se recoge en un Real Decreto (sin homólogo en la Ley de Bases), que según el artículo 1, 2, del Código Civil no tiene validez contra lo que dispone una norma de rango superior, cual es la Ley Hipotecaria.

d) *Adquisiciones en procedimientos fiscales*

Es parca la legislación de Entidades locales respecto a esta materia, si bien con la remisión que en ella se hace tengamos bastante para estructurar todo el procedimiento de apremio.

Se señala en ella que estas Entidades locales nombrarán Recaudadores y Agentes ejecutivos, los cuales tendrán «la condición de funcionarios» (artículo 193 del Texto Refundido), si bien habrá de tenerse en cuenta la Disposición Transitoria novena del Texto Refundido, expresiva de que «los actuales Recaudadores contratados podrán continuar en el ejercicio de sus funciones de agentes ejecutivos durante la vigencia de los contratos establecidos, los cuales podrán ser prorrogados de mutuo acuerdo, en tanto las Entidades locales no tengan establecido el servicio con arreglo a lo prevenido en esta Ley, o bien tratándose de Municipios, Mancomunidades u otras Entidades locales o Consorcios, no lo tenga establecido la Diputación como forma de cooperación al ejercicio de las funciones municipales»; que las certificaciones de débitos expedidas por los Interventores tendrán la fuerza ejecutiva de las sentencias judiciales (art. 194 del Texto Refundido), y que toda la gestión y recaudación corresponde a la Tesorería, realizando su fiscalización el Interventor (art. 193 del Texto Refundido). Determinándose además en lo fundamental, que las normas de gestión serán las expresadas «en la Ley General Tributaria y la legislación estatal reguladora de la materia», a la cual hemos de atenernos en cuanto al contenido de la presente, pero limitándonos a la última parte del procedimiento de apremio fiscal, o sea, a la adjudicación de la cosa al Ente local apremiante.

Ha de tenerse también en cuenta que las escasas normas de procedimiento de apremio de esta legislación de Régimen local no contradicen ni son incompatibles con las del Reglamento General de Recaudación de

14 de noviembre de 1968 y con las de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969, que expondremos, por lo que ellas siguen vigentes conforme al apartado e) de la Disposición Derogatoria de la Ley de Bases de Régimen Local.

El párrafo 1.º del artículo 173 del Reglamento de Recaudación (no los dos párrafos restantes que son incompatibles con la legislación de Entidades locales) expresa «que para la efectividad de las deudas tributarias no satisfechas en período voluntario, las Entidades locales, los Organismos autónomos y demás Entes públicos utilizaron la vía de apremio». Añadiéndose por el artículo 178: «Cuando en la subasta de bienes inmuebles no haya habido postores y hubiere, por tanto, que resolverse sobre adjudicación de bienes en pago del débito, se seguirá el procedimiento regulado en el título II de este libro, entendiéndose que la Entidad u Organismo acreedor será el adjudicatario y sustituye al Delegado de Hacienda y a la Dirección General del Patrimonio del Estado a efectos de resolver sobre la adjudicación de los bienes de que se trate».

Hemos de precisar, como aclaración a lo dicho, que los párrafos del Reglamento de Recaudación que apostillamos como no aplicables a los procedimientos de apremio por las Entidades locales, al resultar incompatibles con otros preceptos de la peculiar legislación de estas últimas, no es por ello que hayan quedado derogados. El artículo 230 del Texto Refundido de la legislación de Entidades locales, al especificar los impuestos municipales, precisa que están a cargo del Estado, con la colaboración de las Corporaciones locales, la gestión de los impuestos municipales: Contribuciones Territoriales, Rústicas, Pecuarias y Urbanas, y las Licencias Fiscales de Comerciantes, Industriales, Profesionales y Artistas. Y sólo respecto a esos impuestos se podrán dar las situaciones prevenidas, tanto en esos párrafos como en la regla 115 de la Instrucción de contraposición, con lo que son aplicables a los impuestos locales, si bien no hemos de olvidar que la gestión corresponde al Estado.

Pasando ya a la adjudicación al Ente local apremiante, de conformidad con los artículos 157 y siguientes y 177 del Reglamento de Recaudación y de los concordantes de la Instrucción, podemos sintetizar las actuaciones procedentes en los extremos siguientes:

1.º Si en las subastas de los bienes no existieran postores, los Recaudadores remitirán el expediente de apremio, con esa indicación, a la Tesorería del Ente local, para que con el informe del Secretario determine si se han observado las prevenciones legales, mandando subsanar los defectos.

2.º Resultando que está bien tramitado o subsanados los defectos de esa orden, la Tesorería someterá al Alcalde o Presidente su propuesta

de adjudicar los bienes al Ente local por un valor igual al débito perseguido, pero sin que ese valor exceda de las dos terceras partes del valor tipo en la segunda subasta. Habiéndose determinado ciertas peculiaridades legales cuando existan cargas o gravámenes preferentes al derecho del Ente apremiante.

3.º Acordada la adjudicación, se devolverá inmediatamente el expediente al Recaudador, quien lo presentará al Juez que presidió la subasta al día siguiente al de su recibo, con el fin de que la autoridad judicial dicte auto de adjudicación al Ente local apremiante, con cancelación de la anotación a favor del mismo, así como de los demás asientos que deban cancelarse.

4.º Devuelto de nuevo el expediente, junto con el auto judicial aludido, se pasará a Intervención para su censura.

5.º Recibido el expediente después de esa actuación, se expedirá por la Tesorería del Ente local una certificación por triplicado, dado que al no tratarse de adjudicación al Estado, no se requiere el enviar copia de ella a la Dirección General del Patrimonio del Estado (art. 178 del Reglamento de Recaudación), con el contenido que se dirá. Y sin que dado lo preciso del artículo 159 del Reglamento de Recaudación, pueda aplicarse hoy el inciso final del párrafo 2.º del artículo 26 del Reglamento Hipotecario, el cual, cuando el apremio se debiera a una Entidad local, entendía que la certificación tendría que expedirse por el Alcalde o el Presidente y no por el Tesorero.

6.º La certificación contendrá los siguientes extremos:

a) Auto de adjudicación al Ayuntamiento o Diputación apremiante, dado por el Juez correspondiente.

b) Nombre y apellidos del deudor. Requisito de gran importancia si se considera que ellos son indispensables para apreciar la validez de las notificaciones hechas personalmente en estos expedientes (Resolución de 4 de octubre de 1918). Sin requerirse, por otra parte, hacer constar el título de adquisición del deudor (Resolución de 13 de abril de 1915). Siendo importante señalar que si existieren discordancias entre los nombres y apellidos consignados en los distintos apartados del documento, incluso con enmiendas y raspaduras no salvadas en debida forma, habrá de considerarse que ello constituye una falta subsanable de la certificación (Resolución de 10 de julio de 1913).

c) Término municipal donde radique la finca.

d) Descripción de las mismas y de los gravámenes a que estuvieren afectas, pero sin que nada de ello pueda sustituirse con una referencia a otros documentos (Resolución de 27 de agosto de 1941).

- e) Importe del principal del débito, detallando los ejercicios y conceptos a que correspondan.
- f) Suma total de los recargos y costas devengadas en el procedimiento.
- g) Valor de adjudicación de la finca.
- h) Prorratio que, en su caso, se hubiere practicado en la liquidación definitiva del expediente.
- i) Fecha de aprobación del expediente y censura del mismo por el Interventor.
- j) Y expresión de que éste ha sido examinado por el Secretario (que respecto a los Entes locales entendemos que ha de sustituir al Abogado del Estado que lo realiza respecto de los apremios por la Hacienda).

Una de estas certificaciones se entregará al deudor, al que servirá como documento liberatorio de su débito. Otra copia se presentará en la correspondiente Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones para que le pongan la nota correspondiente a ese Impuesto. La cual entendemos que habrá de presentarse también en la Oficina del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos, cuando proceda dada la naturaleza del inmueble adjudicado, pues en otro caso no podría inscribirse la adjudicación al determinarlo así el artículo 361 del Texto Refundido, si bien conviene indicar que el artículo 353 del mismo declara exentos de ese impuesto a la Provincia a que el Municipio pertenezca y al Municipio de la imposición, sin poderse repercutir, por tanto, el impuesto contra el deudor embargado, conforme dispone el artículo 354, 1, c), de aquel Texto Refundido.

La certificación original, junto con la copia donde figuren las notas referentes a los impuestos antes dichos, se presentará por el Recaudador el Registro de la Propiedad correspondiente para que una vez realizadas por este último las operaciones que procedan, se archive la copia en el Registro y se devuelva el original, con la nota de despacho, al Tesorero de la Entidad local (art. 159 del Reglamento de Recaudación y regla 98 de la Instrucción). Debiéndose tener muy en cuenta que si los bienes están inmatriculados, la inscripción procedente será una de transmisión de dominio, en tanto que si no lo estuviere, «la certificación» tendrá la eficacia suficiente para producir la «inmatriculación a nombre» de la Entidad local «de los inmuebles adjudicados» (art. 159, 4, del Reglamento de Recaudación y regla 98, 5, de la Instrucción). Con lo cual no se necesitará pasar primeramente los bienes adquiridos al inventario municipal o provincial de ellos para después librar la certificación que pudiera dar lugar a la inmatriculación. El procedimiento de la legislación fiscal es más rápido e incluso está dotado de mayores garantías y menos limitaciones.

e) *Adquisiciones para dedicar los bienes al dominio público*

Esta situación es sencilla y evidente. El párrafo 2.º del artículo 6 del Reglamento Hipotecario dispone: «Si un inmueble de propiedad privada o parte del mismo adquiere la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo anterior (se refiere a los no inmatriculables, como son los bienes de las Entidades locales dedicados al dominio y uso público), se hará constar esta circunstancia por nota marginal».

El medio más usual de las adquisiciones de bienes para destinarlos al dominio público será la expropiación forzosa, respecto a la cual se determina por el artículo 3 del párrafo 4 del Reglamento de Expropiaciones Forzosas de 26 de abril de 1957, que «cuando expropie la Provincia o el Municipio corresponde, respectivamente, a la Diputación Provincial o al Ayuntamiento en pleno adoptar los acuerdos en materia de expropiación», los que cuando se refieran a bienes inmuebles necesitarán una declaración de utilidad pública con los requisitos que, según los casos, determina el artículo 11 de este Reglamento.

A los efectos registrales, la expropiación se inscribirá a la vista del acta de ocupación y pago, salvo que la Administración y el particular expropiado convengan en la adquisición de los bienes objeto de ella libremente y por mutuo acuerdo (art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954). Si bien hay que considerar que no se inmatriculará el documento expropiatorio si por él el bien expropiado adquiere la condición de bien de dominio público (art. 62, 2, del Reglamento de Expropiación Forzosa), y que si estuviese inscrita la finca expropiada, al adquirir el bien este carácter de bien de dominio público en virtud de la expropiación, procederá, en su caso, no la inscripción, sino la nota registral desinmatriculadora, a que se refiere el artículo 6 del Reglamento Hipotecario.

De hecho, este pase de un bien de propiedad privada al dominio público, cuando él se destine a formar parte de una vía pública, se realiza en la generalidad de los casos en forma más simple. Se lleva a efecto ello con ocasión de cualquier transmisión de la finca, «renunciando» el titular a una parte de su cabida, pues, como ya se dijo en la Resolución de 28 de abril de 1927, es válida esa actuación y se funda no ya sólo en el número 4.º del artículo 513 del Código Civil y número 5.º del artículo 546 del mismo, sino especialmente en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que permite la cancelación de las inscripciones en virtud de documento auténtico en que exprese su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiera practicado el asiento. Tesis que se refuerza por el artículo 6, 2, del Código Civil, que permite la renuncia de los derechos

reconocidos por la Ley —el de propiedad en estos casos— siempre que no contrarie el interés o el orden público o perjudique a tercero. A lo que hemos de añadir que se trata de una renuncia abdicativa, no de una traslativa, ya que ésta no es realmente una renuncia, sino una cesión.

Generalmente, esta renuncia abdicativa de una parte de la cabida de la finca, se la matiza diciendo que ello se debe a que ha pasado a ser vía pública, y esta manifestación de la finalidad de una actuación jurídica, o sea, esta manifestación de intenciones, es ajena al negocio jurídico, el cual está regido por causas genéricas y no por intenciones concretas de las partes. Sin embargo, cuando la manifestación se refiera concretamente a que esa superficie ha pasado a un Ayuntamiento, porque el titular de la finca ha abierto en ella una calle, respecto de la cual expresa que es tal y que forma un vial más de la población, no estaremos ya ante una renuncia abdicativa, sino ante otra traslativa, por tratarse de la cesión de todo el vial al Ayuntamiento, arrogándose con ello una facultad que sólo a éste compete para que surta efectos oficiales y que incluso podría hacer que incidiera esa renuncia en ser contraria al interés público. Por todo ello no se admitió como válida esa creación unilateral y privada de vía pública, por la Resolución de 15 de junio de 1901.

INMATRICULACION DE BIENES POSEIDOS POR ENTIDADES LOCALES

La inscripción inmediata a la adquisición por el Ente local o la inmatriculación en algunas adquisiciones por débitos fiscales ha sido objeto del apartado anterior; ahora vamos a ocuparnos del acceso al Registro de los bienes inmuebles poseídos por aquellos Entes y que por una u otra causa no están inscritos debiendo serlo.

Si lo no inscrito fuese un derecho real sobre cosa ajena, habrá de ser inscrito en la forma ordinaria y mediante los documentos apropiados para todos ellos. Y si el dominio gravado con aquéllos no estuviera inscrito, se tendría que proceder por el Ente local en la forma prevista por el artículo 312 del Reglamento Hipotecario.

Las certificaciones administrativas de dominio, a que se refieren los artículos 85 del Texto Refundido y 36 del Reglamento de Bienes, no son vehículo hábil para inscribir derechos reales en cosa ajena. Las Resoluciones de 12 de diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960 ya determinaron que los derechos reales en cosa ajena no dan lugar a la apertura de folio registral, según dispone el artículo 7 de la Ley Hipotecaria, y que los gravámenes sobre inmuebles inscritos exigen para tener acceso al Re-

gistro el que preste su conformidad con ellos el dueño del inmueble gravado, como exige el artículo 20 de la misma Ley.

Si el derecho no inscrito fuere uno de dominio, pero referente a una finca que ya constara inmatriculada en el Registro, habrá de inscribirse aquél en virtud de la documentación ordinaria para cualquier sujeto de derecho, e incluso en el caso de que no se tuviese la totalidad de la documentación necesaria para continuar el tracto registral, se tendría que acudir por los Entes locales a los procedimientos hipotecarios normales para reanudación del tracto. La Resolución de 19 de enero de 1960 ya expresó con acierto que la función de las certificaciones administrativas (de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria, 85 del Texto Refundido y 36 del Reglamento de Bienes) son solamente inmatriculadoras, careciendo de virtualidad para otras funciones, como las cancelatorias de asientos vigentes y las de reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Precisándose en la Sentencia de 11 de junio de 1963 que sólo puede inmatricularse lo que no lo esté.

Cuando el derecho real no inscrito sea el de dominio de inmuebles por un Ente local sobre finca no inmatriculada, es cuando el asiento precedente será el de inmatriculación, pero una inmatriculación para la que habrá de precisarse el documento que pueda originarla, dado que respecto a este peculiar asiento es cuando la legislación hipotecaria admite varias excepciones a sus principios básicos: una, la de admitir que ella, la inmatriculación, se origine bien en un título que recoja uno traslativo del dominio: venta, herencia, etc., o bien en otro que recoja una situación jurídica, como la de tenencia de una titularidad dominical, y otra, admitir con plenitud, frente a los títulos judiciales o notariales, los administrativos que reflejen el contenido de un inventario, no el de un negocio jurídico bien directa o bien indirectamente.

La posibilidad de que el Ente local acuda a un expediente de dominio como medio inmatriculador es algo evidente, pues ellos tienen plena personalidad. A él se acudirá por el Ente local, cuando quiera que la inmatriculación de su derecho no quede mediatizada por lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, el cual suspende los efectos hipotecarios contra terceros de la inmatriculación durante el plazo de dos años, siempre que ella se base en una escritura pública o en una certificación administrativa de dominio. No utilizándose ese medio inmatriculador del expediente de dominio, la Administración podrá escoger entre los dos restantes. La certificación es un medio excepcional, y así, el artículo 36, 3, del Reglamento de Bienes determina en redacción que exime de todo comentario: «Si no existiera título inscribible de dominio se estará a lo

dispuesto en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 a 307 de su Reglamento».

Los preceptos citados por el del Reglamento son de dos órdenes: Unos, los reguladores del contenido de la certificación y de la competencia para darla. Otros, expresivos de las actuaciones registrales en el caso de faltas documentales o de contradicciones con otros asientos. Pero como este segundo grupo se refiere a actuaciones posteriores a las que venimos considerando en este trabajo, nos limitaremos al examen del primero de esos grupos de normas.

Hemos de destacar, en primer lugar, quién tiene competencia para librar la certificación administrativa de dominio, de la que después trataremos, y frente a la norma demasiado general del artículo 304 del Reglamento Hipotecario, que la atribuye primeramente al funcionario a cuyo cargo estuviere la administración o custodia de los bienes, salvo que por no ejercer autoridad pública o no tener facultad para certificar pasase al superior jerárquico más inmediato que pueda hacerlo, ha de prevalecer el precepto más concreto del apartado 2 del artículo 36 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales (Real Orden de 13 de junio de 1986), que determina: la «certificación» del inventario ha de ser expedida por «el Secretario con el visto bueno del Presidente de la Corporación»; disposición que recoge lo ya dicho por el artículo 85 del Texto Refundido (Real Decreto de 18 de abril de 1986).

La certificación en sí ha sido regulada con cierto detalle por el artículo 303 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual:

«Para obtener la inscripción con arreglo al artículo 206 de la Ley, cuando no exista título inscribible, el Jefe de la dependencia a cuyo cargo esté la administración o custodia de las fincas que hayan de inscribirse expedirá por duplicado, siempre que por su cargo ejerza autoridad pública o tenga facultad de certificar, una certificación en que con referencia a los inventarios o documentos oficiales que obren en su poder y sin perjuicio de los demás extremos exigidos por la legislación administrativa aplicable, se haga constar:

1.º La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, denominación y número, en su caso, y cargas reales de la finca que se trate de inscribir.

2.º La naturaleza, valor, condiciones y cargas del derecho real inmatriculable de que se trate y las de la finca a que se refiere la regla anterior.

3.º El nombre de la persona o Corporación de quien hubiese adquirido el inmueble o derecho cuando constare.

4.º El título de adquisición o el modo como fueron adquiridos.

5.º El servicio público u objeto a que estuviese destinada la finca.

Si no pudiera hacerse constar alguna de estas circunstancias, se expresará así en la certificación y se indicarán las que sean».

Las certificaciones se extenderá en papel del sello de oficio y quedará minuta rubricada en el expediente respectivo.

Precepto que recoge algunos datos del inventario del bien inmueble en la Entidad local correspondiente, dado que el artículo 20 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales expresa al efecto:

«El inventario de los bienes inmuebles expresará los datos siguientes:

- a) Nombre con que fue conocida la finca, si tuviere alguno especial.
- b) Naturaleza del inmueble.
- c) Situación, con indicación concreta del lugar en que radicare, de la finca, vía pública a que diere frente y números que en ella le correspondiera, en las urbanas, y el paraje con expresión del polígono y parcela catastral, si fuera posible, en las rústicas.
- d) Linderos.
- e) Superficie.
- f) En los edificios, características, noticia sobre su construcción y estado de conservación.
- g) Tratándose de las vías públicas, en el inventario deberán constar datos necesarios para su individualización, con especial referencia a sus límites, longitud y anchura.
- h) Clase de aprovechamiento en las fincas rústicas.
- i) Naturaleza de dominio público o patrimonial, con expresión de si se trata de bienes de uso o de servicio público, patrimoniales o comunales.
- j) Título en virtud del cual se atribuyere a la Entidad.
- k) Signatura de inscripción en el Registro de la Propiedad en caso de que fuere inscribible.
- l) Destino y acuerdo que lo hubiese dispuesto.
- m) Derechos reales constituidos a su favor.
- n) Derechos reales que gravaren la finca.
- ñ) Derechos personales constituidos con la misma.
- o) Fecha de adquisición.
- p) Costo de la adquisición, si hubiere sido a título oneroso, y de las inversiones efectuadas y mejoras.
- q) Valor que correspondería en venta al inmueble.
- r) Frutos y rentas que produjere».

Finalmente, y dentro aún de lo referente a la inmatriculación de bienes de los Entes locales, si se tratare de montes catalogados, propios de uno de ellos, la certificación administrativa para su inmatriculación se expedirá por la Administración forestal, expresando en ella la Entidad pública a quien pertenece el monte y a favor de la cual se va a realizar la inmatriculación (arts. 11 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y 70 y siguientes de su Reglamento de 22 de febrero de 1962); cesando así, en cuanto a ellos, la facultad de los Secretarios de los Entes locales para expedirlas.

MODIFICACIONES EN LOS BIENES DE LOS ENTES LOCALES

Expuestas al principio las modificaciones en el carácter jurídico de estos bienes y, por tanto, en su destino o base de este carácter, vamos a analizar ahora las modificaciones de los bienes en sí mismos, siempre que ello no suponga alguna forma de enajenación.

Esas modificaciones radicarán generalmente en la accesión por edificación, excesos de cabida y agrupaciones y segregaciones, todo ello siempre que con las mismas no se involucre a la vez un cambio del carácter público, comunal o de propios de la finca de que se trate.

La nueva legislación de los Entes locales no contiene norma al efecto. Sólo se dice en el artículo 38 del Texto Refundido, que «las Entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal tendrán las siguientes competencias: a) La construcción, conservación y reparación de fuentes, lavaderos y abrevaderos». Y como estas actuaciones no se incluyen entre las reservadas a la Junta o Asamblea vecinal por el artículo 41, podrá realizarlas por sí solo el Alcalde pedáneo, conforme al apartado e) del artículo 40, pero bien entendido que el estar facultado para realizarlas no implica el tener también facultad para disponer del metálico necesario para ellas; para esto se requieren mayores exigencias legales. Podríamos así concluir diciendo que esta facultad de realizar edificaciones concedida al Alcalde pedáneo corresponderá con mayor razón a los Alcaldes ordinarios y a los Presidentes de la Diputación, a quienes en general les corresponderá ejecutar los acuerdos administrativos referentes a las modificaciones de que aquí se trata, las cuales sólo son actos de administración cualificada, o sea, actos de administración realizables sólo por el titular dominical. Determinada la capacidad, en cuanto a cuál sea el documento para ello, habrá de estarse al normal para la modificación de que se trate, sin admitirse ninguno específico para estos Entes, pues, como dijeron las Resoluciones de 20 y 23 de noviembre de 1972, las certificaciones administrativas de dominio no son vehículo hábil para lograr la inscripción de

los excesos de cabida, sino que los medios para ello son sólo aquellos a que se refiere el artículo 200 de la Ley Hipotecaria.

Aparte de ésa, más bien indicación que norma, sólo tenemos el apartado 1 del artículo 33 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, que con gran generalidad dispone: la rectificación del inventario se verificará análogamente y en ella se reflejarán las vicisitudes de toda índole de los bienes y derechos durante esa etapa.

ENAJENACION Y GRAVAMEN DE BIENES DE LOS ENTES LOCALES

Las cuestiones comprendidas en este apartado requieren dos afirmaciones previas.

En primer lugar, ha de considerarse que, según el artículo 80, 1, de la Ley de Bases: «Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno». Precepto transcrito literalmente en el artículo 5 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales. Con ello, si el bien gravado o enajenado no está inscrito como bien propio de una Entidad local, sino como uno de los otros tres grupos, el Registrador denegará la operación. Para su validez habrá de alterarse la calificación jurídica, pasando a ser la de bien de propios, apto ya así para enajenarlo o gravarlo.

La otra afirmación es la de que ha desaparecido respecto a estos bienes la legislación desamortizadora, por lo que han quedado inoperantes los artículos 20, 21, 22 y 23 del Reglamento Hipotecario, y todo ello desde hace ya bastante tiempo. Incluso últimamente y respecto al Estado y a la Iglesia, por la cláusula derogatoria de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964. Por ello no se concibe el que en cualquiera de las reformas legislativas realizadas en ese Reglamento desde esa última fecha no hayan sido suprimidos los preceptos que a ella se referían en el Reglamento Hipotecario.

Algunas contadas citas, de las sesenta y nueve que se recogen para su derogación expresa por la citada cláusula, se refieren concretamente al Estado o a la Iglesia, pero ello no implica que las disposiciones derogadas se refieren sólo a esas personas jurídicas, y a que únicamente se derogara la legislación desamortizadora en cuanto a ellas. Todas las Leyes de ese orden se referían también, entre otras personas jurídicas, a los Entes locales, pues la desamortización se realizó de una manera conjunta en cuanto a los bienes del Estado, Provincia y Municipio, siendo aquél el que enajenaba los bienes desamortizados de los tres Entes.

El «Manual de Desamortización Civil y Eclesiástica», publicado en

1879 por la redacción de *El Consultor de los Ayuntamientos*, resumiendo en su introducción las cerca de setecientas disposiciones legales que en él se recogen, dice: «La calificación general que se ha venido dando a los bienes mandados desamortizar ha sido la de bienes nacionales, es decir, bienes pertenecientes o correspondientes a la Nación»; pero ello no es exacto: «Bajo ese título y para los efectos de la desamortización se han reunido los bienes raíces y derechos reales de propiedad exclusiva y absoluta del Estado adquiridos en virtud de título legítimo y especial, los bienes y predios rústicos y urbanos, censos, foros y cargas pertenecientes a las Corporaciones eclesiásticas, congregaciones pías, institutos monásticos, etc., y, por último, los de las Corporaciones civiles, como los de propios y comunes de los pueblos...».

Esos bienes (dice en la pág. 20), a los que se añadió por la Ley de 1855, ampliando «la desamortización a los bienes de las Provincias y de los Pueblos propios y comunes», se han ido vendiendo desde esa fecha, por lo que en la de la obra, año 1879, afirmaba «que actualmente son ya pocos los bienes de los pueblos que quedan por vender», si se exceptúa el ramo de montes, y desde luego los exceptuados expresamente de ser desamortizados según esas normas. Habiendo venido después la Ley de 21 de julio de 1876 a fijar definitivamente la suerte de los bienes de propios y comunes de los Pueblos, disponiendo que se les liquide y pague a los mismos.

Pero no se requiere para apreciar esa derogación de las Leyes desamortizadoras el estudio del fárrago de disposiciones al efecto. Basta fijarnos en que salvo las excepciones concretas, siempre se han considerado como desamortizables los bienes comunales, y si esto continuara siendo aún así, sería absurda, por contrapuesta, la exigencia del artículo 80, 1, de la Ley de Bases de 1985 de que ellos son inalienables, inembargables e imprescriptibles, pues la desamortización implica enajenación. Precepto que con idéntica redacción figuraba ya en el artículo 94 del Reglamento de Bienes Municipales y Provinciales de 27 de mayo de 1955: «Los bienes de dominio público y los comunales mientras conserven su respectivo carácter serán inalienables, imprescriptibles e inembargables». Y el que, a su vez, fue también transcripción casi literal del artículo 188 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, la cual era el Texto Articulado de la de 17 de julio de 1945, que determinaba esa misma exigencia en su Base 19.

Entrando ya en los requisitos y circunstancias necesarios para estas actuaciones jurídicas, señalaremos, en primer lugar, que la representación del Ayuntamiento o la Diputación a esos efectos es la general que expusimos en el apartado a) del epígrafe sobre adquisiciones al principio del

presente, incluso respecto a las delegaciones de ella y los apoderamientos. Sólo hemos de añadir que previstos en el artículo 41, 2, del Texto Refundido, que «los acuerdos de la Junta o Asamblea vecinal sobre disposición de bienes y operaciones de crédito y expropiación forzosa, deberán ser ratificados por el Ayuntamiento respectivo»; cuando esto ocurra, la representación de la Junta o Asamblea vecinal competirá al «Alcalde pedáneo, órgano unipersonal ejecutivo de la Entidad local» (art. 39 del Texto Refundido), dado que dicho «Alcalde pedáneo tendrá las atribuciones que la Ley señale al Alcalde», pero «circunscritas a la administración de su Entidad».

Fijada la representación, la esfera de actuaciones de que aquí tratamos y dentro de las que pueden moverse estas personas, se señalan taxativamente por los artículos del Texto Refundido y del Reglamento de Bienes de Entidades Locales que a continuación transcribimos:

«Art. 79. 1. Toda enajenación, gravamen o permuta de bienes inmuebles habrá de comunicarse al órgano competente de la Comunidad Autónoma. Si su valor excediera del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación requerirá, además, autorización de aquél.

2. Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente, salvo a Entidades o Instituciones públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro» (Texto Refundido, que se reitera en el art. 109 del Reglamento).

Del contenido del precepto puede deducirse: *a)* Que si el valor de lo enajenado, gravado o permutado no llegase al 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, «habrá de comunicarse» la enajenación, etc., o sea, el acto ya realizado, pues no se precisa el que lo comunicable sea un propósito de enajenación, gravamen, etc. *b)* Que si el valor excediese de aquella cantidad se requerirá «autorización» de la Comunidad Autónoma, anterior así al otorgamiento del negocio jurídico, pues en el precepto no se habla de confirmación, aprobación, ratificación u otra actuación posterior. *c)* Que los requisitos para que proceda una cesión gratuita se los configura como determinantes para realizarla, pero no como condicionantes de la cesión en sí, y cuyo incumplimiento posterior provocaría la resolución de la cesión, máxime cuando no se señala tiempo de duración de esos fines, lo cual, dado el carácter de duración indefinida de la Entidad recipiendaria, configuraría una prohibición perpetua del cambio de los fines contraria a nuestro ordenamiento. Hay que añadir que es también requisito básico para las cesiones gratuitas el acuerdo al efecto de

la Corporación por mayoría absoluta del número legal de sus miembros, previo el expediente que detalla el artículo 110 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales.

«Art. 80. Las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario.» Precepto del Texto Refundido que, con ciertas variantes, se recoge en el artículo 112 del Reglamento de Bienes.

No hay necesidad de indicar que el precepto se refiere a las enajenaciones a título oneroso, pero no a las donaciones, las que por ser de inmuebles habrán de regirse en el orden documental sólo por la regla del artículo 633 del Código Civil, de que se otorguen mediante escritura pública y sean aceptadas en la misma forma por el donatario. Ni tampoco habrá que indicar que no será aplicable esa exigencia a la cesión temporal de uso y al derecho de vuelo a que se refiere el artículo 82, que luego transcribimos.

«Art. 81. Cuando se trate de enajenaciones o gravámenes que se refieran a monumentos, edificios u objetos de índole artística o histórica, será necesario el informe previo del órgano estatal o autonómico competente de acuerdo con la legislación sobre Patrimonio Histórico y Artístico» (Texto Refundido copiado en el art. 117 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

La remisión que hace a la «legislación sobre Patrimonio Histórico y Artístico» no la comprendemos, pues si se quisiera referir de una manera genérica a todo lo referente a la historia y arte nacional lo hubiera puesto con minúsculas. La utilización de mayúsculas es para referirse así a la legislación concreta que existió con esa denominación. Además, hoy la «Ley del Patrimonio Histórico Español» de 25 de junio de 1985, en su Disposición Derogatoria, y entre otras disposiciones, lo hace de la Ley de 13 de mayo de 1933 sobre defensa, conservación y acrecentamiento del «Patrimonio Histórico y Artístico» y de la Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre Conservación del «Patrimonio Histórico y Artístico». Quizá por ello se ha rectificado el precepto al trasladarlo al Reglamento, poniendo con minúsculas ambas palabras para referirse así a conceptos y no a denominación de una Ley.

A mayor abundamiento, en el orden reglamentario, la Ley —hoy vigente— del «Patrimonio Histórico Español» (de 25 de junio de 1985) determina en su Disposición Transitoria primera que «en tanto se elaboran

las normas precisas para el desarrollo y aplicación de la presente Ley, se entenderán vigentes las de rango reglamentario que regulan el Patrimonio Histórico y Artístico Español». Vigencia transitoria condicionada al desarrollo reglamentario de la Ley, que ha terminado ya, pues ese desarrollo (susceptible de otro complementario posterior) se ha llevado a cabo por el Real Decreto de 10 de enero de 1986, que en su Disposición Derogatoria lo hace, entre otras, y aparte de la derogación que su misma publicación supone, del Reglamento de la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 16 de abril de 1936, modificada por Decreto de 15 de junio de 1972.

«Art. 82. 1. No implicarán enajenación ni gravamen las cesiones de parcelas de terrenos del patrimonio municipal a favor de vecinos braceiros, aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez años, ni las que se otorguen a vecinos para plantar arbolado en terrenos del mismo patrimonio no catalogados como de utilidad pública.

2. Dichas cesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento Pleno con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

3. Los vecinos cesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven, y durante los cinco años primeros podrán acotar las parcelas plantadas para preservarlas de los ganados. Si esta acotación perjudicara aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos, quedará en suspenso la cesión hasta que sobre ella recaiga nuevamente acuerdo del Ayuntamiento Pleno» (Texto Refundido transcrito en el art. 116 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

Continuando con las imprecisiones jurídicas, se recogen aquí dos cesiones que se perfilan como completamente distintas. El precepto es transcripción literal del artículo 195 de la anterior Ley de Régimen Local (Texto Refundido) del 24 de junio de 1955, y ambos merecen idénticos reproches, así como el 116 del actual Reglamento de Bienes de Entidades Locales que lo repite.

En primer lugar, se recoge una declaración que ha de calificarse de pura utopía. «No implicarán enajenación ni gravamen» las cesiones de parcelas a que alude. Dice que no serán enajenaciones, pero los beneficiados con ellas tienen un uso exclusivo e incluso pueden cercar la parcela. Que con esa frase se quiera indicar que no existe por la Entidad local un desprendimiento definitivo de más o menos facultades dominicales, lo admitimos, pero esa afirmación, con ese contenido, ¿para qué? Ya determina el precepto los requisitos previos para esa cesión, configurándolos como análogos a los de una enajenación o gravamen, pero que según él no lo será.

En segundo lugar, rehúye denominar los derechos que concede, ¿por qué? Concede un derecho real de vuelo al cual ha de aplicarse toda la normación de él, salvo las especialidades que expresa el precepto. Y un derecho real de uso, que parece no tener la limitación del párrafo 1.º del artículo 524 del Código Civil, aunque sí la prohibición de enajenar que estatuye el artículo 525 del mismo, pues parece basarlo en la exigencia de una determinada cualidad del cesionario, e incluso basa esa prohibición en la declaración de que el arbolado es propio del cultivador, lo cual no sería necesario indicar si no se partiera de la base de que todo el contenido del derecho de vuelo que no sea el indicado no es enajenable.

De todas formas, el contenido del precepto y del de su precedente apenas sí se habrá aplicado en su ya largo período de vigencia.

«Art. 83. El arrendamiento de bienes patrimoniales de las Entidades locales se registrará en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas jurídico públicas que regulen la contratación» (Texto Refundido, y con mayor desarrollo el art. 92 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales).

Finalmente, la capacidad para realizar las actuaciones que aquí nos ocupan no la tiene por sí solo el representante del Ente local. Este ejecuta, pero no decide. Para esto último, y además de lo determinado en los varios artículos antes transcritos, se tendrán en cuenta los siguientes requisitos al efecto.

Dispone la Ley de Bases en su artículo 22:

«1. El Pleno integrado por todos los Concejales es presidido por el Alcalde.

2. Corresponden en todo caso al Pleno las siguientes atribuciones:

-
- l) La enajenación del patrimonio.
 - ll) Aquellas otras que deban corresponder al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial.
 - m) Las demás que expresamente le confieran las Leyes.»

Y, a su vez, determina la misma Ley de Bases en su artículo 33:

«1. El Pleno de la Diputación está constituido por el Presidente y los Diputados.

2. Corresponde en todo caso al Pleno:

.....

h) La enajenación del patrimonio.

k) Aquellas atribuciones que deban corresponder al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial.

l) Las demás que expresamente le atribuyan las Leyes.»

Entre las disposiciones comunes a todas las Entidades locales, del Texto Refundido de la legislación de Régimen local tenemos que destacar:

«Art. 46. 1. Los órganos colegiados de las Entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinarias, que pueden ser, además, urgentes.

2. En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones locales se ajusta a las siguientes reglas:

a) El Pleno celebra sesión ordinaria, como mínimo, cada tres meses y extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de los miembros de la Corporación. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de dos meses desde que fuera solicitada.

b) Las sesiones plenarias han de convocarse, al menos, con dos días hábiles de antelación, salvo las extraordinarias que lo hayan sido con carácter urgente, cuya convocatoria con este carácter deberá ser ratificada por el Pleno. La documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día, que deba servir de base al debate y, en su caso, votación, deberá figurar a disposición de los Concejales o Diputados, desde el mismo día de la convocatoria, en la Secretaría de la Corporación.

c) El Pleno se constituye válidamente con la asistencia de un tercio del número legal de miembros del mismo, que nunca podrá ser inferior a tres. Este quórum deberá mantenerse durante toda la sesión.

En todo caso, se requiere la asistencia del Presidente y del Secretario de la Corporación o de quienes legalmente les sustituyan.

d) La adopción de acuerdos se produce mediante votación ordinaria, salvo que el propio Pleno acuerde, para un caso concreto, la votación nominal. El voto puede emitirse en sentido afirmativo o negativo, pudiendo los miembros de las Corporaciones abstenerse de votar.

La ausencia de uno a varios Concejales o Diputados, una vez iniciada la deliberación de un asunto, equivale, a efectos de la votación correspondiente, a la abstención.

En el caso de votaciones con resultado de empate, se efectuará una nue-

va votación, y si persistiera el empate, decidirá el voto de calidad del Presidente.»

«Art. 47. 1. Los acuerdos de las Corporaciones locales se adoptan, como regla general, por mayoría simple de los miembros presentes. Existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos.

.....

3. Es necesario el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación para la adopción de acuerdos en las siguientes materias:

.....

d) Cesión por cualquier título del aprovechamiento de bienes comunales.

e) Concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 10 por 100 de los recursos ordinarios de su presupuesto.

.....

k) Enajenación de bienes, cuando su cuantía exceda del 10 por 100 de los recursos ordinarios de su presupuesto.

l) Alteración de la calificación jurídica de los bienes demaniales o comunales.

ll) Cesión gratuita de bienes a otras Administraciones o Instituciones públicas.

m) Las restantes materias determinadas por la Ley.»

«Art. 49. Las sesiones se celebrarán en la Casa Consistorial o en el Palacio Provincial que constituya la sede de la respectiva Corporación. En los casos de fuerza mayor podrán celebrarse en edificio habilitado al efecto.»

«Art. 50. De cada sesión se extenderá acta por el Secretario de la Corporación o, en su caso, del órgano correspondiente, haciendo constar, como mínimo, la fecha y la hora de comienzo y fin, los nombres del Presidente y demás asistentes, los asuntos tratados, el resultado de los votos emitidos y los acuerdos adoptados. En las sesiones plenarias deberán recogerse sucintamente las opiniones emitidas.»

«Art. 51. Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones ordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo

orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría prevista en el artículo 47, 3, de la Ley 7/1985, de 2 de abril.»

«Art. 54. 1. Será necesario el informe previo del Secretario, y además, en su caso, del Interventor o de quienes legalmente les sustituyan, para la adopción de los siguientes acuerdos:

a) En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse.

b) Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial.»

Tendremos también en cuenta que siendo obligatoria la forma de la subasta pública para estas enajenaciones, gravámenes, etc., conforme al apartado h) del artículo 24 del Texto Refundido, corresponderá al Alcalde «presidir las subastas y concursos para ventas, arrendamientos...», y según el apartado b) del artículo 29 del mismo Texto Refundido, es el Presidente de la Diputación quien ha de «presidir las subastas y adjudicar provisionalmente el remate».

Aunque no de una manera directa, se refieren indirectamente a la enajenación o gravamen de los inmuebles de las Entidades locales el artículo 180 del Texto Refundido, que dispone en su apartado 2: «Las transacciones y arbitrajes previstos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria requerirán, cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades locales, el acuerdo del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente que tuviera asumida esa competencia».

Y el artículo 182 establece, a su vez, en su apartado 1: «Las deudas contraídas por las Entidades locales no podrán ser exigidas por el procedimiento de apremio, a excepción de las aseguradas con prenda o hipoteca, no pudiendo ninguna autoridad ni Tribunal despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencia de embargo contra bienes y derechos de dichas Entidades».

Consideración especial requiere la enajenación de parcelas sobrantes.

Determina al efecto el artículo 7 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales como concepto de ellas:

«Art. 7. 1. Se clasificarán como bienes patrimoniales las parcelas sobrantes y los efectos no utilizables.

2. Se conceptuarán parcelas sobrantes aquellas porciones de terreno

propiedad de las Entidades locales que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento no fueren susceptibles de uso adecuado.

3. Para declarar un terreno parcela sobrante se requerirá expediente de calificación jurídica, en la forma que previene el artículo siguiente y con la excepción que señala su número 3.

4. Se considerarán efectos no utilizables todos aquellos bienes que por su deterioro, depreciación o deficiente estado de conservación resultaren inaplicables a los servicios municipales o al normal aprovechamiento, atendida su naturaleza y destino, aunque los mismos no hubieren sido dados de baja en el Inventario.»

Y se establece, por último, en el artículo 115 del mismo Reglamento, como requisitos de la enajenación de estas parcelas:

«Art. 115. 1. Las parcelas sobrantes, a que alude el artículo séptimo, serán enajenadas por venta directa al propietario o propietarios colindantes o permutadas con terrenos de los mismos.

2. Si fueran varios los propietarios colindantes, la venta o permuta se hará de forma que las parcelas resultantes se ajusten al más racional criterio de ordenación del suelo, según dictamen técnico.

3. Si algún propietario se negara a adquirir la parcela que le correspondiere, la Corporación podrá expropiarle su terreno del modo dispuesto para la regulación de solares, a cuyo efecto será preceptivo, en cada caso, el dictamen técnico pertinente.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE
Registrador de la Propiedad

Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal

SUMARIO: *Introducción. Ambito legal.*—I. *Efectos provisionales:* 1. Anotación preventiva de demanda. Presupuestos. 2. Anotación de demanda por atribución del uso provisional de la vivienda a un solo cónyuge. 3. Revocación de poderes. II. *Efectos definitivos:* 1. Título inscribible: a) Sentencia aprobatoria del convenio regulador. b) Sentencia reguladora de la separación o el divorcio. 2. Atribución del uso exclusivo de la vivienda y ajuar familiar: a) Derecho comparado. b) Posición doctrinal. c) Concepto de este derecho real. 3. La pensión. 4. Supuestos del artículo 99 del Código Civil.—*Bibliografía.*

Las reformas que en el ámbito del Derecho de familia han supuesto las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio, ambas de 1981, han originado cambios sustanciales en la economía familiar, tanto en una situación de normalidad como en un supuesto de conflicto conyugal.

El objeto de estudio del presente trabajo es analizar las consecuencias registrales que pueden derivarse de los autos y las sentencias dictadas en un proceso de separación o divorcio, según nuestra legislación vigente.

Como marco de estudio deben citarse los artículos 90, 96, 97, 99, 101, 102, 103, 104 y 106 del Código Civil, así como el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, que fue modificado primeramente por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 y posteriormente de nuevo redactado por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984.

Para una mayor claridad en la exposición distinguiremos entre efectos provisionales y efectos definitivos de las resoluciones judiciales dictadas en estas materias.

I. EFECTOS PROVISIONALES

Por efecto provisional en este trabajo debemos entender aquellas medidas que, con posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, pueden adoptarse como consecuencia de haberse iniciado un proceso de separación o divorcio y que durarán lo mismo que dure su tramitación.

1. *Anotación preventiva de demanda. Presupuestos*

Tanto de los artículos 102 y 104 del Código Civil, como de la Disposición Adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, se deriva la posibilidad de la anotación preventiva de la demanda interpuesta con el efecto de obtener alguno de los pronunciamientos de separación o divorcio.

Debe hacerse notar, en primer lugar, que todos estos preceptos califican la anotación preventiva de potestativa y siempre a instancia de parte. La razón es que estas demandas no siempre afectarán a bienes inmuebles o derechos reales inscritos, único soporte que permitiría que accedan al Registro de la Propiedad, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1 y 42, 1, de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, y sin perjuicio de lo que inmediatamente se expondrá, esta anotación preventiva de la demanda de separación o divorcio, con carácter general, sólo tendrá lugar cuando en su fondo, además de pedirse la declaración de aquella situación, se demande alguno de los supuestos previstos en el artículo 42, 1, de la Ley Hipotecaria y que sean congruentes con la demanda y la competencia del Juzgado.

Esta misma anotación preventiva está prevista en los artículos 1.436 del Código Civil, en relación con el 1.435, 3.º, y 1.393 también del Código Civil; pero es en los trabajos sobre la extinción de la sociedad de gananciales donde deben analizarse.

La función general de esta anotación preventiva de separación o divorcio es la misma a toda anotación preventiva de demanda, es decir, «hacer posible el acceso al Registro de los actos registrales emanados del fallo que haya dado lugar a la demanda anotada, sin que puedan impedirlo o condicionarlo los actos registrados a favor de adquirentes en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación, y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la anotación misma».

2. *Anotación de demanda por atribución del uso provisional de la vivienda a un solo cónyuge*

De todas las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103 del Código Civil, hay una que en la generalidad de los casos afectará a in-

muebles (puede haber alguna excepción, como en los supuestos en los que los cónyuges no tengan vivienda o ésta no lo sea a título legal válido), pero que no siempre tendrá acceso registral: me refiero a la atribución provisional del uso de la vivienda conyugal objeto del ajuar al cónyuge no titular de la misma, según la regla 2.^a del citado artículo 103 del Código Civil.

Este uso provisional de la vivienda conyugal sólo podrá ser objeto de anotación preventiva cuando dicha vivienda se hubiese constituido en base a un título que fuese inscribible y que hubiese sido previamente inscrito en el Registro de la Propiedad.

Sólo en estos casos en los que la vivienda que constituye el hogar conyugal, se basa en un título de dominio o de algún derecho real idóneo o de, aunque sea excepcionalísimo, un arrendamiento inscrito al amparo del artículo 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria, la atribución del uso provisional de la misma podrá ser objeto de anotación preventiva. Cualquier otro caso, como los de relaciones posesorias, arrendamientos no inscritos u otras figuras que traigan su causa en una relación crediticia, quedarán excluidos de esta anotación preventiva.

Es entonces cuando, porque se refiere a un inmueble o a un derecho real inscrito y porque se produce una modificación jurídico-real provisional, que puede convertirse en definitiva, que tenemos las bases suficientes para poder pedir que se ordene la anotación preventiva de demanda.

3. *Revocación de poderes*

Otro efecto específico, de carácter registral, englobado dentro de las medidas provisionales por demandas de separación y divorcio, es el prevenido en el artículo 102. 2, del Código Civil, al determinar la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Pero esta medida no es objeto de anotación preventiva, ya que, según el artículo 106, 2, del Código Civil, tal revocación se entiende siempre definitiva, por lo que su constatación registral idónea es el asiento de cancelación, la cual deberá practicarse en el Registro Mercantil y no en el de la Propiedad, pues es en aquel Registro donde, para actuaciones mercantiles entre cónyuges, se habrán inscrito tales poderes y consentimientos. Por esto, la referencia al Registro Mercantil del artículo 102 del Código Civil es totalmente correcta.

II. EFECTOS DEFINITIVOS

Nos referiremos aquí a aquellas situaciones jurídicas que, creadas al amparo de la resolución judicial que pone fin a la situación del conflicto familiar, y sin perjuicio de su temporalidad en alguno o todos los casos, cualitativamente son estables y no litigiosas.

Estas situaciones van a estar recogidas en la sentencia de separación o divorcio, pero para una mayor claridad distinguiremos:

a) Supuestos de un proceso en que las partes han actuado de mutuo acuerdo y, por tanto, han aportado para la aprobación judicial el convenio regulador, a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, y el Juez lo aprueba.

b) Supuestos en los que las partes no lo aportan, siendo el Juez quien toma las decisiones, así como el caso en el que habiendo aportado las partes un convenio, el Juez no lo aprueba y, finalmente, es él quien decide directamente.

El final de un proceso por causa de separación o divorcio siempre será el mismo: la sentencia judicial declarativa o no de aquella situación y, como consecuencia de ello, aprobando el convenio propuesto por las partes o determinando el Juez las medidas que se recogen en los artículos 96 y 97 del Código Civil.

Veremos, en primer lugar, cuál es el título inscribible en estos casos y después las posibles constataciones registrales de los acuerdos adoptados en el convenio regulador de la separación o divorcio, así como de las medidas fijadas por la sentencia, en orden todo ello a la atribución en exclusiva del uso de la vivienda conyugal, del posible acceso registral de la pensión y sus posibles formas de pago, previstas en el artículo 99 del Código Civil.

1. *Título inscribible*

Hay que distinguir según haya o no convenio regulador aprobado por el Juez.

a) Sentencia que aprueba el convenio propuesto por las partes.

Partiendo de la premisa que el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria da plena efectividad, en cuanto al título inscribible, al documento judicial, esta afirmación hay que entenderla en su aspecto formal, y siempre que el acto que, siendo registrable, contenga sea perfecto.

Creo que esto no se produce en las sentencias de separación y divorcio, cuando al aprobar un convenio se recoge la creación, modificación, transmisión o extinción de un derecho real inscrito.

En efecto, esto es así porque al crearse la modificación jurídico-real en el convenio recibe su autenticación en la sentencia; pero todo ello sólo referido al concepto «título» en su aspecto sustantivo. Esta modificación ha nacido directamente de la voluntad de las partes en estos procesos y de la autoridad judicial; a través de su sentencia recibe su aprobación. Por ello, en la sentencia sólo tenemos declaraciones de voluntad creadoras y homologadoras, y de conformidad con los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, que sientan la teoría del título y modo en orden a la adquisición derivativa de los derechos reales, faltará el «modo» o entrega que efectúe esta adquisición.

Si no es así, no tendría sentido que el propio artículo 90 del Código Civil dijese que «desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivas por la vía de apremio».

Si la sentencia que aprueba un convenio fuese un acto perfecto en orden a la constitución o transmisión de los derechos reales no necesitaría de esta vía de apremio para su efectividad, pues el derecho real estaría ya creado y atribuido o simplemente transmitido al nuevo titular. El artículo 90 del Código Civil dice eso precisamente porque la sentencia actúa de soporte legal al convenio aprobándolo, con lo que se cumple el requisito del título; falta, por tanto, el modo, por lo que el acto transmissivo no es completo y, en consecuencia, la sentencia no se inscribe.

El sistema más completo y ágil para cumplir con el requisito de la tradición será el otorgamiento de la escritura pública, en la que las partes entreguen aquello de que dispusieron en el convenio, aprobado ya, cumpliéndose así los requisitos formales y materiales de la transmisión de los derechos reales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.462, 2, del Código Civil.

Caso de que, y a pesar de estar en un proceso consensuado, el titular actual del derecho real, no obstante su convenio y posterior sentencia, no la cumpliera, la otra parte, en vía de apremio, podrá pedir que se la compela a ello, y en su rebeldía, el Juez podrá otorgarla de oficio en su nombre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.514, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En síntesis, a pesar de que el documento judicial es un título perfectamente inscribible, en estos casos de separación o divorcio la función de la sentencia que aprueba un convenio recae sólo sobre las declaraciones de voluntad de las partes para evitar acuerdos lesivos o perjudiciales que desvirtúen la función reguladora de la nueva situación «familiar», pero

nunca tiene una función de ejecución o realización de estos acuerdos. Ello deberá hacerse en una actuación posterior, la cual, para cumplir los requisitos formales y sustantivos de la tradición, deberá ser la escritura pública.

b) Sentencia reguladora *per se* de la separación o el divorcio.

La problemática expuesta anteriormente se agrava más en el caso en que por falta de convenio o porque habiéndolo el Juez no lo aprueba; es la sentencia la que establece las consecuencias patrimoniales de la separación o divorcio. Es realmente el título de, a nuestros efectos, las modificaciones jurídico-reales.

Pero a partir de ahí, las diferencias son totales. Efectivamente, la sentencia es título de las situaciones que se «constituyen» por ella. Y se hace un especial énfasis en esta palabra «constituyen» porque en defecto de una declaración de voluntad de las partes, la Ley determina, constituyendo la nueva situación, los efectos y el juzgador se limita a aplicar la Ley.

Claramente dice el artículo 96 del Código Civil que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda... corresponde a...». Es la Ley la que toma la decisión. En estos casos, las situaciones nacen de la Ley, «constituyéndose» por la sentencia, por lo que escapan a la teoría del título y modo.

En el caso del epígrafe anterior estamos en presencia de una sentencia declarativa, limitada a constatar una situación y sus consecuencias, creadas por las partes, las cuales son impulsoras de aquélla y reglamentadoras de éstas.

En este caso estamos frente a una sentencia constitutiva, respecto de la cual las partes sólo actúan como impulso; la función reglamentaria es de la Ley a través de la sentencia. Por ello, la Disposición Transitoria novena, 2, de la Ley de 7 de julio de 1981 declara inscribibles estas sentencias constitutivas a petición de parte.

La razón por la que en el primer caso la sentencia no es directamente inscribible como título único (estamos en presencia de un supuesto de título complejo) y en éste sí queda dicha: en aquel acto registrable nace directamente de la voluntad de los sujetos, y en éste, de la sentencia que aplica el régimen legal por defecto del voluntario. Además, por último, debe tenerse en cuenta que la previsión de la vía de apremio del artículo 90 del Código Civil no está recogida ni en el artículo 96 ni en el 97, ambos del Código Civil.

2. *Atribución del uso exclusivo de la vivienda y ajuar familiar*

La problemática registral de este enunciado sólo se planteará cuando se atribuya tal uso a uno de los cónyuges que no sea titular de la vivienda,

ya que, en este caso, se necesitará determinar la naturaleza jurídica de tal uso para ver si es inscribible o no.

En los demás casos, el uso de la vivienda conyugal frente a terceros estará amparado, además de por la sentencia de separación o divorcio, por el correspondiente título legítimo.

Si la vivienda conyugal, perteneciendo a uno solo de los cónyuges, por el convenio aprobado judicialmente o por la sentencia es atribuida en uso exclusivo, de conformidad con los artículos 90, B), y 96 del Código Civil, al otro cónyuge, ¿accede al Registro de la Propiedad este uso para que así el cónyuge no titular usuario de este bien goce de su protección? La respuesta dependerá de cuál sea la naturaleza jurídica que a tal uso se otorgue.

Veamos, en primer lugar, cuáles son las soluciones en el ámbito del Derecho comparado y después la posición doctrinal que se propugna.

a) Derecho comparado:

— DERECHO ALEMAN:

La materia objeto de este estudio se halla regulada en ese Ordenamiento jurídico en la «Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Nationalrats (Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz)» de 21 de octubre de 1944 (modificada por última vez el 3 de diciembre de 1976).

El régimen legal que se establece está basado en la voluntad de las partes. En defecto de ella se establece un arbitrio de equidad determinado por el Juez que conoce de la cuestión.

Prescindiendo de las cuestiones no relevantes en orden a este trabajo, la atribución en uso exclusivo de la vivienda conyugal al cónyuge no titular sólo puede darse cuando, en caso contrario, suponga para este cónyuge no propietario una excesiva dureza no equitativa («unbillige Härte»), siendo la solución adaptada por este Ordenamiento jurídico, como caso extremo, la constitución de un arrendamiento oneroso sobre la vivienda propiedad del cónyuge no usuario y en favor del cónyuge no titular.

— DERECHO FRANCES:

El Código Civil francés, después de recoger en el artículo 255 la posibilidad de que el Juez, como medida provisional, pueda atribuir a uno de los esposos o repartirlo entre ellos el goce de la vivienda y del mobiliario doméstico, dice en su artículo 285:

«Si el local que sirve de vivienda a la familia pertenece en propiedad o personalmente a uno de los esposos, el Juez puede cederlo en arrendamiento al otro esposo:

1) Cuando la guarda de uno o varios hijos le hubiese sido confiada a aquél.

2) Cuando el divorcio se hubiere decretado a solicitud del esposo propietario por ruptura de la vida común.

En el caso previsto en el número 1 citado, el Juez fijará la duración del arrendamiento, pudiendo renovarlo hasta la mayor edad del más joven de los hijos.

En el caso previsto en el número 2) no se podrá conceder el arrendamiento por una duración superior a nueve años, pero se puede prolongar por una nueva decisión. Se extinguirá de pleno derecho en caso de nuevo matrimonio de aquel a quien se le ha concedido, así como si viviera en estado de concubinato notorio. En todo caso, el Juez puede rescindir el arrendamiento si nuevas circunstancias lo justifican.»

— DERECHO BELGA:

El Código Civil belga, al respecto, dispone en su artículo 1.447:

«Cuando el régimen legal termine por divorcio, separación de cuerpos o separación de bienes, cada uno de los esposos podrá pedir al Tribunal, en el curso de las operaciones de liquidación, que aplique en su favor las disposiciones previstas en el artículo 1.446.

El Tribunal resolverá considerando los intereses sociales y familiares en causa y de los derechos de compensación o de crédito en favor del otro esposo. El Tribunal determinará la fecha de exigibilidad del pago de la diferencia que eventualmente pueda resultar.»

Artículo 1.446:

«Cuando el régimen legal termine por la muerte de uno de los esposos, el cónyuge superviviente tendrá preferencia, mediante pago de la diferencia si hubiere lugar, al inmueble donde habite la familia con los muebles respectivos, y al inmueble

donde ejerza su profesión con los muebles de uso personal correspondientes.»

— DERECHO PORTUGUES:

Artículo 1.793 (domicilio familiar):

«1. El Tribunal puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges y a su petición la casa-vivienda de la familia, bien sea ésta común, bien sea propia del otro, en consideración a las necesidades de cada uno de los cónyuges y a los intereses de los hijos.

2. El arrendamiento previsto en el número anterior queda sujeto a las reglas del arrendamiento de inmuebles, pero el Tribunal puede determinar las condiciones del contrato, oídos los cónyuges, y hacer caducar el arrendamiento, a requerimiento del propietario, cuando las circunstancias lo justifiquen.»

— DERECHO ITALIANO:

Artículo 155 del Código Civil. Pronunciamiento relativo a los hijos. Párrafo cuarto:

«La habitación de la casa familiar corresponde con preferencia, y cuando sea posible, al cónyuge al que se hayan confiado los hijos.»

— DERECHO INGLES:

El régimen legal de esta materia está regulado en la «Matrimonial Homes Act 1983», que refunde en un solo texto la anterior acta, con igual nombre, de 1967 y otras de aspectos paralelos.

En ella se reconoce un derecho personal atribuido al cónyuge no titular de la vivienda, en el instante de la celebración del matrimonio y por esa causa, que le legitima en su permanencia en la casa durante el matrimonio, y que también le legitima para quedarse en ella, en los casos de separación y divorcio, cuando no recaiga sobre sí la declaración de culpabilidad. Tal derecho se declara registral.

El antecedente de la «Matrimonial Homes Act 1967» fue la sentencia dictada por la «House of Lords» en la causa «National Provincial Bank, Ltd. v. Ainsworth» (1965), la cual declaró que el derecho de la esposa

no culpable a permanecer en la vivienda familiar, en casos de divorcio, es *in personam*, y como en tal sentencia, por la existencia de derechos de terceros más fuertes, la esposa tuvo que abandonarla; para remediarlo, la citada Acta de 1967 reforzó este derecho del cónyuge no titular y no culpable atribuyéndole el carácter de *charge*, y lo declaró inscribible en el Registro de la Propiedad.

En este mismo sentido, los pronunciamientos de la sentencia dictada en la causa «Gurasz v. Gurasz», 1969, por la «Court of Appeal».

b) Posición doctrinal:

Este es un punto en el que la doctrina española se muestra mayoritariamente de acuerdo en la misma opinión: el cónyuge no titular de la vivienda al que se le asigna el uso de la misma y los muebles del ajuar que están en ésta es un poseedor legítimo de estos bienes, con carácter exclusivo y dotado de los medios de defensa típicos de la posesión.

Es cierto que el cónyuge no titular goza del *ius possidendi* de la vivienda habitual, pero también es cierto que esta posesión puede ser todo de lo que sea titular el cónyuge usuario o puede ser la apariencia externa y primaria de algo más que, por supuesto, legítima tal posesión.

Mi opinión va en esta dirección, al entender que el cónyuge no titular y usuario de la vivienda familiar es titular de algo más, que implica una posesión legítima, pero que esta posesión no agota el tema. Creo que es titular de un derecho real, con todas sus características y, por ello, con la más relevante a efectos de este estudio: es inscribible en el Registro de la Propiedad.

Dos son básicamente las razones para ello: una de orden conceptual y otra en orden a su protección.

Primera razón. Conceptualmente, el uso de la vivienda al cónyuge no titular le viene atribuido o bien por un convenio entre él y el titular de la vivienda o bien por una sentencia.

En el primer caso no hay problema, ya que las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, pueden perfectamente configurarlo como un derecho real.

En el segundo caso, la sentencia dictada por el Juez, aplicando el artículo 96 del Código Civil, determina cuál de los cónyuges «continúa» en el uso de la vivienda en consideración a los hijos, como fundamento básico para lograr, como indica la propia Exposición de Motivos del texto legal, «... la protección de los hijos..., que la reforma ha tomado como eje y presupuesto de la misma».

Materialmente, la situación no ha variado en mucho, sólo lo indispensable: los hijos y uno de sus padres, aquel en cuya guarda están, «conti-

núan» viviendo en el mismo hogar y, por ello, poseyendo lo mismo que antes.

Formalmente, sí ha variado algo más: aquel de los padres que «continúa» en el hogar familiar, en consideración a sus hijos, ya no está ahí por su derecho-deber de convivir con su cónyuge. Lo hace porque la Ley lo determina así, y la Ley, aplicada en la sentencia, le atribuye un auténtico derecho real.

En efecto, el título que le otorga la sentencia, aplicando el artículo 96 del Código Civil, es:

1. Es un poder jurídico.
2. Recae directamente sobre una cosa ajena.
3. Es inmediato en ella, sin necesidad de intermediario.
4. Es oponible frente a todos, y,

evidentemente, vistas estas características hemos de concluir que este título configura un derecho real de goce en cosa ajena.

Por otro lado, hay que tener en cuenta el último párrafo del artículo 96 del Código Civil, que establece la necesidad del «consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial» para realizar actos dispositivos sobre esta vivienda. Esto es así porque de este modo se reconstruye la propiedad plena de la vivienda para disponer legítimamente de ella.

Segunda razón. Desde el punto de vista de su protección, todos los enunciados que hace la Exposición de Motivos del texto de la reforma quedarían vacíos si consideramos al cónyuge usuario no titular de la vivienda como un mero poseedor, pues sería demasiado fácil burlarlos.

En ese caso, efectivamente goza de toda la protección institucional del poseedor, pero va a serle insuficiente para contrarrestar un acto dispositivo del titular no usuario hacia un tercero cuya buena fe debemos presumir. Como mero poseedor, por el artículo 5.º de la Ley Hipotecaria (y no se encuentra precepto alguno que modifique su contenido para los casos de separación o divorcio en particular) no puede inscribir su título y por ello no gozará de la protección del Registro de la Propiedad, lo cual dificultará en extremo la oponibilidad de su título.

En cambio, considerándolo titular de un derecho real, su título es inscribible y, una vez inscrito, aunque el titular de la vivienda realice un acto dispositivo, ilegalmente, por supuesto, en base al artículo 96 del Código Civil, pero enormemente favorecido por el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, su derecho va a persistir y el tercer adquirente, aunque realmente ignorase estas circunstancias, se verá afectado por ellas, pues impedirán el acceso al Registro de la Propiedad de este acto dispo-

sitivo, ya que al ser calificado emanará del Registro la condición de vivienda habitual con uso atribuido en exclusiva a uno de los cónyuges, lo cual hará entrar inmediatamente en juego, y de oficio, el artículo 96 del Código Civil produciendo un cierre del Registro para este acto dispositivo.

c) Concepto de este derecho real:

El problema que plantea este apartado se resume en resolver la cuestión de la posible tipicidad de este derecho al uso exclusivo de la vivienda conyugal por parte del no titular.

En mi opinión, y salvando alguna pequeña diferencia en la estructura típica del Código Civil, es fácilmente subsumible en el derecho real de habitación, definido en el artículo 524, 2, del Código Civil.

Las semejanzas son evidentes:

Conceptualmente, ambos derechos lo son a ocupar casas ajenas.

Funcionalmente, porque ambos existen en consideración a las necesidades, y precisamente para satisfacerlas, de una familia, tomándose en consideración a todos los sujetos que se beneficiarán del derecho. Por ello, ambos derechos son eminentemente personalísimos.

Las diferencias que puedan encontrarse, especialmente en orden a la extensión material de la ocupación, entre el derecho real de habitación y el de uso exclusivo de la vivienda conyugal no son tan relevantes como para que autoricen a propugnar la existencia de un nuevo tipo de derecho real.

Un último argumento hemos de tener en cuenta. El artículo 1.407 del Código Civil, para los casos de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, otorga al otro la opción entre la propiedad de la vivienda habitual o la constitución sobre ella de un derecho de habitación (ya que la referencia al derecho de uso, que también cita, debe entenderse para el caso del núm. 3 del art. 1.406 del Código Civil, por ser una cosa fructífera).

La posición del Código Civil es clara: no es extraño a él la existencia de un derecho real de habitación sobre la vivienda conyugal. El supuesto que prevé el artículo 1.407 del Código Civil no es idéntico al que se está analizando, pero sí da una indicación de la intención del legislador, a modo de interpretación auténtica.

3. *La pensión*

Del artículo 90, E, en relación al 97, ambos del Código Civil, se desprende que, en los casos allí previstos y por las consideraciones del

propio artículo 97, tanto el convenio de los cónyuges como la sentencia, fijarán la pensión que debe abonarse a uno de los cónyuges.

Esta obligación es netamente de carácter obligacional, por lo que su constatación registral está excluida.

No obstante ello, debe señalarse, sin perjuicio de lo que se verá en el epígrafe siguiente, que, más o menos directamente, tendrá una constatación registral cuando para su seguridad se establezca alguna garantía real.

Tanto por acuerdo de los cónyuges en el convenio como por decisión judicial directa en la sentencia, en uso de las facultades que prevén los últimos párrafos de los artículos 90 y 97 del Código Civil, puede fijarse una garantía real para la seguridad de la pensión.

Además de las generales posibles, la Ley Hipotecaria regula, en su artículo 157, la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Es una garantía real específica para este tipo de obligaciones. Al inscribirse esta hipoteca en el Registro de la Propiedad por la necesidad de constatar la causa principal que la sustenta, la pensión tendría un acceso al Registro de la Propiedad.

4. *Supuestos del artículo 99 del Código Civil*

Del citado precepto, los cónyuges «en cualquier momento» pueden «sustituir» el pago de la pensión por la constitución de una renta vitalicia, un usufructo o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Si hoy un acuerdo en este sentido y se pacta o la transmisión de unos inmuebles o la constitución de un usufructo, ambos son actos claramente registrales, que de ordinario tendrán acceso al Registro de la Propiedad y que supondrá que de algún modo la pensión acceda con ellos, no directamente, como se dijo antes, sino indirectamente, al recogerse en la inscripción (en el caso en que se exprese esta causa en el negocio traslativo del dominio o constitutivo del usufructo) la causa negocial que fundamenta estas modificaciones jurídico-reales.

Debe, no obstante, plantearse un problema en este punto: hay pacto entre acreedor y deudor de la pensión para pagarla en una de las formas antes expuestas, y después de efectuada la traslación del derecho, el nuevo titular incurre en una de las causas de extinción de su derecho de pensión. Debe determinarse si tal transmisión podrá ser resuelta.

Si para hacer este pago se capitalizó la pensión, estamos en presencia de una novación de la relación obligacional, pactada voluntariamente, con asunción por parte de los sujetos de todas sus consecuencias. La relación obligatoria se extingue por el cumplimiento y nada más vincula eco-

nómicamente a acreedor y deudor, por lo que la conducta futura de aquél es irrelevante frente a ésta.

Entiendo que en este caso no cabe plantearse problema alguno en orden a su posible resolución.

Si, en el mismo caso, no hubo capitalización, parece ser que lo único que se modifica es la forma de pago, no la relación obligatoria en sí, por lo que la causa que sustenta ese pago sigue siendo la misma. No me parece muy arriesgado entender que, en estos casos, el acreedor goza de las acciones encaminadas a revocar esta transmisión siempre, por supuesto, que no hayan terceros adquirentes de buena fe. En todo caso, sí me parece bastante seguro admitir que esta acción revocatoria existirá cuando el adquirente, en estos casos del artículo 99 del Código Civil, actúe de mala fe, con o sin fraude para su transmitente.

ANTONIO ISAC AGUILAR

BIBLIOGRAFIA

- Compendio estadístico de la labor realizada por los órganos judiciales durante el cuatrienio 1981-1984*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985.
- Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, 1984.
- Ramón María ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, sexta edición. t. II, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1968.
- Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia de 1981, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, números 33 al 35, enero-diciembre 1982, Madrid.
- Leonardo PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, 1982.
- Luis Díez PICAZO: «La situación jurídica del matrimonio separado», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1961.
- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. II, arts. 42 al 107 del Código Civil, comentados por Gabriel GARCÍA CANTERO, segunda edición, Edersa, Madrid, 1982.
- Manuel AMORÓS GUARDIOLA y cols.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- José Luis LACRUZ BERDEJO y cols.: *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, «Matrimonio y divorcio», Cuadernos Civitas, Madrid, 1982.
- José PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, segunda edición, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1985.
- Etelvina VALLADARES: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982.
- Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982.
- Cracknell's Law Students' Companion. Family Law*, second edition by M. D. A. FREEMAN, Ll. M., London, Butterworths, 1976.
- S. M. CRETNEY: *Principles of Family Law*, fourth edition, London, Sweet and Maxwell, 1984.
- P. M. BROMLEY: *Family Law*, sixth edition, London, Butterworths, 1981.

Valoración jurídica del matrimonio canónico en el Derecho español

SUMARIO: *Introducción y planteamiento.*—I. *La celebración del matrimonio canónico:* 1. El matrimonio canónico: noción y dimensiones. 2. La regulación concordada del matrimonio canónico: el Acuerdo Jurídico de 1979: a) Precedentes a no olvidar. b) Matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico. c) Reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico. 3. Regulación jurídica civil del matrimonio canónico: la Ley de 7 de julio de 1981: a) Único matrimonio: el civil, y dos formas de su celebración. b) Los efectos civiles del matrimonio canónico: artículos 60 y 61 del Código Civil. c) Especial referencia al artículo 63 del Código Civil.—II. *Las causas de separación en el matrimonio canónico:* 1. Las causas matrimoniales: Principios jurídicos de competencia en ellas.—III. *Disolución del matrimonio mediante el divorcio:* 1. Situación del matrimonio canónico ante el divorcio.—IV. *Las sentencias de nulidad sobre matrimonio canónico:* 1. En el Derecho concordado: a) Textos legales. b) Su interpretación: «Podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos». «Ajustadas al Derecho del Estado». 2. En el Derecho civil español: a) Demanda ante la Autoridad civil para la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas de nulidad y de disolución. b) Los cuatro requisitos de la ejecutoria del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—V. *El matrimonio canónico a través de la Constitución.*—VI. *Conclusión.*

INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO

El amplio campo que abarca la institución matrimonial hace que su estudio venga determinado desde distintos puntos de vista, teniendo en cuenta las dos clases del matrimonio: el civil y el canónico. Y aun dentro de cada uno de ellos, se impone el parcelar la materia, a fin de conseguir un estudio sistemático que aporte claridad e independencia en orden a los conceptos, a la vez que facilite su mejor y más fácil comprensión.

Plantear la cuestión de *El matrimonio canónico en el Derecho español* implicaría un largo análisis del mismo a lo largo de la historia desde la aparición del Derecho español hasta nuestros días: sería un estudio prolijo acudir a esa historia, aunque provechoso, pues ella ayuda a co-

nocer y comparar y aleccionarse; pero ahora se persigue aquí tan sólo y precisamente recoger la efectividad jurídica civil del matrimonio canónico en el Derecho español vigente.

Este estudio vendrá, pues, determinado, desde el punto de vista de su contenido, por todas aquellas materias legales que afecten al matrimonio canónico en su efectividad jurídica civil desde que nace hasta su extinción, y ello partiendo de la naturaleza del matrimonio canónico según el Derecho canónico, pero teniendo en cuenta sus vinculaciones, repercusiones y conexiones con el Derecho concordatario y con el Derecho civil, pues sólo todo ese conjunto permitiría ver la configuración real y objetiva del mismo en el Derecho español.

De ahí que el primer intento de esta exposición será conocer el matrimonio canónico tal y como viene a la vida, en su propio ordenamiento canónico, para seguir su trayectoria legal hasta el ordenamiento civil.

I. LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CANONICO

1. *El matrimonio canónico: Noción y dimensiones*

El canon 1.055, 1, da una definición indirecta del matrimonio *in fieri*: *totius vitae consortium*. Ese consorcio «tiene como causa eficiente la confluencia de *tres consensus*, cada uno desde una dimensión del matrimonio: *el de los contrayentes*, necesario porque el matrimonio es realidad humana que afecta a la persona en cuanto tal y por el cual consenso mutuo «se casan»; *el de la sociedad civil*, que aporta la dimensión social o «vínculo social» y que por actuación de sus leyes «les casa» socialmente, y *el de la Iglesia*, que «les casa *in Domino*, sacramentalmente» (1).

Por tanto, este matrimonio *in fieri*, el constituirse del matrimonio se realiza por el consentimiento de los cónyuges, que es lo que da lugar al matrimonio (c. 1.055), es el acto inicial por el que se constituye la sociedad conyugal, venida a la vida por medio de ese acto jurídico: el *consensus matrimonialis* origina al matrimonio *in facto esse*. Por eso, según el Derecho canónico, se deben distinguir el pacto, alianza o contrato que genera, y el vínculo conyugal generado por aquél, y que constituye el núcleo esencial imprescindible y mínimo para que haya matrimonio. Estos dos momentos del matrimonio son esenciales para dar existencia al mismo: el constituirlo y lo constituido.

Ciertamente, la realidad natural del matrimonio, recogida en el ca-

(1) T. JIMÉNEZ URRESTI: *Las cuatro dimensiones del matrimonio «in fieri». de los contrayentes, de la naturaleza, de la sociedad civil y de la Iglesia*, «Curso» 6.29-80, págs. 76-79.

non 1.055, necesita ser realizada por la obvia razón de que la llamada «institución natural» del matrimonio es la parte esencial, la cual como «esencial es abstracta» y, por tanto, necesita ser «existencializada», necesita concretización para poder ser actuado. Ahora bien: hablar del matrimonio *in fieri* es hablar de su existencialización, de la venida a la existencia de la esencia del matrimonio. A esa existencialización le es imprescindible el *consensus* de los contrayentes... El problema está en si eso es todo y sólo lo que se requiere para que haya matrimonio, en su sentido esencial total, venido a la existencia. Y la respuesta es que a esa existencialización, a esa concreción existencial de lo esencial abstracto contribuyen, también imprescindiblemente, la sociedad y la Iglesia» (2).

Contribuye la sociedad, porque la concretización social se realiza por las leyes de la sociedad. El matrimonio, por su intrínseca consistencia social, ha de ser legislado de forma que la institución natural pase a cobrar configuración de institución positivizada» (3). *Contribuye la Iglesia*, porque en virtud de la sacramentalidad del matrimonio, tiene competencia sobre el mismo no sólo pastoral, sino también jurisdiccional. De ahí que deba legislar todo cuanto haga referencia a la estructura del matrimonio asumido a sacramento: impedimentos, consentimiento, capacidad de los contrayentes, etc.

En coherencia con lo anterior, la Iglesia establece que: «el matrimonio de los católicos, y aun aquel en que sólo uno de los contrayentes sea católico, se rige no sólo por el Derecho divino (natural y revelado), sino también por el Derecho positivo eclesial», y añade, especificando, que en tal matrimonio «la potestad civil tiene competencia sobre los efectos meramente civiles del mismo» (cfr. c. 1.059).

Situados en el momento actual distinguimos *dos momentos* en la regulación del matrimonio. Momentos que corresponden a dos competencias distintas, como distintas son las pretensiones que las producen. Nos referimos a lo contemplado en el artículo VI del Acuerdo Jurídico y a lo regulado en el Código Civil, reformado por la Ley de 7 de julio de 1981.

2. *Regulación concordada del matrimonio canónico: el Acuerdo Jurídico de 1979*

a) Precedentes a no olvidar.

El artículo 32 de la Constitución Española de 1978 (4) daba luz verde a un nuevo sistema matrimonial, al emplear la palabra «formas» como

(2) T. JIMÉNEZ URRESTI: *Las cuatro dimensiones del matrimonio* ... págs. 63-69.

(3) R. AZNAR GIL: *El nuevo Derecho matrimonial*, 2.ª ed. (Salamanca, 1985), página 74.

(4) Art. 32 de la Constitución Española de 1978: «El hombre y la mujer tienen

sustitutivo de «clases» de matrimonio, y ponía de manifiesto la ausencia por parte del Estado de la obligación —entendemos ineludible— de proteger el derecho de la persona a contraer matrimonio en y desde las propias convicciones religiosas.

Esto resultaba incoherente con la postura adoptada de protección a otros derechos, como los recogidos en los artículos 16, 18, 19, 20 y 29 de la propia Constitución. Y afirmar que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena capacidad jurídica no supone nada nuevo, sino que se trata más bien de un principio, que por derecho natural le corresponde al individuo, sin que ningún Estado pueda arrebatárselo.

La Constitución no establece ningún sistema matrimonial, pero sí deja la puerta abierta para su implantación. Será en los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, concretamente en el artículo VI (5) del Acuerdo Jurídico, donde se sientan los precedentes de su regulación y competencia, a cuya luz y vigencia superior hay que valorar la ulterior concreción hecha en las leyes, específicamente en la Ley de 7 de julio de 1981.

Por tanto, siguiendo el *iter* legislativo y refiriéndose a lo pactado en el artículo VI, números 1 y 2, pudieran darse distintas interpretaciones producto, sin duda, de la falta de precisión, que no las impedía. Pero venían también influidas por las posibilidades que dejaba la Constitución para implantar un sistema opcional de tipo latino o uno de tipo anglosajón. Por eso, moviéndose en el terreno de las preferencias y de las interpretaciones, se hacían conjeturas al respecto. Y así:

— Unos veían la posibilidad de un sistema facultativo de *tipo* latino (6) —en el que se concediera autonomía jurisdiccional a la

derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

(5) Art. VI del Acuerdo Jurídico: «1. El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2. Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal competente...».

(6) Son, entre otros: M. LÓPEZ ALARCÓN: «Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos», en *Acuerdos entre la Iglesia y España* (Madrid, 1980), páginas 306-307; R. NAVARRO VALLS: «El sistema matrimonial español y la Constitución

Iglesia católica sobre todas o parte de las causas matrimoniales que se derivan del matrimonio canónico regularmente transcrito—, por estimar que el empleo de la palabra «formas» de matrimonio se habría utilizado de hecho como mero sinónimo de «clases»; que la omisión de las causas de nulidad era favorable a la competencia eclesiástica, y que al término «capacidad» no se le daba mayor alcance.

- Otros, por el contrario —creemos que más acertados—, estimaban que intencionadamente se habían utilizado términos y expresiones con objeto de implantar un sistema de *tipo anglosajón* (7), en el que sólo se reconociera la «forma» de celebración como uno de los modos legítimos de contraer matrimonio civil.

Por nuestra parte, y en esos momentos, puede admitirse «... la doctrina que considera que el matrimonio canónico sigue formando parte del ordenamiento español como clase distinta del matrimonio civil, otorgándole el Estado, en consecuencia, los mismos efectos civiles que al matrimonio civil regulado en cuanto su constitución y validez por el Código Civil» (8). Pero debemos esperar a que se produzcan modificaciones posteriores para dar la calificación definitiva del mismo.

En los Acuerdos entre la Iglesia y el Estado español viene recogida esta materia, concretamente en el Acuerdo Jurídico, artículo VI. Y si esa legislación pactada hubiera sido clara, lo regulado por ella hubiera correspondido también con claridad a un sistema matrimonial facultativo de tipo latino, por la sencilla razón de que sólo así y a la vez se cumpliría lo pactado y se respetaría a la Iglesia en su objetiva competencia sobre el matrimonio de los bautizados (9). No obstante, se hace necesaria

de 1978», en *El hecho religioso en la nueva Constitución Española* (Salamanca, 1979), págs. 155 y sigs.; «El matrimonio», en *El Derecho Eclesiástico del Estado Español* (Pamplona, 1980), pág. 419; F. SANCHO REBULLIDA: «El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español», en *Ius Canonicum* (1980), págs. 11 y sigs.; E. LALAGUNA: «La nulidad del matrimonio después de la Constitución», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1979), págs. 19 y sigs.

(7) Podemos citar, entre otros, L. Díez PICAZO: «El sistema matrimonial y los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español», en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para Profesionales del Foro*, IV (Salamanca, 1980), págs. 15-14; G. SUÁREZ PERTIERRA: «Matrimonio religioso y divorcio en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado* (1981), págs. 1002 y sigs.; M. PEÑA: «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede», en *Anuario de Derecho Civil* (1980), págs. 572 y sigs.

(8) M. ELENA OLMOS ORTEGA: «El matrimonio canónico en el Código Civil de 1981», en *REDC*, 39/1983, pág. 51.

(9) En este sentido, se manifiestan: R. NAVARRO VALLS: «El matrimonio», en *El Derecho Eclesiástico del Estado Español*, varios (Pamplona, 1981), pág. 434; J. FORNÉS: *El nuevo sistema concordatario español* (Pamplona, 1981), págs. 92-93; M. LÓPEZ ALARCÓN: «El sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos»,

una puntual y detallada interpretación del artículo VI del citado Acuerdo Jurídico.

b) Matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico.

Hablar de *matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico* no es hacer referencia sólo a la «forma». Eso se prueba con sólo acudir al genuino sentido que tiene la expresión de *celebrado el matrimonio*, tanto en el Derecho civil y en el canónico como en el concordado.

En el ámbito civil, la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888¹ e igualmente el artículo 42 del Código Civil emplean la expresión *contraer* referida al matrimonio canónico, y *celebrar* cuando aluden al matrimonio civil. El artículo 60 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957, puntualiza que los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde su *celebración*. Por consiguiente, hemos de entender que ambos términos se emplean con el mismo significado sustantivo de que se *celebra* el matrimonio, sea canónico o civil, cuando se *contrae* con sujeción al íntegro régimen jurídico establecido por el respectivo ordenamiento.

«En el ámbito del Derecho de la Iglesia, *celebrar* el matrimonio canónico es dar vida a un negocio jurídico complejo que se asienta sobre el consentimiento entre personas hábiles según Derecho... Dicha *habilidad* (capacidad y aptitud de los contrayentes) se regula por el Derecho canónico, así como también la *legitimidad* de la manifestación, que se refiere a la forma jurídica y a la manifestación del consentimiento en cuanto actividad de las partes... El artículo VI del Acuerdo Jurídico, como antes el Concordato, «atribuye *efectos civiles al matrimonio canónico y no al matrimonio civil* en forma canónica religiosa» (10).

Por otra parte, en todas las referencias directas o indirectas que en el conjunto de los Acuerdos se hacen al Derecho canónico éste aparece ordenado con vida de por sí, que decide soberanamente en su propio ámbito.

en *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, varios (Madrid, 1980), pág. 310; LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA: *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio, divorcio* (Madrid, 1982), pág. 27; E. LALAGUNA: «La nulidad del matrimonio después de la Constitución», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1979), página 22; J. JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ DE CARVAJAL: «El matrimonio canónico en el proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio», en *Revista de Derecho Privado* (1981), pág. 661; J. M. LAHIDALGA: «Valoración crítica del nuevo sistema matrimonial», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, varios (Salamanca, 1979), pág. 192.

(10) M. LÓPEZ ALARCÓN: «Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos», en *Los Acuerdos entre la Iglesia y España* (Madrid, 1980), págs. 311-312.

¿Significa esto que el Derecho canónico es un ordenamiento extranjero respecto al Derecho español, como el francés o el italiano? Habría que decir que sí sustancialmente, pero también habría que matizar esta afirmación. Porque es, en efecto, un ordenamiento *diverso*, procedente de centros de decisión que, en último término, no están en el ámbito español. Pero no lo es el mismo sentido en que se habla del Derecho francés o italiano, ya que su soporte no es territorial ni nacional, sino personal y supranacional, como ya lo calificó Pío XII, o si se quiere, confesional. De ahí que el Ordenamiento canónico pueda operar como si se tratara de un Derecho extranjero, pero con la cautela que suponen tales matices: es otro Derecho.

En esta cuestión inicial hay autores que apelan al principio del reenvío. El primer autor en aplicar la teoría del reenvío en el campo eclesiástico fue SANTI ROMANO (11), el cual al aceptar la distinción y autonomía entre los dos órdenes jurídicos, Iglesia y Estado, habló de reenvío material y formal, como también de presupuesto, para explicar las relaciones entre los mismos. Hablaba de reenvío material cuando uno de los ordenamientos se remitía a una norma del otro con intención de hacerla propia, de manera que esta norma formase parte integrante del ordenamiento remitente. En el reenvío formal, el ordenamiento jurídico que puede regular una materia limita su competencia legislativa, la excluye y se le reconoce a otro ordenamiento, pero de manera que venga a producir efectos en el ordenamiento propio, no como norma suya, sino como extraña a él. Y se da el presupuesto cuando uno de los ordenamientos al regular situaciones jurídicas propias, tiene en cuenta conceptos surgidos al amparo de otro ordenamiento.

A partir de este momento, la doctrina italiana tuvo sus más destacados representantes (12) en la interpretación del artículo 34 del Concordato de 1929, sin que la uniformidad predominase en estas interpretaciones, pues partiendo de sus aportaciones personales se defiende tanto la postura del reenvío material como la del formal, y no faltan quienes niegan la posible aplicación de cualquiera de ellas.

(11) SANTI ROMANO: *L'ordinamento giuridico* (Pisa, 1918), págs. 108 y sigs.

(12) SANTI ROMANO: *L'ordinamento giuridico* (Pisa, 1918), págs. 108 y sigs.; PACHIONI: «Il Diritto canonico o Diritto dello Stato italiano», en *Riv. di Diritto Matrimoniale* (1974), pág. 37; RUGGIERO: *Istituzioni di Diritto civile* (Messina, 1930), pág. 559; DE GIUDICE: *Le nuove basi del Diritto ecclesiastico italiano* (Milán, 1929), págs. 59-60; PACHIONI: «Il Diritto canonico e Diritto dello Stato italiano», en *Riv. di Diritto Matrimoniale* (1934), pág. 37; FALEG: «Il Diritto de la Chiesa nell'Ordinamento concordatario italiano», en *Temì Emiliana* (1929), núm. 59; D'AVACK: *La base giuridica del nuovo Diritto matrimoniale concordatario* (Roma, 1932), págs. 46-49; VASALLI: *Lezioni di Diritto matrimoniale* (Padua, 1932), páginas 117 y sigs.; POLLIERI: «Il concetto di rinvio formale e il problema del Diritto Internazionale Privato», en *Riv. di Dir. Civ.* (1929), pág. 413.

También hay que señalar que esa distinción de reenvío formal y material se ha dado no sólo en sistemas concordados, como el italiano, sino en el colombiano o español del 53. Sobre el Concordato español tampoco hubo unanimidad a la hora de calificarlo coherentemente con arreglo a la normativa entonces existente.

Hoy, en cambio, se dice que «no se trata de una remisión total, como en el Concordato de 1953, pues la competencia sobre las causas de nulidad deja de ser exclusiva de la Iglesia; asimismo se establece un control de legalidad o juicio de *exequatur* a las resoluciones eclesiásticas para que gocen de eficacia en el orden civil, e incluso, si se remitiera en su totalidad al Derecho canónico, tendría que aceptar, y, por tanto, defender, las propiedades intrínsecas al matrimonio canónico, como son la nulidad, unidad e indisolubilidad, y, por tanto, no tendría sentido el párrafo 3 del artículo VI (13) del Acuerdo Jurídico» (14).

También su calificación viene concretada al momento de la celebración del matrimonio y de esta manera: «se trata de un reenvío mediato o personal, que tiene su base y fundamento en el derecho civil a la libertad religiosa, por lo que el artículo VI del Acuerdo no se refiere a una abstracción conceptual, sino a una concreta realidad jurídica: al matrimonio —uno a uno— que eventualmente puedan contraer ciudadanos españoles católicos en base a su propio estatuto confesional y ejerciendo su derecho civil a la libertad religiosa; así, el artículo VI concede tal eficacia al matrimonio canónico en sí, en el momento en que el *civis-fidelis* celebra en el ámbito canónico el matrimonio, esto es, desde su celebración, en aquel momento en que ejerce su opción en el plano del derecho civil a la libertad religiosa» (15).

Esta tesis tiene su apoyo en la tesis defendida por el italiano D'AVACK (16). Pero lo cierto es que ni el artículo 34 del Concordato italiano, ni el artículo VI del Acuerdo Jurídico español, han efectuado una verdadera recepción del conjunto de la regulación canónica del ma-

(13) «La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan, y en especial a respetar sus propiedades esenciales.»

(14) J. M. DÍAZ MORENO: «La regulación del matrimonio canónico», en *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de las relaciones*, varios (Madrid, 1980), páginas 146-148.

(15) R. NAVARRO VALLS: *El matrimonio...*, pág. 439.

(16) La tesis defendida por D'AVACK consiste en exponer que el Estado *no reconoce el Derecho canónico* que regula el matrimonio, *sino a los matrimonios celebrados conforme* a la regulación del Derecho canónico. Que el Estado reconoce estos vínculos ya constituidos sólo mediante un acto formal concedido caso por caso; por el contrario, no reconocerá, sino solamente presupondrá, «el Derecho matrimonial canónico», y lo presupondrá como ordenamiento, Derecho e institución jurídica extraño a él, operando fuera de su esfera (*ob. cit.*, pág. 47).

trimonio en el ordenamiento civil. No se puede decir que por estas normas concordadas el Estado haya autolimitado su propia legislación, sino que, por el contrario, al no haberse obligado a reconocer la disciplina canónica como propia, ni tampoco a reconocerla como totalmente asumida con sus peculiaridades y principios en y para el Derecho español, viene a suponer simplemente la aceptación del Ordenamiento canónico en el Derecho español sólo en cuanto a la celebración del matrimonio, pero no en cuanto a la regulación del vínculo.

Por eso, civilmente, en materia de matrimonio canónico ha de partirse de la celebración canónica del mismo, pero contando también con el cumplimiento de los requisitos civiles, que son presupuestos necesarios para que aquélla sea aceptada por el Estado. Con lo que al final resulta que si el matrimonio canónico debe cumplir los mismos requisitos exigidos para el matrimonio civil, en la *praxis* no es fácil admitir la figura del reenvío, puesto que el matrimonio canónico no es aceptado porque se haya celebrado cumpliendo los requisitos canónicos, sino simplemente porque se han cumplido los civiles. Sería, pues, una incongruencia hablar de reenvío de sus propias normas.

c) «Reconocimiento de los efectos civiles» del matrimonio canónico.

La frase del artículo VI del Acuerdo Jurídico español de que «el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», supone que el Estado admite la existencia del mismo y, por tanto, la posibilidad de elección entre éste y el civil. Esto quiere decir que estamos en presencia de un *sistema de matrimonio facultativo*, apoyado por el artículo 16, 3, de la Constitución cuando establece que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones». No cabe duda que la implantación de otro sistema matrimonial supondría una clara violación de los Acuerdos.

Por tanto, lógicamente, el matrimonio canónico debía de gozar de cuantas prerrogativas conforman el sistema facultativo latino, pues el reconocimiento de efectos civiles supone una adaptación total o parcial al Derecho matrimonial canónico, como ocurría en el sistema italiano de 1929 (17), en el portugués de 1940 (18) e incluso en el postconciliar

(17) El artículo 34 del Concordato italiano de 1929, en su párrafo 1.º, establecía: «El Estado italiano, deseoso de devolver a la institución matrimonial, que es la base de la familia, una dignidad conforme a las tradiciones católicas de su pueblo, reconoce al sacramento del matrimonio, regulado por el Derecho canónico, efectos civiles». En su párrafo 4.º se añade que: «Las causas matrimoniales concernientes a la nulidad del matrimonio y la dispensa del rato y no consumado son reservadas a la competencia de los Tribunales y dicasterios eclesiásticos». Viniendo determinado

de Colombia de 1973 (19). Es decir, que «la clave del sistema facultativo de tipo latino es precisamente la autonomía jurisdiccional concedida a la Iglesia católica sobre todas o parte de las causas matrimoniales que se derivan del matrimonio canónico regularmente transcrito» (20).

De todas formas y puesto que al matrimonio canónico regulado en el Acuerdo Jurídico se le reconocen efectos civiles, se ha de preguntar: *¿Cuál es su alcance y qué son los efectos civiles?*

Ni el Código de 1917 ni el de 1983 hacen referencia directa a ellos: simplemente se limitan a señalar que estos efectos serán de competencia del Estado. De ahí que la doctrina haya hecho distinciones, siendo clásica la distinción entre efectos separables y efectos inseparables del matrimonio (21): inseparables —decía— son los que afectan a la sustancia del matrimonio y, por tanto, esenciales al mismo. Pero hoy se generaliza más su determinación, al considerarse como efectos civiles «los efectos establecidos por la Ley civil para el matrimonio en general». Y, por tanto, al matrimonio canónico se le reconocen «los mismos efectos civiles que la legislación del Estado tiene establecido para el matrimonio civil, rigiéndose por esta legislación civil tanto los efectos civiles, como los efectos meramente civiles, los de naturaleza personal y los patrimoniales» (22).

Tal reconocimiento viene en el Acuerdo Jurídico, al igual que venía en el Concordato del 53, *desde la celebración* del matrimonio canónico. Sin embargo, el artículo VI del Acuerdo establece la distinción entre *reconocer los efectos civiles* y *pleno reconocimiento de los efectos civiles*. Esto, a simple vista, hacer pensar en si no se trata en alguna medida de una inscripción de carácter constitutivo, aun considerando la insistencia

en el párrafo 7.º que: «En cuanto a las causas de separación de cuerpos, la Santa Sede consiente sean juzgadas por autoridades civiles».

(18) El Concordato portugués de 1940, en su artículo XXIV, recogía: «El conocimiento de las causas concernientes a la nulidad de matrimonio católico y la dispensa del matrimonio rato y no consumado es reservado a los Tribunales y reparticiones eclesiásticas competentes».

(19) El Concordato de Colombia de 1973, en esta misma línea, dispone: «Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica».

(20) R. NAVARRO VALLS: «El sistema matrimonial y la Constitución», en *El hecho religioso en la nueva Constitución* (Salamanca, 1979), pág. 158.

(21) Ver E. F. REGATILLO: *Ius Sacramentarium* (Santander, 1949), pág. 600; MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ: *Comentarios al Código de Derecho Canónico* (Madrid, 1963), página 455; J. M. MANS PUIGARNAU: *Derecho matrimonial canónico. VI. Principios fundamentales. Preparación del matrimonio. Impedimentos. Consentimientos* (Barcelona, 1959), págs. 42-43.

(22) R. NAVARRO VALLS: «El matrimonio...», en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, varios (Pamplona, 1983), pág. 442.

del *reconocimiento* en el citado artículo, o también en si no abre, un anuncio de lo que en su día, a través de otras disposiciones, pueda llegar a ser.

5. *Regulación jurídica civil del matrimonio canónico:
la Ley de 7 de julio de 1981*

a) *Unico matrimonio: el civil, y dos formas de su celebración.*

Las reformas contenidas en la Ley de 7 de julio de 1981 «van más allá que las modificaciones concretas que introduce —no obstante su importancia—, al afectar a la misma inteligencia y aplicación de las normas que no han sufrido en su formulación esta avalancha renovadora» (23).

Esto, sin duda alguna, responde a un deseo de atemperarse al signo de los tiempos, que pretenden una nueva configuración de la familia: «... la diferencia existente entre familia fundada en el parentesco y familia fundada en el matrimonio, que ha determinado la bipartición entre familia matrimonial frente a la familia natural o legal..., ha existido siempre, permanece en la actualidad, pero con un sentido diferente, pues tras las dos recientes Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, impulsadas por la Constitución, se tiende a una equiparación en los efectos jurídicos a ellas reconocidos, pudiéndose afirmar que ya no se puede explicar ni entender la familia actual sin hacer referencia a este fenómeno de superación del matrimonio como determinante de unos efectos jurídicos de carácter eminentemente legitimadores» (24).

La Ley de 7 de julio de 1981 modifica seriamente el Derecho de familia, alcanzando, por tanto, al matrimonio canónico, unas veces de manera directa, como es en los artículos 60 y 80, y otras indirectamente, como lo hace en los artículos 49, 59, 63, 73, 81 y 85.

De manera general, el *artículo 49*, sin distinción de clases de matrimonio, establece el principio de que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código. 2.º *En la forma religiosa legalmente prevista*. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la *forma establecida* por la Ley del lugar de celebración.

Así como en este precepto no existe diferenciación de matrimonios, el *artículo 59* viene a matizar de manera sutil que: «El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la *forma prevista* por una confesión ins-

(23) M. del R. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente* (Sevilla, 1985).

(24) E. FOSAR BENLLOCH: *Estudios de Derecho de familia* (Barcelona, 1981-82), página 172.

crita, en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste». Se insinúa, pues, la forma en que ha de celebrarse el matrimonio canónico, que tiene unificada su regulación con la del civil. Es decir, aparece el matrimonio civil como *único*, celebrado en *forma confesional* o religiosa, o en *forma laica* o aconfesional.

b) Los efectos civiles del matrimonio canónico: artículos 60 y 61 del Código Civil.

El *artículo 60*, reformado por la Ley de 7 de julio de 1981, hace referencia al *matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*, pero si tenemos en cuenta el *artículo 59* del mismo Cuerpo legal, hemos de pensar que se refiere, «por un lado, a una de las formas de prestación de consentimiento matrimonial y, por otro, a un matrimonio celebrado según las normas de un Derecho confesional, lo que obviamente apunta a una institución matrimonial con caracteres propios» (25).

Si se interpreta aisladamente, el artículo puede sugerir «la obligación, asumida por el Estado, de reconocer efectos civiles al matrimonio, como viene regulado por la normativa canónica» (26), en cuyo caso el Acuerdo no se limitaría solamente a permitir la intervención del sacerdote en la celebración, sino que exigiría algo más: el respeto, por parte del Estado, de las consecuencias jurídicas que se derivan de las Leyes canónicas.

Pero en el contexto, en que se habla de «forma» de contraer matrimonio —según se ha visto arriba—, esa interpretación no cabe.

Siguiendo con el *artículo 60*, los efectos civiles se van a producir desde la *celebración*; pero el *artículo 61* aclarará que para el *pleno reconocimiento* será necesaria la inscripción en el Registro civil.

Podemos preguntarnos: ¿Cuál ha de ser el alcance del *pleno reconocimiento*? Para SALVADOR CODERCH, «el pleno reconocimiento del artículo 61, 2, no tiene que ver con la producción de los efectos civiles (art. 61, 1), sino con la oponibilidad a terceros de algunos de ellos cuando se dan además especiales circunstancias (art. 61, 3). En este aspecto, la reforma no introduce novedades. El matrimonio es, por supuesto, un *negocio jurídico*, un acto de autonomía privada, pero a diferencia de los contratos, no es un negocio jurídico de eficacia *relativa* (art. 1.257 del Código Civil), sino acto que afecta al estado civil y que, por tanto, *tiene en cuanto estado* eficacia *absoluta* (arg. ex. art. 1.252, 2. C.). De ahí la exigencia de la inscripción, pero sólo para preconstituir una prueba privilegiada de la

(25) M. LÓPEZ ALARCÓN y R. NAVARRO VALLS: *Curso de Derecho Matrimonial Canónico Concordado* (Madrid, 1984), pág. 329.

(26) R. NAVARRO VALLS: *El matrimonio religioso ante el Derecho español* (Madrid, 1984), pág. 63.

existencia del matrimonio impidiendo que su desconocimiento pueda ser alegado a ciertos efectos para terceros» (27).

Para SANCHEZ REBULLIDA, «el artículo 60 afirma que los mismos —efectos civiles— se producen desde la celebración canónica; mas para hacerlos efectivos, para actuarlos, es necesaria la inscripción. Plenitud aquí no añade efectos nuevos, sino que señala el paso de los mismos de la potencia al acto» (28). Contemplando el artículo 61 del Código Civil, el matrimonio no inscrito no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. «Plenitud en este sentido señala el paso de eficacia *inter partes* a la eficacia *erga omnes*; apunta, pues, a su publicidad» (29).

Debemos puntualizar que «la validez o invalidez del negocio matrimonial son fenómenos que no están relacionados en manera alguna con la inscripción del matrimonio en el Registro civil... La inscripción no forma parte del supuesto de hecho del negocio matrimonial. No es uno de sus requisitos..., ni es tampoco forma o parte de su celebración, y por ello... no es constitutiva en sentido técnico» (30). No podemos olvidar que una cosa es el matrimonio regulado por las Leyes de la Iglesia, y otra los efectos civiles regulados por las Leyes del Estado. En virtud de la transcripción tiene conocimiento de un matrimonio válido para la Iglesia y se le atribuye efectos civiles, y el Estado no puede negárselos a un matrimonio válido, porque sólo lo que es válido produce efectos.

Por tanto, «¿cómo hay que entender este reconocimiento? ¿El matrimonio canónico produce efectos civiles, o los efectos canónicos del matrimonio (canónico, por supuesto) son reconocidos por el ordenamiento civil y admitidos en él? Mientras exista un solo régimen matrimonial sustancialmente idéntico para todos o se observe sin discusiones, cuando procede, un modelo concordado, el problema podría considerarse meramente teórico. Pero cuando se dan divergencias de regulación o de interpretación puede resultar importante» (31).

De todas las formas hay una cosa clara, que supone una matización a tener en cuenta: en el matrimonio ante el Juez, los efectos civiles se

(27) P. SALVADOR CODERCH: «De la inscripción del matrimonio en el Registro civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Madrid, 1984), páginas 284-285.

(28) SANCHEZ REBULLIDA: «De la forma de celebración del matrimonio. El artículo 60», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil* (Madrid, 1984), pág. 283.

(29) SANCHEZ REBULLIDA: «De la celebración del matrimonio. El artículo 60 del Código Civil...», pág. 284.

(30) Cfr. BACARI: *La efficacia civile del matrimonio canonico* (Milán, 1939), páginas 31 y sigs.

(31) J. M. SERRANO RUIZ: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano», en *REDC*, 39 (1983), pág. 100.

van a producir de forma inmediata, y en los matrimonios celebrados en forma religiosa, aunque la celebración lleve implícita la producción de efectos civiles, el pleno reconocimiento sólo se obtendrá mediante la inscripción.

c) Especial referencia al artículo 63 del Código Civil.

Los artículos 60-61, citados, tratan de estar de acuerdo con lo pactado en el Acuerdo Jurídico. Sin embargo, al llegar el artículo 63 (32) surge algo tan nuevo que no cuenta con precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí fue recogido y regulado en los sistemas matrimoniales, como el italiano (33) y el portugués (34), y pudiera decirse que el nuestro los ha seguido paso a paso.

(32) Art. 63: «La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil.

Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título».

(33) Merece la pena recordar este sistema matrimonial italiano y confrontar la similitud al nuestro. El artículo 34, 3, del *Concordato italiano* de 1929 disponía que el párroco había de dar lectura a los contrayentes de los artículos 143 a 145 del Código Civil. Y con carácter imperativo establecía que se *redactará y transmitirá* el acta del matrimonio por su transcripción.

El artículo 5 de la *Ley Matrimonial italiana* de 1929 decía que: «El matrimonio celebrado ante el culto católico, según las normas de Derecho canónico, produce, desde su transcripción, los mismos efectos civiles del matrimonio civil». Y el artículo 7 de la *Constitución italiana* declaraba que «las relaciones entre la Iglesia y el Estado son reguladas por los pactos lateranenses. La modificación de los pactos aceptada por las dos partes no requiere procedimiento de revisión constitucional».

Se establecía como impedimentos a la transcripción del matrimonio canónico, según el artículo 12 de la *Ley Matrimonial*, el vínculo matrimonial precedente a la interdicción por enfermedad mental. Recientemente, el *Acuerdo* firmado por el Gobierno italiano y la Santa Sede para la revisión del Concordato lateranense, en su artículo 8, 1, dice: «Se reconocen los efectos civiles de los matrimonios contraídos según las normas del Derecho canónico. La Santa Sede toma nota de que el registro no podrá tener lugar: a) cuando los esposos no guarden los requisitos de la Ley civil sobre la edad exigida para su celebración; b) cuando existe entre los esposos un impedimento que la Ley civil considera irrevocable». No es de extrañar que la mayor parte de la doctrina italiana: MARINO: *Il Diritto matrimoniale nella recente disposizioni legislativa* (Roma, 1929), pág. 248; ZACHI: «Funzione della transcrizione nei matrimoni canonico-concordatario», en *Il Diritto ecclesiastico* (1934), página 445; SAVIANO: *Il matrimonio, Legge della chiese in materia temporale e il pensiero de gli ultimi cinque Pontifici* (Milán, 1952), pág. 161; BARTOLI: *La formazione degli effetti civili del matrimonio nei regimene concordatario italiano* (Roma, 1956), estimase, como JEMOLO, que sólo la transcripción puede dar vida a una unión existente fuera del Estado, ya que mediante ella el matrimonio adquiere valor civil (*Il matrimonio*, Turín, 1950), pág. 248.

(34) En Portugal, el Concordato de 1940 establecía en su artículo XXII, párrafo 1.º, del Decreto-ley de julio de 1940: «el matrimonio celebrado de conformidad con las Leyes canónicas producirá efectos civiles si el respectivo asiento fuera trans-

En este artículo 63 se establecen unos requisitos, previos a la inscripción, de carácter civil, que «no son impedimentos propiamente dichos, pues no amenguan la aptitud del sujeto para contraer matrimonio canónico; más bien se trata de obstáculos legales a la inscripción y consiguiente eficacia civil, pero indirectamente actúan en el ámbito civil con mayor rigor que los impedimentos canónicos, pues éstos no impiden la inscripción del matrimonio, ya que el encargado no puede calificar su nulidad o validez, mientras que los obstáculos civiles cierran el acceso al Registro Civil por decisión y calificación previa de dicho encargado» (35).

Mediante esas limitaciones puede llegarse a la conclusión de que la producción de efectos civiles del matrimonio canónico no tiene ya el carácter declarativo con que tradicionalmente se le ha venido titulando, sino que, muy por el contrario, será constitutivo, ya que aquellos requisitos sirven para fijar y establecer qué matrimonios canónicos son los que producen efectos civiles para el Estado y cuáles no.

Consecuencia lógica de todo lo anterior es una confusión sobre autoridad civil y religiosa, y, por tanto, una mezcla de sus respectivas competencias. Todo ello lleva a generar múltiples problemas en la práctica y a que las interpretaciones que se emitan estén de acuerdo con los deseos que las impulsan, pudiendo llegar a hacer constitucional lo inconstitucional (36).

Es cierto que «la inscripción del matrimonio en el Registro civil ha sido considerada habitualmente como modo obligado y privilegiado de constatar la celebración del matrimonio. Pero ni en la tradición cultural del matrimonio civil ni en la del canónico que la precedía se considera que la inscripción constituía algo más» (37). Pues bien, en la legislación

crito en el Registro del estado civil». Como formalidades previas a la celebración de matrimonio canónico, se establecen las mismas que para el civil.

El artículo 6 de ese mismo Decreto-ley disponía: «El matrimonio canónico no podrá ser celebrado... sin que ante el respectivo párroco sea exhibido el certificado pasado por los funcionarios del Registro civil, en el que se declare que el matrimonio podía celebrarse civilmente». FIGUEIRIDO apunta: «que esos efectos que se derivan del matrimonio canónico sólo se producen si se verifica la *conditio iuris* de la transcripción del asiento respectivo en el Registro del estado civil». A *Concordata eo casamento* (Lisboa, 1940), págs. 13-14. Con posterioridad, el Código Civil de 1966, en los artículos 1.595 al 1.598, exige las mismas formalidades.

(35) M. LÓPEZ ALARCÓN: *Sistema matrimonial...*, pág. 318.

(36) Sirve de apoyatura a nuestras palabras lo manifestado por MENDIZÁBAL en el Congreso: «no sólo hemos constitucionalizado la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, el divorcio, sino que, metidos en harina, dentro de la semántica que entraña regular por Ley las formas de matrimonio, nos hemos atribuido incluso la del canónico, que con Concordato o sin él, es de competencia exclusiva de la Iglesia» (*Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria de 11 de julio de 1978, pág. 408).

(37) P. SALVADOR CODERCH: *De la inscripción del matrimonio...*, pág. 277.

actual quiebra esa tradición y ese buen hacer, ya que «a esas funciones tradicionales del Registro civil con sede de matrimonio se suma una nueva que ejerce el Juez encargado al calificar el acta o certificación matrimonial con referencia a su contenido sustantivo» (38).

Por otra parte, la inscripción ha puesto punto final a una carrera de obstáculos al matrimonio canónico, y ha servido como último eslabón para la calificación definitiva de nuestro sistema matrimonial español, pues, como acertadamente dice ALONSO PÉREZ, «... hemos dado 'valientemente' el paso que hace más de un siglo no se atrevieron a dar nuestros legisladores de 1870. Ellos instauraron un matrimonio civil de contenido canónico y duración perpetua. Nosotros, para estar de acuerdo con la vocación de nuestro tiempo, un matrimonio civil en forma religiosa facultativa y de duración temporal» (39). Estas palabras hacen lejanas las pronunciadas por LAHIDALGA al firmarse los Acuerdos: «... de una competencia exclusiva, hemos pasado a una competencia compartida» (40).

A estas alturas no valdría ya decir que es al *matrimonio canónico* al que se le reconocen efectos civiles, sino que lo será al *matrimonio civil en forma religiosa* (41). En algún momento se dijo que si el Acuerdo hubiera recogido la tesis del sistema anglosajón habría sido preciso que su texto contuviera una declaración por la que el Estado advirtiese a la Iglesia que los matrimonios canónicos producirían efectos civiles (anunciados en el art. VI) únicamente si reunieran todos los requisitos de validez que unilateralmente estableciera él para el matrimonio civil. Y ya hoy se da esa hipótesis, pero no precisamente porque se tenga esa declaración en los Acuerdos, sino porque uno de los signatarios lo ha establecido de manera indirecta.

(38) *Ibíd.*

(39) M. ALONSO PÉREZ: «Separación consensual. Acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a J. Beltrán de Heredia y Castaño* (Salamanca, 1984), pág. 24.

(40) LAHIDALGA: «Valoración crítica del nuevo sistema matrimonial español», en *El hecho religioso en la Constitución* (Salamanca, 1979), pág. 193.

(41) Ver M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede», en *Anuario de Derecho Civil* (1980), págs. 579-580; E. VALLADARES: «El principio de igualdad ante la Ley y el sistema matrimonial», en *Revista de Derecho Privado* (1981), pág. 320; J. REINA: «El sistema matrimonial español», en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano*, varios (Barcelona, 1980), pág. 345; G. SUÁREZ PERTIERRA: «Matrimonio religioso y divorcio en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado* (1981), pág. 1000.

II. LAS CAUSAS DE SEPARACION EN EL MATRIMONIO CANONICO

1. *Las causas matrimoniales: Principios jurídicos de competencia en ellas*

En el canon 1.059 del *Código de Derecho canónico* (42) se establece la competencia de la Iglesia católica sobre el matrimonio de los bautizados católicos, abarcando lógicamente las causas matrimoniales. Esta competencia que reivindica la Iglesia no es nada nuevo (43) y tiene su fundamento en el carácter sacramental del matrimonio, viniéndole de su Fundador el poder sobre las cosas espirituales y sagradas (44).

De ahí que, según el Derecho canónico, a excepción de los efectos civiles, la regulación de las causas de matrimonios canónicos corresponda exclusivamente a los Tribunales eclesiásticos. Pero en el Derecho español las cosas no suceden así, y una buena prueba de ello es su actual regulación de las mismas, pues la eficacia de sus resoluciones canónicas de nulidad viene supeditada a que sean declaradas *ajustadas al Derecho del Estado*, y se les niega la jurisdicción en los casos de separación.

Esta reserva hecha por el Estado español no es comprensible, ya que no resulta coherente con la *Constitución Española*, que «establece unos principios fundamentales en materia judicial, entre los que destacan... los siguientes: 1.º La emanación popular de la justicia (art. 117, 1).

(42) C. 1.059: «El matrimonio de los católicos, aunque esté bautizado uno sólo de los contrayentes, se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del matrimonio».

(43) Ya en «el primer borrador de las Partidas, *El Espéculo de las Leyes*, la Iglesia española venía ejerciendo plenamente y de modo privativo su jurisdicción en materia que afectaba al vínculo matrimonial». Una de las Leyes de dicho Código reconoce este derecho de la Iglesia en estos términos: «En las causas que son del juicio de la Santa Iglesia..., así como el pleito de casamientos, se debe juzgar por la Santa Iglesia, como establecieron los Santos Padres». E. MARTÍNEZ MARCOS: *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio* (Salamanca, 1966), pág. 57.

(44) Esta competencia la tiene por *derecho propio* y no derivado de la autoridad civil, como han pretendido los jansenistas, regalistas y los partidarios del falso sínodo de Pistoya. Testimonio de esto lo encontramos en Pío VI, que en *Carta al Obispo Motulense*, el 17 de septiembre de 1788, afirma que las causas matrimoniales son de competencia eclesiástica por el derecho originario y exclusivo; también la Constitución *Ad Apostolicæ*, de Pío IX, de 2 de agosto de 1851, como igualmente por proposición 74 condenada en el *Syllabus* y por bastantes más documentos pontificios. Recientemente, el *Código del Derecho Canónico* de 1917 lo recogía en el canon 1.016; el *Concordato* de 1953, en el artículo XXIV; el 1.º de la *Provida Mater*, y en el *Motu Proprio* «Causas matrimoniales», ha reiterado que «las causas matrimoniales de los bautizados pertenecen por derecho propio al Juez eclesiástico». AAS, 28 (1936), pág. 315.

2.º Exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117, 3). 3.º Unidad de jurisdicción (art. 117, 5). Ninguno de estos principios atenta contra el libre ejercicio de la jurisdicción eclesiástica en el ámbito de su competencia, ni impide que por el Estado se otorguen efectos civiles a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos que se determinen convencionalmente o por Ley del Estado» (45).

2. *Las causas de separación*

El Acuerdo Jurídico entre la Santa Sede y el Estado español guarda silencio sobre las causas de separación, en contraste con lo contemplado en el número 2 del artículo VI, sobre las causas de nulidad y sobre la dispensa del *super rato*. Además, la Disposición Transitoria 2.ª dispone: «las causas que estén pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos, y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953». Claramente podía deducirse que el Estado había declarado la competencia de sus Tribunales para conocer de las causas de separación de los casados canónicamente.

Estos indicios llevaban inequívocamente a que el Estado efectivamente se reservó las causas de separación para sus Tribunales, porque «al no reafirmar (art. VI del Acuerdo Jurídico) las causas referentes a la separación de los cónyuges, como causas que corresponde tramitar en exclusiva a la Iglesia, se entiende lógicamente que, de común acuerdo, quedan reservadas a los Tribunales del Estado»; si se quiere que obtengan efectos civiles, por otra parte, nada hubiese impedido que se recogiera en el artículo VI, por lo que también se puede pensar que en la Iglesia «hubo cautela, eludiendo pactar sobre si consiente o no consiente en norma general, que los Tribunales civiles conozcan las causas de separación..., y pudo influir lo previsto para la reforma del *Code*x» (46).

(45) J. M. DÍAZ MORENO: «Acuerdos Iglesia-Estado en España. Notas marginales», en *Estudios Eclesiásticos*, 54 (1979), pág. 317.

(46) Los principios rectores para la reforma del Código en aquellos momentos eran: «El *non expedire* que las causas de separación se encomienden siempre al Magistrado civil por muchas razones, y en especial porque las causas matrimoniales de los bautizados corresponden por derecho propio al Juez eclesiástico.

El haber considerado los inconvenientes no pequeños de la doble jurisdicción, de la cual pueden venir decisiones contrarias.

La obligación de cumplir los derechos particulares provenientes, principalmente, de Concordatos.

El reconocimiento de la facultad de las partes cuando quieran que su causa de separación se tramite judicialmente, a tenor de lo resuelto por la Comisión de Intérpretes». L. DEL AMO: «Causas matrimoniales», en *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, BAC (Madrid, 1980), págs. 379-380.

Este vacío legal se suplió provisionalmente por el *Decreto-ley de 5 de enero de 1980*. En él se reconoce que los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español «no prevén los supuestos de demanda de separación y las medidas que por tal causa pueden ser adoptadas por los Tribunales civiles». Y se añade: «a fin de evitar cualquier duda que pueda plantearse sobre la materia y a la espera de lo que, en definitiva, disponga la Ley que desarrolle al artículo 32 de la Constitución, es de urgente necesidad regular los aspectos procesales que pueden derivarse de las demandas de separación, en las que, por virtud de los Acuerdos, desaparece la competencia hasta hoy atribuida a los Tribunales eclesiásticos» (47). Desaparece la competencia con eficacia civil, se entiende.

Se establece en este Decreto-ley que los procesos de separación conyugal, ya se trate de matrimonio canónico o civil, y para que tengan eficacia jurídica civil, se decidirán por los Jueces de Primera Instancia, por el trámite de los incidentes y sin intervención del Ministerio Fiscal, a menos que existan hijos menores o incapacitados. El mismo Juez que entienda en la separación será el que adoptará las medidas cautelares o provisionales en tanto dure el procedimiento y hasta la sentencia definitiva.

La Ley de 7 de julio de 1981, al establecer en su artículo 81 que «se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma en que se celebre el matrimonio...», está reafirmando la exclusiva competencia de los Tribunales civiles para el conocimiento civil de las causas de separación. Esto, precisamente porque se refiere sólo al ámbito civil, no puede impedir, ni impide, que puedan acudir a los Tribunales eclesiásticos en demanda de separación canónica aquellos que, habiendo contraído matrimonio canónico, lo deseen. Sin embargo, hay que tener presente que estas resoluciones canónicas no podrán tener efectos civiles, sino simplemente canónicos, como tampoco las resoluciones civiles pueden tener efectos canónicos.

III. DISOLUCION DEL MATRIMONIO MEDIANTE EL DIVORCIO

Para la Iglesia, una vez que el matrimonio ha sido rato y consumado, tiene un carácter indisoluble, de forma que no existe posibilidad de romper ese vínculo y contraer nuevo matrimonio. Por eso, el divorcio sólo es posible en el ámbito civil, máxime si se tiene en cuenta el reconoci-

(47) Real Decreto-ley 22/1979, de 29 de diciembre (BOE de 5 de enero de 1980), pág. 260.

miento de los efectos civiles de un matrimonio religioso por el Estado. Sin embargo, en el sistema matrimonial español la ambigüedad de lo pactado y lo regulado por el ordenamiento civil en esta materia ha hecho posible que el divorcio civil alcance al matrimonio canónico. Por lo que una vez más la eficacia de este matrimonio queda supeditada a lo que disponga la Ley civil.

1. *Situación del matrimonio canónico ante el divorcio civil*

Con dos citas y una mención quisiéramos dar respuesta a esta cuestión: una, del civilista ALONSO PÉREZ; la otra, del civilista-canonista A. ARZA. El civilista ALONSO PÉREZ, en un análisis de los artículos 85 y 86 de la Ley de 7 de julio de 1981, manifiesta que tal Ley: «supone reducir el matrimonio a un contrato privado regido omnímodamente por el *viejo dogma*, hoy superado, de la *autonomía de la voluntad*. De esta forma, se desconoce el valor del matrimonio, que si en su fase *in facto* es una sociedad de personas con valor institucional, en su momento constitutivo o *in fieri* es un negocio jurídico complejo, solemne y formal que extiende sus raíces hacia el Derecho público y comporta valores profundamente humanos, afectivos y transpersonales» (48).

Sobre cuál va a ser la efectividad jurídico-civil del divorcio civil basta reconsiderar lo establecido en el artículo 88, 2: «la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio». Esta norma nos parece correcta aplicada al matrimonio civil, pues el Estado es muy quien para romper el vínculo de sus matrimonios mediante el divorcio y, por tanto, cesarle los efectos jurídicos. Pero ¿es correcta esta situación aplicada al matrimonio canónico?

Dice A. ARZA a ese respecto: «Algunos autores han ridiculizado este artículo (el 88, 2), sobre todo si el divorcio ha sido de un matrimonio canónico. Porque canónicamente están casados y el matrimonio canónico tiene efectos civiles. Pero... ese matrimonio canónico como causante de efectos civiles no existe ya. Ha perdido su valor civil, y ahora si vuelven a casarse (ellos mismos entre sí) el nuevo matrimonio (civil) hace que obtengan los cónyuges los efectos civiles que habían perdido por la disolución del carácter civil del matrimonio canónico» (49).

Y, por último, sólo recordar con simple mención que el divorcio civil no tiene ningún efecto canónico de disolución del matrimonio canónico.

(48) M. ALONSO PÉREZ: *De la disolución del matrimonio. El artículo 86...*, página 558.

(49) A. ARZA: *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos. Nulidad, separación, divorcio* (Bilbao, 1983), pág. 112.

pues ya quedó dicho que el matrimonio entre bautizados una vez consumado es indisoluble por toda potestad de la tierra.

Por ello, dos esposos que habiendo contraído matrimonio canónico obtengan del Juez civil el divorcio civil, se comportan en modo muy contrario a su fe, y si alguno de ellos o los dos se casasen con otros civilmente, ponen en el camino de su vida unos obstáculos profundamente fuertes para rehacer un día su vida cristiana, sobre todo si tuvieran hijos (50).

IV. LAS SENTENCIAS DE NULIDAD SOBRE MATRIMONIO CANONICO

La Constitución española guarda silencio referente a la nulidad matrimonial. Sin embargo, en los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español de 1979 se establece la eficacia de las sentencias eclesiásticas de nulidad y de las decisiones sobre rato y no consumado, guardando absoluto silencio sobre todas las demás.

De esta determinación pueden derivarse dos cuestiones: 1) Que solamente esas sentencias tendrán efectos jurídicos. 2) Que los Tribunales eclesiásticos podrán actuar en el ámbito de su competencia, pero sus otras sentencias no producirán efectos en el ámbito civil.

1. *En el Derecho concordado*

a) Textos legales.

Para el estudio de esta materia, dos normas legales hemos de tener en cuenta, pues son justamente el punto de partida y regulación de la misma: son el artículo VI, 2, del *Acuerdo Jurídico* y el artículo 80 del *Código Civil*.

Dice el *Acuerdo* en su artículo VI, 2: «Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones son de eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente».

El artículo 80 del Código Civil completa al anterior diciendo: «Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de

(50) Sobre la problemática personal y pastoral de estos casos. Cfr. F. R. AZNAR GIL: *El nuevo Derecho...*, págs. 506-513.

matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente, conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

b) Su interpretación.

Al interpretar estos textos, la doctrina no se ha puesto de acuerdo por la facilidad de llegar a interpretaciones no sólo distintas, sino contradictorias. Aquí se van a referir a algunos de los puntos que afectan a la eficacia civil del matrimonio canónico.

«Podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos».

Así, por ejemplo, la frase del Acuerdo de que *podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos* significa civilmente que «también podrán hacerlo acudiendo a los Tribunales del Estado, lo que supone que el Estado no sólo indirectamente reconoce la competencia de los Tribunales de la Iglesia y que esa competencia no es *exclusiva*, sino *cumulativa*, lo que no excluye que el Juez civil rechace la demanda de declaración de nulidad del 'matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico', si el capítulo por el que se pide esa declaración no existe en la legislación civil entre las causas de nulidad matrimonial» (51).

«Ajustadas al Derecho del Estado».

Otra cuestión importante es la referente a la expresión *ajustada al Derecho del Estado*. Aquí, las tesis son variadas: Según un autor, «la expresión de que la resolución se declare 'ajustada al Derecho del Estado' hay que entenderla *en su significado literal*. El ajuste al Derecho del Estado no es al orden público, sino ajuste al ordenamiento jurídico, a las normas que regulan el matrimonio. Por consiguiente, no tendrá eficacia en el orden civil una resolución eclesiástica de nulidad que declare ésta por causa no prevista en la normativa civil. Sin duda, quiere no decir que la jurisprudencia eclesiástica ha de atemperarse a la civil, sino sólo que la causa (de nulidad) debe reconocerse (tiene que estar contenida) en ambos ordenamientos» (52).

(51) P. GARCÍA BARRIUSO: *Matrimonio y divorcio hoy en España* (Madrid, 1984), págs. 207-208.

(52) E. VALLADARES RASCÓN: «El principio de igualdad entre la Ley y el sistema matrimonial», en *Rev. Der. Priv.* (1981), pág. 322. Apoyan esta postura: PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS: «La anunciada Ley del Divorcio y la problemática del Derecho internacional», en *Rev. Der. Priv.* (1979), pág. 1024; DÍEZ-PICAZO: «El

Si ésta fuera la interpretación que se llevase a la práctica, no cabe duda que el artículo 80 y la Disposición Adicional segunda *no tendrían sentido*, pues no pocas veces las resoluciones eclesiásticas no podrán conseguir eficacia civil, por no coincidir todas las causas canónicas de nulidad con las civiles, y eso sería «una condición que es odiosa y muy vejatoria para los Tribunales competentes de la Iglesia de España, porque no se les somete a que sus sentencias y decretos definitivos sean revisados por el Tribunal de la Signatura Apostólica, para que se verifique si se han respetado las normas del Derecho canónico relativas a la competencia del Juez a la citación y a la legítima representación o ausencia de las partes, sino que no se reconocen efectos civiles a sus legítimas sentencias o decretos mientras antes no sean revisados por la autoridad civil, para juzgar acerca de si lo decidido por la jurisdicción competente de la Iglesia se ajusta o no a las Leyes civiles» (53).

Por el contrario, se dice: «No se refiere el *ajustamiento al Derecho material* aplicado en la sentencia, cosa imposible de imponer. Trata esta norma de verificar el *ajustamiento formal* de la sentencia o resolución canónica a las normas estatales. Se trata de revisar, pues, el Derecho que rige el *cómo* se ha dictado la sentencia, no el *qué* ha resuelto ésta. Estamos, pues, en el campo del Derecho procesal... Lo que deberá tener en cuenta el Juez, para declarar el reconocimiento de la eficacia civil de esa sentencia canónica o resolución pontificia, serán los principios generales del Derecho procesal recogidos en la Constitución y que de diferentes maneras se reflejan en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil: audiencia, igualdad, proceso debido, Juez natural, sentencia motivada» (54).

También hay quien no está de acuerdo con ninguna de estas posturas, por considerar que «esta conformidad no puede significar que el Juez canónico esté obligado a aplicar el Derecho sustantivo y procesal del ordenamiento español para dotar a su resolución de efectos civiles, ni que el Juez civil haya de comprobar que las normas canónicas aplicadas son coincidentes con las correlativas del Derecho positivo español, pues cualquiera de estas dos interpretaciones sería contraria al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico y a la remisión que se hace a las autoridades eclesiásticas para conocer y resolver conforme

«sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede», en *Anuario de Derecho Civil* (1980), pág. 878; FOSAR BENLOCH: *Estudios de Derecho de familia*, II (Barcelona, 1981-82), págs. 650-651.

(53) L. DEL AMO: «Las causas matrimoniales», en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y España* (Madrid, 1980), págs. 340-341.

(54) A. BONET NAVARRO: «Disposición Adicional segunda», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil* (Madrid, 1982), página 982.

a las normas canónicas los procesos de nulidad y dispensa *super rato*» (55).

El procedimiento del *exequatur* es defendido por bastantes autores considerando que la ejecución debe concederse *siempre que no vaya contra el orden público* (56).

Y, por último, S. REBULLIDA admite las dos posibilidades, al señalar que «las resoluciones canónicas sobre nulidad y dispensa de rato, para ser eficaces en el orden civil, tienen que sufrir una suerte de homologación civil. Es posible que la resolución civil dirigida a declarar si están o no ajustadas al Derecho del Estado, sean un puro *exequatur* formal, un control de legalidad y, sobre todo, de defensa; pero también es posible... que se requiera *coincidencia de fondo* con el Derecho estatal» (57).

Compartimos la tesis de S. REBULLIDA, por la obvia razón de que en materia matrimonial y en la actualidad la interpretación lógica quiebra, y entendemos que en la práctica se ha de evitar cuanto suponga una intromisión en el campo eclesiástico; lo correcto y coherente con lo establecido en los Acuerdos respecto al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico debe ser no entrometerse en el fondo de las resoluciones, porque ello a todas luces supone una limitación o revisión a las facultades del Juez eclesiástico. Lo que se lleve a efecto, en la práctica, sobre la ejecutoriedad de las sentencias, el Juez civil dirá la última palabra, y no sería imposible que fuese como ha quedado dicho (58).

(55) M. LÓPEZ ALARCÓN: «Constitución Española y jurisdicción matrimonial», en *El hecho religioso en la nueva Constitución Española* (Salamanca, 1979), página 233. Coincide con este autor C. DIEGO LORA: «La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial», en *JC*, XX (1979), págs. 214-218.

(56) Entre ellos, A. FUENMAYOR: «El marco del nuevo sistema matrimonial español», en *RGLJ* (1979), pág. 294; R. NAVARRO VALLS: «La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981», en *Rev. Der. Priv.* (1982), página 700; J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL: «El matrimonio canónico en el proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio», en *Rev. Der. Priv.* (1981), pág. 666.

(57) S. REBULLIDA: «El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español», en *JC*, XX (1980), pág. 34.

(58) De cómo se ha actuado en Italia recientemente recogemos lo escrito por P. GARCÍA BARRIUSO: «...la Corte Constitucional ha declarado que, de ahora en adelante, cuando la Sagrada Rota declare nulo un matrimonio entre bautizados, no será automáticamente nulo ante los Tribunales italianos..., en lo sucesivo serán los Jueces quienes determinen, caso a caso, si tal matrimonio declarado nulo por el Tribunal eclesiástico debe ser así tenido en el orden civil. Ello modifica unilateralmente el Concordato. La razón potísima de tal decisión es la tutela jurisdiccional que debe asegurar a todos y a cada uno de los italianos un Juez y un juicio. Lo que no se cumpliría si fuesen diferentes los efectos civiles de una sentencia de nulidad

2. En el Derecho civil español

a) Demanda ante la Autoridad civil para la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas de nulidad y de disolución.

La Disposición Adicional segunda de la *Ley de 7 de julio de 1981* dice: «Corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase del último domicilio del matrimonio o del lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante».

Debemos observar que por Real Decreto de 3 de julio de 1981 fueron creados 26 *Juzgados de familia*, y a ellos les corresponde el conocimiento de las expresadas demandas en las localidades donde existan; en caso contrario, conocerán los Jueces de Primera Instancia.

Mediante aquella Adicional segunda se ha introducido «un procedimiento para el reconocimiento por el Derecho del Estado de las resoluciones y de las decisiones civiles. Eso, al fin y al cabo, no es otra cosa que un nuevo y especial procedimiento ordinario de *exequatur* —aunque con referencias desafortunadas de lo prevenido en los artículos 951-958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el reconocimiento de las sentencias extranjeras» (59). «Al Juez de Primera Instancia le corresponden dos cosas: el otorgamiento o denegación del *exequatur* y la ejecución» (60).

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 956 establece la eficacia de las resoluciones eclesiásticas en el ordenamiento civil se acordará por *auto* del Juez de Primera Instancia, contra el cual no se dará recurso

dictada por la Rota y de una sentencia civil de divorcio... La Corte declara también que la dispensa del matrimonio rato y no consumado no tendrá en lo sucesivo valor alguno civil, y que los matrimonios canónicos de menores, según la Ley civil, no pueden ser transcritos en el correspondiente Registro del Estado. La misma Corte Constitucional ha considerado en otra sentencia que son contrarias al 'supremo principio de orden público', y por lo mismo que son 'inconstitucionales', las sentencias eclesiásticas que declaran nulo el matrimonio por causas distintas de las admitidas en el Código Civil, ya que estas sentencias conducen a introducir en el Estado un tipo de matrimonio contrario a la Constitución» (*Matrimonio y divorcio*.., página 228).

(59) A. BONET NAVARRO: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, «Disposición Adicional segunda» (Madrid, 1982), págs. 902-903.

(60) L. DEL AMO: «Sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonio y sus efectos civiles», en *Ius Canonicum*, 22 (1982), pág. 142.

alguno, y que si fuere denegatorio o se hubiere formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.

«Según esto, en caso de denegación, la mente de la Ley —aunque un poco encubierta con las palabras ‘salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente’—, a nuestro entender, equivale a ‘devolución de la ejecutoria al que le haya presentado’, al cual no le queda otro camino para obtener efectos civiles que invocar ante el Tribunal civil un nuevo juicio de nulidad o de divorcio, pero no la posibilidad de acudir otra vez al juicio de reconocimiento o *exequatur*» (61).

Por todo, «una cosa aparece como evidente, a saber: que la jurisdicción eclesiástica, cualquiera que sea el modo o camino que se escoja para llegar desde ella a los efectos en el orden civil en materia de nulidad o disolución de matrimonio, ella no los produce. *Los efectos civiles son producidos por un acto de jurisdicción civil*. Lo cual nos basta para afirmar que la jurisdicción eclesiástica, a partir de la nueva normativa concordada, no es jurisdicción *especial*» (62).

El conflicto ha de plantearse, a todas luces, con los matrimonios que siendo nulos canónicamente, sin embargo, tienen civilmente efectos jurídicos, por haber sido inscritos cuando se celebraron inválidamente y no inscribirse la declaración canónica de su nulidad, y ello puede originar graves consecuencias y perjuicios a los interesados especialmente. Se impone, pues, dar una solución. Por ello «creemos que hay motivo grave y justo para, contando con la autorización del Ordinario, poder lícitamente acudir a los Tribunales civiles y solicitar de ellos la cesación de los efectos civiles, o la separación civil, o la disolución del vínculo, sin otra intención que la de obtener los efectos civiles correspondientes» (63).

«Los cuatro requisitos de ejecutoria del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El artículo 80 del Código Civil exige que la resolución dictada por el Juez civil sea conforme con las condiciones determinadas en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que las resoluciones ecle-

(61) L. DEL AMO: «Sentencias eclesiásticas. », pág. 144.

(62) L. GUTIÉRREZ MARTÍN: «Calificación de la jurisprudencia en las causas matrimoniales», en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico*. V (Salamanca, 1982). págs. 360-361.

(63) L. DEL AMO: «Sentencias eclesiásticas. », pág. 164.

siásticas declarando la nulidad de matrimonio o las decisiones sobre rato y no consumado tengan eficacia civil. Pues bien, creemos que su aplicación práctica no puede ser del todo afortunada al aplicarlo al campo eclesiástico. Simplemente nos limitaremos a hacer algún comentario sobre alguno de sus requisitos.

El segundo de los requisitos puede dar lugar a situaciones dispares, puede significar simple negligencia de parte, sin más, o convertirse «en arma de la que abuse el demandado para, dejando de comparecer en el juicio eclesiástico y provocando de este modo que se le declare en rebeldía, evitarse las consecuencias civiles que le seguirán de la ejecución, a efectos civiles, del fallo canónico...» (64). No cabe duda que se trata de un requisito de garantía ante el principio *audiat et altera pars*, que puede obviarse siempre que se le haya dado la oportunidad a la parte ausente. Pero cuando se trata de una reserva de acciones en sede civil, sólo podrá evaluarse en el trámite procesal de homologación ante el Juez civil, que operará como factor denegatorio de la homologación, con la posibilidad de acudir al proceso ordinario del número 3 de la Adicional segunda.

Sobre el tercero de los requisitos, un sector de la doctrina y la jurisprudencia (65) interpreta la *licitud* como «no contraria al orden público». Sobre este sentido conviene argumentar: 1) Que el concepto de orden público no está concretizado, sino que es muy flexible, lo que pone en manos del Juez un amplio campo de aplicación. 2) Que el nuevo orden público constitucional no es un contrapeso estatal a los derechos individuales, y menos a los fundamentales, entre ellos al de libertad religiosa, sino que se orienta precisamente en favor de la libertad y a que ésta sea real y efectiva. No se trata de un orden público al servicio del aparato estatal, sino principalmente al servicio de la sociedad en que juegan como base los derechos de libertad, y entre ellos el de libertad religiosa, y consiguientemente al servicio del pleno desarrollo

(64) El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los cuatro requisitos siguientes para que la ejecutoria tenga fuerza en España: 1.º Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2.º Que no haya sido dictada en rebeldía. 3.º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4.º Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las Leyes españolas requieren para que hagan fe en España.

(65) M. LÓPEZ ALARCÓN: *El nuevo sistema matrimonial español* (Madrid, 1983), página 113; M. GETE ALONSO: «Comentarios al artículo 80», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Madrid, 1984), págs. 435 y sigs.; L. Díez-PICAZO: «Sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede», en *Anuario de Derecho Civil*, 34 (1980), pág. 143; M. GOWLAND: «Ejecución de sentencias extranjeras», en *Rev. E. de Der. Procesal* (1956), pág. 954; R. BROTONS: «Ejecución de sentencias extranjeras en España», en *La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid, 1974), pág. 224.

de los derechos inviolables de la persona, «sobre todo, como es el caso matrimonial, si expresamente se le ha reconocido tanto en una norma supra-legal como en normativa de rango ordinario» (66).

Ciertamente que no se ve fundamento de que el Ordenamiento canónico pueda ir contra el orden público, y, por otra parte, pensamos con ALBALADEJO (67) que la excepción de orden público no tiene sentido aplicarla por el simple hecho de que las causas o causa en que se basa la sentencia de nulidad canónica no figure en el Código Civil.

Sobre el cuarto requisito —acerca de que la ejecutoria sea auténtica y haga fe en España— no parece que se presenten problemas, por la obvia razón de que las sentencias de nulidad caen bajo la denominación canónica de *documentos públicos*, como se recoge en el canon 1.540.

V. EL MATRIMONIO CANONICO A TRAVES DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Decíamos ser cierto que en todas las referencias directas o indirectas que en los Acuerdos se hacen del Derecho canónico, éste aparece ordenado con vida propia, y que decide en su propio ámbito de manera soberana.

Mas es cierto también que «la interpretación actual de cualquier norma jurídica —y, en particular, la del Código Civil, cuya modificación en esta materia ha sido motivada por la Constitución de 1978 y el Acuerdo de la Santa Sede de 1979— ha de realizarse bajo la óptica constitucional» (68). Por ello, la pretensión de ahora es la de analizar la regulación actual del matrimonio a la luz de la Constitución.

Partiendo del *principio de igualdad*, se estima que la remisión a las normas de Derecho canónico no supone un trato discriminatorio, sino, muy por el contrario, es admisible, por cuanto la igualdad no supone uniformidad.

VI. CONCLUSION

Después de cuanto hemos dicho, simplemente una conclusión, y es que fácilmente puedan darse matrimonios *canónicos* y, por tanto, indi-

(66) M. LÓPEZ ALARCÓN y R. NAVARRO VALLS: *Curso de Derecho Matrimonial...*, pág. 353.

(67) M. ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia* (Madrid, 1982), pág. 108.

(68) GARCÍA DE ENTERRÍA y FOSAR BENLLOCH, citados por E. PÉREZ PASCUAL: «El menor de edad en el matrimonio», en *ADC* (1984), pág. 775.

solubles, que sean *civilmente disueltos* y que, por tanto, los esposos sean *casados* en el ámbito del Derecho canónico y *no casados* en el ámbito del Derecho civil español; y viceversa, matrimonios *disueltos* canónicamente, sin serlo civilmente; matrimonios *válidos* canónicamente y *nulos* civilmente; y viceversa, *nulos* canónicamente y *válidos* civilmente.

Serían casos de matrimonios similares a los que WOLF (69) llamó «de *validez geográficamente delimitada*», que eran los que resultaban válidos en un país y nulos en otro. Matrimonios llamados también *claudicantes* por la diversidad independiente de Derechos establecidos en los distintos países por su respectiva soberanía soberana.

Y toda esta problemática es consecuencia de una legislación, civil, por supuesto, ambigua, incoherente y de escasa precisión jurídica.

ESPERANZA DIZ PINTADO

(69) MARTÍN WOLF: *Derecho Internacional Privado* (Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, 1936), pág. 303.

DICTAMENES Y NOTAS

Los entes administrativos. Su personalidad jurídica, capacidad, bienes y actuación respecto a ellos, inscripción de dichos bienes

SUMARIO: I. *Personalidad jurídica*: A) Concepto de Ente administrativo. B) Clases. C) Normativa a tener en cuenta. D) Personalidad jurídica: 1. La Administración del Estado. 2. La Administración de las Comunidades Autónomas. 3. La Administración Local. 4. La Administración Institucional. 5. La Administración Corporativa.—II. *Objeto: bienes de dominio público y bienes patrimoniales*: A) Bienes de dominio público: 1. Concepto y caracteres. 2. Clasificación de los bienes de dominio público. B) Bienes de propiedad privada: 1. Bienes de propiedad privada o patrimoniales de los particulares. 2. Bienes patrimoniales del Estado. 3. Bienes patrimoniales de los Organismos Autónomos del Estado. 4. Bienes patrimoniales de las Comunidades Autónomas. 5. Bienes patrimoniales de las Entidades Locales Territoriales. C) Los bienes del Patrimonio Nacional. D) Los bienes del Patrimonio Histórico.—III. *Cambio de naturaleza y destino de los bienes*: A) Cambio de naturaleza y destino de los bienes del Estado. La afectación y la desafectación; las mutaciones demaniales. Adscripción de bienes inmuebles a Organismos Autónomos. La constancia registral de estos actos. B) Cambio de naturaleza de los bienes de las Comunidades Autónomas. C) Cambio de naturaleza de los bienes de las Entidades Locales Territoriales.—IV. *Adquisición, modificación, enajenación, gravamen y cesiones gratuitas de bienes inmuebles patrimoniales. Inscripción de tales actos en el Registro de la Propiedad*: A) Bienes patrimoniales del Estado. B) Bienes patrimoniales de los Organismos Autónomos del Estado. C) Bienes patrimoniales de las Comunidades Autónomas. D) Bienes patrimoniales de las Entidades Locales Territoriales. E) Inscripción de estos actos en el Registro de la Propiedad: a) Carácter de la inscripción. b) Documentación y requisitos necesarios.—V. *Bienes exceptuados de la inscripción*.

I. PERSONALIDAD JURIDICA

En este punto cabe distinguir:

A) CONCEPTO DE ENTE ADMINISTRATIVO

Ente Administrativo puede considerarse aquel sujeto de carácter público con personalidad y capacidad jurídica propias.

B) CLASES

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ (1) clasifican los siguientes Entes Administrativos:

1. La Administración del Estado.
2. La Administración de las Comunidades Autónomas.
3. La Administración Local: Provincias, Municipios, Entes locales menores, etc.
4. La Administración Institucional: que puede ser del Estado (RENFE, Instituto Nacional de la Seguridad Social, etc.), de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales (Empresa Municipal de Transportes, Patronatos de Viviendas, etc.).
5. La Administración Corporativa: Cámaras Oficiales, Colegios Profesionales, etc.

Por su parte, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, en su artículo 1, 2, establece que se entenderá por Administración Pública: a) La Administración del Estado en sus diversos grados. b) Las Entidades que integran la Administración Local. c) Las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local.

A esta enumeración deben añadirse actualmente las Comunidades Autónomas.

C) NORMATIVA A TENER EN CUENTA

Con carácter general, pueden citarse:

1. Respecto a la Administración del Estado: Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento de 15 de noviembre del mismo año.

2. Respecto a las Comunidades Autónomas: sus respectivos Estatutos de Autonomía y las disposiciones que las mismas vayan dictando.

3. Respecto a la Administración Local: Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986 y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986. Asimismo, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986.

4. Respecto a la Administración Institucional: a) En cuanto a la

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., t. I, pág. 363.

Administración Institucional del Estado: Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958. b) En cuanto a la Administración Institucional de las Comunidades Autónomas: se estará a los respectivos Estatutos y a la normativa específica que vayan dictando. c) En cuanto a la Administración Institucional de los Entes Locales: se estará a su legislación básica, sin perjuicio de las disposiciones concretas que pudieran aparecer.

5. Respecto a la Administración Corporativa: en cuanto a los Colegios Profesionales, la Ley de 13 de febrero de 1974, modificada por la de 26 de diciembre de 1978, sin olvidar la normativa particular.

Sobre estas disposiciones hay que colocar la Constitución. Y tener también presente el Código Civil (2).

D) PERSONALIDAD JURÍDICA

1. *La Administración del Estado*

Conforme al artículo 1.º de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, «la Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

De este precepto parece deducirse:

- Que se trata de la personificación jurídica de la Administración del Estado, no del propio Estado.

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ señalan a este respecto que en tal personificación no se encuentra incluida la de los órganos legislativos y judiciales, ni la colectividad en su conjunto (3).

- Que no es personificación de los distintos órganos de la Administración del Estado, sino dicha Administración global y unitariamente considerada.

Sin embargo, esta interpretación no es seguida por parte de la doctrina, que se inclina a entender que el mismo Estado goza de personalidad jurídica (GARRIDO FALLA, Díez-PICAZO, DE PABLO CONTRERAS, etcétera), excluyendo, para unos, y coexistiendo, para otros, con la personalidad de la Administración Pública.

(2) La normativa existente, por supuesto, es más extensa. Sin embargo, las disposiciones citadas creo que son las más interesantes, teniendo en cuenta la materia que voy a estudiar.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 356.

De PABLO CONTRERAS señala que a pesar de lo dicho por el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hay que pensar que en la voluntad de los redactores de la misma «la atribución de personalidad a la Administración pasa por cierta equiparación entre ésta y el Estado», y recoge, a la vez, las siguientes palabras de GARRIDO FALLA: «Reducir la personalidad del Estado a la de la Administración no significa otra cosa que reducir la teoría a la práctica: si los actos del Estado que había que someter al Derecho y a la fiscalización jurisdiccional eran actos administrativos; si los contratos del Estado se concluían a través de sus órganos competentes —que pertenecían a la Administración Pública—, y si las herencias que recibía el Estado, la administración de su patrimonio y la propia titularidad de los bienes y derechos de la Hacienda Pública, se gestionaban por la Administración Pública, resultaba comprensible que se terminase por olvidar la personalidad del todo (Estado), dado el protagonismo de su parte más significativa (la Administración) (4).

2. *La Administración de las Comunidades Autónomas*

La Constitución en vigor, de 6 de diciembre de 1978, ha dado paso al actual Estado de las Autonomías. Se inicia el proceso de su formación en diciembre del año 1979, con la aprobación de los Estatutos para el País Vasco y Cataluña, y finaliza en febrero de 1983, con la promulgación de las Leyes Orgánicas relativas a los Estatutos de Extremadura, Madrid, Islas Baleares y Castilla-León, completándose de este modo el mapa español de las diecisiete Autonomías (sin perjuicio de Ceuta y Melilla).

La característica fundamental del Estado Autónomico es la distribución de poder entre los distintos sujetos públicos que lo componen. Así, dice el artículo 143 de la Constitución: «En el ejercicio del derecho a la autonomía, reconocido en el artículo 2.º de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas, con arreglo a lo previsto en este título y en los respectivos Estatutos».

En base a lo cual ha de entenderse que la Administración de las Comunidades Autónomas, por análogas razones a las apuntadas para la Administración del Estado, goza de personalidad jurídica y consiguiente

(4) De PABLO CONTRERAS: «La actividad de las Asambleas legislativas en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, núm. 573/1986, págs. 275 y sigs. De GARRIDO FALLA cita este autor: «Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 97/1982, pág. 16.

capacidad —ya que el autogobierno sería impensable sin dicha personalidad—.

No obstante, la doctrina vuelve a manifestarse —al igual que respecto al Estado— dividida en cuanto a si lo personificado es la Administración de la Comunidad Autónoma o la propia Comunidad Autónoma. GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ siguen hablando de personalidad de la Administración de la Comunidad Autónoma. DE PABLO CONTRERAS, después de clasificar las diversas disposiciones de Patrimonio de las Autonomías según opten por una u otra postura (las de Cataluña, Valencia y Galicia parecen conceder personalidad jurídica a la Comunidad Autónoma, mientras que las del País Vasco y Navarra parecen atribuírsela únicamente a su Administración), se inclina abiertamente por la personificación tanto de la Comunidad Autónoma como de su respectiva Administración (5).

3. *La Administración Local*

a) *Concepto de Entes Locales Territoriales.*—Entes Locales Territoriales son aquellos constituidos por un grupo de personas vinculadas por el mismo territorio, que se autoorganizan y autogobiernan por razón de un interés común a todos sus miembros (este concepto de «Ente Local Territorial aparece recogido por la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985).

b) *Naturaleza.*—Se trata de verdaderas Corporaciones, es decir, su razón de ser es el conjunto de personas que las integran. Por ello se denominan Corporaciones Locales.

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ señalan que son genuinos Entes cooperativos, pues en ellos el poder surge de sus miembros, los cuales integran el órgano a través de sus representantes (se articulan sobre técnicas representativas de la voluntad del grupo), lo que no ocurre en la Administración del Estado, ya que los ciudadanos no integran con sus representantes los órganos de esta Administración, puesto que la representación política de los ciudadanos no se localiza en la Administración estatal, sino en el poder legislativo; la Administración del Estado está montada sobre el principio institucional-burocrático, y no sobre el principio corporativo-representativo (6).

c) *Clases.*—Determina el artículo 3.º de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 (recogido en el art. 1.º del Reglamento

(5) De PABLO CONTRERAS, *trabajo citado*, págs. 289 y sigs.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 375.

de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986):

«1. Son Entidades Locales Territoriales:

- a) El Municipio.
- b) La Provincia.
- c) La Isla, en los archipiélagos balear y canario.

2. Gozan, asimismo, de la condición de Entidades Locales:

- a) Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de esta Ley.
- b) Las Comarcas u otras Entidades que agrupen varios Municipios, instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía.
- c) Las Areas Metropolitanas.
- d) Las Mancomunidades de Municipios.»

d) *Personalidad jurídica*.—La Constitución, en su artículo 140, dice: «La Constitución garantiza la autonomía de los Municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena...». Y en su artículo 141: «1. La Provincia es una Entidad Local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de Municipios... 3. Se podrán crear agrupaciones de Municipios diferentes a la Provincia. 4. En los archipiélagos, las Islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos».

Y conforme al artículo 1.º del Texto Refundido de Régimen Local de 1986, «para el cumplimiento de sus fines, los Ayuntamientos, en representación de los Municipios; las Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo, en representación de las Provincias, y los Consejos y Cabildos, en representación de las Islas, tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras y servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las Leyes. La misma capacidad jurídica tendrán los órganos correspondientes en representación de las respectivas Entidades de ámbito territorial inferior al Municipio» (lo mismo se deduce del art. 3.º del Reglamento de Organización y Financiamiento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986).

e) *Gobierno y administración:*

- En el Municipio: corresponde al Ayuntamiento (art. 140 de la Constitución, art. 19 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 y art. 2.º del Reglamento de Organización y Financiamento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986).
- En la Provincia: corresponde a la Diputación u otras Corporaciones de carácter representativo (art. 141, 2, de la Constitución, art. 31, 3, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 y art. 2.º del Reglamento de Organización y Financiamento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986).
- En la Isla: corresponde a los respectivos Cabildos o Consejos (art. 141, 4, de la Constitución, art. 41 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 y art. 2.º del Reglamento de Organización y Financiamento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986).
- En las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal: se estará a las disposiciones de las respectivas Comunidades Autónomas, siempre dentro del marco fijado por el artículo 45 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 (art. 2.º del Reglamento de Organización y Financiamento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986).
- En las Comarcas u otras Entidades que agrupen varios Municipios, así como en las Areas Metropolitanas: se estará a la disposición de la Comunidad Autónoma que las hubiera creado (arts. 42 y 43 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985).
- En las Mancomunidades de Municipios: se estará a lo que se hubiera establecido en sus Estatutos (art. 44 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985).

f) *Competencia de las Comunidades Autónomas respecto a las Entidades Locales Territoriales.*—Según se desprende del artículo 148, 1, 2.º, de la Constitución, «las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 2.º Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local».

Dice el artículo 4.º, 2, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986: «... Las Leyes de las Comunidades Autónomas que instituyan o reconozcan a las Entidades Locales de ámbito inferior al municipal..., comarcas, etcétera, determinarán el ámbito de su autonomía y concretarán las potestades públicas que les sean de aplicación».

4. *La Administración Institucional*

Entes institucionales de carácter público son aquellos creados por la Administración Pública, que les dota de organización y capacidad de autogobierno para que puedan servir a los fines de aquélla.

No tienen una base corporativa (conjunto de personas), sino que su razón de ser es la voluntad e intención de la Administración Pública (voluntad del fundador).

Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, es prácticamente imposible hacer una clasificación de estos Entes, puesto que cada uno de ellos cuenta con una disposición propia, sin responder a tipos predeterminados normativamente: esto es lo que se ha llamado «atipicidad» de los Entes institucionales. Así —siguen diciendo estos autores—, atendiendo a un criterio material de los respectivos objetos, las clasificaciones pueden ser múltiples: nacionales o locales, culturales, de crédito, sanitarias, agrícolas, de seguridad social, empresariales (empresas públicas), urbanísticas, de obras públicas, etc. (7).

En lo relativo a su personalidad, capacidad, administración, etc., se estará a la disposición o disposiciones creadoras del Ente y reguladoras de su régimen, sin perjuicio de la normativa general existente.

5. *La Administración Corporativa*

Entes corporativos de carácter público pueden entenderse aquellos que no constituyendo una colectividad de tipo local —para diferenciarlos de las Corporaciones Locales, que también tienen una base corporativa—, se forman por un conjunto de personas con finalidad e intereses comunes de carácter público y cuya creación tiene su origen directamente en una Ley.

Puede haber Corporaciones públicas y privadas, aunque aquí interesan exclusivamente las primeras.

No es posible una clasificación de los Entes corporativos de carácter público, por análogas razones a las apuntadas respecto a los institucionales.

(7) En la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, págs. 363 y sigs., se puede estudiar esta materia.

En cuanto a su personalidad, capacidad, administración, etc., se estará a la Ley creadora, sin perjuicio de la normativa general que fuera aplicable.

II. OBJETO: BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y BIENES PATRIMONIALES

Según el artículo 338, «los bienes son de dominio público y de propiedad privada».

Por tanto, debe distinguirse:

A) BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

1. *Concepto y caracteres*

GARRIDO FALLA (8) define el dominio del Estado como el conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen al Estado. Consiguientemente, bienes de dominio público —también llamados demaniales— son aquellos que pertenecen al Estado con tal carácter o, para ser más exactos, a la comunidad pública. Y dentro de esta comunidad pública deberán entenderse comprendidas las Comunidades Autónomas.

GARRIDO FALLA sigue diciendo que la doctrina ha ensayado sucesivamente dos criterios para la determinación del dominio público: el de la naturaleza de determinados bienes y el de la afectación.

Este autor, en su obra citada, examina las dos posturas en cuanto a la determinación del dominio público: por la de la naturaleza del bien, el dominio público debe constituirse con aquellas porciones del territorio afectadas al uso de todos, a los que se añadirían los bienes calificados como tal por expresa disposición de la Ley; consiguientemente, estos bienes serían insusceptibles de propiedad privada. Contra ella nace la moderna teoría del dominio público por afectación, para la cual, sólo considerando la cuestión desde una perspectiva errónea, puede afirmarse que las porciones del territorio que constituyen el dominio público sean insusceptibles de propiedad privada; el dominio público, por tanto, es aquella parte del dominio constituida por las propiedades administrativas que están afectas al uso de todos o al funcionamiento de un servicio público y que, consiguientemente, están sometidas a un régimen especial.

En la actualidad, y sin perjuicio del gran arraigo histórico del primer criterio, la teoría de la afectación es la que aparece legalmente consagrada por el artículo 339 del Código Civil: «Son bienes de dominio públi-

(8) GARRIDO FALLA: *Comentarios al Código Civil y a las legislaciones forales*, tomo V, vol. 1.º, págs. 48 y sigs.

co: 1.º Los destinados al uso público... 2.º Los que pertenecen privativamente al Estado... y están destinados a algún servicio o al fomento de la riqueza nacional...» (sin embargo, algunos de estos bienes, como pueden ser las minas y los ríos, tienen su condición de dominio público en su naturaleza y no en la afectación.) Y el artículo 132, 2, de la Constitución termina diciendo: «Son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

Y en lo relativo a los caracteres, el mismo autor cita los siguientes: inercialidad (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), publicidad posesoria, facultad de deslinde, facultad de recuperación de oficio y potestad sancionadora. En relación con lo cual es importante tener en cuenta el artículo 132, 1, de la Constitución: «La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad...».

2. *Clasificación de los bienes de dominio público*

Debe distinguirse entre bienes del Estado, bienes de las Comunidades Autónomas y bienes de las Entidades Locales Territoriales.

a) *Bienes de dominio público del Estado*.—Se subdividen, a su vez, en bienes destinados al uso público y bienes destinados al servicio público.

— *Bienes destinados al uso público*:

Según el artículo 339, 1, tendrán tal consideración —aunque el precepto no pretende hacer una enumeración taxativa o cerrada— los caminos, canales, ríos, torrentes y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas y otros análogos. GARRIDO FALLA, teniendo en cuenta este precepto y la legislación especial, estima que podrán dichos bienes ser de dominio público por su naturaleza o afectación singular. Dentro de los primeros cita el dominio hídrico, el dominio marítimo y las costas y el dominio aéreo. Y dentro de los segundos, los caminos y carreteras, las vías pecuarias, los puertos y puentes y los aeropuertos.

Para este autor —puede verse su obra ya citada, en las páginas señaladas—, las aguas se clasifican en marítimas y terrestres, pero sólo a estas últimas —ríos y torrentes— se refiere la enumeración del artículo 339.

Por tanto, a éstas hay que añadir las playas, la zona marítimo-terrestre, el mar territorial y el lecho y el subsuelo del mismo, así como el del

adyacente a él hasta donde sea posible la explotación de los recursos naturales, y los puertos. Todo ello, según se desprende de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 y de la misma Constitución en el artículo 132. Y no puede pasarse por alto la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, que en su artículo 1 establece: «1. Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico. 2. Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas fluyentes, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico».

En relación con el artículo 339 del Código Civil, dice el artículo 5 del Reglamento Hipotecario: «... quedan exceptuados de la inscripción: Primero. Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de defensa del territorio».

— *Bienes destinados a un servicio público:*

Según el artículo 339, 2, del Código, «son bienes de dominio público los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión». GARRIDO FALLA apunta los siguientes bienes afectos a servicios públicos: el dominio militar, los ferrocarriles, los edificios públicos, los montes públicos y las minas (véase el ya expuesto art. 5, 1, del Reglamento Hipotecario).

b) *Bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas.*—Las Comunidades Autónomas pueden ser titulares de bienes de dominio público —tanto de uso público como de servicio público, y tampoco parece haber ningún obstáculo respecto a los comunales, por lo que la reciente Ley Foral de Comunales de Navarra, de 28 de mayo de 1986, dice en su artículo 1.º: «La presente Ley Foral tiene por objeto establecer las normas reguladoras de... los bienes comunales»—, aunque nunca de aquellos que el artículo 132, 2, de la Constitución atribuye expresamente al Estado. Así lo han recogido las diversas Leyes de Patrimonio de las Comunidades Autónomas.

- La Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 5 de mayo de 1986 establece, en su artículo 2, que los bienes y derechos de la misma pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales, entendiéndose comprendidos dentro de los primeros los así declarados por norma

estatal, los transferidos y adquiridos que se afecten a un uso o servicio público y aquellos a los que una norma de la Comunidad Autónoma atribuyera tal condición (art. 3).

- La Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 13 de septiembre de 1985 determina, en su artículo 2, que los bienes de esa Comunidad se clasifican en bienes de dominio público o demaniales y bienes de dominio privado o patrimoniales. Y en su artículo 3 establece que son bienes de dominio público los destinados al uso general o a los servicios y aquellos a los que una Ley otorgue expresamente este carácter, así como los edificios en los que se alojen órganos de la Comunidad Autónoma.
- Las Leyes de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 7 de diciembre de 1981 (arts. 2 y 3), de Euskadi de 27 de julio de 1983 (arts. 6, 7 y 8), de Galicia de 12 de abril de 1985 (artículos 2 y 3), de Navarra de 27 de septiembre de 1985 (arts. 3 y 4) y de Valencia de 24 de octubre de 1986 (arts. 2 y 3) contienen análogas disposiciones.

Y de todas estas Leyes se deducen las tres características inalterables de los bienes de dominio público: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

c) *Bienes de dominio público de las Entidades Locales Territoriales:*

El artículo 343 del Código dice: «Los bienes de las Provincias y los Pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales». Sin embargo, este precepto hay que entenderlo modificado por la Ley de Régimen Local, primero (Texto Refundido de 25 de junio de 1955), y por la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, después, ya que no es correcto, a tenor con tales Leyes, entender —como se desprende del Código Civil— que las Entidades Locales Territoriales no pueden tener bienes de dominio público destinados a un servicio público. Así, el artículo 79, 2, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 dice: «Los bienes de las Entidades Locales son de dominio público o patrimoniales»; a lo que añade en su apartado 3: «Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público. Tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos». Y en su artículo 80 determina: «Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno». Y en el 82 añade: «Las Entidades Locales podrán recuperar por sí mismas y en cualquier momento la posesión de sus bienes de dominio

público». (El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986, en sus arts. 2 a 8, recoge y desarrolla esta normativa.)

Por tanto, deben diferenciarse:

— *Bienes destinados al uso público:*

A tenor con el artículo 344, 1, del Código, «son bienes de uso público, en las Provincias y Pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general costeadas por los mismos Pueblos o Provincias». Y según el artículo 3, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986, «son bienes de uso público local los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad Local». (Estos bienes están exceptuados de la inscripción, conforme al art. 5, 2, del Reglamento Hipotecario.)

— *Bienes destinados a un servicio público:*

Según el artículo 3, 4, del citado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, «son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean sede de los mismos; mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos».

El Reglamento Hipotecario, a pesar de tratarse de bienes de dominio público, no los exceptúa de la inscripción, quizá —dice CAMY— para otorgarles una mayor defensa frente a intromisiones de otros Entes públicos o de los particulares. A este respecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de noviembre de 1984 dice, en su segundo considerando: «El Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó el Reglamento Hipotecario, adaptó los artículos 5 y 6 a la nueva clasificación de bienes municipales contenida en la Ley de Régimen Local y su Reglamento de 27 de mayo de 1955, y exceptúa de inscripción a los de dominio y uso público, a la vez que establece que si algún inmueble de propiedad privada o parte del mismo adquiere el carácter de estos últimos, se haga constar su cambio de destino por medio de la nota marginal correspondiente, que dará a conocer que tales fincas se encuentran fuera del Registro y sin que les afecte el sistema y efectos de la legislación inmobiliaria».

— *Bienes comunales:*

Conforme al expuesto artículo 2, 3, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, tienen la consideración de bienes comunales de las Entidades Locales aquellos bienes de dominio público cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos. A lo que añade el párrafo 4 de dicho precepto que tales bienes sólo podrán pertenecer a los Municipios y a las Entidades Locales Menores. Al igual que los demás bienes de dominio público, son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

A su vez, el artículo 75, 1, del Texto Refundido de Régimen Local de 1986 determina que el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se efectuará preferentemente en régimen de explotación colectiva o comunal, y según el artículo 78, 1, del mismo texto legal, los bienes que por su naturaleza intrínseca o por otras causas no hubieran sido objeto de disfrute de esta índole durante más de diez años, podrán ser desprovistos de su carácter comunal mediante acuerdo de la Entidad Local respectiva.

Ya era criticada por la doctrina la Ley de Régimen Local de 1955 por incluir los bienes comunales dentro de los patrimoniales (GARRIDO FALLA, GARCÍA DE ENTERRÍA), entendiendo que si el régimen de los mismos era el de bienes de dominio público, en tal categoría tenían que encajarse. Ahora, la nueva legislación salva la incoherencia y los incluye definitivamente dentro de los bienes de dominio público.

B) BIENES DE PROPIEDAD PRIVADA

Podemos considerar como tales aquellos cuyo dominio corresponde, con carácter privado, a los particulares, al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Corporaciones Locales. Así, dice el artículo 345 del Código: «Son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la Provincia y del Municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente». En base a este precepto, distinguimos:

1. *Bienes de propiedad privada o patrimoniales de los particulares*

Los bienes de los particulares, según se deduce del precepto expuesto, podrán pertenecerles individual o colectivamente, pero siempre con carácter patrimonial. Su estudio es objeto de los temas siguientes y a ellos nos remitimos.

2. *Bienes patrimoniales del Estado*

Dice el artículo 340 del Código: «Todos los demás bienes pertenecientes al Estado en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior tienen el carácter de propiedad privada». Consiguientemente, esta clase de bienes se obtiene por exclusión, es decir, cuando no se den los requisitos necesarios para que sean de dominio público. Interesa destacar:

Según el artículo 1 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964: «Constituyen el Patrimonio del Estado: 1.º Los bienes que siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una Ley les confiera expresamente el carácter de demaniales. Los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán el carácter de demaniales. 2.º Los derechos reales y de arrendamiento de que el Estado sea titular, así como aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales».

Y el artículo 20 del mismo texto legal añade: «Los bienes y derechos atribuidos al Estado por las Leyes tendrán el carácter de patrimoniales, a menos que en la Ley de atribución se dispusiera otra cosa, y mientras no sean afectados al uso general o a los servicios públicos».

a) *El concepto de desafectación.*—Según el artículo 141 del Código, «los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes propiedad del Estado». A lo que añade el artículo 132, 2, de la Constitución: «La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público..., así como su desafectación». Por desafectación puede entenderse, por tanto, aquel acto emanado del órgano con facultad para ello, por el cual los bienes del Estado de dominio público pasan a formar parte de los bienes patrimoniales del mismo.

b) *Clases.*—A tenor con el artículo 1 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, «constituyen el patrimonio del Estado: 1.º Los bienes que siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una Ley les confiera expresamente el carácter de demaniales. Los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales. 2.º Los derechos reales y de arrendamiento de que el Estado sea titular, así como aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales. 3.º Los derechos de propiedad incorporal que pertenezcan al Estado».

c) *Caracteres.*—Son inembargables, pero enajenables y, por supuesto, susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. También pueden ser objeto de gravamen y de cesión gratuita, siempre que ambos fueran acordados por el Consejo de Ministros.

El artículo 18 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 establece: «Ningún Tribunal podrá dictar providencia de embargo, ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo, debiendo atenderse a este respecto a lo que dispone la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública». Y el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 repite este mismo contenido.

3. *Bienes patrimoniales de los Organismos Autónomos del Estado*

La Ley sobre Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, en su artículo 3, establece que «los Organismos Autónomos son Entidades de Derecho público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización, la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público».

— *Clases de bienes de los Organismos Autónomos:*

- 1.º Bienes patrimoniales del propio Organismo: serán aquellos necesarios para el cumplimiento de sus fines.
- 2.º Bienes que se incorporan al Patrimonio del Estado: aquellos que aun estando integrados en el patrimonio de dichos Organismos, no son necesarios para el cumplimiento de sus fines.

El artículo 84 de la Ley del Patrimonio del Estado (170 del Reglamento) dice: «Los bienes inmuebles propiedad de los Organismos autónomos integrados, por ende, en sus respectivos patrimonios, que no sean necesarios para el cumplimiento directo de sus fines, se incorporarán al Patrimonio del Estado. La entrega de dichos bienes se hará por conducto del Ministerio de que dependan los respectivos Organismos».

El artículo 85 de la Ley del Patrimonio del Estado (171 del Reglamento) dice: «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior y, en consecuencia, podrán ser enajenados por los Organismos autónomos, los bienes adquiridos por los mismos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico de acuerdo con sus fines peculiares, así como los adquiridos para

garantizar la rentabilidad de las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de las disposiciones por que se rigen».

Y el artículo 6, 3, de la misma Ley (6, 3, del Reglamento) añade: «El Inventario General de Bienes y Derechos del Estado... comprenderá: 5.º Los bienes de los Organismos autónomos, sin otra excepción que aquellos que hayan sido adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares, así como los adquiridos para garantizar la rentabilidad de las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de las disposiciones por que se rigen».

(No hay obstáculo para la existencia de Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas y, de hecho, la Ley de Patrimonio de Valencia ya se ocupa de ellos en sus arts. 45 y sigs., y casi todas las Leyes autonómicas de Patrimonio contienen referencias a las mismas.)

4. *Bienes patrimoniales de las Comunidades Autónomas*

Las Comunidades Autónomas —según se desprende del artículo 143, 1, de la Constitución, y así ha sido recogido en todos los Estatutos (Cataluña, art. 43: «El patrimonio de la Generalidad estará integrado por: 1) El patrimonio de la Generalidad en el momento de aprobarse el Estatuto. 2) Los bienes afectos a servicios traspasados a la Generalidad. 3) Los bienes adquiridos por la Generalidad por cualquier título jurídico válido». Andalucía, art. 55. Galicia, art. 43, y todos los demás Estatutos)— pueden ser titulares de bienes patrimoniales.

El régimen jurídico de estos bienes se regulará por las normas que a tal efecto dicten las Comunidades Autónomas, y mientras esto no tenga lugar, por lo establecido para los bienes patrimoniales del Estado. Hasta la fecha se han publicado las siguientes disposiciones autonómicas al respecto: Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña, de 7 de diciembre de 1981; Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 15 de noviembre de 1985; Ley de Patrimonio de Euskadi, de 30 de noviembre de 1983; Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma Gallega, de 12 de abril de 1985; Ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana, de 24 de octubre de 1986; Ley Foral de Patrimonio de Navarra, de 17 de septiembre de 1985, y Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 5 de mayo de 1986. Sin perjuicio de diversos proyectos de Ley existentes. Dichas Leyes suelen contener la enumeración de los diversos bienes, tanto de dominio público como patrimoniales, afectación y desafectación, requisitos para la adquisición, enajenación, etc.

- La Ley de Patrimonio de Andalucía estable en su artículo 4 que son bienes de dominio privado o patrimoniales todos aquellos que pertenezcan a esa Comunidad Autónoma y a Entidades de Derecho público que dependan de ella, por cualquier título y que no tengan la consideración de bienes de dominio público.
- La Ley de Patrimonio de Castilla-La Mancha dice en su artículo 4 que son bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma: 1.º Los bienes, propiedad de la misma, que no se hallen destinados al uso o servicio público. 2.º Los derechos reales y de arrendamiento, y cualquier otro sobre cosa ajena. 3.º Los derechos de propiedad incorporal. 4.º Las acciones, participaciones y obligaciones en Sociedades de carácter público en que intervenga la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos autónomos o sus Sociedades regionales. 5.º Los derechos derivados de la titularidad de los bienes de dominio privado. 6.º Cualquier otro cuya titularidad corresponda a la Comunidad Autónoma.
- Las Leyes de Patrimonio de Cataluña (art. 4), de Euskadi (art. 9), de Galicia (art. 4), de Navarra (arts. 3 y 46) y de Valencia (arts. 1 y 4) contienen parecida enumeración.

De esta normativa, en general, resultan los siguientes caracteres de estos bienes: alienabilidad, prescriptibilidad, susceptibilidad de gravamen, pero no de embargo, y de obligatoria inscripción en el Registro de la Propiedad.

5. *Bienes patrimoniales de las Entidades Locales Territoriales*

Según el artículo 344, 2, del Código Civil, «todos los demás bienes que unos y otros posean —las Provincias y los Pueblos— son patrimoniales y se registrarán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en Leyes especiales». A lo que añade el artículo 80, 2, de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985: «Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado». Consiguientemente, incluidos ya en esta reciente Ley los bienes comunales dentro de los de dominio público, desaparece la anterior subdivisión de los bienes patrimoniales en bienes de propios y bienes comunales, quedando una sola categoría: los bienes patrimoniales o antiguos bienes de propios. Pueden conceptuarse como aquellos que siendo de propiedad de la Entidad Local, no estén destinados al uso público ni a la realización de algún servicio público, ni puedan tener la concepción de comunales y constituyan o tengan la posibilidad de constituir fuente de ingresos para dicha Entidad Local (art. 6, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986. A lo que añade el

artículo 7, 1, del mismo texto legal que se clasificarán como bienes patrimoniales las parcelas sobrantes y los efectos no utilizables).

Los caracteres de estos bienes son los siguientes: enajenables, gravables (así se deduce del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, en sus arts. 109 y sigs.) y de obligatoria inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 85 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986 y art. 113 del Reglamento de Bienes de 1986). También podrán ser objeto de cesión gratuita (GARRIDO FALLA, sin embargo, sostiene que no podrán embargarse, por aplicación analógica del art. 18 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964).

C) LOS BIENES DEL PATRIMONIO NACIONAL

Dice el artículo 342 del Código Civil: «Los bienes del Patrimonio Real se rigen por su Ley especial, y en lo que en ella no se halle previsto, por las disposiciones generales que sobre la propiedad particular se establecen en este Código».

En la actualidad se ocupa de esta materia la Ley de Patrimonio Nacional, de 16 de junio de 1982, que en su artículo 2 dice: «Tienen la calificación jurídica de bienes del Patrimonio Nacional los de titularidad del Estado afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Familia Real para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las Leyes les atribuyen».

D) LOS BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

La Ley de Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985, dice en su artículo 1: «1. Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español. 2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y otros objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. 3. Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley» (esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto de 10 de enero de 1986).

III. CAMBIO DE NATURALEZA Y DESTINO DE LOS BIENES

A) CAMBIO DE NATURALEZA Y DESTINO DE LOS BIENES DEL ESTADO. LA AFECTACIÓN Y LA DESAFECTACIÓN; LAS MUTACIONES DEMANIALES. ADSCRIPCIÓN DE BIENES INMUEBLES A ORGANISMOS AUTÓNOMOS. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE ESTOS ACTOS

1. *Cambio de naturaleza de los bienes: afectación y desafectación*

a) *Afectación de bienes patrimoniales del Estado al dominio público.*—Afectar un bien al dominio público implica el cambio de su naturaleza de patrimonial a demanial. Es, por tanto, aquel acto del Estado por el que integra en el dominio público un bien que hasta ese momento era patrimonial.

Regula esta materia la Ley de Patrimonio del Estado en sus artículos 113 a 119 (214 a 220 del Reglamento). De dichos preceptos resulta lo siguiente:

- Que la afectación compete al Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de que tal facultad se entienda delegada en el Director General del Patrimonio del Estado (salvo lo dicho por el art. 125 de esta Ley, que posteriormente examinaré).
- Que se hará mediante Orden expresa, en la cual se indicarán, entre otras particularidades, los bienes que comprenda y la circunstancia de quedar éstos integrados en el dominio público del Estado, así como el Departamento al que vaya a corresponder el ejercicio de las competencias demaniales, al que se le comunicará dicha Orden, lo mismo que al Delegado de Hacienda de la Provincia donde los bienes radiquen.
- Que el representante designado por la Hacienda Pública y el del Departamento al que los bienes hayan de destinarse suscribirán un actá de afectación comprensiva de los extremos contenidos en la Orden.

b) *Desafectación de bienes del dominio público.*—Como ya expuse anteriormente, desafectar un bien del dominio público implica el cambio de su naturaleza demanial a patrimonial.

Regula esta materia la Ley de Patrimonio del Estado en sus artículos 120 a 123 (221 a 224 del Reglamento). De dichos preceptos resulta lo siguiente:

- Que la desafectación compete al Ministerio de Hacienda (salvo el supuesto del art. 125, párr. 2.º).
- Que se iniciará mediante expediente tramitado por la Dirección General del Patrimonio del Estado.
- Que la entrega del bien o bienes del Patrimonio se formalizará en un acta suscrita por un representante del Departamento interesado y otro de la Dirección General del Patrimonio del Estado.
- Que la incorporación de los bienes desafectados al Patrimonio del Estado no se entenderá efectuada hasta la recepción formal de aquéllos por el Ministerio de Hacienda, y en tanto la misma no tenga lugar seguirán teniendo aquéllos el carácter de dominio público.

2. *Cambio de destino: las mutaciones demaniales*

Mutación demanial o cambio de destino de los bienes del Estado es aquel acto de éste por el cual se cambia la afectación de un bien de un Ministerio a otro.

Regulan esta materia los artículos 124 y 125 de la Ley de Patrimonio del Estado (225 y 226 del Reglamento), de los que resulta, entre otros extremos, lo siguiente:

- Que la mutación demanial se realizará por el Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 125, párrafo 2.º, de la Ley.
- Que se hará mediante expediente incoado por la Dirección General del Patrimonio del Estado a instancia de los Departamentos ministeriales interesados.

3. *Norma común a las afectaciones, desafectaciones y mutaciones demaniales: el artículo 125. párrafo 2.º, de la Ley de Patrimonio del Estado (226 del Reglamento)*

Dice este precepto: «Cuando se produzca discrepancia entre los Departamentos interesados o entre alguno de éstos y el Ministerio de Hacienda acerca de la afectación, desafectación o cambio de destino de un bien o bienes determinados, la resolución correspondiente será de la competencia del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda».

4. *Adscripción de bienes inmuebles a Organismos Autónomos*

Regulan esta materia los artículos 80 a 85 de la Ley de Patrimonio del Estado (165 a 169 de su Reglamento), de los que resulta, entre otros:

- Que los Organismos Autónomos del Estado podrán solicitar del Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección del ramo, la adscripción de bienes inmuebles del Patrimonio del Estado para el cumplimiento de sus fines.
- Que los acuerdos de adscripción se someterán por el Ministro de Hacienda a la resolución del Consejo de Ministros.

5. *Constancia de estos actos en el Registro de la Propiedad*

a) *Cambios de naturaleza del bien:*

— *Afectación:*

Establece el artículo 6, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, que «si un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiriese la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo anterior, se hará constar esta circunstancia por nota marginal».

Así pues, cuando el bien patrimonial se afecta posteriormente al dominio público, esta circunstancia se hace constar por nota al margen de la inscripción del bien. Documento hábil para ello será el acta anteriormente estudiada.

— *Desafectación:*

Conforme al artículo 6, párrafo 1.º, del Reglamento Hipotecario, «si alguno de los bienes comprendidos en el artículo anterior, o una de sus partes, cambiare de destino y adquiriese el carácter de inscribible, se llevará a efecto su inscripción con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento».

La frase de este precepto «cambiare de destino y adquiriese el carácter de inscribible» no es acertada, ya que:

1. No se trata de un cambio de destino —como son las mutaciones demaniales—, sino de la naturaleza del bien, que deja de ser demanial y pasa a tener la condición de patrimonial.

2. Por pasar a ser patrimonial, el bien no adquiere el carácter de «inscribible», pues tal carácter ya lo tenía aun siendo demanial: lo que ocurría era que estaba exceptuado de la inscripción (pero no impedido para ella, como más adelante examinaré).

Consiguientemente, el bien desafectado del dominio público que adquiere el carácter de patrimonial se inscribirá conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria (asiento de inscripción en todo caso, según dejó dicho la Dirección General en la Resolución de 31 de enero de 1970). Documento hábil para ello será el acta anteriormente referida, a la que se acompañará documento justificativo de la recepción de los bienes por el Ministerio de Hacienda.

— *Mutaciones demaniales y adscripción de bienes inmuebles a Organismos Autónomos:*

El Reglamento Hipotecario dedica a ello dos preceptos no demasiado claros y un tanto imprecisos: el 17, 3, y el 18, 3. Sin embargo, contemplados ambos conjuntamente, entiendo que son base suficiente para la constancia registral, tanto de las mutaciones demaniales como de las adscripciones de bienes inmuebles a Organismos Autónomos.

Dicen estos preceptos:

— Artículo 17, párrafo 3.º: «En la inscripción a favor del Estado podrá hacerse constar el Organismo o Servicio a que se hallaren adscritos los bienes. Si aquéllos tienen personalidad jurídica y los bienes pertenecen a su patrimonio independiente, se inscribirán a favor de los mismos».

— Artículo 18, párrafo 3.º: «Los cambios de adscripción de los bienes del Estado a distinto Ministerio por reorganización o alteración administrativa o por cualquier otra causa, y los que se produzcan a otro Organismo o Servicio del mismo Departamento, podrán inscribirse mediante el traslado de la disposición administrativa correspondiente».

Documento suficiente para la inscripción será el traslado o certificación del expediente respectivo.

B) CAMBIO DE NATURALEZA DE LOS BIENES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Se estará a lo determinado en sus Leyes específicas, y a falta o por insuficiencia de las mismas, se aplicará la legislación del Estado, y en todo caso, la legislación hipotecaria.

La Ley de Patrimonio de Andalucía se ocupa de esta materia en sus artículos 46 a 65, la de Castilla-La Mancha en los artículos 24 a 34, la de Cataluña en los artículos 7 a 9, la de Euskadi en los artículos 24 a 32,

la de Galicia en los artículos 8 a 15, la de Navarra en los artículos 47 a 50 y la de Valencia en los artículos 70 a 72.

**C) CAMBIO DE NATURALEZA DE LOS BIENES DE LAS
ENTIDADES LOCALES TERRITORIALES**

Conforme establece el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales:

«1. La alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales requiere expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad (art. 81 de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985).

2. El expediente deberá ser resuelto, previa información pública durante un mes, por la Corporación Local respectiva, mediante acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la misma.

3. En cualquier caso, la incorporación al patrimonio de la Entidad Local de los bienes desafectados, incluso cuando procedan de deslinde de dominio público, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el órgano competente de la Corporación de los bienes de que se trate, y en tanto la misma no tenga lugar seguirán teniendo aquéllos el carácter de dominio público.

4. No obstante, la alteración se produce automáticamente en los siguientes supuestos:

a) Aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios.

b) Adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público o comunal.

c) Que la Entidad adquiriera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniera estando destinada a un uso o servicio público o comunal.»

En el aspecto registral será de aplicación el ya expuesto artículo 6 del Reglamento Hipotecario, teniendo en cuenta:

1.º Que tanto en la afectación como en la desafectación será documento suficiente el traslado o certificación del expediente.

2.º Que en la desafectación será requisito imprescindible la justificación de la recepción formal del bien o bienes por el órgano competente de la Corporación.

IV. ADQUISICION, MODIFICACION, ENAJENACION, GRAVAMEN Y CESIONES GRATUITAS DE BIENES INMUEBLES PATRIMONIALES. INSCRIPCION DE TALES ACTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Ya he señalado anteriormente que los bienes de dominio público tienen la condición de inalienables, imprescriptibles e inembargables (no será posible, por tanto, su enajenación o gravamen sin que hubiera tenido lugar, como requisito previo, la desafectación de los mismos. A este respecto señalan los artículos 120 de la Ley de Patrimonio del Estado y 220 de su Reglamento: «La desafectación de los bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos compete al Ministerio de Hacienda...». Y añade el 123 de dicha Ley —224 de su Reglamento—: «La incorporación al Patrimonio del Estado de los bienes desafectados, incluso cuando procedan del deslinde de dominio público, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el Ministerio de Hacienda de los bienes de que se trate, y en tanto la misma no tenga lugar, seguirán teniendo aquéllos el carácter de dominio público»). Y, en general, cuando el Estado adquiere bienes lo hace con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de que posteriormente puedan afectarse al dominio público.

A) BIENES PATRIMONIALES DEL ESTADO

a) *Adquisición de bienes y derechos.*—Conforme al artículo 19 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, y 49 de su Reglamento, de 5 de noviembre de 1964, el Estado podrá adquirir bienes y derechos: 1.º Por atribución de la Ley. 2.º A título oneroso, con ejercicio o no de la facultad de expropiación. 3.º Por herencia, legado o donación. 4.º Por prescripción. 5.º Por ocupación.

1. *Atribución por Ley*

Los bienes y derechos atribuidos al Estado por las Leyes tendrán el carácter de patrimoniales, a menos que en la Ley de atribución se dispusiera otra cosa, y mientras no sean afectados al uso general o a los servicios públicos (arts. 20 de la Ley de Patrimonio del Estado y 50 de su Reglamento).

El título causante de la adquisición será la Ley que atribuya el bien o derecho y habrá de estarse a lo que en ella se determine.

2. *Adquisiciones a título oneroso*

Distinguimos las más usuales:

— *Compraventas:*

Las adquisiciones de bienes inmuebles se encuentran reguladas en los artículos 54 a 57 de la Ley de Patrimonio del Estado y 97 a 114 de su Reglamento. Interesa resaltar:

1.º Que la adquisición a título oneroso de los edificios o de los terrenos en que aquéllos hayan de construirse para el cumplimiento de los fines del Estado, deberá acordarse por el Ministerio de Hacienda y el Departamento ministerial al que hubieran de afectarse. Dicha adquisición tendrá lugar mediante concurso público, aunque, en determinados casos, el Ministerio de Hacienda podrá autorizar la adquisición directa.

2.º Que las adquisiciones voluntarias de terrenos no destinados a la adquisición de edificios se harán también mediante concurso público, salvo que el Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda y previo informe de la Dirección General del Patrimonio y de la Intervención General de la Administración del Estado, acuerde la adquisición directa.

3.º Que, en ambos casos, la adquisición deberá formalizarse en escritura pública y la representación del Estado la ostentará el Director General del Patrimonio del Estado o el funcionario en quien delegue, aunque por Resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado, de 27 de septiembre de 1976, se delega dicha facultad en el Subdirector General del Patrimonio del Estado y en los Delegados de Hacienda (éstos en su respectivo ámbito territorial).

4.º Que una vez adquiridos los inmuebles, la Dirección General del Patrimonio del Estado procederá a la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad.

— *Permutas:*

«Los inmuebles del Patrimonio del Estado declarados enajenables podrán ser permutados por otros ajenos, previa tasación pericial, siempre que de la misma resulte que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 50 por 100 del que lo tenga mayor. Corresponderá autorizar la permuta a quien, por razón de la cuantía, sería competente para autorizar la enajenación» (art. 71 de la Ley de Patrimonio del Estado).

«La disposición que autorice la permuta llevará implícita, en su caso, la desafectación del inmueble de que se trate y la declaración de alienabilidad» (art. 72 de la Ley de Patrimonio del Estado).

«En el otorgamiento de las escrituras de formalización de la permuta ostentará la representación del Estado el Director General del Patrimonio del Estado o el funcionario en quien delegue» (art. 73 de la Ley de Patrimonio del Estado).

La normativa de estos preceptos está desarrollada en los artículos 148 a 153 del Reglamento de Patrimonio del Estado.

— *Adquisiciones por expropiación forzosa:*

1.º Las adquisiciones que provengan del ejercicio de la facultad de expropiación forzosa se regirán por las normas de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa (art. 23, párr. 2.º, de la Ley de Patrimonio del Estado).

2.º En cuanto a la representación del Estado, se estará a lo ya dicho.

3. *Adquisiciones a título lucrativo*

Conforme al artículo 24 de la Ley de Patrimonio del Estado y 55 de su Reglamento, no podrán aceptarse herencias testamentarias, legados o donaciones en favor del Estado sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, y aunque el testador o donante hubiera señalado como beneficiario a algún otro órgano de la Administración. La aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario. La sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias.

Además de esto, hay que tener en cuenta el Decreto de 13 de agosto de 1971 sobre régimen administrativo de la sucesión abintestato en favor del Estado.

En cuanto a la representación del Estado, se estará a lo ya dicho.

4. *Adquisiciones por prescripción*

Dice el artículo 25 de la Ley de Patrimonio del Estado (56 de su Reglamento): «El Estado prescribirá a su favor con arreglo a las Leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales. Los particulares podrán usucapir a su favor los bienes y derechos patrimoniales del Estado de acuerdo con las Leyes comunes».

Se estará a lo ya dicho en cuanto a la representación del Estado.

5. *Adquisiciones por ocupación*

Sobre esto hay que tener en cuenta:

1.º Que pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido, los cuales se entenderán adquiridos, desde luego, por el Estado, y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con pose-

sión superior a un año, caso en que el Estado deberá entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria (art. 21 de la Ley de Patrimonio del Estado y 51 de su Reglamento).

2.º Que también corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por Entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las Leyes. En esta reivindicación incumbe al Estado la prueba de su derecho, sin que los detentadores o poseedores puedan ser compelidos a la exhibición de sus títulos ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio (art. 22 de la Ley de Patrimonio del Estado y 53 de su Reglamento).

3.º Que la representación del Estado se regirá por lo dicho anteriormente.

6. *Adjudicaciones de bienes o derechos al Estado*

La Ley de Patrimonio del Estado, en sus artículos 27 a 30 (desarrollados en los núms. 58 a 60 de su Reglamento), regula la adjudicación de bienes o derechos al Estado dimanante de procedimiento judicial o administrativo. Tal adjudicación, que se regirá por las normas del procedimiento de que se trate, deberá ser notificada a la Hacienda Pública, dando traslado a la correspondiente Delegación del auto, providencia o acuerdo respectivo.

En cuanto a la representación del Estado, se estará a lo ya dicho.

b) *Modificación de bienes patrimoniales.*—Señala el artículo 43, párrafo 2.º, de la Ley de Patrimonio del Estado (art. 86 de su Reglamento) que «las operaciones de agrupación, división y segregación de fincas del Estado se practicarán mediante traslado —o certificación, añade el artículo 86 del Reglamento— de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen».

CAMY (9) critica esta norma por incompleta, argumentando que quedan fuera de ella los excesos de cabida, las nuevas plantaciones, la declaración de obra nueva y los deslindes, entre otros supuestos.

Respecto a los excesos de cabida, señala este autor que el Estado podrá utilizar cualquiera de los medios previstos en la legislación hipotecaria, pero nunca las certificaciones de dominio, conforme ya dijo la Dirección General en Resoluciones de 20 y 23 de noviembre de 1972.

Por lo que se refiere a las declaraciones de obra nueva —sigue diciendo CAMY—, «en principio, se trata de una modificación más, de contenido similar, en orden a la capacidad, al de las agrupaciones, agre-

(9) Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, en *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., t. I, pág. 747.

gaciones, etc. Pero puede ocurrir que el edificio se destine a alojar órganos del Estado, en cuyo caso, a tenor con el artículo 1, número 1.º, párrafo 2.º, de la Ley de Patrimonio del Estado, dicho edificio pasará a tener la consideración de demanial, por lo que al cambiar su naturaleza jurídica, ésta ha de hacerse en la forma determinada para ello por el artículo 214 del Reglamento de Patrimonio del Estado, que atribuye esta facultad al Ministerio de Hacienda, presumiéndose delegada en el Director General del Patrimonio del Estado».

Añade CAMY (10) que en las declaraciones de obra nueva sobre fincas del Estado inscritas a su nombre se podrán dar las siguientes situaciones:

a) Declaración simple de obra nueva sin especificación de destino: podrá practicarse mediante traslado o certificación de la disposición administrativa en cuya virtud se verifique.

b) Declaración de obra nueva indicando el destino, pero sin que éste sea el de alojar órganos del Estado: se practicará como en el supuesto a).

c) Declaración de obra nueva indicando como destino el alojamiento de algún órgano del Estado: se tendrán en cuenta los requisitos exigidos para la afectación al dominio público de bienes integrantes del Patrimonio del Estado.

c) *Enajenación de bienes patrimoniales.*—Se encuentra regulada en los artículos 61 a 70 de la Ley de Patrimonio del Estado y 115 a 147 de su Reglamento. Son destacables los siguientes requisitos:

- Necesidad de declaración previa de alienabilidad dictada por el Ministerio de Hacienda.
- Depurar la situación física y jurídica del bien, practicándose su deslinde si fuere necesario, e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad si ya no lo estuviese.
- Acuerdo de enajenación, que deberá tomarse: a) Por el Ministerio de Hacienda cuando el valor del inmueble no exceda de cinco millones de pesetas. b) Por el Gobierno cuando sobrepase esa cantidad, pero no exceda de veinte millones de pesetas. c) Y si el valor del bien es superior a veinte millones de pesetas sólo podrá enajenarse mediante Ley.
- Subasta pública, salvo cuando proceda la enajenación directa. CAMY (11) resume los supuestos en los que esta última puede tener lugar: a) Cuando así lo acuerde el Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda, propuesta que será formulada por

(10) Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.*, pág. 749.

(11) Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.*, pág. 752.

el Director General del Patrimonio e informada previamente por la Intervención General. *b)* Cuando se trate de solares que por en forma o pequeña extensión resulten inedificables, o de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar utilidad acorde con su naturaleza. *c)* Cuando sobre la finca subsista una concesión administrativa concedida cuando ésta era aún de dominio público.

- Formalización de la venta en escritura pública, acreditándose por el adquirente, en el acto del otorgamiento, haber satisfecho el precio del bien, ostentando la representación del Estado el Director General del Patrimonio o funcionario en quien delegue (por Resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado —como ya expuse— de 27 de septiembre de 1976, se delega esa facultad en el Subdirector General del Patrimonio del Estado y en los Delegados de Hacienda, éstos dentro de su respectivo ámbito territorial).

d) *Cesiones gratuitas*.—Están reguladas en los artículos 74 a 79 de la Ley de Patrimonio del Estado y en los artículos 154 a 164 de su Reglamento. Interesa destacar lo siguiente:

- El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, podrá ceder gratuitamente, para fines de utilidad pública o interés social, aquellos bienes inmuebles del Patrimonio del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible.
- La cesión será acordada por el Consejo de Ministros, correspondiendo a la Dirección General del Patrimonio del Estado realizar los trámites conducentes a la formalización de la misma. A tales efectos, ostentará la representación del Estado en la forma de los oportunos documentos en que aquéllas se hagan constar, el Director General del Patrimonio del Estado o el funcionario en quien delegue. Dicha escritura se inscribirá en el Registro de la Propiedad con la expresa consignación de las causas de resolución a que la cesión se halle sujeta.
- Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión, o dejaren de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos al Estado, el cual tendrá derecho, además, a percibir de la Corporación u Organismo respectivo, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos o deterioros experimentados por los mismos. La resolución será declarada por el Gobierno, a propuesta

del Ministerio de Hacienda, que por medio de la Dirección General del Patrimonio del Estado llevará a efecto la reversión correspondiente.

e) *Gravamen*.—Se regulan estos actos en los artículos 39 a 41 de la Ley de Patrimonio del Estado y 82 a 84 de su Reglamento.

Conforme dice el artículo 39 de la Ley, «no se podrán gravar los bienes o derechos del Patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación». Y según el artículo 40 del mismo texto legal, las transacciones requerirán Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, con audiencia del Consejo de Estado en Pleno.

B) BIENES PATRIMONIALES DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS DEL ESTADO

Ya he señalado, al estudiar las diferentes clases de bienes patrimoniales, que, a tenor con el artículo 3 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, los Organismos Autónomos son Entidades de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios (12).

También quedó dicho que había que distinguir dos clases de bienes: patrimoniales del propio Organismo, por ser necesarios para el cumplimiento de sus fines, y aquellos que por no serlo se incorporan al Patrimonio del Estado.

En cuanto a la enajenación, gravamen y modificación de tales bienes, lo más correcto es decir que, sin perjuicio de atender a la Ley reguladora del Organismo de que se trate, éste podrá actuar por sí respecto a la primera clase de bienes.

El artículo 43 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas determina que «podrán ser concertados directamente por los Organismos autónomos los contratos siguientes: ... B) Los contratos de adquisición o arrendamiento de bienes, muebles o inmuebles, que habiendo de quedar incorporados a su Patrimonio, concierten los Organismos autónomos, cuando hayan de recaer sobre aquellos que, por sus especiales circunstancias, se estime por el Consejo de Ministros, previo informe del de Hacienda, que son los únicos aptos para el cumplimiento de la finalidad a que se destinan. C) Los contratos relativos a la compraventa o arrendamiento de bienes muebles o inmuebles en que, cualquiera que sea su cuantía y características, concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª. que consti-

(12) En las páginas 719 y sigs. de la obra de CAMY ya citada, puede encontrarse una completa enumeración de Organismos autónomos existentes en España.

tuyan el objeto directo de sus actividades; 2.º, que recaigan sobre cosas que no hayan de quedar incorporadas a su patrimonio inmovilizado».

(Ya he señalado antes, la existencia también de Organismos autónomos de las Comunidades Autónomas. Se estará a la normativa específica que vaya apareciendo y, en su defecto, a la general, no sólo de las Comunidades Autónomas, sino también del Estado.)

C) BIENES PATRIMONIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como igualmente he señalado con anterioridad, habrá de estarse a lo establecido en sus Leyes específicas, y a falta o por insuficiencia de las mismas, se aplicará la legislación del Estado, y en todo caso, la legislación hipotecaria.

La Ley de Patrimonio de Andalucía regula la adquisición de los bienes de dominio privado en los artículos 74 a 84 y su disponibilidad en los artículos 85 a 99. La de Castilla-La Mancha regula el régimen y utilización del dominio privado (adquisición, enajenación, cesión y permuta) en los artículos 45 a 65. La de Cataluña regula la adquisición de tales bienes en los artículos 10 a 15 y su transmisión y gravamen en los artículos 17 a 24. La de Euskadi regula el régimen de los bienes de dominio privado (adquisición, enajenación, cesión y permuta) en los artículos 38 a 53. La de Galicia se ocupa del tráfico de los bienes demaniales (adquisición, enajenación y cesión) en los artículos 16 a 43. La de Navarra dedica sus títulos III (adquisición: arts. 6 a 18) y IV (enajenación y cesión: arts. 19 a 27) a esta materia. Y el Decreto de Valencia se refiere a la administración y disponibilidad del patrimonio en los artículos 3 a 17.

D) BIENES PATRIMONIALES DE LAS ENTIDADES LOCALES TERRITORIALES

a) *Adquisición de bienes y derechos.*—Conforme al artículo 10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, las Corporaciones Locales pueden adquirir bienes y derechos: 1.º Por atribución de la Ley. 2.º A título oneroso, con ejercicio o no de la facultad de expropiación. 3.º Por herencia, legado o donación. 4.º Por prescripción. 5.º Por ocupación. 6.º Por cualquier otro modo legítimo conforme al Ordenamiento jurídico.

1. *Atribución de la Ley*

El título causante de la adquisición será la Ley atributiva del bien o derecho, por lo que se estará a lo que en ella se determine.

En cuanto a la representación de la Entidad, se estará a lo que diré respecto a las adquisiciones a título oneroso.

2. *Adquisiciones a título oneroso*

— *Compraventas y demás adquisiciones a título oneroso, excepto las que tengan lugar por expropiación forzosa:*

Requisitos:

1.º Que el acuerdo de adquisición sea tomado por el Pleno de la Corporación con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros presentes (arts. 23, 1, *a*), y 28, 1, *c*), del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986, en relación con el art. 47, 1, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985). Teniendo en cuenta que el Pleno puede delegar esta facultad en la Comisión de Gobierno (arts. 25, 2, *b*), y 35, 2, *b*), de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985).

El artículo 51 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986 dice así: «1. El Pleno del Ayuntamiento puede delegar cualquiera de sus atribuciones, en todo o en parte, en el Alcalde y en la Comisión de Gobierno, con excepción de las enumeradas en el artículo 23, 2, *b*), segundo inciso, de la Ley 7/1985, de 2 de abril. 2. El acuerdo plenario por el que se produzca la delegación, que se adoptará por mayoría simple, surtirá efectos desde el día siguiente al de su adopción, sin perjuicio de su publicación en el *Boletín Oficial* de la Provincia. Estas reglas también serán de aplicación a las modificaciones posteriores de dicho acuerdo. 3. El acuerdo de delegación contendrá el ámbito de los asuntos a que la misma se refiera y las facultades concretas que se delegan, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas en la medida en que se concreten o aparten del régimen general previsto en este Reglamento. 4. Las delegaciones del Pleno en materia de gestión financiera podrán asimismo conferirse a través de las bases de ejecución del Presupuesto».

Y el artículo 71 del mismo texto legal, respecto a las Provincias, tiene un contenido semejante.

2.º Que se cumplan las exigencias contenidas en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales (art. 11, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986). Dicha normativa está contenida, fundamentalmente, en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

3.º Si se trata de bienes inmuebles es necesario, además, informe pericial previo (art. 11, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

4.º Si son bienes de valor histórico o artístico, se requerirá el infor-

me del órgano estatal o autonómico competente, siempre que su importe exceda del 1 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto de la Corporación o del límite general establecido para la contratación directa en materia de suministros (art. 11, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

5.º La representación para la formalización del acto corresponde al Alcalde del Ayuntamiento en los Municipios y al Presidente de la Diputación en las Provincias (arts. 21, *b*), y 34, *b*), de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985).

El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, en su artículo 48, dice: «1. Será preceptiva la formalización del contrato, pero la falta de este requisito no afectará a la validez de la obligación. 2. Las partes podrán compelerse recíprocamente al cumplimiento de las formalidades establecidas por el artículo siguiente, sin perjuicio de que la Corporación ejerza, en su caso, el derecho a que alude el artículo 65».

Y en su artículo 49, 1, el mismo texto legal añade: «La formalización del contrato se efectuará mediante escritura pública cuando el gasto o ingreso total que haya de producir a la Entidad contratante exceda de doscientas cincuenta mil pesetas y siempre que por precepto legal se exija su otorgamiento, cualquiera que fuera la cuantía de aquél».

A pesar de esto, el artículo 85 del Texto Refundido de Régimen Local de 1986 establece que las Entidades Locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles o derechos reales. Este punto lo estudiaré más adelante.

— *Adquisiciones de bienes derivadas de expropiaciones forzosas*

Conforme al artículo 11, 2, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, se registrarán por su normativa específica.

3. *Adquisiciones a título gratuito*

Determina el artículo 12 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986:

«1. La adquisición de bienes a título gratuito no estará sujeta a restricción alguna.

2. No obstante, si la adquisición llevase aneja alguna condición o modalidad onerosa, sólo podrán aceptarse los bienes previo expediente en el que se acredite que el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere.

3. La aceptación de herencias se entenderá a beneficio de inventario.»

En cuanto a la representación de la Entidad, se estará a lo ya dicho.

El artículo 13 del mismo texto legal, que puede entenderse como norma aplicable a las adquisiciones efectuadas, tanto a título oneroso como a título gratuito, determina: «Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

4. *Adquisiciones por prescripción*

Dice el artículo 14 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986:

«1. Las Entidades Locales prescribirán a su favor con arreglo a las Leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones especiales.

Los particulares podrán prescribir a su favor los bienes patrimoniales de las Entidades Locales de acuerdo con las Leyes comunes.»

La representación de la Entidad se regulará conforme a lo ya dicho.

5. *Adquisiciones por ocupación*

Conforme al artículo 14, 2, del repetido texto legal, «la ocupación de bienes muebles por las Entidades Locales se regulará por lo establecido en el Código Civil y en las Leyes especiales».

La representación de la Entidad se regulará conforme ya he dicho anteriormente.

6. *Adjudicaciones de bienes o derechos a las Entidades Locales*

Aparece regulada esta materia en el artículo 15 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Dice así:

«1. En los supuestos de adjudicación de bienes o derechos a las Entidades Locales, dimanantes de procedimiento judicial o administrativo, se dispondrá, ante todo, que se identifiquen los bienes adjudicados y se proceda a su tasación pericial.

2. Practicada la diligencia de identificación y valoración, se formalizará, en su caso, la calificación patrimonial del bien o derecho adjudicado.

3. Cuando los bienes o derechos hubieran sido adjudicados en pago

de un crédito correspondiente a la Entidad Local, y el importe del crédito fuese inferior al valor resultante de la tasación de aquéllos, el deudor a quien pertenecieron no tendrá derecho a reclamar la diferencia.»

En cuanto a la representación de la Entidad, se estará a lo ya dicho.

b) *Modificación de bienes patrimoniales*—Ante la falta de normativa al respecto, creo que lo más prudente es exigir los mismos requisitos que para las enajenaciones, salvo aquellos que fueran incompatibles con el acto en cuestión.

c) *Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos:*

1.º La enajenación deberá ser acordada por el Pleno de la Corporación con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros presentes (art. 47, 1, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985), salvo que el valor de los bienes enajenados exceda del 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto de la Entidad, en cuyo caso será necesario el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación (arts. 114 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y 47, 3, k), de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985). En cualquier caso, el Pleno puede delegar esta facultad en la Comisión de Gobierno (arts. 23, 2, b), y 35, 2, b), de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985).

Conforme a los artículos 50, 14, y 70, 14, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, al Pleno de los Ayuntamientos y Diputaciones corresponde la «adquisición de bienes y la transacción sobre los mismos, así como su enajenación o cualquier otro acto de disposición, incluyendo la cesión gratuita a otras Administraciones o Instituciones públicas y a Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro».

2.º Que se cumplan las exigencias que en cuanto a su preparación y adjudicación contiene la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales (art. 112, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986). Tal normativa se encuentra, fundamentalmente, en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

3.º Comunicación, en todo caso, al órgano competente de la Comunidad Autónoma (art. 109, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y art. 79, 1, del Texto Refundido del Régimen Local de 1986).

4.º Autorización del citado órgano competente de la Comunidad Autónoma si el valor del bien que se enajene excede del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación (artículo 109, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y art. 79, 1, del Texto Refundido del Régimen Local de 1986). No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 afirmó la constitucionalidad de la autorización del Ministro de Administración Territorial como requisito añadido; sin embargo, después de la publicación de los citados Texto Refundido y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales en 1986, lo más lógico es entender la desaparición de tal requisito.

5.º Deberá procederse, con carácter previo a la enajenación, a la depuración de la situación física y jurídica del inmueble de que se trate, practicándose su deslinde si fuese necesario e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad si no lo estuviese (art. 113 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

6.º Valoración técnica del bien que acredite de modo fehaciente su justiprecio (art. 118 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

7.º Cuando se trate de enajenaciones de monumentos, edificios u objetos de índole artística o histórica, será necesario el informe previo del órgano estatal o autonómico competente, de acuerdo con la legislación sobre patrimonio histórico y artístico (art. 117 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

8.º Subasta pública, que se regulará por lo establecido en el ya citado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, pero teniendo en cuenta que las parcelas sobrantes por no ser susceptibles de uso adecuado podrán enajenarse por venta directa al propietario o propietarios colindantes (art. 115 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

9.º En cuanto a la representación de la Entidad será de aplicación lo ya visto para las adquisiciones (Alcalde del Ayuntamiento o Presidente de la Diputación).

d) *Permutas*.—Será de aplicación todo lo dicho para las enajenaciones, teniendo en cuenta que no será necesaria la subasta: 1) Siempre que se permute con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no exceda del 40 por 100 del que lo tenga mayor (art. 112. 2. del Reglamento de Bienes de 1986). 2) Cuando se trate de las ya aludidas parcelas sobrantes no susceptibles

de uso adecuado (art. 115, 1, de dicho Reglamento de Bienes), que serán enajenadas por venta directa al propietario o propietarios colindantes o permutadas con terrenos de los mismos.

e) *Gravámenes*.—Serán necesarios los mismos requisitos que para las enajenaciones.

f) *Cesiones gratuitas*.—Están reguladas en los artículos 109, 2, a 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, de los que resulta:

1. Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro.

2. De las cesiones se dará cuenta a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, la cesión gratuita de los bienes requerirá acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, previa instrucción de un expediente con los siguientes requisitos:

- Justificación documental por la propia Entidad o Institución solicitante de su carácter público y Memoria demostrativa de que los fines que persigue han de redundar de manera evidente y positiva en beneficio de los habitantes del término municipal.
- Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la Entidad local.
- Certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica.
- Informe del Interventor de fondos en el que pruebe no haber deuda pendiente de liquidación con cargo al presupuesto municipal.
- Dictamen suscrito por técnico que asevere que los bienes no se hallan comprendidos en ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, que no son necesarios para la Entidad Local y que no es previsible que lo sean en los diez años inmediatos.
- Información pública por plazo no inferior a quince días.

4. La cesión de solares al Organismo competente de promoción de la vivienda para construir viviendas de protección oficial revestirá, nor-

malmente, la forma de permuta de los terrenos por número equivalente de aquellos que hubiesen de edificarse, y cuando esto no fuese posible, la cesión gratuita no precisará el informe del Interventor de fondos, ya citado.

5. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso que se acordó dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión, o dejasen de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación Local. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes. Los bienes cedidos revertirán, en su caso, al patrimonio de la Entidad cedente, con todas sus pertenencias y accesorios.

E) INSCRIPCIÓN DE ESTOS ACTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Debe distinguirse:

a) *Carácter de la inscripción.*—Se trata de una inscripción obligatoria.

1. Con ámbito genérico establece la legislación hipotecaria:

- «En los Registros... se inscribirán... los títulos de adquisición de los bienes inmuebles» (art. 2, 6.º, de la Ley Hipotecaria).
- «Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan, y, por tanto, los del Estado, la Provincia, el Municipio y Entidades civiles o eclesiásticas» (art. 4 del Reglamento Hipotecario).
- «Los bienes inmuebles y los derechos reales que pertenezcan al Estado y a las Corporaciones civiles y se hallen exceptuados o deban exceptuarse de la venta con arreglo a la legislación desamortizadora, se inscribirán en los Registros de Propiedad de los partidos en que radiquen.

Por los Ministerios de que dependan las Corporaciones, las oficinas o las personas que disfruten o a cuyo cargo estén los bienes expresados, se comunicarán a las mismas las órdenes oportunas, a fin de que reclamen las inscripciones correspondientes y se les facilitarán los documentos y noticias que para ello sean necesarios.

En la inscripción a favor del Estado podrá hacerse constar el

Organismo o Servicio a que se hallaren adscritos los bienes. Si aquéllos tienen personalidad jurídica y los bienes pertenecen a su patrimonio independiente, se inscribirán a favor de los mismos» (artículo 17 del Reglamento Hipotecario).

- «Siempre que exista título inscribible de la propiedad del Estado o de la Corporación sobre los bienes que deban ser inscritos con arreglo a los artículos 4, 6 y 17 de este Reglamento, se presentará en el Registro respectivo, y se exigirá, en su virtud, una inscripción de dominio a favor del que resulte dueño, la cual deberá verificarse con sujeción a las reglas establecidas para la de los particulares y a las normas del artículo anterior.

Cuando no exista título inscribible para practicar la inscripción, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley y concordantes de este Reglamento.

Los cambios de adscripción de los bienes del Estado a distinto Ministerio por reorganización o alteración administrativa o por cualquier otra causa, y los que se produzcan a otro Organismo o Servicio del mismo Departamento, podrán inscribirse mediante el traslado de la disposición administrativa correspondiente» (artículo 18 del Reglamento Hipotecario).

- «Siempre que el Estado o las Corporaciones civiles adquieran algún inmueble o derecho real, los Delegados de Hacienda, Autoridades o Directores generales de los ramos bajo cuya dependencia hayan de administrarse cuidarán de que se recojan los títulos de propiedad, si los hubiere, y de que, en todo caso, se verifique su inscripción» (art. 24 del Reglamento Hipotecario).
- «Las Autoridades que decreten embargos o adjudicaciones de bienes inmuebles o derechos reales en expedientes gubernativos procurarán su inscripción o anotación a favor del Estado o de las Corporaciones civiles, con arreglo a las disposiciones vigentes sobre recaudación de contribuciones e impuestos y apremios administrativos que no contradigan a la Ley Hipotecaria» (art. 25 del Reglamento Hipotecario).
- Y en lo relativo a la expropiación forzosa, se deduce el carácter obligatorio de la inscripción del artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

2. Respecto a los bienes y derechos del Estado, establece la legislación de patrimonio del Estado:

- «El Ministerio de Hacienda, por medio de sus servicios patrimoniales, inscribirá en los correspondientes Registros, a nombre del

Estado, los bienes y derechos de éste que sean susceptibles de inscripción» (art. 42 de la Ley de Patrimonio del Estado).

- «Los servicios patrimoniales del Ministerio de Hacienda promoverán la inscripción de los bienes y derechos del Estado, a nombre del mismo, en los Registros correspondientes» (art. 85 del Reglamento de la Ley de Patrimonio del Estado).

3. Respecto a los bienes de las Comunidades Autónomas:

- Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia de 12 de abril de 1985: «Será obligatoria para la Comunidad Autónoma la inscripción de los bienes y derechos de su pertenencia en el Registro de la Propiedad...» (art. 79, 1).
- Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 5 de mayo de 1986: «La inscripción en los Registros públicos de los bienes de dominio privado y de los actos que sobre los mismos se dicten, se ajustará a las normas estatales sobre la materia. La Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda promoverá la inscripción de los bienes patrimoniales a nombre de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los Registros públicos» (art. 69).
- Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1985: «La Dirección General de Hacienda inscribirá los bienes y derechos de la Comunidad Autónoma en el Registro de la Propiedad de acuerdo con las normas establecidas para los del Estado en la Ley Hipotecaria y en sus Reglamentos. Adquirido un bien registrable, la Dirección General de Hacienda lo inscribirá en el Registro de la Propiedad...» (artículo 10).
- Ley de Patrimonio de Euskadi de 27 de julio de 1983: «La Dirección de Patrimonio inscribirá en los correspondientes Registros, a nombre de la Comunidad Autónoma de Euskadi, los bienes y derechos del Patrimonio de Euskadi que sean susceptibles de serlo, incluso los de dominio público» (art. 17).
- Ley sobre el Patrimonio de la Generalidad de Cataluña de 7 de diciembre de 1981: «Una vez adquiridos los inmuebles, la Dirección General de Patrimonio, los inscribirá en el Registro de la Propiedad...» (art. 34, 2).
- Ley Foral de Patrimonio de Navarra de 27 de septiembre de 1985: «El Departamento de Economía y Hacienda promoverá la inscripción en los Registros correspondientes, a nombre de la Comunidad

Foral de Navarra, de los bienes y derechos del Patrimonio que sean susceptibles de inscripción» (art. 29).

- Ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana de 24 de octubre de 1986: «Los servicios patrimoniales de la Conselleria de Economía y Hacienda promoverán la inscripción de los bienes y derechos de la Generalitat a nombre de la misma en los Registros correspondientes» (art. 19, párr. 2.º).

4. Respecto a los bienes de las Entidades Locales Territoriales establece su legislación específica:

- «Las Entidades Locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales...» (art. 85 del Texto Refundido de Régimen Local de 1986).
- «Las Corporaciones Locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, de acuerdo con lo previsto en la legislación hipotecaria» (art. 36, 1, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986).

b) *Documentación y requisitos necesarios.*—Sin perjuicio de lo dicho al examinar los supuestos concretos de adquisición, enajenación, etc., cabe añadir aquí:

1. *En cuanto a los bienes del Estado*

Regulan esta materia los artículos 42 a 47 de la Ley de Patrimonio del Estado y 85 a 90 de su Reglamento, de los que puede resumirse lo siguiente:

- Los Registradores se atenderán a lo dispuesto en los dos primeros párrafos del artículo 118 del Reglamento Hipotecario.
- Si el bien lo transmite el Estado a particulares y no estuviere inscrito, éstos podrán inmatricularlos exigiendo los títulos necesarios para ello, o —de no haberlos— exigiendo, igualmente, que el Estado los inmatricule previamente, conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria.
- El Registrador deberá poner en conocimiento del Ministerio de Hacienda las inscripciones de excesos de cabida en fincas colindantes con otras del Estado.
- El Registrador deberá poner en conocimiento del Ministerio de Hacienda la existencia de bienes del Estado no inscritos.

2. *En cuanto a los bienes de las Entidades Locales Territoriales*

- Para la inscripción de sus bienes será suficiente la certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el Secretario, con el visto bueno del Alcalde o Presidente, la cual producirá iguales efectos que una escritura pública (arts. 85 del Texto Refundido de Régimen Local y 36, 2, del Reglamento de Bienes).
- Si no existiera título inscribible de dominio, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 a 307 del Reglamento (art. 36, 3, del Reglamento de Bienes).
- Los Registradores de la Propiedad, cuando conocieren la existencia de bienes de Entidades Locales no inscritos debidamente, se dirigirán al Presidente de la Corporación recordándole la obligación de inscribirlos (art. 36, 4, del Reglamento de Bienes).

3. *En cuanto a los bienes de las Comunidades Autónomas*

- El encargado de promover la inscripción es, en casi todas las Comunidades, el Director General de Patrimonio de dicha Comunidad (aunque en Navarra y Valencia lo es el Departamento de Economía y Hacienda, y en Castilla-La Mancha, el Director General de Hacienda).
- Salvo lo ya visto, no se encuentra, en las respectivas Leyes patrimoniales, ninguna norma específica relativa a la inscripción de los bienes en el Registro, y sí remisiones a la normativa general, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en ésta, y especialmente, a lo establecido en la legislación hipotecaria.

V. BIENES EXCEPTUADOS DE LA INSCRIPCION

Dice el artículo 5 del Reglamento Hipotecario: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan exceptuados de la inscripción:

Primero.—Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio.

Segundo.—Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público, conforme a la legislación especial.

Tercero.—Las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal.

Cuarto.—Los templos destinados al culto católico».

Antes del Reglamento Hipotecario de 1915 había una regla general: la obligatoriedad de inscribir todos los bienes del Estado y las Corporaciones públicas, y una excepción: estaban dispensadas de la inscripción «las cosas de uso público». Sin embargo, en dicho texto reglamentario desaparece aquella obligación, por lo que lo que hasta entonces fue una simple excepción —la inscripción de los «bienes de uso público»—, a partir de ese momento se consideró como una prohibición.

PAREJO GÁMIR señala que fue la Real Orden de 20 de junio de 1863 la primera disposición referente al tema, al establecer: 1.º La obligación de inscribir todos los bienes del Estado y de las Corporaciones públicas (lo que ya había sido determinado en la Real Orden de 1 de febrero de 1863 y reiterado por un Real Decreto de 19 de junio del mismo año). 2.º Una importante excepción a tal obligación: la relativa a las «cosas de uso público», cuyo dominio perteneciera al Estado. Tal orientación —si-gue diciendo este autor— fue recogida por las disposiciones posteriores hasta entrado el siglo xx (13).

1. *La Dirección General ante esta situación*

- Antes del Reglamento Hipotecario de 1915: la Dirección General se inclinaba por una inscripción simplemente exceptuada y no prohibida (Resoluciones de 11 de abril de 1864 y 7 de julio de 1902, entre otras).
- Después del Reglamento Hipotecario de 1915: la Dirección General parece que continúa en la misma línea, aunque no aborda el problema de una manera directa (Resoluciones de 24 de noviembre de 1964 y 31 de enero de 1970, entre otras).

2. *Posición de la doctrina*

- La doctrina administrativista en general (VILLAR PALASÍ, GARCÍA-TREVIJANO, etc.), parte de la doctrina hipotecarista clásica (SANZ, LA RICA), y modernamente CAMY, se inclinan por entender que el artículo 5 del Reglamento Hipotecario contiene una exclusión de los bienes de dominio público del Registro de la Propiedad (como

(13) PAREJO GÁMIR (en *Protección registral y dominio público*, págs. 27 y sigs.) recoge el artículo 3 del citado Real Decreto de 6 de noviembre de 1863: «Se exceptúa de la inscripción ordenada en los anteriores artículos, los bienes que pertenezcan tan sólo al dominio eminente del Estado y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y caminos...; las calles, plazas, paseos públicos y egidos de pueblos...; las murallas de las ciudades y plazas; los puertos y radas, y cualesquiera otros bienes análogos de uso común y general».

apunta PAREJO GÁMIR, no tienen más argumento para ello que la estricta literalidad del precepto).

- PAREJO GÁMIR, sin embargo, entiende que dicho artículo 5 no contiene una prohibición de inscribir, sino una simple dispensa de ello. Argumenta el error del legislador de 1915 y la enorme extensión actual del campo de aplicación del dominio público. Se adhiere a esta postura CHICO, y ROCA SASTRE, MARTÍNEZ DE BEDOYA y GARRIDO FALLA llegan a parecida conclusión (14).

3. *La cuestión en las diferentes Leyes actuales*

— *En la legislación del Estado:*

La Ley de Patrimonio del Estado de 1964 (arts. 42 a 47) y su Reglamento (arts. 85 a 90) —«el Ministerio de Hacienda... inscribirá... a nombre del Estado los bienes de éste que sean susceptibles de inscripción...»— contienen: 1.º, una obligación de inscribir; 2.º, dirigida a los bienes patrimoniales; 3.º, siempre que sean susceptibles de inscripción, conforme a la normativa hipotecaria.

— *En la legislación de las Comunidades Autónomas:*

La Ley de Patrimonio de Galicia exceptúa de la inscripción «los bienes demaniales de uso público y todos aquellos cuya condición demanial se manifieste de forma ostensible y aparente» (art. 79, 2); la de Andalucía se remite a la legislación estatal (art. 69), al igual que la de Valencia (artículo 19, párr. 1.º); la de Castilla-La Mancha hace lo mismo (art. 10); la de Cataluña también (art. 34), y la de Navarra, aunque emplee la expresión «bienes y derechos que sean susceptibles de inscripción», sigue este mismo criterio (art. 29). No obstante, la Ley de Patrimonio de Euzkadi (art. 17) contiene una norma rotunda que coloca al artículo 5 del Reglamento Hipotecario como una simple excepción: «La Dirección de Patrimonio inscribirá... los bienes y derechos del Patrimonio de Euzkadi..., incluso los de dominio público».

— *En la legislación de Régimen Local:*

En las recientes Leyes de las Entidades Locales Territoriales, se establece que «las Entidades Locales deberán inscribir en el Registro de la

(14) Pueden consultarse los siguientes textos: PAREJO GÁMIR, *ob. cit.*, págs. 46 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 133 y siguientes; ROCA SASTRE, en *Derecho Hipotecario*, t. III, 7.ª ed., págs. 652 y sigs.; MARTÍNEZ DE BEDOYA, en la recensión del libro «El deslinde de los bienes de la Administración», de MENDOZA OLIVÁN, *RCDI*, núm. 45/1969, págs. 251 y sigs.; GARRIDO FALLA, en *Tratado*, t. II, págs. 239 y sigs.

Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales» (art. 85 del Texto Refundido de Régimen Local) y que «las Corporaciones Locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, de acuerdo con lo previsto en la legislación hipotecaria» (art. 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales).

4. *Conclusión*

Entiendo que de esta normativa —como ya manifesté anteriormente— se deduce una inscripción obligatoria de los bienes de estos Entes en el Registro de la Propiedad, con lo cual, el contenido del artículo 5 del Reglamento Hipotecario pasa a ser simplemente excepcional a dicha inscripción, pero no prohibitivo de la misma. (Y así han de entenderse —pienso— expresiones como la del art. 79, 2, de la Ley de Patrimonio de Galicia: «Se exceptúan, no obstante, de la inscripción o anotación registral, los bienes demaniales de uso público y todos aquellos cuya condición demanial se manifieste de forma ostensible o aparente».) Tal criterio queda refrendado por la Ley de Patrimonio de Euskadi, que en su artículo 17 establece la obligatoriedad de inscripción incluso para los bienes de dominio público.

En lo relativo a «los templos destinados al culto católico» creo que es aplicable idéntica solución, pues lo contrario, después de la Constitución (artículo 16: «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto... 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones») y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 (art. 5: «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia»), podría colocar a la Iglesia Católica en una situación de indefensión respecto a tales templos.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA
Registrador de la Propiedad

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) COMUNITARIA

Real Decreto 2225/1986, de 5 de octubre, modificando el 1063, de 9 de mayo, sobre expedición de certificados establecidos por directivas del Consejo de la CEE cuando deban intervenir las Comunidades Autónomas.—El *Boletín Oficial del Estado* del 28 de octubre lo publica, diciendo que el Real Decreto 1063/1986, de 9 de mayo, en su artículo 1, designó a la Dirección General de Comercio Interior de la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Hacienda, como Organismo competente para la expedición de documentos y certificados referentes al sector de actividades comerciales establecidos por las directivas del Consejo de la Comunidad Económica Europea en la materia, para facilitar el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de los ciudadanos españoles en los diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

Con objeto de reforzar las garantías del certificado final de validez exterior, contemplado en dicha disposición, cuya expedición corresponde a la Dirección General de Comercio Interior de la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Hacienda, y tener debidamente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas para emitir certificaciones respecto de las materias sometidas a su responsabilidad, se hace preciso añadir un nuevo precepto al Real Decreto 1063/1986, de 9 de mayo, que tenga en cuenta el mencionado extremo.

Por ello se dispone que al citado Real Decreto de 9 de mayo se añadirá el siguiente artículo:

«Artículo 4. Cuando se trata de documentos o certificados que por razón de la materia deban ser acreditados por las Comunidades Autónomas, la Dirección General de Comercio Interior de la Secretaría de Estado de Comercio recabará de los órganos competentes de aquéllas su remisión antes de proceder a la expedición de los certificados a los que se refiere el artículo 1 de este Real Decreto.

En tales supuestos, la Dirección General de Comercio Interior adoptará las medidas de coordinación precisas para asegurar que la emisión de certificados por las distintas Administraciones públicas se ajuste a las condiciones exigidas por las Comunidades Europeas.»

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, modificando determinados artículos del Reglamento del Registro Civil (B. O. del E. del 19 de septiembre).*—Esta reforma se justifica por los cambios ocurridos estos últimos años en la legislación civil y en especial las modificaciones en el régimen de la filiación, matrimonio, incluido el divorcio, nacionalidad e incapacitación y guarda legal.

Entre las modificaciones establecidas por este Real Decreto, y aparte de las relativas a la propia organización y funcionamiento de los Registros civiles, figuran las siguientes:

- No se dará publicidad sin autorización especial, y excepto en los casos de personas interesadas que se citan, a la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida; la rectificación del sexo; las causas de nulidad, separación o divorcio, y de privación de la patria potestad y del legajo de abortos.
- El libro de familia tendrá calidad de certificado, en lo que se refiere al matrimonio no secreto, régimen económico de la sociedad conyugal, nacimiento de los hijos comunes y los adoptados conjuntamente por los dos cónyuges, fallecimiento de estos últimos, nulidad, separación o divorcio, hechos que afecten a la patria potestad y defunción de los hijos ocurrida antes de la emancipación.
- Será posible la inscripción de hijos no matrimoniales de mujer casada y el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido si se dan las circunstancias establecidas por el Código Civil. Si existe la presunción legal de filiación del marido será preciso, para aquella inscripción, la cancelación de la inscripción de paternidad mediante expediente gubernativo.
- Se establecen normas para el cambio de apellidos, que podrán consistir, entre otros casos, en la traducción o adaptación gráfica o fonética a las lenguas españolas. Los encargados del Registro Civil podrán autorizar, entre otros casos, el cambio del apellido «Expósito» u otros análogos, indicadores del origen desconocido,

así como la traducción o adecuación gráfica a las lenguas españolas de la fonética de un apellido extranjero.

- Se establecen los requisitos para la solicitud de la nacionalización española por carta de naturaleza que, en cualquier caso, será concedida por Real Decreto dictado a propuesta del Ministro de Justicia.
- En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el libro de familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable, según el artículo 266.

2. *Reglamento de Inversiones Extranjeras en España.*—Se aprueba por el Real Decreto 2077/1986, que ha sido publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 25 de septiembre.

Nos referimos de modo especial a las disposiciones que se refieren a las inversiones en bienes inmuebles, contenidas en los artículos 12, 13 y 14. Según el primero, son libres estas inversiones, en principio; sin embargo, habrán de verificarse por la Dirección General de Transacciones Exteriores las adquisiciones por personas físicas extranjeras no residentes en España que consistan en:

- a) Bienes inmuebles de naturaleza rústica.
- b) Solares cuando hayan de ser considerados urbanos, conforme a la legislación del suelo.
- c) Locales comerciales.
- d) Más de tres viviendas en un mismo inmueble o más de tres unidades de una misma división horizontal.

Según el artículo 13, queda vigente en su integridad la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, por lo que serán precisas las autorizaciones que en ella se determinan para adquirir fincas sitas en estas zonas. Pero el artículo 14 considera concedida esta autorización si hay declaración de interés turístico nacional, de acuerdo con lo previsto en la Ley 197/1963, de 28 de diciembre.

En cuanto a su formalización documental, el artículo 17 señala:

1.º Las inversiones extranjeras se formalizarán en documento autorizado por Fedatario público español. Dichos Fedatarios públicos, así como los Registradores de la propiedad y mercantiles, con carácter pre-

vio al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán requerir a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones o verificaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras en España.

2.º Las sucesivas transmisiones de los bienes o derechos en que se hubieran materializado las inversiones extranjeras en España, efectuadas en el extranjero entre no residentes, requerirán la intervención de Fedatario español.

Y la Disposición Adicional 5.ª establece que los Registradores mercantiles y de la propiedad se abstendrán de practicar inscripciones que requieran autorización especial, sin que los interesados la exhiban.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La adecuación de las distintas normas legales autonómicas al Derecho de las Comunidades Europeas ha motivado que, por razones de urgencia, se hayan tenido que dictar algunos Decretos legislativos para reformar Leyes regionales existentes. Así, en Cataluña se han publicado los Decretos legislativos números 3 y 4, de 1986, ambos de 4 de agosto, modificando, respectivamente, las Leyes catalanas de Alta Montaña y de la Empresa Familiar Agraria. En el País Vasco, por Decreto legislativo de 9 de septiembre, se modifica la Ley vasca de Cooperativas, con la misma finalidad.

Otras normas legales autonómicas publicadas últimamente son:

- Ley de Murcia, de 23 de mayo, sobre competencias en materia de urbanismo.
- Ley de la misma Región, de 24 de mayo de 1986, creando el Instituto de Fomento de la Región de Murcia.
- Ley de Valencia, de 24 de octubre de 1986, de Patrimonio de la Generalidad Valenciana, donde se establece que sus bienes inmuebles y derechos sobre los mismos se inscribirán en el Registro de la Propiedad según las normas aplicables a los del Estado.
- Por último, el *Boletín de Navarra* ha publicado, con fecha 15 de octubre, dos disposiciones de rango legal:
 - a) La Ley Foral de 10 de octubre, de defensa de las carreteras de Navarra.
 - b) Decreto Foral legislativo 212/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en Navarra.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *XIII Encontro Río 86*

Durante los días 14 a 19 de septiembre pasado se celebró en Río de Janeiro (Brasil) este Encuentro de nuestros compañeros del Registro Inmobiliario, al que asistieron 476 participantes, entre los cuales se encontraba el Secretario General del Centro Internacional de Derecho Registral y Registrador español don Eugenio FERNÁNDEZ CABALEIRO, que también es Consejero de esta *Revista*.

En este Encuentro se han desenvuelto intensos trabajos, con realización simultánea de dos seminarios, urbano y rural, a la vez que las sesiones plenarias. Las ponencias presentadas y discutidas fueron las siguientes:

- «Las cláusulas de inalienabilidad, impugnabilidad, incomunicabilidad y subrogación. Aspectos prácticos; doctrina y jurisprudencia».
- «Efectos de la donación en el Registro de Inmuebles».
- «Las modificaciones en la configuración o esencia registral de los inmuebles».
- «El Registro Torrens y el sistema inmobiliario actual».

La cuarta Comisión del XIII Encontro del Registro Inmobiliario del Brasil trató del tema «Las fracciones ideales localizadas de los inmuebles rurales. Registros antiguos y actuales de las transacciones referentes a ellos».

Como noticia importante, se confirmó la celebración del VII Congreso Internacional de Derecho Registral, previsto para mediados de mayo del año próximo, en la ciudad de Río de Janeiro. Ya informaremos más ampliamente sobre el particular.

2. *Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino*

Se celebró en la ciudad canadiense de Montreal, en los días 20 a 26 de septiembre último, con asistencia de numerosos y cualificados Notarios españoles, que luego diremos, aportando valiosos trabajos.

Esta Unión Internacional está integrada por 37 países, entre ellos España y la gran mayoría de los iberoamericanos, y la provincia canadiense de Quebec y la Luisiana de Estados Unidos, ambas de influencia francesa; también pertenecen los países europeos con legislación originaria romana y últimamente se han unido Japón, Turquía y Costa de

Marfil. La Unión celebra sus Congresos bianualmente, tratando los problemas de mayor interés científico que afectan al Notariado como profesión.

Los temas que han sido objeto del Congreso de Montreal estaban centrados en la influencia del Derecho público en cada una de las ramas del Derecho de familia, contratos, edificación y sociedades. La primera ponencia española, o sea, la del Derecho de familia, fue desarrollada por el Notario de Madrid don José Angel MARTÍNEZ SANCHÍS; la contratación fue expuesta por don José Manuel LACRUZ LAGUNERO, Notario de Palma de Mallorca; la construcción corrió a cargo del Notario de Madrid don José Manuel RODRÍGUEZ POYO, y el tema de las sociedades al Notario de Hospitalet de Llobregat don Joaquín DE PRADA GONZÁLEZ. Las ponencias españolas que hemos relacionado destacaron por su acabado estudio y cuidadosa preparación.

La entrada de España en las Comunidades Europeas supone una apertura al exterior y, por tanto, la aparición de problemas que se han estudiado profundamente. Así, la aparición de otros profesionales comunitarios en España, las cuestiones nuevas sobre apoderamientos, sociedades y documentos otorgados fuera de nuestras fronteras, han hecho aumentar el interés por estos encuentros donde se comunican propuestas y soluciones. Por eso ha sido numerosa la asistencia de Notarios españoles a este Congreso, los cuales han cooperado de modo activo con los ponentes en las reuniones de las diversas reuniones, participando además vivamente en las discusiones.

3. *Cursos sobre urbanismo y medio ambiente*

Organizado por la *Revista de Derecho Urbanístico*, se ha celebrado en Madrid, en los primeros días de octubre, un curso sobre disciplina urbanística, destinado a titulados y directivos interesados en los problemas urbanísticos y ambientales.

El primer curso ha girado en torno a la figura de la licencia urbanística, procedimiento para su otorgamiento, actos sujetos a licencia, infracciones y procedimiento sancionador, con especial referencia no sólo al Derecho español, sino también al comunitario y comparado.

Han profesado las lecciones los señores BASSOLS COMA, FRANCO QUIJADA, CORELLA, PERALES, ORTEGA GARCÍA, GONZÁLEZ NAVARRO, GÓMEZ-FERRER, MONTORO, RODRÍGUEZ RAMOS y ASÍS ROIG, todos ellos especialistas en las diversas materias.

Para noviembre se anuncia un curso sobre medio ambiente y en diciembre otro sobre planteamiento urbanístico, en el que interviene nues-

tro compañero y colaborador don José Luis BENAVIDES DEL REY, Registrador de la Propiedad de Madrid.

4. *Indice de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario»*

Próximamente va a aparecer, editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, el Indice completo de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que comprende desde el año 1926 a la actualidad y cuyo autor es el prestigioso jurista y compañero don Buenaventura CAMY SÁNCHEZ CAÑETE. Este Indice comprenderá los siguientes apartados:

1. Indices alfabéticos por autores y también por materias, en los que se recogen todos los trabajos publicados en la sección Estudios, Notas y Dictámenes.
2. Indice de Jurisprudencia Fiscal, organizado en forma cronológica y alfabética, conteniendo esta última los resúmenes de los diferentes fallos.
3. Indice de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en forma cronológica y de materias contenidas en las mismas.
4. Indice de Sentencias del Tribunal Supremo, también en forma cronológica y de materias.
5. Indice de Información Bibliográfica, recogiendo las recensiones publicadas en esta *Revista* y que va organizado alfabéticamente por materias.

Como se ve, supone una obra de gran interés para todos, en cuanto facilita la consulta de los contenidos de esta *Revista* desde el inicio de su publicación a la actualidad.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. Sentencia de 25 de junio de 1986.—*ALTERACION DE LA PENSION POR DIVORCIO.—LA RESOLUCION JUDICIAL DEBE AFRONTAR EL FONDO, PUES EN OTRO CASO SE PRODUCE UNA VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—SALA 1.ª—PONENTE: D. EUGENIO DIAZ EIMIL.—RECURSO DE AMPARO 655/1985 (Boletín Oficial del Estado del 22 de julio de 1986).*

I.—*Hechos*.—Primero. El día 3 de noviembre de 1981, en procedimiento de divorcio promovido por mutuo acuerdo por los cónyuges don Luis y doña María Isabel, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma de Mallorca dictó sentencia, que adquirió firmeza, en la cual se declaró disuelto por razón de divorcio el matrimonio contraído por dichos cónyuges y se aprobó íntegramente el convenio celebrado entre ellos el 15 de mayo de 1979, en cuya cláusula sexta, entre otros extremos, el marido se obligó a satisfacer, en concepto de pensión alimenticia para su esposa y sus tres hijos comunes, el 50 por 100 de su sueldo real que figure en las nóminas.

Segundo. El 16 de febrero de 1984 dicho marido presentó en el mismo Juzgado demanda incidental de modificación de la pensión por alteración sustancial de sus circunstancias originarias, producida al haber contraído nuevo matrimonio, tener una hija de él y dedicarse su anterior esposa a un trabajo remunerado, siendo dicha demanda estimada parcialmente por auto de 31 de julio de 1984, en el sentido de que la cuantía de la pensión sería el 50 por 100 del sueldo neto del esposo sin incluir los complementos por desplazamientos y conceptos similares, debiendo reducirse o extinguirse la parte de pensión correspondiente a la esposa si ésta recibiere u obtuviere algún tipo de ingreso y dejarse de abonar la parte correspondiente a los hijos durante los meses de estancia con el padre o cuando alcancen independencia económica.

Tercero. Contra el anterior auto se promovió por la ex esposa demanda recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, la cual lo resolvió por auto de 11 de junio de 1985, estimando parcialmente el recurso y declarando, en lo que aquí interesa, que la pensión alimenticia señalada en la Sentencia de divorcio de 3 de

noviembre de 1981 a cargo del esposo es del 50 por 100 de la totalidad de cada nómina.

El considerando quinto de dicho auto dice «que el aquietamiento del actor a la resolución recaída impide a esta Sala entrar en el examen y resolución de la posible modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio dictada, por razón de haber contraído el apelado nuevo matrimonio y haber nacido en él una hija —hechos acreditados en autos— (folios 72 y 73)».

Cuarto. El esposo presenta demanda de amparo contra el citado auto de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca por violación de los artículos 24, 1, y 14 de la Constitución, suplicando que se acuerde: A) La nulidad del mismo en cuanto se niega a entrar en el examen y resolución de la posible modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, por razón de haber contraído el apelado nuevo matrimonio y haber nacido en él una hija, y B) la nulidad en cuanto otorga una pensión alimenticia a la ex esposa; ordenando, en su consecuencia, a dicha Sala de lo Civil dicte nuevo auto, entrando a resolver, en definitiva, sobre el extremo A), y a la vez debe quedar nula y sin efecto la pensión alimenticia concedida a su ex esposa.

Quinto. Los hechos que se alegan en la demanda son sustancialmente los siguientes:

La demanda incidental presentada al Juzgado tuvo por objeto la modificación del convenio regulador de las consecuencias económicas de su divorcio, invocándose en ella como una de las causas principales de alteración de sus circunstancias el hecho de su nuevo matrimonio y nacimiento de una hija. El auto del Juzgado recoge dicha causa y, en su consecuencia, accede a lo solicitado modificando el convenio en cuanto a la cuantía y formas de la pensión, siendo lógico que no hubiese interpuesto contra él recurso de apelación, dado que le era sustancialmente favorable, y de ahí que resulta incomprensible la negativa de la Audiencia a resolver sobre dicha modificación, acogida favorablemente por el auto apelado.

Dicha negativa vulnera el artículo 24, 1, de la Constitución.

Independientemente de ello, se ha también vulnerado el artículo 14 de la Constitución en cuanto la Audiencia fija una pensión alimenticia que su ex esposa no tiene derecho a percibir porque al disolverse el matrimonio no existe vínculo de parentesco con el demandante y mal puede, en su consecuencia, reclamar alimentos a quienes dejaron de ser parientes, y ello según lo dispuesto por el artículo 143 del Código Civil. Al obligarle a pagar la pensión, se produce una discriminación y desigualdad ante la Ley del demandante frente a la que fue su esposa, ya que el citado artículo establece la obligación recíproca de alimentos entre cónyuges y a él le impone el deber sin que jamás pueda ejercer el derecho de solicitar a su ex esposa alimentos por no existir el requisito indispensable de parentesco.

En los fundamentos de Derecho, la demanda se limita a transcribir los artículos 14 y 24, 1, de la Constitución y citar las Sentencias de este Tribunal de 29 de marzo de 1982 y 30 de julio, 30 de octubre, 7 de noviembre y 14 de diciembre de 1983, así como en el artículo 41 y siguientes de la LOTC.

II. *Fallo*.—El Tribunal Constitucional desestima la alegada violación del derecho a la igualdad protegido por el artículo 14 de la Constitución,

pero, en cambio, OTORGA EL AMPARO solicitado a tenor del artículo 24, decidiendo:

1.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

2.º Declarar la nulidad del auto dictado el 11 de junio de 1985, en el rollo de apelación número 475/1984, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca en el proceso incidental de modificación de medidas económicas establecidas por causa de divorcio entre los ex cónyuges don Luis y doña María Isabel, resuelto en primera instancia por el Juez número 3 de Palma de Mallorca por auto de 31 de junio de 1984, en el asunto civil número 159-V de 1984.

3.º Reponer las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a dictar el auto para que dicha Sala de lo Civil proceda, con plena libertad de enjuiciamiento, a dictar nueva resolución en la que resuelva sobre la modificación de las citadas medidas económicas acogidas en el auto apelado por razón de haber el demandante-apelado contraído nuevo matrimonio y haber nacido de él una hija.

Este fallo se ha basado en los siguientes:

III. *Fundamentos jurídicos*.—Primero. En este recurso de amparo se plantean dos cuestiones netamente diferenciadas: La vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley por haber mantenido el auto impugnado la obligación del demandante de pagar a su ex mujer la pensión pactada con ella en convenio, posteriormente acogido en sentencia firme de divorcio, y la violación del derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido el citado auto en incongruencia al negar pronunciamiento de fondo sobre la pretensión de modificación de dicha pensión ejercitada en la primera instancia por el citado demandante.

Segundo. La primera de dichas cuestiones debe ser resuelta en sentido desestimatorio al no ser apreciable violación alguna del derecho a la igualdad protegido por el artículo 14 de la Constitución.

En primer lugar, por la razón formal de que el auto de primera instancia mantiene el derecho de la ex mujer a la pensión, aunque minore su cuantía, y este auto fue íntegramente aceptado por el demandante, quien se limitó a actuar como apelado en el recurso de apelación interpuesto por la beneficiaria de la pensión, y ello hacía jurídicamente imposible que la Sala de apelación dejase sin efecto dicho derecho en cuanto que, en caso contrario, hubiere incurrido en *reformatio in peius* y, por tanto, en vicio de incongruencia contrario al derecho a la tutela judicial, que precisamente el actor alega en fundamento de la segunda de sus peticiones, incidiendo así en la contradicción de pretender que este Tribunal adopte una decisión que conduzca a un resultado que el mismo demandante, por otro lado, califica de inconstitucional.

En segundo término, la citada desestimación viene justificada por la razón material de que dicho problema en realidad se reduce a determinar si a la indicada pensión le es aplicable el artículo 97 o el 143 del Código Civil y ello constituye, al no discutirse la legitimidad constitucional de dichos preceptos, cuestión de legalidad ordinaria que compete resolver a la jurisdicción, cuya decisión no afecta en modo alguno al derecho a la igualdad, ni puede, por tanto, revisarse en recurso de amparo por ser éste un proceso de protección de derechos fundamentales y no una tercera instan-

cia, y además se alega como término de comparación de la desigualdad la situación de deudor del demandante frente a la de beneficiaria de la ex mujer, olvidando con ello que dicha diferente situación no es más que la consecuencia jurídica de la obligación que ha asumido voluntariamente en convenio particular e impuesto posteriormente en sentencia firme, y que la comparación a los efectos del derecho constitucional a la igualdad ante la Ley debe efectuarse entre relaciones o situaciones jurídicas distintas y no entre elementos que, como son el crédito y la deuda, están integrados en una sola y única relación no susceptible por ello de compararse, consigo misma, siendo irrelevante a estos efectos el destino futuro de dicha obligación en orden a su extinción o al derecho del marido a invertir sus términos.

Tercero. El segundo problema anunciado debe resolverse a partir de la doctrina dictada por este Tribunal sobre incongruencia procesal, según la cual ésta constituye inadecuación o desviación de las resoluciones judiciales respecto a las pretensiones de las partes, que vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional protegida por el artículo 24 de la Constitución cuando la inadecuación o desviación es de tal naturaleza e intensidad que produce una modificación sustancial de los términos en que se planteó el debate procesal —Sentencias 20/1982, de 5 de mayo; 14/1984, de 3 de febrero; 120/1984, de 10 de diciembre, y autos de 23 de mayo y 21 de noviembre de 1984, entre otras resoluciones—.

En aplicación de dicha doctrina procede verificar si en el caso presente el auto de apelación impugnado ha o no incidido en esa alteración sustancial del objeto del proceso en que se dictó.

La pretensión ejercitada ante el Juez tuvo por exclusivo objeto obtener la modificación de la cuantía y condiciones de pago de la pensión, señalada en la sentencia de divorcio a cargo del demandante y en beneficio de su ex mujer y sus tres hijos comunes, con fundamento en haberse alterado sustancialmente sus circunstancias originarias, pues en la demanda así se hace constar en el encabezamiento; se alega en el hecho séptimo que, en cualquier caso, es necesario tener en cuenta las nuevas circunstancias de percibir la ex mujer retribución por su actividad de trabajo y haber contraído el demandante nuevo matrimonio del que espera el próximo nacimiento de un hijo; se cita como primer fundamento de Derecho el artículo 91 del Código Civil, en el extremo en que permite la modificación de las medidas económicas derivadas del divorcio por alteración sustancial de sus circunstancias, razonándose a continuación la validez *rebus sic stantibus* de dichas medidas y se pide la reducción de la cuantía de la pensión en los términos que se especifican en el suplico, y el auto de primera instancia delimita el objeto del proceso, señalando que se trata de resolver si se ha producido alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de señalarse las medidas económicas acordadas a raíz del divorcio por haber sobrevenido trabajo remunerado de la ex esposa y haberse celebrado nuevo matrimonio por el demandante con nacimiento de una hija, y después de declarar no probado el primer supuesto y probado el segundo, acuerda reformar la pensión por alteración de las circunstancias esenciales que la motivaron.

El hecho de que en la demanda se razone sobre la interpretación que debe darse a la frase «sueldo real que figura en las nóminas», empleada en la sentencia de divorcio al fijar la pensión, no afecta a la naturaleza

y finalidad de la pretensión de modificación ejercitada, pues dicho razonamiento sólo constituye un argumento más dirigido a fortalecer dicha pretensión de disminución de la cuantía de la pensión, no por vía interpretativa de los términos de la misma, sino por alteración de sus circunstancias.

Sentado lo anterior resulta manifiesto que el auto de apelación, al limitarse a resolver sobre la interpretación de las medidas económicas impuestas en la citada sentencia de divorcio, confundiendo una simple alegación con la pretensión procesal realmente ejercitada, y negándose a resolver sobre ésta por entender que lo impedía el aquietamiento del actor a la resolución de primera instancia, incide en desviación esencial de los términos del debate procesal, vulneradora del derecho a la tutela jurisdiccional, pues la apelación interpuesta por la demandada, que no formuló reconvencción en la primera instancia, produjo el efecto devolutivo de llevar al conocimiento del Tribunal *ad quem* el debate procesal en los mismos términos en que fue planteado por las partes y resuelto por el Juez en la primera instancia y, por tanto, dicho Tribunal está obligado a pronunciarse sobre el fondo del mismo, es decir, si procede o no confirmar la modificación de las medidas económicas que acuerda el auto recurrido, sin perjuicio de hacer las consideraciones interpretativas que considere oportunas a fin de señalar, como dato primero a ponderar en su resolución, cuál es la cuantía de la pensión de la que se debe partir para decidir sobre dicha modificación, sin que en contra de ello pueda hablarse de aquietamiento del actor, dado que la aceptación de la resolución de primera instancia por una de las partes produce el cierre del debate procesal respecto de los pronunciamientos no apelados por la otra, pero carece de esta trascendencia cuando una de ellas interpone apelación, impugnando la resolución recurrida en todas o algunas de sus decisiones, pues en tal caso la función del Tribunal de segunda instancia, incluso cuando el apelado no se persone o no formula alegación alguna, consiste en estimar o desestimar la acción impugnatoria del apelante, que en el caso de autos fue la de obtener la revocación del auto recurrido en cuanto éste minoró la cuantía de la pensión por alteración de las circunstancias concurrentes en el momento de imponerse al demandante. Al no haberlo hecho así el auto aquí recurrido en amparo negó, con error notorio ocasionado por la falta de congruencia, la resolución de fondo del tema debatido, vulnerándose con ello la tutela judicial que al demandante de amparo concede el artículo 24 de la Constitución.

2. Sentencia de 27 de junio de 1986.—*FIRMA DE ABOGADO.—ES FALTA SUBSANABLE QUE NO DEBE ORIGINAR LA INADMISION DE UN RECURSO.—SALA 2.ª—RECURSO DE AMPARO 837/1985.—PONENTE: SR. DE LA VEGA BENAYAS (Boletín Oficial del Estado del 22 de julio de 1986).*

I. *Hechos.*—Se pretende que se declare contrario al artículo 24, 1, de la Constitución el auto dictado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que declaró mal admitido y consideró nulo el recurso de apelación por falta de firma del Letrado, no admitiendo la subsanación de un acto que para la parte recurrente era susceptible

de subsanación y retrotrajo al momento de la sentencia del Juez de Primera Instancia la situación procesal del asunto de referencia declarando nulas todas las actuaciones posteriores, al tiempo que recurre contra la misma providencia de la Sala que en su día tuvo por comparecido en tiempo y forma al Procurador don Jesús Rivaya Carol en representación de la parte apelante.

Al amparo del artículo 56, 1, de la LOTC, la parte solicitante del amparo solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de referencia.

Los hechos a los que se contrae la demanda son, en resumen, los siguientes:

a) El día 4 de mayo de 1985, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, en el juicio de menor cuantía número 512/1985, dictó sentencia contra el solicitante del amparo, y al entender que era susceptible del recurso de apelación, por escrito de 15 de mayo de 1985, la parte recurrente en amparo solicitó del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia la remisión de los autos a la Audiencia Territorial, ante la que compareció en el recurso de apelación el día 3 de junio de 1985.

b) Por providencia de de la Sala Segunda de 2 de julio de 1985 se tuvo por comparecido al Procurador don Jesús Rivaya Carol en nombre de don Salvador Ascó Pastor, y ordenaba dicha providencia que los autos pasasen a instrucción del ponente por término de seis días.

c) El auto de 16 de julio, de rollo 512/1985, del juicio de menor cuantía referido declaraba mal admitido el recurso interpuesto por la representación del demandado don Salvador Ascó Pastor, contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número 4 de Valencia, de 4 de mayo de 1985, y también la nulidad de la providencia de dicho Juez que había dictado el 16 de mayo de 1985, y todas las actuaciones posteriores, sentencia que quedaba de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada.

Dicha resolución se basaba en la consideración de que no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve firma de Letrado, no entendiendo la Sala que entre las excepciones aplicables del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra la interposición del recurso de apelación, considerando nulo el acto de recurrir y no irregular y subsanable la ausencia de la firma del Letrado.

d) Contra dicho auto formuló la parte recurso de súplica el 22 de julio de 1985, que fue resuelto el día 4 de septiembre de 1985, en sentido desestimatorio.

Los fundamentos jurídicos en que se basa la parte recurrente son los siguientes:

a) En la cuestión planteada ante el Tribunal se vulnera el artículo 24, 1, de la Constitución Española, y puesto que los supuestos previstos en el artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contemplan el recurso de casación, la parte solicitante interpone directamente el amparo constitucional.

b) La Sala no considera el supuesto incluíble dentro del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartado 3.º, ni tampoco tiene en consideración los criterios previstos en el artículo 382 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil, por lo que la nueva reforma al considerar el recurso de casación ha seguido un espíritu de supresión de formalismos enervantes, y este criterio no parece ser tenido en cuenta por la Sala Segunda de la Audiencia de Valencia, pese a la afirmación contenida en el artículo 11, 3, de la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial, que alude a la posibilidad de que las pretensiones sólo podrán desestimarse por motivos formales cuando el defecto fuera insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes.

c) La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia causa indefensión a la parte recurrente no sólo por no admitir el recurso de apelación, sino por retrotraer la decisión al momento de la providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que había admitido el recurso, declarando la nulidad de actuaciones de la propia providencia de la Sala de lo Civil de Valencia que tenía por comparecido al representante del solicitante del amparo ante esta segunda instancia.

d) La parte recurrente considera aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional que se contiene en un conjunto de resoluciones que cita expresamente: Sentencia número 60/1982, de 11 de octubre; Sentencia de 12 de diciembre de 1982; Sentencia de 29 de marzo de 1982, y, finalmente, considera también directamente aplicable el criterio mantenido por la Sentencia de este Tribunal número 57/1984, de 8 de mayo, de la que transcribe literalmente algunos de sus más importantes fundamentos jurídicos.

e) La Sentencia del Tribunal Constitucional número 6/1984, sobre la falta de legalización de un poder, es también tenida en cuenta por la parte solicitante del amparo y, en todo caso, considera que la Sala debió aplicar las técnicas de subsanación, puesto que la propia Audiencia había dado por comparecida a la representación de esta parte en el recurso de apelación, en la anterior providencia de 2 de julio de 1985.

II. Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido OTORGAR EL AMPARO y en su virtud:

1.º Declarar nulo el auto número 187, de 16 de julio de 1985, dictado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

2.º Declarar también la nulidad del auto posterior de dicha Sala, de 4 de septiembre de 1985.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal de recepción de las mismas por la Sala de la Audiencia, en virtud de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia a que se refiere, y dicte la resolución procedente en Derecho, de acuerdo con los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

Se ha basado para ello en los siguientes:

III. Fundamentos jurídicos.—1. La demanda de amparo solicita a este Tribunal que declare contrario el derecho protegido por el artículo 24, 1, de la Constitución Española el auto de 16 de julio de 1985, dictado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia. Dicho auto, recaído en trámite de apelación en un juicio de menor cuantía, suscitado ante un Juzgado de Primera Instancia de la misma ciudad, declaró mal admitida la apelación contra la sentencia de dicho Juzgado y nula la providencia de éste que así lo acordó, con remisión de los autos a la

Audiencia, por carecer el escrito de interposición del recurso de firma de Letrado, como así ordena el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El auto de la Audiencia fue confirmado por la misma, por otro de 4 de septiembre de 1985, tras denegar con él el recurso de súplica del apelante, recurso en el que se alegó por éste la infracción constitucional o indefensión que le provocaba la nulidad acordada por la Sala. En las resoluciones de ésta se argumenta que la falta de firma de Letrado constituye causa de nulidad en cuanto no se subsanó dentro del plazo legal señalado para la presentación del recurso, nulidad de carácter absoluto, por ser un requisito, el de la firma de Letrado, no calificable de mero formalismo y no incluido en las excepciones del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es un dato importante para la resolución del presente recurso que llegados los autos o actuaciones del proceso remitidas con la providencia del Juez de Primera Instancia, admitiendo la apelación (providencia que anuló la Sala *ad quem* declarando firme la sentencia del Juez *a quo* remitente), la Sala de la Audiencia, en providencia de 2 de julio de 1985, tuvo por comparecido al Procurador en nombre del apelante, que es el que hoy recurre en amparo, y ordenó, según Ley, que pasaran los autos al Magistrado Ponente para su instrucción, por término de seis días. Es después de este traslado e informe del Ponente cuando se dicta el auto de 16 de julio y se declara mal admitido el recurso, confirmado por el de 4 de septiembre, que no accedió al de súplica, en el que el apelante solicitaba que se le diera trámite para subsanar la falta y que se le admitiera la apelación.

2. Conocida es la doctrina de este Tribunal de que en el ámbito del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, que consagra el artículo 24, 1, de la Constitución, se comprende, por natural extensión, el derecho al recurso y a las diversas instancias judiciales previstas en las Leyes, lo que no obsta para que también se haya dicho que los requisitos y presupuestos que esas Leyes exijan se hayan de cumplir; sin que, en todo caso, el cumplimiento de esos requisitos pueda considerarse un obstáculo al ejercicio de ese derecho fundamental de acceso a la justicia. Solamente, pues, cuando las exigencias formales (legalmente más intensas en materia de recursos) obstaculicen de modo excesivo o irrazonable aquel ejercicio, o bien, en el caso concreto, esos requisitos hayan perdido su finalidad, o su incumplimiento pueda convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión del recurso puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego, es decir, del derecho a obtener una resolución de fondo revisora de la instancia.

En este sentido, y en el punto concreto de la omisión de firma de Letrado, se han producido las Sentencias 57/1984, de 8 de mayo de 1984, y de 12 de mayo de 1986, bien que ambas relativas al orden laboral y al recurso de suplicación, lo que en modo alguno es obstáculo para que su fundamentación genérica pueda ahora ser tenida en cuenta, con las matizaciones propias del orden judicial civil, que es al que se refiere el presente recurso.

3. Debe analizarse, de acuerdo con las citadas sentencias, la finalidad de los trámites y exigencias de forma y procederse a una justa adecuación de sus consecuencias jurídicas, en relación con la entidad real del derecho mismo, y cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento algu-

no de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, cabrá proceder a la subsanación del defecto mejor que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, sobre todo cuando la inobservancia del requisito provoque el cierre de la vía del recurso. Ello implica realizar una interpretación finalista y conjugar la proporcionalidad entre el defecto o falta y su sanción jurídica, es decir, una interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental (Sentencia 19/1983, de 14 de marzo), tarea que tanto compete a la jurisdicción ordinaria (arts. 5.º y 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985) como a este Tribunal, con el fin de controlar las eventuales violaciones del artículo 24, 1, de la Constitución.

4. En el caso, ni se ha puesto ni cabe poner en duda la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, salvo las excepciones que indica, impone la intervención de Letrado en las más importantes actuaciones procesales de las partes, pues ello responde al justificado propósito de la mejor y más autorizada defensa del litigante. Lo importante, pues, como de lo antes expuesto se infiere, es que esa intervención letrada de garantía se produzca y que la parte no carezca de defensa jurídica.

Los hechos base del recurso acreditan que así fue en el curso del proceso de menor cuantía y que en el posterior recurso de súplica ante la Sala Civil de apelación que decretó la nulidad de ésta porque en el escrito de interposición (y nada más que en éste) se omitió la firma del Letrado. No obstante, también se ha visto que en la primera providencia de la Sala se tuvo al apelante por comparecido y recurrente y sólo tras el trámite de instrucción del Ponente acordó la Sala de nulidad.

La sanción jurídico-procesal es evidentemente desproporcionada con los hechos, y no resulta compatible con los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, ni tampoco con los preceptos legales dictados en desarrollo de tales derechos, concretamente los artículos 11, 3; 238, 3.º, y 240, 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el primer precepto se dice, con cita del artículo 24 de la Constitución Española, que los Jueces y Tribunales sólo desestimarán por motivos formales las pretensiones que se les formulen cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes; en el artículo 238, 3.º, que los actos judiciales serán nulos «cuando se prescinda total o absolutamente de las normas esenciales de procedimiento... o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión», y, en fin, en el 240, 2.º, que el... «Juez o Tribunal podrá de oficio, antes que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular», es decir, no de plano, sino oyendo a las partes.

5. Ciertamente que la intervención de Letrado o Abogado en los casos exigidos, como en el presente, no constituye mera formalidad o requisito intrascendente, como antes ya se ha dicho, y es claro que su falta absoluta puede constituir y constituye infracción grave y podrá ser acusada para impedir el trámite o el acceso al proceso. Pero no lo es menos que tampoco puede ser calificada de insubsanable en todos los casos y que habrá que admitir por ello que podrá ser reparada la omisión según los

casos y circunstancias y cuando éstos lo permitan. Y es evidente que si, como se ha hecho constar, la parte estuvo bajo patrocinio letrado durante toda la primera instancia y luego al apelar (bien que sin la firma de Abogado) se le tuvo por comparecida en la Audiencia, constando en autos su nombre, momento en el que bien pudo ser requerido el Procurador para que cumpliera el trámite de la firma letrada, subsanándose fácilmente el defecto, no obstante lo cual y en lugar de ello se decretó drásticamente la nulidad del recurso, dejándose firme la sentencia apelada definitivamente; ello constituye una escasa voluntad de remedio y una aplicación desmesurada del concepto de nulidad absoluta en cuanto contrario al principio favorecedor del acto cuando el vicio es subsanable o reparable, tal como preceptúan las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial citadas, que permitían la subsanación a la Sala, atendiendo, además, a que la finalidad del precepto (art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Defensa letrada) podría entenderse cumplida con la actuación de la parte y con el conocimiento judicial de la intervención del Abogado, explícito todo ello en la solicitud de subsanación rechazada en el auto resolutorio de la súplica.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JULIO SOLER GARCÍA y
JUAN PABLO RUANO BORRELLA

1. CADUCADA UNA ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN, NO ES POSIBLE REITERAR CON POSTERIORIDAD SU SUBSISTENCIA Y MENOS AÚN CUANDO LA FINCA HA SIDO YA VENDIDA Y APARECE INSCRITA EN FAVOR DE TERCERAS PERSONAS. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL SE RIGE POR LAS NORMAS HIPOTECARIAS Y NO POR LAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Resolución de 28 de junio de 1986 (B. O. del E. del 16 de julio).

I. *Hechos*.—1.º Con fecha 26 de julio y 9 de agosto de 1983, doña María Nieves Rodríguez Hernández y otros formularon demanda ante la Magistratura de Trabajo de Las Palmas, en reclamación por despido contra don Octavio Rodríguez Rejano y doña María Mercedes Muñoz Saro. Por providencia de 13 de diciembre de 1983, dictada por esa Magistratura, se ordenó el embargo de una finca urbana (hotel con jardín) situada en Santa Cruz de Tenerife, teniendo entrada dicho mandamiento en el Registro el día 19 del mismo mes y año, que fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la anotación dispuesta en el presente mandamiento por observarse los defectos subsanables de omitirse las circunstancias personales de los demandantes y demandados, así como la cuantía por la que se decreta el embargo, tomándose en lugar, por término legal de sesenta días hábiles, anotación de suspensión al folio 81 vuelto del libro 633 de este Ayuntamiento, finca número 5.456, anotación letra F).—Santa Cruz de Tenerife, 16 de enero de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible». Dicho mandamiento con la certificación de cargas quedó a disposición del presentante.

En escritura pública autorizada el día 23 de diciembre de 1983 por el Notario don Marcos Guimerá Peraza, doña Mercedes Muñoz Saro, propietaria del inmueble embargado, lo vende a la Comunidad Autónoma de Canarias. Dicha escritura se presenta en el Registro de la Propiedad el día 28 del mismo mes y año, y retirada por la presentante para liquidar el

impuesto y presentarla en el Ayuntamiento, a efectos del arbitrio de plusvalía, se reintegró al Registro el día 26 de marzo de 1984, y, por haber caducado el primitivo asiento de presentación, vuelve a presentarse de nuevo y se procede a su inscripción el día 29 siguiente.

Por su parte, la Magistratura de Trabajo, el día 6 de febrero de 1984 dictó sentencia declarando nulo el despido de los actores y condenando solidariamente a los demandados a la readmisión de los mismos y el abono de los salarios de tramitación; pero al plantear los actores incidente de no readmisión, se dictó auto de 17 de abril del mismo año, declarando resueltos los contratos de trabajo y condenando a los demandados a abonar solidariamente a los actores las cantidades que para cada uno se fija. Por providencia de 15 de junio de 1984 se acuerda la ejecución por un importe de 15.779.860 pesetas de principal, más 1.000.000 de pesetas para costas, y se eleva a definitivo el embargo preventivo ya acordado anteriormente, remitiéndose mandamiento a tal fin al Registro de la Propiedad. Dicho mandamiento fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «No practicado lo ordenado en el precedente mandamiento, porque la conversión en definitiva de la anotación practicada de suspensión no procede, por haber ésta caducado y estar cancelada, y tampoco procede la práctica de nueva anotación, por figurar la finca inscrita a nombre de la 'Comunidad Autónoma de Canarias', según escritura de compra de 23 de diciembre de 1983, ante el Notario de esta capital don Marcos Guimerá Peraza, de la que originó la inscripción 16 de la finca 5.476 al folio 82 del libro 633, practicada con fecha 29 de marzo del año en curso.—Santa Cruz de Tenerife, 10 de julio de 1984.—El Registrador núm. 1.—Hortensio Saavedra Queimadelos».

Por providencia de 25 de septiembre de 1984, y a instancia de los actores, la Magistratura de Trabajo dirige oficio al Registro de la Propiedad, interesando le sea devuelto el mandamiento de embargo preventivo de fecha 13 de diciembre de 1983; lo que se cumplimenta por el Registrador en escrito de 5 de octubre siguiente, remitiendo el mandamiento referido con la nota de suspensión puesta a su pie. Y, a solicitud de los actores, dicha Magistratura, con fecha 10 de junio de 1985, dicta auto declarando la plena vigencia de la anotación preventiva de embargo sobre la finca urbana repetidamente indicada.

Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «No procede mantener la subsistencia de la anotación preventiva de suspensión, letra F), de la finca número 5.456 de esta capital, como se interesa en el precedente mandamiento, porque, al transcurrir los sesenta días hábiles de su vigencia, fue cancelada por caducidad; figurando ahora inscrita dicha finca a nombre de tercero.—Santa Cruz de Tenerife, 25 de septiembre de 1985.—El Registrador.—Hortensio Saavedra Queimadelos».

2.º Don Alfredo Horas Casanova, en nombre y representación de doña María Nieves Rodríguez Hernández y otros, interpone recurso gubernativo contra la anterior calificación y, tras hacer una manifestación de los hechos antes relatados, alega: Que el mandamiento de la Magistratura de Trabajo de 10 de junio de 1985 declara la plena vigencia de la anotación preventiva de embargo acordada por providencia de 13 de diciembre de 1983, y la nota de calificación entiende que no procede lo ordenado, por haber sido cancelado por caducidad el embargo preventivo y figurar la

finca actualmente a nombre de terceros. Ninguna de estas razones puede admitirse, dado lo dispuesto en el artículo 83, 1.º, de la Ley Hipotecaria, ya que para que pueda cancelarse una anotación se necesita providencia ejecutoria, y tal proveído no ha sido dictado nunca por la Magistratura de Trabajo, y el hecho de que figure la finca inscrita a nombre de otra persona no afecta a una anotación hecha con anterioridad a la compraventa del bien embargado, bien que puede ser enajenado (art. 71 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de los derechos de la persona que haya realizado un embargo. No cabe alegar caducidad de la anotación, y, por otra parte, el Registrador de la Propiedad no notificó la existencia de los defectos subsanables y, por tanto, no dio oportunidad a los interesados de realizar las subsanaciones de los defectos que se observaron, ya que la calificación nunca fue puesta en conocimiento ni del presentante ni de la Magistratura de Trabajo, ni aparece diligencia de la entrega una vez calificado como exige el artículo 105, párrafo 1.º, *in fine*, del Reglamento Hipotecario. Esto sin contar que los defectos subsanables observados eran de fácil corrección y se ha incumplido además lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario, ya que, al existir dos titulares en el Registro de Santa Cruz de Tenerife, debieron declarar ambos la existencia de tal defecto. En resumen, es contrario derecho la denegación de la plena vigencia de la anotación preventiva de embargo acordada por la Magistratura de Trabajo y, asimismo, el no poner en conocimiento de los interesados la suspensión de tal anotación preventiva.

3.º El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que al calificar el mandamiento de 13 de diciembre de 1983, apreció la existencia de los dos defectos ya señalados y, en consecuencia, el día 16 de enero de 1984, una vez que había sido reintegrado dicho mandamiento al Registro, tras la liquidación del impuesto, suspendió la anotación preventiva de embargo ordenada y, en su lugar, tomó anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días hábiles. Ese mismo día se puso nota de calificación al pie del mandamiento y al margen del asiento de presentación, y aunque esta nota no es objeto de recurso, ni podría serlo por haber transcurrido el plazo de su interposición, al ser la base en que apoya el recurrente su argumentación, resulta obligado hacer algunas puntualizaciones, entre ellas, y en primer lugar y en virtud del convenio de despacho de documentos existente entre los dos titulares del entonces Registro único de Santa Cruz de Tenerife, debidamente comunicado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Registrador informante se encargaba de los asuntos relativos al Registro de la Propiedad y su cotitular a los del Mercantil, y por eso la calificación y consiguiente nota la hace quien suscribe. A pesar de ello, tanto en este caso como en los demás, la calificación era consultada por el cotitular. Así lo exige el artículo 485 del Reglamento Hipotecario, pero no establece que ello se haga constar expresamente en la nota puesta en el título. Tampoco se ha incumplido el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, ya que la precaución que se establece puede o no adoptarla el Registrador, y en la práctica sus efectos se suplen por la recogida del recibo que se entrega en el momento de la presentación. Además, en este caso, no podría haber exigido el cumplimiento aunque hubiera querido, ya que el presentante del mandamiento nunca llegó a retirar el título calificado. Tal calificación resulta ajustada a Derecho, de acuerdo con lo indicado en el artículo 166, párrafo 3, del

Reglamento Hipotecario, así como en el 72, 2, de la Ley Hipotecaria. El argumento del recurrente se basa en que los defectos de este mandamiento no pueden subsanarse porque el Registrador no se los notificó ni al presentante ni a los interesados, ni a la Magistratura de Trabajo. No existe un solo precepto en la legislación hipotecaria que obligue al Registrador a ello más que verbalmente o por escrito al presentante o interesado en el propio Registro. Es el presentante el que, como mandatario de los interesados, debe hacer el seguimiento del documento, interesándose por él personalmente en el Registro, dentro de los plazos legales de despacho, no estando obligado el Registrador a hacer ninguna gestión de busca, llamada, recordatorio o notificación a los mismos, con la única excepción del muy específico caso de la certificación continuada del artículo 354 del Reglamento Hipotecario. De ahí que el artículo 249 de la Ley, entre los requisitos del asiento de presentación, no incluye el domicilio del presentante y en confirmación a lo expuesto puede acreditarse el contenido de la Resolución de 17 de mayo de 1985. En cuanto a la falta de notificación a la Magistratura de Trabajo, hay que tener en cuenta que el artículo 133 del Reglamento Hipotecario establece que cuando se suspenda o deniegue algún asiento ordenado por la Autoridad judicial, los Registradores conservarán uno de los ejemplares del mandamiento y devolverán el otro por el mismo conducto que lo hubieran recibido, y esto es lo que se hizo, ya que se archiva uno de los ejemplares en el legajo correspondiente y se conserva el otro a disposición del presentante (conducto por el que se había recibido), para que éste lo reintegrara a la Autoridad judicial. Si el mandamiento se hubiere recibido por correo, se hubiera devuelto por el mismo medio inmediatamente después de haberse calificado, tal como se hace siempre, y cuando el 25 de septiembre de 1984 se recibió oficio de la Magistratura interesando fuera devuelto el primitivo mandamiento, ante tal requerimiento expreso se remitió por correo, aunque éste no era el conducto de su recibo.

Por otra parte, presentada en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre de 1983 una escritura pública de 23 de diciembre del mismo año, por la que se enajenaba el inmueble embargado a la Comunidad Autónoma de Canarias, tras ser retirada para liquidar el impuesto y presentarla en el Ayuntamiento, a efectos del arbitrio de plusvalía, una vez reintegrados al Registro el 26 de marzo de 1984, se procedió a presentarla nuevamente, por haber caducado el primitivo asiento de presentación, y al no haber ya impedimento alguno (lo que no sucedía en la fecha de la primera presentación de esta escritura, al faltarle el cumplimentar los dos requisitos previos a que antes se ha hecho referencia), se procedió a su inscripción, y, como además estaba caducada la anotación preventiva de suspensión del embargo, por haber transcurrido sesenta días hábiles de su vigencia, sin haberse prorrogado ni subsanado los defectos, se procedió a su cancelación por nota marginal, tal como ordena el artículo 353 del Reglamento Hipotecario. Este comportamiento resulta obligado por el automatismo que en algunos aspectos tiene el proceso registral una vez iniciado. En efecto, el artículo 83 de la Ley Hipotecaria establece una regla de carácter general, que tiene sus excepciones en la propia Ley y Reglamento Hipotecario (confróntese los arts. 85 de la Ley y 210 del Reglamento), pero sobre todo en los supuestos de caducidad de la acción, en cuyo caso la caducidad se hace constar en el Registro a instancia del dueño del

inmueble, sin que sea preciso providencia ejecutoria (arts. 86 y 96 de la Ley, y 174, 199, 206-13 y 207, entre otros, de su Reglamento); pero es que, además, el artículo 353 antes citado obliga al Registrador a cancelar las anotaciones preventivas caducadas cuando expide una certificación o realiza algún asunto relativo a la finca.

Presentado en el Registro el 16 de junio de 1984 mandamiento de la Magistratura por el que se ordenaba la elevación a definitiva de la anotación de embargo preventivo, establecida en el mandamiento de 13 de diciembre anterior, se calificó que no procedía, por estar caducada, ni tampoco practicar una nueva, al estar la finca transmitida a nombre de tercero, y esta nota de calificación tampoco fue objeto de recurso. Por último, se presentó el 4 de septiembre de 1985 el mandamiento de 10 de julio del mismo año que ha motivado la nota recurrida, en la que se reitera lo indicado ya anteriormente de no poderse hacer constar la vigencia del embargo, por estar ya caducada la anotación e inscrita la finca a nombre de otra persona, y a este mandamiento calificado acompaña el Registrador un escrito explicativo de las incidencias del mismo. En resumen, no es posible hacer constar en el Registro la vigencia de una anotación preventiva de embargo que nunca llegó a practicarse, con independencia de que ese embargo pueda estar vigente en la vida extrarregistral, así como tampoco resucitar una anotación preventiva de suspensión caducada y cancelada mientras no se declare en el procedimiento correspondiente la nulidad de la cancelación, y todo ello basando únicamente la calificación en el título presentado en los asientos del Registro y sin prejuzgar la prioridad material entre embargo y compraventa y si el adquirente tuvo o no conocimiento del embargo laboral o de la diligencia o negligencia de los respectivos interesados en uno u otro documento cuestionado, por escapar de las facultades de calificación del Registrador.

4.º El Presidente de la Audiencia, en 2 de abril de 1986, dictó auto en el que declaraba: 1.º No conforme a Derecho la cancelación de la anotación de suspensión efectuada por el Registrador, revocando en esta parte la nota de calificación. 2.º Que la inscripción del dominio de la finca a favor de la Comunidad Autónoma de Canarias hace imposible la anotación del embargo solicitado, confirmando en este punto la nota de calificación.

Los fundamentos jurídicos en que se basa dicho auto son los siguientes: La falta de notificación de la calificación recaída en el mandamiento de 13 de diciembre de 1983. Esta cuestión enlaza con el problema de la naturaleza de la función registral, sobre la que se han definido principalmente tres posturas diversas: a) el Registro es una jurisdicción propia, el Registrador un sujeto en funciones judiciales y la Ley Hipotecaria una Carta Magna de los derechos privados inmobiliarios; b) el Registro es función *sui generis* análoga a la jurisdicción voluntaria, que es la postura clásica; c) el Registro es una función administrativa, de suerte que la inscripción es un acto administrativo y la Ley de Procedimiento Administrativo es supletoria del ordenamiento registral. La mayoría de la doctrina se mueve dentro de la postura clásica, que cuenta a su favor con el sólido apoyo de que las resoluciones de la Dirección General de los Registros no son recurribles en la esfera contenciosa (véase Real Orden de 20 de mayo de 1878 y la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1954). Pero esta autonomía de la función registral no puede significar desconexión con el resto del ordenamiento y, en conse-

cuencia, ante la ausencia de normas sobre notificación en la legislación hipotecaria, habrá de aplicarse la Ley de Procedimiento Administrativo, a fin de que los interesados conozcan el acto registral que les afecte y todas las posibilidades de recurrir contra él. Abona esta interpretación algunos textos hipotecarios, como el artículo 257 de la Ley y los artículos 105, 1.º; 133, y 434, del Reglamento Hipotecario. Aparte el Decreto de 10 de octubre de 1958, que declaró procedimientos administrativos especiales a los regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios.

El segundo argumento del recurrente ha de ser rechazado, ya que el artículo 83, 1, de la Ley Hipotecaria se refiere a la anotación de embargo practicada, pero, como es lógico, no cubre a la suspendida, denegada o cancelada por otros motivos. Y, por último, ha de respetarse la barrera que supone el artículo 17 de la Ley, que protege al tercer adquirente; por lo que al haberse inscrito la transmisión del inmueble embargado a favor de la Comunidad Autónoma de Canarias, se ha provocado el cierre del Registro para el mandamiento a que se refiere el recurso.

Termina señalando el auto la infracción del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, al no haberse hecho constar en la nota de calificación la expresa conformidad del Registrador cotitular.

La Dirección General, con revocación parcial del auto presidencial, apelado tanto por el recurrente como por el Registrador, ha acordado CONFIRMAR INTEGRAMENTE la nota del Registrador en virtud de los siguientes:

II. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 5.º del Código Civil; 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1.º, 6.º, 17, 19, 20, 40, 71, 72-2.º, 82-1.º, 85, 86, 96, 249 y 257 de la Ley Hipotecaria; 98 a 111, 133, 166-3.º, 206-13, 353, 427, 429, 434, 435 y 485, c), del Reglamento para su ejecución (en su redacción posterior al Real Decreto de 12 de noviembre de 1982); la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; el Decreto de 10 de octubre de 1958; las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1928, 18 de febrero de 1936 y 6 de noviembre de 1954, y las Resoluciones de este Centro de 9 de agosto de 1955, 23 de marzo de 1961, 23 de febrero de 1968 y 28 de febrero de 1986.

1. En este recurso hay que examinar si puede practicarse en el Registro una anotación de embargo preventivo —declarada vigente por auto de la Magistratura de Trabajo—, cuando de los propios asientos registrales resulta que esta anotación de embargo nunca llegó, por defecto subsanable, a practicarse y si sólo una anotación preventiva de «suspensión», que aparece «cancelada» por caducidad. Y, por otra parte, la finca aparece inscrita a nombre de tercero.

2. Al estar cancelada la anotación de suspensión practicada, surge un obstáculo insalvable —como con acierto expresa el auto presidencial— derivado del hecho de que al presentarse en el Registro de nuevo el mandamiento que reitera la subsistencia de la anotación de embargo, aparece ahora la finca inscrita a nombre de una tercera persona, dado lo que disponen los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria.

3. Sólo queda por dilucidar si el Magistrado de Trabajo o, en las presentes actuaciones, el Presidente de la Audiencia o la Dirección General pueden declarar no conforme a Derecho un determinado asiento, en este caso el de «cancelación». Y, evidentemente, ello no es posible porque los

asientos, una vez practicados, están bajo la salvaguardia de los Tribunales (cf. art. 1.º de la Ley Hipotecaria). A falta del consentimiento de todos los interesados, sólo es posible la rectificación —si procediera— en el correspondiente proceso, el cual está sujeto a las reglas especiales establecidas en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

4. Mas aunque se estimara que es posible entrar en el examen acerca de si la cancelación de la anotación de suspensión estaba ajustada a Derecho, la respuesta negativa no podía fundarse en el motivo de haberse infringido las normas sobre notificaciones a los interesados, establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el acto registral que les afecte y los recursos que procedan. Esta cuestión lleva al examen de la naturaleza de la función registral. E, indudablemente, y al igual que sucede con el Registro Civil (cf. art. 16 del Reglamento del Registro Civil y párrafo X del preámbulo de este Reglamento), la actividad pública registral se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien, formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los Registradores de la Propiedad —aunque, como los Jueces, no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación— están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles. Las cuestiones sobre que versa —las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble— son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa [cf. arts. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2.º, a), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 51 y 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y Sentencias del Tribunal Supremo de las Salas de lo Contencioso de 18 de febrero de 1936 y 6 de noviembre de 1954]. Lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial «ordinaria» y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente (cf. arts. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.º, 40 y 66 de la Ley Hipotecaria).

5. Ya se planteó en este Centro Directivo si la actividad registral estaba o no sometida a la Ley de Procedimiento Administrativo y si esta Ley era aplicable con carácter supletorio, dado lo dispuesto por el Decreto de 10 de octubre de 1958. Y esta cuestión fue resuelta en sentido negativo por Resoluciones de 23 de marzo de 1961, 23 de febrero de 1968 y 28 de enero de 1986, pues, como ya pusieron de manifiesto las Resoluciones de 23 de marzo de 1961 y 23 de febrero de 1968, la excepción contenida en el número 7 del artículo 1.º del mencionado Decreto, que determina los procedimientos administrativos especiales, a los que no se les aplican los preceptos contenidos en el título primero, capítulo II, títulos 4.º y 6.º, se refiere exclusivamente a aquellos procedimientos regulados en la legislación hipotecaria cuya materia es de carácter administrativo, como son, entre otros, los establecidos en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria o 563 y 618 de su Reglamento. Es sólo en estos procedimientos donde juega como supletoria la Ley de Procedimiento Administrativo, pero no en los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la compe-

tencia de dicho Decreto, por ser materia ajena a las de carácter administrativo.

Nótese que varios de los preceptos aplicables del Reglamento Hipotecario, y en especial el artículo 429 —que después consideraremos—, han recibido confirmación o nueva redacción con posterioridad al Decreto de 10 de octubre de 1958, por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 —aunque sorprendentemente este Decreto no haya sido tenido en cuenta en estas actuaciones—, y en ella se parte, no de la vigencia supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino de que a la actividad registral —cuando se niega el asiento solicitado o cuando se practica— le es aplicable una normativa especial autónoma de orden civil, la contenida en la legislación hipotecaria.

6. Todo lo cual no quiere decir que los interesados en una calificación registral estén desprovistos de garantías. El presentante o el interesado —pues los pronunciamientos del Registro tienen eficacia *erga omnes* y no sólo entre partes— goza de las garantías procedimentales que implica el sistema de publicidad formal del Registro y el de los rigurosos plazos preclusivos y de caducidad. En particular, el interesado que solicita el asiento debe ser notificado de la calificación desfavorable, pero no tiene el Registrador que ajustarse para ello ni a las formas administrativas ni a las formas judiciales, porque esta notificación está sujeta sólo a los requisitos que impone la legislación hipotecaria y que ofrecen garantías suficientes. Se caracteriza el procedimiento de calificación por la simplicidad formal: La permanente accesibilidad a la información registral y la comunicación oral con el Registrador que facilita la marcha del Registro y la fácil subsanación de muchas faltas. Esta simplicidad formal supone cierta inmediatez continua de los interesados que la legislación facilita a través de la figura del presentante, que es quien, por el interesado (confróntese art. 39 del Reglamento Hipotecario), se hace presente en el Registro. Sus facultades representativas no se agotan en el acto de la presentación de los títulos al Registro, sino que mantiene su carácter y facultades en diversas incidencias ulteriores relacionadas con el asiento de presentación practicado. Entre estas facultades, el presentante tiene, en concreto, la de recibir, en nombre del interesado, la notificación de la calificación si fuera desfavorable al despacho del documento presentado (cf. art. 429 del Reglamento Hipotecario). Esta notificación no está sujeta a formas especiales y puede hacerse verbalmente o por escrito. Ahora bien, la presencia del notificado en la oficina del Registro es necesaria, puesto que el Registrador puede exigir que el notificado firme la nota de notificación que el Registrador ha de practicar al margen del asiento de presentación (cf. dicho art. 429 del Reglamento Hipotecario). Esto impone al interesado —y, en su representación, al presentante— la carga de estar alerta a las determinaciones del Registrador; pero esta carga está compensada con la exigencia estricta de que el Registrador haya de adoptar decisiones con obligado reflejo en los libros registrales, precisamente en los cortos plazos que la Ley establece, y que si empiezan a correr es justamente porque provoca su curso la determinación voluntaria del interesado a través del acto mismo de presentación. El artículo 249 de la Ley no exige como requisito del asiento de presentación el domicilio del interesado o del presentante, lo que confirma la doctrina de que la notificación se hace en

la misma oficina del Registro y no en su domicilio particular, que, ordinariamente, por tanto, será ignorado por el Registrador.

7. No ha habido vulneración del artículo 257 de la Ley por parte del Registrador, ya que la devolución a la Autoridad judicial del mandamiento calificado con la nota correspondiente ha de ser por el mismo conducto que se recibió —artículo 133 del Reglamento—, y no habiéndolo recibido por correo del Tribunal, sino a través de un presentante, es a este último a quien habría de serle entregado, sin que esta persona compareciera a recibirlo tras el ingreso del título en el Registro.

8. No cabe tampoco aceptar la alegación del recurrente de que la anotación preventiva de embargo sólo podía ser cancelada por providencia ejecutoria —artículo 83 de la Ley—, pues aparte de que, como indica el auto presidencial, en este caso concreto no había llegado a practicarse la anotación, por lo que es de aplicación tal precepto; es de tener en cuenta, de otra parte, que las anotaciones preventivas también pueden ser canceladas por caducidad —artículos 86 de la misma Ley y 206-13 del Reglamento—, y en este caso la anotación de suspensión por defecto subsanable practicada, una vez transcurrido el plazo de caducidad de sesenta días, se cancela de acuerdo con el artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

9. Por último, es indudable que de la nota puesta en el título no resulta que el Registrador calificador pusiera en conocimiento de su cotitular la calificación del mandamiento presentado, por lo que se ignora si dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario.

III. COMENTARIO.—Tres son las cuestiones que, en mi opinión, plantea la Resolución que nos ocupa: la nota de calificación puesta en el primer mandamiento que se presentó para su posible despacho, la naturaleza de la función del Registrador de la Propiedad y la necesidad de hacer constar en la nota desfavorable puesta al pie del documento que tal calificación se ha puesto en comunicación del cotitular del firmante si se trata de un Registro en situación de división personal. Vamos a entrar en el estudio de estas cuestiones, dejando para el final el tema de la naturaleza de la función del Registrador. En principio, creo conveniente señalar mi postura acorde con lo afirmado en esta ocasión por el Centro Directivo.

El primer punto a examinar es la nota desfavorable puesta por el Registrador. En principio, se puede afirmar que la nota se ajusta a Derecho de forma clara, hasta el extremo de poderse afirmar que de haber llegado a conocimiento de los interesados, éstos no hubiesen recurrido tal nota, sino que hubiesen procedido a la rectificación o subsanación de los defectos cometidos. El texto legal es terminante, y el artículo 166, 3, del Reglamento Hipotecario exige la necesidad de que consten en los mandamientos estas tres circunstancias para que sea posible obtener la anotación. La actuación posterior del Registrador es asimismo correcta, según se desprende de los artículos 164 y 170 del mismo texto reglamentario. El plazo de la anotación de suspensión que se toma en lugar de la pretendida, es un plazo de caducidad, según el artículo 96 de la Ley Hipotecaria, y, por tanto, se trata de un plazo de actuación automática que opera sin necesidad de alegación según la doctrina civil, por lo que, conforme a lo que se dispone en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, en sus párrafos 1 y 3, el Registrador obró correctamente al cancelar la anotación

una vez transcurrido su plazo de vigencia y tener que practicar un nuevo asiento en relación con la misma finca. El recurrente en su informe alega la necesidad de ejecutoria prescrita por el artículo 83, 1, de la Ley para poder cancelar, pero olvida que se exceptúa el caso de caducidad, según el artículo 174 del Reglamento Hipotecario, aparte, claro es, el consentimiento de la parte interesada. Por esto consideramos acertada la calificación del Registrador.

El segundo tema objeto de estudio es el relativo a la necesidad de que conste en la nota, cuando se trate de un Registro de la Propiedad en división personal, el hecho de haberse puesto la calificación desfavorable en conocimiento de los cotitulares del Registrador que firma la nota. En la actualidad, la importancia práctica del problema que nos ocupa es menor, pues cada vez son menos los Registros que se encuentran en esta situación. Aunque creo que es sabido por todos, se dice que un Registro se encuentra en situación de división personal cuando la circunscripción territorial es atendida simultáneamente por dos o más titulares. La situación está prevista en el artículo 275 de la Ley Hipotecaria y se regula su funcionamiento en el artículo 485 de su Reglamento. Dos son las cuestiones que se plantean en este caso concreto: si es o no necesario que conste en la nota esta circunstancia y efectos de su omisión. En principio, el precepto reglamentario se limita a fijar la necesidad de que se ponga en conocimiento de los otros titulares, pero nada dice sobre la necesidad de la constancia en la nota. La Dirección General entiende que sí es preciso que conste en la nota esta circunstancia, aunque en este caso no da ninguna importancia al hecho de que no se haya cumplido este requisito. Considero un poco formalista la postura de la Dirección General, pues en el procedimiento registral hay diversas operaciones y no hay que hacer constar en la nota que se han ido cumpliendo todas y cada una de ellas. Tal vez la idea del Centro Directivo sea reforzar la calificación desfavorable de un Registrador con el apoyo de sus compañeros expresándolo en la misma nota.

La tercera cuestión a examinar es la relativa a la naturaleza de la calificación registral. Este problema se plantea, en el caso que nos ocupa, de un modo indirecto, pues el recurrente se limita a decir que es contrario a Derecho no poner en conocimiento de los interesados la calificación desfavorable a sus intereses, pero sin entrar en otras cuestiones. El Registrador en su informe tampoco entra a fondo en el tema, limitándose a decir que no existe ningún precepto que obligue al Registrador a buscar al interesado para poner en su conocimiento la calificación, debiendo ser el presentante del documento en su carácter de mandatario de los interesados quien tiene que ocuparse de seguir el documento. Es el Presidente de la Audiencia quien une la falta de notificación con la naturaleza de la función registral, y tras hacer un breve resumen de algunas de las posturas que se han mantenido en este tema, acaba señalando la aplicación de las normas administrativas. La Dirección General rebate estos argumentos y afirma de forma tajante: «... en todo caso es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta a las disposiciones administrativas, sino a normas civiles». Vamos, por tanto, a hacer un resumen de las diversas posiciones mantenidas en torno a esta cuestión.

Fue MONTESQUIEU quien, en opinión mayoritaria, señaló que en el Estado había tres especies de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas que

dependen del Derecho de gentes y el ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho civil, o lo que es lo mismo, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. La función que se atribuía a cada uno de estos poderes estaba claramente delimitada: el legislativo hacía las Leyes; el ejecutivo hacía la paz y la guerra, recibía embajadas, afianzaba la seguridad y prevenía las invasiones, y el judicial, siguiendo con los términos clásicos, castigaba los crímenes o juzgaba los litigios entre particulares. ¿Cuál es la situación actual? Dejando aparte lo relativo al poder legislativo por no afectar a la cuestión que se debate, la Constitución Española de 1978 se refiere al poder judicial en su artículo 117, y tras proclamar que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley», les atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional en toda clase de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; no ejercerán más funciones que las señaladas y las que expresamente les sean atribuidas por la Ley en garantía de cualquier derecho. En el artículo 97 se refiere la Constitución al poder ejecutivo, al decir que: «El Gobierno dirige la política, la Administración civil y la militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes». Como consecuencia del artículo 9, 2, de la Constitución, que establece el principio de legalidad, en virtud del cual para actuar es preciso que exista una previa atribución de facultades, llegamos a una primera e importante conclusión: la administración no es un poder residual; no se debe definir como administrativa toda materia que no sea de función legislativa o de función contenciosa de los Tribunales, pues ello carece de base positiva e histórica; positiva, pues así nos lo expresan los preceptos constitucionales; histórica, pues no hay que olvidar que la división de poderes surge como una reacción al poder absoluto que tenía el monarca y es aceptada en ese sentido y no como procedimiento para cambiar un poder absoluto por otro. Sin embargo, es de todos sabido que el campo administrativo cada vez quiere abarcar un territorio más ancho. ¿Cómo se pueden distinguir jurisdicción y administración? Podemos señalar dos sistemas tradicionales. Uno de ellos pone el criterio diferenciador en el Derecho y su influencia en cada poder, pues en el caso de la jurisdicción es el fin en cuanto que pretende su declaración en cada caso concreto planteado, mientras que en la administración es el medio del que se vale, pues opera dentro de los límites que le señala el Derecho. Otro criterio diferenciador pone el punto distintivo entre una actividad y otra por la imparcialidad e independencia del Juez. Donde existe estamos en presencia de la jurisdicción, pues en la administración el órgano que decide en cada caso parte con un interés que es el interés público al que debe dirigir su actividad.

Un último concepto importante en el que debemos fijarnos es el de jurisdicción voluntaria. Legalmente lo define la Ley de Enjuiciamiento Civil como aquellos actos en que sea necesario o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Para GUASP no se trata de una figura procesal auténtica, sino administrativa, pero encomendada a órganos judiciales. Lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es establecer garantías contra lesiones futuras, la ausencia de litigio y partes en conflicto y la ausencia de cosa juzgada.

A cada una de estas figuras se ha querido adaptar la función calificadora del Registrador de la Propiedad por diferentes autores. Así, entre los que han tratado de identificar la función registral con la judicial, podemos señalar a ROMANÍ CALDERÓN («La calificación supone una función judicial»), GALLARDO RUEDA («Hay un evidente entronque entre la función registral y la judicial») o LA RICA, que nos explica que se trata de una función cuasi judicial, puesto que tiende a adecuar los hechos jurídicos al Derecho objetivo, a velar por la observancia de éste y dar vida al principio de legalidad, y por ser recurrible en vía judicial y gubernativa. Se ha criticado a los que defienden esta postura por faltar la cosa juzgada, por tener la inscripción una misión de garantía o en alguna ocasión constitutiva, pero distinta de la tarea encomendada al Juez, que es la determinación entre dos posiciones opuestas en torno a un problema jurídico, y, finalmente, porque no existe esa posibilidad de recurso judicial, o mejor dicho, se trata de un «mal llamado recurso judicial».

Entre los que se adscriben a la postura de identificar la calificación con la jurisdicción voluntaria, podemos citar a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, MORELL Y TERRY e IGNACIO DE CASSO. La principal tesis que mantienen estos autores es su afán de separar la función registral de la judicial y no encontrar su encaje en la posición administrativista. Encuentran en la función calificadora los caracteres que antes hemos señalado al referirnos a esta jurisdicción voluntaria. El ataque a esta postura viene por la falta de determinación de la misma, especialmente desde el punto de vista procesal. Sin embargo, la Resolución que nos ocupa afirma que «la función registral se aproxima en sentido material a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es jurisdiccional y, en todo caso, es una actividad distinta de la administrativa».

Pasando, finalmente, a los que mantienen que la función calificadora del Registrador es una función administrativa, podemos citar a ROMANÍ PUIGDENDOLAS, CAMPUZANO HORMA y, fundamentalmente, a GONZÁLEZ PÉREZ. Asimismo, se puede señalar en apoyo a esta postura la Resolución de la Dirección General de 7 de abril de 1938, en la que se habla de la calificación del Registrador como de una sentencia administrativa. GONZÁLEZ PÉREZ, que ha sido el principal impulsor de esta teoría en los tiempos modernos, dice que es clara la naturaleza administrativa, pues se trata de la realización por el Estado de un fin público, como es la publicidad inmobiliaria, haciéndose a través de un servicio público. Para rebatir esta postura vamos a utilizar los argumentos mantenidos por LACRUZ BERDEJO, CHICO ORTIZ y MARTÍNEZ DE BEDOYA en diversos trabajos. Así se puede afirmar: 1. Es aceptable que en el Registro de la Propiedad hay materia administrativa, como, por ejemplo, lo relativo a la organización del servicio, horario, pero ello no puede llevar a considerar administrativa toda la actividad que se desarrolla en el Registro. 2. Que el servicio público no es una forma de actividad administrativa, sino el fin que la inspira, como inspira la actuación de todos los poderes del Estado. 3. Que el Registro de la Propiedad tiene una función autenticadora; no es su fin la publicidad o la divulgación de lo que en él se contiene, sino su fin es la protección, la seguridad del tráfico jurídico. Esto es lo que diferencia un Registro jurídico de un Registro meramente administrativo. 4. El Registro de la Propiedad no encaja en el concepto de Administración en sentido estricto, pues existe una total libertad e independencia en la calificación registral.

5. La existencia de un interés público en el Registro no basta para atribuir a la Administración la competencia en el mismo, pues, por ejemplo, tampoco la tiene en la solución de los litigios que se plantean, pese a que en ello también existe ese interés.

Por todo ello actualmente ha surgido una nueva postura en relación con el tema de la naturaleza de la función del Registrador de la Propiedad, sostenida, entre otros, por CHICO ORTIZ. Entienden estos autores que la función registral al no encajar en ninguna de las tradicionales, aunque de todas tiene algo, debe ser configurada de un modo autónomo, sin que tenga forzosamente que ser encuadrada en ninguna de las formas tradicionales. Crear este *tertium genus* quizá no sea resolver nada, afirma CHICO, pero tampoco se adelanta mucho intentando encuadrarla en el campo judicial o en el administrativo, con lo que sólo surgiría una pérdida de derechos o una limitación de facultades.

¿Qué aplicación habría que dar entonces a la Ley de Procedimiento Administrativo y al Decreto de 10 de octubre de 1958, que se refieren de forma expresa a los procedimientos administrativos? Este Decreto considera procedimiento administrativo especial, a los efectos del artículo 1 de la Ley, los regulados en la Ley y el Reglamento Hipotecario, afirmando el artículo 1, antes señalado, que las normas de los títulos IV y VI... sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor, según la Disposición Final primera. Y entre ellos no se cita a los procedimientos que nos ocupan. De ello no se puede sacar como consecuencia que los procedimientos hipotecarios hayan pasado a ser administrativos. El mismo GONZÁLEZ PÉREZ admite que supletoriamente pueden aplicarse determinados títulos de la Ley de Procedimiento Administrativo a los procedimientos hipotecarios, pero no otros, como pueden ser los relativos al régimen jurídico de los actos y a la revisión de los mismos en vía administrativa. La Dirección reitera la tesis mantenida en la Resolución de 23 de febrero de 1968, con cita de la de 23 de mayo de 1961, y que literalmente se recoge al final del primer párrafo del quinto fundamento de Derecho.

En cuanto a mi postura respecto a la cuestión planteada es la de considerar la naturaleza de la función del Registrador dentro de las posiciones que pretenden identificarla con el *tertium genus*, esto es, sin identificarla necesariamente con alguna de las ya existentes. De acuerdo con lo que afirma HERNÁNDEZ GIL, esto no soluciona los problemas de naturaleza, sino que crea nuevos problemas; pero si se quiere saber la verdad de una cosa, no se puede decir que se parece un poco a esto, luego es esto. Me baso para ello en dos tipos de razones. La primera de ellas es que el legislador al referirse al Registrador de la Propiedad utiliza términos dispares, profesional público y otros, en Leyes de redacción reciente, lo que parece dar a entender que el legislador no encaja la figura en ningún tipo concreto de los existentes hasta ahora, pues no considero acertada la postura de los que defienden que la naturaleza de la función depende de cada acto. Por otro lado, examinando la función concreta del Registrador, tenemos parte de profesionales y parte de Jueces, sin ser, a mi juicio, ninguna de esas cosas con carácter permanente. En cuanto al intento por parte de los administrativistas de acaparar el campo hipotecario, ya señalé anteriormente, con apoyo de los textos constitucionales, que no es posible al faltar la Ley que les permita introducirse y estar vigente el principio

de legalidad, por lo que no es aplicable ya la gráfica frase de un autor que compara al campo administrativo con el coche escoba de las carreras ciclistas, que va recogiendo todo lo que no encaja exactamente en otros sitios o lo que va quedando abandonado.

Una última cuestión que se puede plantear, que va unida con la anterior, es que la Dirección al configurar al Registrador fuera del campo administrativo encarga al presentante de vigilar por la marcha del documento. Se ha calificado al presentante como mandatario o como gestor de negocios. La Dirección trata de hacer del presentante una figura activa, no pasiva, que se limita a presentar el documento y acaba su actuación. Ya en la Resolución de 25 de mayo de 1985, en materia de liquidación y tramitación de los mandamientos judiciales, se mantuvo por el Centro Directivo esta misma postura al decir que no corresponde al Registrador buscar al interesado e impulsar una actividad extrarregistral que sólo corresponde a la parte a desarrollar, pues es quien se va a ver beneficiada. Esta posición se ve reforzada en la Resolución actual, pues impone al presentante la obligación de preocuparse de la situación en que se encuentra el procedimiento registral en cuanto a su documento utilizando los medios que la Ley pone a su alcance, esto es, la información registral y la posibilidad de comunicación con el Registrador.

J. S. G.

2. DIRIGIDA LA DEMANDA CONTRA EL CÓNYUGE QUE ASUMIÓ LA OBLIGACIÓN —LO CUAL ES DE APRECIACIÓN JUDICIAL— BASTARÁ LA NOTIFICACIÓN AL OTRO DE LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO, A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 144, 1, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 27 de mayo de 1986 (B. O. del E. del 17 de junio).

I. *Supuesto de hecho.*—En autos de juicio ejecutivo seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Burgos, promovido por don Angel Barquín Gutiérrez, contra don Aurelio del Rincón Esteban, casado con doña Évarista Velasco, en virtud de la devolución impagada de letras de cambio aceptadas por don Aurelio del Rincón, se libró por el indicado Juzgado, con fecha 6 de junio de 1983, un mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad de Aranda de Duero, en el que se ordenaba la anotación preventiva de embargo acordado sobre un piso propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial, expresándose en el mandamiento haberse efectuado la notificación a la esposa.

Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro, fue calificado con la siguiente nota: «Se suspende la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por los defectos subsanables de que: Primero.—Siendo la deuda presuntivamente de la sociedad conyugal, no se cumplen los requisitos del nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor debe acreditarse que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges, no bastando con la notificación posterior que se hiciere a la esposa. Segundo.—Caso no muy probable de que la obligación fuere personal del marido, tampoco se cumplen los requisitos del precitado artículo por las razones: a) No se acredita que se hayan perseguido

bienes propios del pretendido deudor y que, siendo insuficientes, se dirige el embargo contra los comunes.—No se solicita anotación de suspensión.—Aranda de Duero, 25 de junio de 1983.—El Registrador.—Firma ilegible».

La Procuradora doña Mercedes Manero Barriuso interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en nombre de don Angel Barquín Gutiérrez, alegando: Que debe tenerse en cuenta que en el caso debatido se trata del ejercicio de una acción cambiaria ejecutiva, siendo imposible, por tanto, demandar también a la esposa del aceptante, dado que la misma no figura en la letra; que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado posteriores a las reformas del Código de 1981 y del Reglamento de 1982 han mantenido idéntico criterio al sustentado con anterioridad, entendiendo que la demanda conjunta a ambos cónyuges no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor; que el Código Civil, pese al nuevo principio de administración y disposición conjunta, establece diversos supuestos de válida actuación unipersonal, en los que, sin embargo, pueden quedar obligados o afectos bienes gananciales; que el Código Civil resuelve los problemas planteados en esos supuestos distinguiendo entre la esfera externa, presidida por la protección del tráfico, y la esfera interna, en que se prevén reintegros entre las masas patrimoniales.

El Registrador de la Propiedad de Aranda de Duero emitió informe, aduciendo: Que su nota de calificación está presidida por el principio de igualdad preconizado por el artículo 14 de la Constitución; que la letra de cambio admite dentro de sí la existencia de varios librados y, por tanto, de varios aceptantes; como consecuencia, el acreedor pudo haber designado a ambos cónyuges como librados de su cambial, con la aceptación de ambos; así las cosas, pudo haber demandado a los dos y después conseguir del Juez la admisión de la demanda; lo pudo hacer, pero no lo hizo, luego su indefensión es culposa por provenir de una notoria negligencia; que el Código Civil establece como regla general la codisposición de los gananciales, y la disposición individual como excepción, no siendo ésta susceptible de ser generalizada; que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario no puede interpretarse hoy como se hacía anteriormente, pues entre la versión anterior y la actual han mediado profundas reformas; se ha consagrado la igualdad jurídica de los cónyuges y el marido no es ya el órgano de decisión de la sociedad de gananciales.

Solicitado informe del Magistrado-Juez, éste afirmó que es procedente el mantenimiento de la calificación, pues no procede la anotación al ser la deuda presuntivamente de la sociedad conyugal y no haber sido demandada la mujer, y, en el supuesto de que la obligación fuese personal del marido, al no haberse acreditado que se hayan perseguido bienes propios del mismo, y que, siendo insuficientes, se dirige el embargo contra bienes comunes.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos dictó auto en que revocó la nota del Registrador y ordenó la práctica de la anotación preventiva, invocando la jurisprudencia registral posterior a la reforma.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 66, 1.319, 1.320, 1.328, 1.362, 1.364, 1.365, 1.367 a 1.369, 1.373, 1.375, 1.382, 1.384, 1.385, 1.397 y 1.398 del Código Civil y el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, así como la Resolución de este Centro de 28 de marzo de 1983:

1. Se plantea en este recurso la cuestión de si impagada una letra de cambio suscrita por el marido e iniciado el correspondiente procedimiento ejecutivo, puede anotarse el embargo trabado sobre un inmueble ganancial, embargo que se notificó a la esposa del deudor demandado.

2. La cuestión planteada en este recurso es idéntica a la contemplada por la Resolución de este Centro Directivo de 28 de marzo de 1983, en la que se afirmó la exigencia de demanda conjunta —que podría tener su fundamento en que el cónyuge no deudor, como titular de los bienes sociales, se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro esposo, y su intervención es necesaria al objeto de determinar precisamente si la deuda existe o se encuentra comprendida en uno de los supuestos legales de ejercicio de poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales—; no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes —en este caso, los gananciales— si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso.

La Dirección General ha acordado *confirmar el auto apelado*.

III. COMENTARIO.—A) Cuestión previa. Determinación de conceptos:

a) *El embargo*.—Es una medida procesal que tiene por objeto afectar determinados bienes a la finalidad del proceso de que se trata:

- Si el embargo es preventivo (art. 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Si los bienes embargados fueren inmuebles, se limitará el embargo a librar mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva») estaremos ante una simple medida cautelar.
- Si el embargo es ejecutivo (art. 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado») se tratará de una medida de afectación de los bienes de modo inmediato a la satisfacción de los intereses del ejecutante (1).

(1) RIFÁ SOLER, en *La anotación preventiva de embargo*, pág. 113, cita los siguientes embargos —sin distinción entre preventivos y ejecutivos— que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad a través de la anotación preventiva: 1. El decretado en juicio ejecutivo (art. 1.453 de la LEC); 2. El decretado en ejecución de sentencia (art. 921 de la LEC); 3. El embargo preventivo (art. 1.409 de la LEC); 4. El embargo practicado en los procedimientos de apremio en negocios de comercio (artículo 1.549 de la LEC); 5. El decretado en el juicio de concurso de acreedores (art. 1.175, 3, de la LEC); 6. El embargo decretado en proceso penal (art. 604 de la LECriminal); 7. El embargo dictado en rebeldía del demandado (art. 762 de la LEC); 8. El embargo contenido dentro de las medidas cautelares innominadas del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 9. El embargo decretado para la seguridad del pago de alimentos (arts. 1.891 y 1.917 de la LEC); 10. El embargo sobre bienes del Registrador en caso de responsabilidad y no juzgarse suficiente su fianza (art. 309 de la Ley Hipotecaria); 11. Los embargos decretados en procedimientos administrativos de apremio (artículos 121 y 127 del Reglamento General de Recaudación de 1968).

b) *La anotación preventiva de embargo*.—Es una actuación del Registrador de la Propiedad que tiene por objeto dar publicidad del embargo efectuado, con todas las consecuencias registrales que ello trae consigo. No cabe, por tanto, confundirla con el embargo, ni tiene carácter constitutivo del mismo:

- El artículo 42, 2, de la Ley Hipotecaria («Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos. . 2.º El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor») se refiere al embargo preventivo, aunque tiene un carácter enormemente comprensivo.
- El artículo 42, 3, de la Ley Hipotecaria («Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos. . 3.º El que en cualquier juicio ejecutivo obtuviere sentencia condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil») se refiere estrictamente al embargo ejecutivo cuando en el proceso se hubiere obtenido sentencia de condena.

c) *El ayer y hoy del desafortunado artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario. Situaciones de Derecho transitorio*:

a') Antes de la reforma del Código Civil de 1958, el marido era el administrador de la sociedad de gananciales, con amplias facultades dispositivas respecto a toda clase de bienes. Consiguientemente, tanto desde el punto de vista procesal como registral, era correcta la demanda dirigida únicamente contra el marido, administrador de los bienes gananciales con todas las posibilidades y titular registral de los mismos (aunque «para su sociedad conyugal»).

b') Después de la reforma del Código Civil en 1958, el marido (o la mujer si así se pactó), aun siendo administrador de los bienes gananciales, necesitó el consentimiento de la mujer o autorización judicial supletoria para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. Lo que fue la causa de que el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario, en la reforma de éste en 1959, estableciera la necesidad de que la demanda, en el caso de embargo de bienes gananciales, se hubiera dirigido contra ambos cónyuges. Sin embargo, este precepto olvidaba dos cuestiones importantes: 1.º Que el administrador de la sociedad de gananciales podía obligar a éstos válidamente. 2.º Que, consiguientemente, el artículo 1.408, 1, contenía una presunción de ganancialidad de la deuda contraída por dicho administrador (en principio, los bienes gananciales respondían de todas las deudas contraídas por el administrador; y de otros preceptos se deducía que también respondían de las deudas domésticas contraídas por la mujer). Por tales razones, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General, reaccionaron contra el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario, considerando que debía practicarse la anotación preventiva de embargo ordenada no sólo cuando la demanda se hubiera dirigido conjuntamente contra ambos cónyuges, sino también cuando dirigida contra el marido se hubiera notificado a la esposa la existencia del procedimiento (2).

(2) Del Tribunal Supremo pueden citarse, entre otras, las Sentencias de 5 de mayo de 1980, 7 de febrero de 1964 y 21 de abril de 1964. De la Dirección General son numerosas las Resoluciones existentes al respecto; recojo parte del contenido de la de 14 de diciembre de 1966. «Hay que entender

c') En la actualidad, el reformado artículo 1.375 del Código Civil, en 1981, establece, salvo pacto en contrario en capitulaciones matrimoniales, no sólo la codisposición, sino también la administración conjunta, por parte de ambos cónyuges, de los bienes gananciales. Desaparecida, por tanto, la administración unilateral de dichos bienes gananciales, así como la presunción de ganancialidad del deuda del antiguo artículo 1.408, 1, del Código Civil —sustento jurídico sustantivo de la jurisprudencia para dulcificar el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario—, parece replantearse la necesidad de la demanda conjunta, por lo que el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario, después de la reforma de 12 de noviembre de 1982, vuelve a exigirla.

Si una solución de tipo genérico fuera suficiente, ésta nos vendría dada, muy fácilmente, por el artículo 1.367 del Código Civil, en cuanto determina que «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro». Pensando en este caso, parece correcto que el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario exija que la demanda se dirija contra ambos cónyuges.

Sin embargo, creo que de ningún modo puede verse aisladamente el precepto expuesto, sino en relación con el resto de la normativa que regula los bienes gananciales y su régimen. Por ello, entiendo que el problema presenta un triple aspecto a tener en cuenta: el puramente civil, el procesal y el registral.

1.º Aspecto civil: la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, lo que significa el mantenimiento de la personalidad jurídica de cada cónyuge dentro de la entente conyugal en la que se asienta el régimen económico-matrimonial de gananciales. Esto trae consigo:

1. Que cada uno de los cónyuges, independientemente, pueda celebrar contratos y asumir obligaciones sin el consentimiento del otro, obligando sus bienes privativos, pero también los gananciales si aquéllos fueran insuficientes (éste es el caso del art. 1.373 del Código Civil).

2. Que uno de los cónyuges, sin la intervención del otro, pueda contraer obligaciones que afecten a los bienes gananciales. Así: 1.º Supuesto del artículo 1.319 del Código Civil: «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia... De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda...». 2.º Supuesto del artículo 1.365: «Los bienes gananciales responderán directamente de las deudas contraídas por un cónyuge: 1, en el ejercicio de la potestad doméstica...; 2, en el ejercicio de la profesión, arte u oficio... Si el marido o la mujer fueran comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». 3.º Supuesto del artículo 1.368: «También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho, para aten-

cumplida la exigencia del artículo 144 siempre que junto a la demanda contra el marido se hubiera solicitado notificación de la misma a la mujer, puesto que el mencionado precepto reglamentario no ha pretendido más que acomodarse a la legislación sustantiva y procesal vigente, dado que la primera permite al marido, en los artículos 1.412 y 1.413 del Código Civil, obligar por sí solo y con todas sus consecuencias a la sociedad de gananciales, y la segunda impide que pueda ser considerada procesalmente como parte la mujer que no ha intervenido en el acto origen del pleito, y con la notificación realizada se salvaguardan los intereses de la mujer...».

der a los gastos de sostenimiento...». 4.º Supuesto del artículo 1.371: «Lo perdido y pagado por uno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de gananciales, siempre que el importe...». 5.º Supuesto del artículo 1.384: «Serán válidos los actos de... disposición de... dinero... realizados por el cónyuge en cuyo poder se encuentre»), en relación con el 1.370: «Por el precio aplazado de un bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código», que posibilitan las compras realizadas por un cónyuge sin el consentimiento del otro, incluso aplazando todo o parte del precio.

3. Que es posible pactar en capitulaciones matrimoniales que la administración de los bienes gananciales quede en manos de uno sólo de los cónyuges, supuesto para el cual, en principio, serían perfectamente válidas todas las razones que, con anterioridad a la repetida reforma del Código Civil en 1981, daba la Dirección General para entender cumplido el requisito del artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario con la simple notificación del procedimiento al cónyuge del demandado.

Por todo lo cual, entiendo que no es muy ajustado al Derecho sustantivo que tal vez pensando exclusivamente en el artículo 1.367 del Código Civil, en relación con el 1.375, el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario exija, para practicar la anotación de embargo sobre bienes gananciales, que la demanda se hubiera dirigido contra ambos cónyuges (3).

(3) En este sentido apunta GARCÍA GARCÍA (en *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 6.ª ed., pág. 273): «Con esta redacción queda superada la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, según las cuales bastaba la notificación de la demanda al otro cónyuge. Ahora sólo se reserva este sistema para el caso del artículo 1.373 del Código Civil. Extraña algo que no se halla seguido el mismo camino para los supuestos citados —los de los arts. 1.365, 1.368 y 1.371, que es a los que se refiere este autor— en que uno solo de los cónyuges aparece como deudor. La situación se vuelve conflictiva tratándose del cónyuge deudor comerciante, dado lo dispuesto en los artículos 6, 7, 10 y 11 del Código de Comercio, si bien puede existir dificultad probatoria respecto a cuáles son los bienes adquiridos por las resultas del ejercicio del comercio».

La Dirección General, en Resoluciones de 28 de marzo de 1983 y 15 de abril del mismo año —que aunque referidas a supuestos planteados con anterioridad a la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, al ser, sin embargo, posteriores a la del Código Civil de 1981, ya recogen la nueva normativa emanada de éste—, distingue: 1.º Obligaciones contraídas por ambos cónyuges en el ejercicio de la potestad compartida: para practicar la anotación preventiva de embargo será necesario que la demanda hubiera sido dirigida contra los dos esposos (solución de acuerdo con el art. 144, 1, del Reglamento Hipotecario). 2.º Obligaciones puramente personales contraídas por uno solo de los cónyuges y de las que responde solamente dicho cónyuge deudor, con la posibilidad que al otro le ofrece el artículo 1.373 del Código Civil: se practicará la anotación si la demanda se notificó al cónyuge no deudor (solución no muy clara en relación con el art. 144 del Reglamento dicho, que únicamente habla de «notificación del embargo», aunque la Resolución parezca entender lo contrario al decir entre paréntesis «confróntese art. 144, 2, del mismo Reglamento»). 3.º Obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley: la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual hubieran podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al deudor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno de ellos ».

Finalmente, GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (en «Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales. Comentarios al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario», *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, págs. 873 y ss) dicen así: « 3.º Que el matrimonio no limita la capacidad, por lo que cualquier cónyuge puede contraer obligaciones... 4.º Que independientemente de ello, cuando un cónyuge contrae obligaciones le es aplicable plenamente el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, sin que haya ningún precepto que excluya de dicha responsabilidad a los bienes gananciales. 5.º Que la protección que merece el cónyuge no deudor está resuelta por el artículo 1.373 del Código Civil, según el cual basta la notificación al otro cónyuge, y así lo recoge el párrafo 2.º del punto 1 del artículo 144 6.º Que antes de la

2.º Aspecto procesal: aunque la filosofía actual de la norma civil no es, evidentemente, la misma que antes de 1981 —no es lo mismo la posibilidad de administrar que tenía *a priori* el marido, que excepcionalmente y para supuestos muy concretos pueda uno de los cónyuges, unilateralmente, obligar los bienes gananciales— y la incidencia de la desaparición de la presunción de la ganancialidad de la deuda ha sido importante en la esfera procesal, dicha problemática procesal se sigue planteando en parecidos términos con anterioridad a la reforma. Y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 mantiene intocada la cuestión. Por eso, debe distinguirse:

a) En el embargo ejecutivo: relacionando lo ya visto en la esfera civil con el ámbito puramente procesal, entiendo:

- Que el cónyuge que no asumió la obligación no tiene por qué ser considerado procesalmente como parte.
- Que del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina cuáles son los títulos que llevan aparejada ejecución, se deduce que para proceder a la misma basta con la firma en dicho título de la persona que se obligó.
- Que en los artículos 1.464, 1.465 y 1.467 de dicha Ley no se encuentra, entre las excepciones, el supuesto de que la demanda no se hubiera dirigido contra el cónyuge que no asumió en su día la obligación (cuando el art. 1.467, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que «... podrá pedirse la nulidad... cuando el deudor no hubiera sido citado de remate...», está hablando exclusivamente del deudor, es decir, del cónyuge que en su día asumió la obligación).
- Que si se admitiera como hipótesis que la demanda ejecutiva pudiera dirigirse contra el cónyuge que no figura en el título ejecutivo —dice RIFÁ SOLER—, debería, en consecuencia, despacharse ejecución contra él, y si no pagara o consignara el precio al ser requerido de pago, se procedería al embargo de sus bienes, pero no sólo al de los gananciales, sino también al de los privativos.
- Que los derechos que asisten al cónyuge no deudor respecto a los bienes gananciales quedan salvaguardados y puede hacerlos valer procesalmente si se le notifica la demanda.
- Y que, consiguientemente, es imposible conocer *a priori* si el título ejecutivo firmado por uno solo de los cónyuges responde a una deuda asumida por éste en base al artículo 1.367 del Código Civil —que, por tanto, debió serlo por ambos conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro— o se trata de alguno de los supuestos en los que unilateralmente puede un cónyuge obligar los bienes gananciales (4).

reforma del Código Civil de 1981 también se exigía la intervención de ambos cónyuges para la enajenación de inmuebles y bastaba la notificación a la esposa para que el Juez supliera su consentimiento llegado el momento de la enajenación forzosa, por lo que ahora debería pasar lo mismo. 7.º Que la protección del cónyuge no deudor puede ser ejercitada, además de lo dispuesto en el artículo 1.373, por el uso de los artículos 1.385 —defensa de los bienes comunes por vía de excepción—, 1.390 y 1.391 —responsabilidad del deudor frente al cónyuge no deudor por los daños ocasionados e incluso posibilidad de rescindir el acto fraudulento— 8.º Que la protección del Registro de la Propiedad sólo juega plenamente frente al titular registral, bastando para el no titular la simple notificación, al efecto de que ejercite los derechos de que se crea asistido»

(4) La Resolución de la Dirección General de 23 de noviembre de 1983 señala: «Considerando que en relación a la nueva regulación de la sociedad de gananciales con el régimen general de coadministración impuesto y las excepciones y matizaciones que a este principio el propio Código Civil

b) En el embargo preventivo: como lo que se presenta al Registrador es un mandamiento ordenando practicar una anotación de embargo, en el cual se inserta literalmente una providencia, y dicha providencia, procesalmente hablando, no es más que una resolución judicial de tramitación, la cuestión de si se trata o no de un supuesto del artículo 1.367 del Código Civil será de exclusiva apreciación judicial.

3.º Aspecto registral: el bien puede aparecer inscrito en el Registro de las siguientes maneras:

a) A favor del cónyuge que aparece demandado, pero con carácter ganancial. Bastará la notificación al otro cónyuge de la existencia del procedimiento. Creo que son razones suficientes las aportadas hasta aquí (aunque está claro que pueden ser demandados ambos cónyuges).

b) A favor del cónyuge que no asumió la obligación, pero con carácter ganancial. En principio, puede parecer necesario que la demanda se hubiera dirigido también contra el titular registral, pues, de lo contrario, chocaríamos con el principio del tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 38 de dicha Ley («En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos...»): esto es lo que entienden autores como RIVAS TORRALBA, GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, entre otros. Sin embargo, a mi modo de ver, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- Que no cabe confundir la titularidad de atribución o pertenencia respecto a los bienes gananciales —la cual, puede decirse, es la verdadera y única titularidad—, contemplada en el artículo 1.344 del Código Civil («Disposiciones generales»), con la titularidad de gestión a la que se refiere el artículo 1.384 del Código Civil (Sección cuarta: «De la administración de la sociedad de gananciales») y que recoge el artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Lo único que pretenden estos últimos preceptos es posibilitar la actuación de uno solo de los cónyuges respecto a los bienes gananciales, como una excepción al principio general de la gestión y disposición conjunta,

establece, se ha puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar sus créditos y determinar los bienes comunes o privativos que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o por uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos, pero juzgándose por este sector doctrinal una reforma de las leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada».

GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (en el trabajo antes citado, pág. 873) estiman: «1.º Que ningún precepto, legal ni reglamentario, exige que el mandamiento especifique expresamente si la obligación es a cargo o no de la sociedad de gananciales, tema que en todo caso, como ya hemos reiterado, es de la competencia del Juez, no del Registrador. 2.º Que esta circunstancia, en definitiva, dependerá del fin a que se aplicó el dinero por el deudor y no de la prestación del consentimiento en el acto o contrato que haya dado lugar al nacimiento de aquella obligación, por lo que el acreedor la ignora y, en consecuencia, no puede alegarla ni existe momento procesal oportuno para ello en el juicio ejecutivo, como venimos señalando, que es el que origina la mayoría de las anotaciones de embargos».

Por su parte, CASERO MEJÍAS (comentando la Resolución de la Dirección General de 7 de febrero de 1986, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 1986, pág. 889) dice así: «... la calificación de la deuda que motiva el embargo (es decir, si es o no a cargo de los gananciales) escapa al Registrador, siendo problema previo de orden civil que, por tanto, debe determinar el Juez. Además, la casi totalidad de los mandamientos que se presentan en los Registros no contienen datos suficientes para determinar si la deuda es o no a cargo de la sociedad de gananciales ».

pero en ningún modo configurar una titularidad exclusiva a su favor (5).

- Que la verdadera titularidad del bien ganancial (ambos cónyuges, aunque aquél figure inscrito a favor de uno con carácter ganancial) es la que condiciona el juego del principio del tracto sucesivo, y ello está claro, pues siempre sería posible la actuación del no titular registral con el consentimiento del titular o autorización judicial. Lo mismo cabe decir respecto al artículo 38, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria.
- Y que, consiguientemente, podrá practicarse la anotación, aunque el demandado fuera el cónyuge a cuyo favor no figuran registralmente los bienes —siempre con la oportuna notificación al otro—, pues tal situación no empaña su titularidad. Ahora bien, la demanda sí debe dirigirse contra el cónyuge que asumió la obligación, pero ésta es una cuestión de apreciación judicial.

c) A favor de ambos cónyuges con carácter ganancial. Es de tener en cuenta lo dicho en los apartados anteriores.

d') Por último, en cuanto a las situaciones de Derecho transitorio, me voy a limitar a recoger textualmente unas palabras de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (6): «Respecto a las situaciones transitorias, es decir, deudas contraídas por el marido antes de la reforma y que se ejecuten después, nos parece que dado el carácter procesal de la norma, debe aplicarse a los procesos que se inicien después de su entrada en vigor». Este criterio fue el seguido por la Resolución de 8 de septiembre de 1964... No obstante, la opinión contraria ha sido mantenida por el Presidente de la Audiencia de Madrid en recurso contra nota denegatoria del Registro número 5 de la capital, revocando dicha nota mediante auto de 28 de septiembre de 1982, en base a la doctrina tradicional, cuya modificación «produciría la injusta secuela de favorecer al deudor y perjudicar al acreedor, que si no exigió al crearse el título la intervención de la cónyuge fue porque a la sazón no lo precisaba para lograr normalmente en su día, en la vía judicial ejecutiva que pudiera promoverse, la efectividad de su derecho».

B) Hasta aquí la cuestión previa, que, sin embargo, creo que es suficiente comentario de esta resolución, en la cual el supuesto no se presenta

(5) Así, DE LOS MOZOS señala (en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. 2.º, págs. 384 y ss.): «los artículos 1.384 a 1.386 hay que relacionarlos más con el interés de la comunidad que con el propio y específico de la situación de los cónyuges en relación a ella, ya que propiamente configuran titularidades de gestión y disposición de determinados bienes comunes...». A lo cual añade: «Por lo demás, como ya pusimos de relieve, pocas normas habrá más significativas de la nueva regulación de la sociedad de gananciales que los artículos 1.384 y 1.385, 1.º, en cuanto, sobre todo, ponen de relieve a las claras esa disociación entre titularidad y atribución de los bienes comunes que es característica de la organización y estructura de la propia sociedad de gananciales. Por otra parte, dichos preceptos son paradigmáticos del alcance que tiene la regla de la interpretación conjunta en materia de gestión de la sociedad de gananciales. Poniendo de relieve el valor que pueden tener los acuerdos entre los cónyuges, tácitos o expresos, para organizar la administración y gestión de los bienes comunes, sin necesidad de que figuren en capitulaciones matrimoniales, ya que el presupuesto de hecho al que se refieren estos preceptos se halla configurado implícitamente por tales acuerdos...».

Y LACRUZ dice (en *Elementos de Derecho Civil*, libro IV, fascículo 2.º): «los fondos y títulos de un cónyuge que deposita en un banco a su nombre son, así, jurídicamente poseídos y detentados por él. Tienen la misma concepción frente al banquero que la titularidad de una caja fuerte. Bien entendido que tales fondos o títulos no cesan, por eso, de presumirse gananciales...».

(6) En el trabajo ya citado, pág. 874.

como una relación jurídica confusa, sino como un problema claro respecto al que tomar postura:

Y la postura de la Dirección General queda suficientemente expresada —más aún que en las anteriores resoluciones sobre la misma cuestión— en cuanto no se preocupa ni especifica la manera en que la finca estaba inscrita en el Registro, por lo que en cualquiera de los tres supuestos que he examinado será aplicable la misma solución: bastará dirigir la demanda contra uno de los dos cónyuges y notificar al otro la existencia del procedimiento. (No obstante, me puse al habla con el Registro de la Propiedad de Aranda de Duero —fundamentalmente por curiosidad— y resultó que dicha finca estaba inscrita a favor de ambos cónyuges para su sociedad conyugal, en base a una escritura de 18 de noviembre de 1971, en la que la esposa, doña Evarista Velasco, adquiría con carácter presuntivamente ganancial. La inscripción se practicó con fecha de 27 de enero de 1972.)

Por otra parte, se vuelve a insistir en el punto cardinal de la discusión: «... la exigencia de demanda conjunta no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes —los gananciales— si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso».

C) Conclusiones:

1.ª Habiéndose dirigido la demanda contra el cónyuge que asumió la obligación —lo cual es de apreciación judicial— bastará la notificación al otro de la existencia del procedimiento, a los efectos del artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario.

Es indiferente que dicho cónyuge que asumió la obligación aparezca o no en el Registro como titular de gestión del bien (arts. 1.384 del Código Civil y 94 del Reglamento Hipotecario), siempre que tal bien figure inscrito con carácter ganancial.

No es competencia registral, sino judicial, la apreciación de si debió demandarse a ambos cónyuges (supuesto del art. 1.367 del Código Civil: deudas asumidas por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro) o a uno de ellos y notificada la demanda al otro (supuestos anteriormente examinados en los que uno solo de los cónyuges puede válidamente obligar los bienes gananciales).

2.ª Lo no exigido por la legislación sustantiva (Código Civil y Ley Hipotecaria) no puede ser exigido por el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario (norma reglamentaria).

3.ª Es de esperar que en una próxima reforma del citado Reglamento Hipotecario se tenga en cuenta este problema y, por fin, se dé su verdadera dimensión al artículo 144, 1, del mismo.

J. P. R. B.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PODER Y REPRESENTACION.—ABUSO EN SU EJERCICIO.—FACULTAD DE DISPOSICION.—Artículo 1.261 del Código Civil (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1986).

Vendida una finca en documento privado al actor y apelado, solemnizada luego la compraventa en escritura pública, al ir a registrarla se encuentra el comprador con la desagradable sorpresa de que una tercera persona, como apoderado del vendedor —quien había otorgado el poder en ejecución de un convenio de permuta de terreno por pisos a construir—, había vendido seiscientos metros cuadrados de dicha finca, modificada su descripción, al demandado y apelante, en escritura de fecha posterior a la de compra, pero que el transmitente —quien, al parecer, debía conocer la primera venta— se apresuró a registrar. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que confirmó la del Juzgado número 1 de Primera Instancia de Elche, haciendo suyos los razonamientos del Tribunal de Instancia, consistentes en que la escritura de compra otorgada por el recurrente fue llevada a cabo con unos poderes otorgados para otros fines, aunque amparasen al apoderado, a sus espaldas y sin su consentimiento —del poderdante—, con el efecto de que se carecía del oportuno «deber» (*sic*) —debió querer decir «poder»— de disposición sobre el bien a que se refería, con la consecuencia de nulidad por aplicación del artículo 1.261 del Código Civil. Y más adelante insiste nuestro Alto Tribunal que tal compraventa se halla carente de eficacia jurídica al reconocerse por el órgano judicial otorgada sin consentimiento con el efecto de ausencia de facultades de disposición, por el que a nombre de su titular dominical realizó la disposición sobre el bien a que se refería, lo que induda-

blemente determina la situación de nulidad que emana del artículo 1.261 del Código Civil.

COMENTARIO.—Aborda esta sentencia la interesante cuestión de la extralimitación o exceso de ejercicio por el apoderado de sus facultades, que en el presente caso bien puede entrañar un verdadero *abuso* en el ejercicio del poder conferido, por cuanto el mismo había sido otorgado con una finalidad muy concreta, la de servir de cobertura al negocio jurídico consistente en la permuta del terreno por pisos a construir, el cual no había sido siquiera comenzado a cumplir por el constructor, desde tiempo atrás.

Y, en cierto modo, es curioso que resuelva la cuestión desde el punto de vista de la falta de consentimiento (art. 1.261, 1.º, del Código Civil), pues efectivamente el apoderado consintió plenamente y con perfecto conocimiento, por lo que parece incluso más correcto invocar la falta de causa del contrato, en cuanto la determinante del poder y, por tanto, de la celebración de una compraventa fue la permuta, a la que desde luego no se daba cumplimiento—como tampoco a la construcción de los pisos—con la compraventa declarada nula. Y el tema roza también el negocio jurídico fiduciario, pues es de suponer—aunque no se dice en la sentencia—que el poder sería posiblemente un poder muy amplio referido al terreno en cuestión, precisamente para posibilitar la construcción, declaración de obra nueva, parcelación en propiedad horizontal, etc., y no sólo específico para vender. Existe, efectivamente, la distinción entre el posible efecto real—transmisión de propiedad incluso—y el obligatorio—el apoderado se obliga a actuar dentro de lo convenido con el poderdante. A ello parece querer aludir la sentencia cuando hace entrar en juego la falta de disposición por el apoderado sobre el bien en cuestión. Esta facultad o poder de disposición—aludido en el artículo 1.160 del Código Civil—es un concepto que no ha sido completamente perfilado por la doctrina. Parece que no forma parte del contenido del derecho, sino que es algo externo al mismo, que implica una determinada relación con el objeto sobre el que recae el derecho y que, desde luego, no puede confundirse con la capacidad de obrar. Algunos explican por la falta de poder de disposición casos tan dispares como los derivados de una limitación o prohibición legal (v. gr.: mercancías sujetas a control, terrenos de interés nacional) y los derivados de la voluntad unilateral (v. gr.: sustitución fideicomisaria) o bilateral. Pueden verse, al respecto, los trabajos de AZURZA, en *RGLJ*, diciembre 1948 («La capacidad y el poder de disposición») y de VILLAVICENCIO («La facultad de disposición», *ADC*, 1950, III-4).

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS. FACULTADES DEL CONSTRUCTOR PARA COMPLETAR Y RECTIFICAR LA DESCRIPCION DE LAS FINCAS QUE CONSERVE DE SU PROPIEDAD SIN PRECISAR AUTORIZACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casa-

ción interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, revocatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, declarando que «si bien las normas reguladoras de la propiedad horizontal tienen un general carácter de *ius cogens*, no obstante la libertad de contratación que reconoce el artículo 1.255 del Código Civil y la obligatoriedad de los pactos, con todas las consecuencias que de ellos se deriven según su naturaleza y sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, tienen plena aplicación a esta esfera jurídica. Y este efecto puede predicarse para las cláusulas de la escritura de obra nueva y división horizontal, puesto que las facultades que en ellas se conceden a los propietarios de locales, garajes y trasteros para agruparlos material y jurídicamente y las facultades del constructor para completar y rectificar la descripción de las fincas que conserve de su propiedad, sin necesitar para ello la autorización de la junta, no quebrantan normas imperativas de la Ley de Propiedad Horizontal y, por tanto, han de considerarse válidas y eficaces en Derecho». Y añade que «las cuestiones relativas a la extensión objetiva de la propiedad horizontal, como afectantes al dominio de bienes inmuebles, han de ser de interpretación restrictiva, requiriéndose prueba suficiente de la pertenencia, ya a la comunidad de propietarios, ya a cualquiera de éstos en singular, de los elementos, usos o servicios que integran esta forma de propiedad».

F. C. L.

RETRACTO GENTILICIO EN NAVARRA.—PRECIO DE LA FINCA RETRAIDA.—Ley 449 (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).

Fijado el precio de la finca, en escritura de compraventa otorgada el 31 de marzo de 1981, en cuatro millones de pesetas, y rectificado el mismo en escritura otorgada un mes más tarde, el 30 de abril siguiente, señalando el de nueve millones de pesetas, corroborado por talones bancarios cobrados por el vendedor, tanto el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona como la Sala de lo Civil de la Audiencia y el Tribunal Supremo dan por bueno el precio de nueve millones declarado en la escritura de rectificación y desestiman las pretensiones de la parte retrayente, actora, apelante y recurrente.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTO COMUN.—DESAFECCION.—ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1986).

Pedida por unos copropietarios la declaración como elemento común del inmueble de un piso que había sido vivienda del portero y desafectado de tal carácter por acuerdo de la junta de propietarios anterior en siete años a la demanda y, por tanto, la nulidad de dicha venta, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que confirmó la del Juzgado de Pri-

mera Instancia núm. 2 de dicha capital, manteniendo, en síntesis, que la unanimidad en los acuerdos de la comunidad puede ser expresa o tácita, derivada esta última del conocimiento de los hechos y de la falta de oposición durante cierto tiempo, además de invocar en apoyo de su decisión la doctrina de actos propios, como resulta de las siguientes consideraciones:

a) La junta de copropietarios celebrada el día veintiséis de abril de mil novecientos setenta y tres, reunida con la asistencia de once de los doce propietarios, por sí o debidamente representados, acordó la desafectación y ulterior venta por determinado precio del expresado piso sexto izquierda, destinado en principio a vivienda del portero. b) De los asistentes a dicha junta varios de ellos han vendido sus pisos a los actuales recurrentes, otro asistió como usufructuario del piso correspondiente y algún otro asistió como representante verbal del titular de la vivienda o local. En el supuesto de otro de los pisos asistió la esposa y no el esposo, en piso propiedad de ambos. c) En cualquiera de esos supuestos los acuerdos no fueron impugnados por los representantes, ni en su caso por el nudo propietario. d) En cuanto a la copropietaria no asistente ni citada para la junta en cuestión, doña S. J., consta que se informó de las obras que en el piso sexto izquierda hizo el comprador, obras que duraron bastante tiempo, y a las que no se opuso en ningún momento dicha señora J., ni participó como demandante en la demanda origen de esta litis, presentada el día doce de junio de mil novecientos ochenta, es decir, más de siete años después de tomar el acuerdo de venta del referido piso sexto izquierda. e) La acción de nulidad del acuerdo que, en su caso, correspondería a dicha señora J. es ejercitada en la demanda por otras personas que no son causahabientes de la misma. f) La venta del mencionado piso sexto izquierda consta que ha causado indudable beneficio a la comunidad, por las mejoras hechas a costa del dinero recibido a cuenta de la compraventa hecha a favor del demandado y recurrido señor P., por importe superior al mínimo fijado al autorizar la venta, lo que estima la Sala de instancia como una clara y concluyente ratificación de lo decidido en la mentada junta de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y tres.

Frente a la resultancia fáctica expuesta, el primero de los motivos del recurso, al amparo, como todos los demás, del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antigua redacción, alega la infracción por violación del artículo dieciséis, norma primera, de la Ley de Propiedad Horizontal de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, que exige la unanimidad para adoptar acuerdos que afecten al artículo constitutivo de la propiedad, y en el caso concreto no concurrieron más que once de los doce que componían la totalidad de los propietarios. Mas es de oponer a lo alegado en este motivo que los once concurrentes asistieron debidamente en cuanto, como hacen observar ambas sentencias de instancia, no hubo oposición alguna de aquellos que pudieran haber sido irregularmente representados, sino que consintieron tácitamente la representación operada: supuestos del usufructuario asistente, cuyo nudo propietario no negó la representación expresa que la norma invocada exige, ni se opuso; supuesto de la esposa que compareció por sí y en nombre de su esposo, y supuesto de los representados verbalmente, forma no prohibida por la Ley, máxime cuando no consta oposi-

ción de los interesados ni se probó la misma, ni formularon demanda contra la venta operada a virtud del acuerdo controvertido. Lo mismo puede decirse de la única propietaria no citada para la junta y que no asistió a ella, la cual en forma alguna manifestó su voluntad en contrario, no obstante haberse informado suficientemente de las obras operadas en el piso vendido, a las que expresamente asintió. Por todo ello no cabe negar la conclusión de existencia de unanimidad de los copropietarios para el acuerdo impugnado, tal como exige la regla primera del artículo dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal e impone para los actuales recurrentes el artículo mil doscientos cincuenta y siete, párrafo primero, del Código Civil, como causahabientes de los originarios propietarios que les transmitieron los pisos.

La obligatoriedad de lo acordado en la junta tantas veces referida de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y tres para los propietarios no asistentes, sino representados de distinta forma, queda corroborada por la regla de general aceptación de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos que han producido efectos jurídicos para otras personas, con base en la cual este Tribunal Supremo ha tenido en cuenta repetidamente el consentimiento tácito (Sentencias, entre otras, de catorce y veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y cinco y diez de junio de mil novecientos sesenta y seis). El transcurso efectivamente de más de cuatro años desde la adopción del acuerdo hasta la impugnación judicial del mismo ha determinado el hecho concluyente de asentir a aquél y ha dado a entender la existencia de una determinada voluntad, incompatible con toda otra contraria, al tratarse de una conducta ininterrumpida y unívoca, en el sentido de que no se presta a ser interpretada diversamente de una aceptación del repetido acuerdo, sin protesta ni reserva alguna durante tan largo lapso de tiempo. Como ha declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de diez de octubre de mil novecientos sesenta y tres y ocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro), la declaración de voluntad generadora del negocio jurídico no es necesario que sea explícita y directa, pero es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado, cuya valoración corresponde al arbitrio de los Tribunales, según las circunstancias que concurren en cada caso. Doctrina que conduce a la desestimación del segundo de los motivos, donde se alega la infracción por violación del apartado tres del artículo catorce de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que, abundando en lo dicho, el nudo propietario, como hace notar el Juez de Primera Instancia, jamás cuestionó que el usufructuario careciera de delegación expresa para los acuerdos de que se trata.

F. C. L.

URBANIZACION.—COMUNIDAD (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1986).

La situación de comunidad derivada de la urbanización o construcción de viviendas unifamiliares o chalets se acepta que se trata de una copropiedad similar a la conocida como propiedad horizontal, por la existencia de un derecho de propiedad singular sobre cada parcela y un derecho de copropiedad sobre un conjunto de elementos comunes y por la voluntad

manifiesta de las partes de aplicar el régimen de la propiedad horizontal, por lo cual, la defensa del conjunto, ante la tolerancia o simple pasividad de los órganos de la comunidad, puede mantenerse por cualquiera de los comuneros frente al infractor que ha originado las construcciones excesivas y plantaciones molestas.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.—CARACTER (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1986).

La servidumbre de luces y vistas, consecuente de la apertura en pared propia de ventanas y balcones, tiene la consideración de negativa y aparente, y es para su adquisición por el «acto de destinación» del común propietario de los distintos terrenos o fundos o inmuebles actuales, cuando no se hace constar lo contrario en forma expresa o inequívoca por aquél por actos reales (cierre de los huecos) o constancia documental al enajenar o dividir lo que era unidad patrimonial en el acervo del común propietario, haciendo previamente al acto de división o enajenación una manifestación ostensible de desaparecer todo signo o vestigio que refleje el aprovechamiento de un fundo sobre otro.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

EL CONSENTIMIENTO UXORIO DEL ANTIGUO ARTICULO 1.413 PUEDE PRESTARSE TACITAMENTE (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que el consentimiento uxorio del antiguo artículo 1.413, por lo mismo que no tenía prescrita una forma determinada, podía ser expreso o tácito y prestarse antes de ser celebrado el negocio, simultáneamente a su otorgamiento o con posterioridad al mismo, como también podía ser inferido de las circunstancias (Sentencia de 8 de noviembre de 1983); siendo asimismo pacífico que el plus de voluntad marital complementario del acto dispositivo normalmente realizado por quien tenía a su cargo la administración de la sociedad de gananciales, al faltar provocaba no la nulidad radical o plena, sino el efecto más débil de la simple anulabilidad, según acción que competía a la mujer y a sus herederos y no al marido; así y todo, esa jurisprudencia afirmaba que la apreciación de la existencia del consentimiento de la mujer es un elemento de hecho sometido a la exclusiva soberanía de los Tribunales de instancia y no revisable en casación más que por la vía del error (Sentencia de 7 de diciembre de 1984).

J. Q. S.

LA INSCRIPCION NO PROTEGE AL ADQUIRENTE QUE CARECE DE BUENA FE (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico decidido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen; la anterior doctrina no es en realidad contradictoria, sino que denota que, por un lado, se ha de partir de los hechos acreditados y, por otro, que su apreciación integra una valoración jurídica, en cuanto la buena fe en sí no es un hecho, sino una de las llamadas en el proceso «máximas de experiencia», cuya apreciación compete a esta Sala de casación.

El principio de buena fe, recogido para el ejercicio de los derechos subjetivos en general por el artículo 7, 1.º del Código Civil, y para las relaciones obligatorias en particular por el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal, es informador de todo el ordenamiento jurídico, que impone rechazar las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a la buena fe; lo que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el poder en que el Derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta para la cual ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico, o se ejercita en circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico; por ello, el comprador recurrido no puede ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque no procedió de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente; todo lo que evidencia que al faltarle la buena fe no puede ser protegido por la inscripción registral.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: HAY QUE ACREDITAR EL COMPORTAMIENTO CULPOSO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Al prevenir el artículo 1.902 del Código Civil que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», claramente está poniendo de manifiesto que para exigir responsabilidad con su base, se requiere no sólo acreditar la existencia de un resultado dañoso, sino también la existencia de un comportamiento culposo o negligente por parte del que actúa, generante de relación de causa a efecto, atribuible a quien la indemnización es reclamada, y cuya situación de comportamiento culposo o negligente se precisa evidenciar sin duda alguna, y no por meros «pareceres», que, como de tal índole, son únicamente posibilidades, hipótesis, opiniones o criterios meramente subjetivos, y que como de esa naturaleza, no es suficiente para generar la responsabilidad por culpa extracontractual o «aquiliana», que sanciona el invocado artículo 1.902, toda

vez que la existencia de un siniestro no quiere decir, por sí solo, que responde a un actuar de culpa o negligencia de la persona a quien se pretenda responsabilizar.

J. Q. S.

EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA ES EL BÁSICO DE NUESTRO ORDENAMIENTO (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala viene proclamando reiteradamente que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia, el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado, en relación con el 1.903; pero no es menos cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha creado diversos paliativos, cuales son el acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de «agotar la diligencia»; más destacadamente aún, la responsabilidad por riesgo, de especial relevancia en la circulación de vehículos de motor; es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el actor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para abonar a otra culpa concurrente, pues en otro caso sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa).

J. Q. S.

LOS ARRENDATARIOS EXTRANJEROS TIENEN DERECHO A PRÓRROGA FORZOSA SI EN SUS PAÍSES EXISTE EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Lo discutido fue la aplicación del beneficio de la prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en un contrato en que el arrendatario es extranjero, para lo que no es suficiente la normativa genérica del artículo 27 del Código Civil, que atribuye a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, porque añade «salvo lo dispuesto en las Leyes especiales», como en este caso es la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 7 concede a los extranjeros los beneficios en ella establecidos, «siempre que prueben la existencia del *principio de reciprocidad* en los países respectivos»; reciprocidad que puede ser diplomática (si existe tratado, convenio o simple canje de notas) o legislativa si legalmente se establece la igualdad sin

discriminación entre nacionales y extranjeros, bien en Leyes de carácter general o bien en la Ley especial caso de existir, cuya prueba corresponde al arrendatario que alega la reciprocidad, para lo que es válido cualquier medio admisible en Derecho, entre los que se han utilizado a veces la certificación del Embajador o Cónsul españoles en el país de que se trate.

J. Q. S.

PRESCRIPCION EXTINTIVA: BASTA LA CIRCUNSTANCIA OBJETIVA DEL TRANSCURSO DEL LAPSO (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin desconocer, como ha precisado esta Sala, que la prescripción extintiva no descansa en la justicia intrínseca, lo que impide aplicarla con criterios técnicamente desmedidos, tampoco puede prescindirse de los efectos que lleva aparejada la inactividad del titular con el consiguiente «silencio de la relación jurídica» durante el tiempo legalmente previsto al respecto, en aras de la seguridad y certidumbre en el campo del Derecho para todo tipo de situaciones, al margen de la presunción de «abandono» o de la «pereza» de que habla algún texto del Derecho histórico (Ley 22, Título 29, Partida Tercera), pues basta la circunstancia objetiva del transcurso del lapso señalado por la norma para el ejercicio del derecho o de la acción sin que éste se hubiere realizado.

J. Q. S.

EL ACTO DE CONCILIACION INTERRUMPE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DE ACCIONES (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala que el acto de conciliación, incluso a través de la mera presentación de la papeleta de demanda, interrumpe por sí solo la prescripción extintiva de acciones sin necesidad de que dentro de los dos meses siguientes se interponga la demanda, como exigía el antiguo artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello porque: a) el acto de conciliación no puede ser de inferior condición que las simples reclamaciones extrajudiciales, las que, según el artículo 1.973 del Código Civil, interrumpen la prescripción; b) el plazo de dos meses, dentro del cual ha de presentarse la demanda para que se produzca aquel efecto interruptivo, sólo es aplicable a la prescripción adquisitiva o usucapión, y no al supuesto de prescripción de acciones personales.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE INOCENCIA (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Alegándose por los recurrentes que el fallo de instancia infringe el principio de presunción de inocencia que contiene el artículo 24 de la Constitución, y este motivo debe decaer en razón a los

siguientes fundamentos: Primero: Que aunque esta Sala tiene declarado reiteradamente que son directamente aplicables al proceso civil las normas constitucionales, no podemos olvidar que no nos encontramos en el caso de autos ante un supuesto sometido al campo del Derecho penal, en el que la realización por una persona física de un acto antijurídico y típico, operado de modo culpable, desencadena la imposición de una pena, y en el que los principios de presunción de inocencia o *in dubio pro reo* exigen que se halle indubitadamente acreditada la comisión del hecho delictivo, ya que, en otro caso, la presunción de inocencia del imputado acarrearía su inevitable absolución, ni tampoco en un supuesto de Derecho sancionador, respecto del cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado que son de aplicar los principios que rigen en el ámbito del Derecho penal, ni aun tampoco, finalmente, en el campo de un proceso delimitativo de derechos, supuestos éstos en los que el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicabilidad del principio del Derecho a la presunción de inocencia, sino ante un caso de responsabilidad civil extracontractual, en el que la causación de un daño en la persona o bienes de alguien, en virtud de un acto negligente de un tercero, origina la inversión del principio de la carga de la prueba; y si es verdad que el que reclama debe acreditar cumplidamente la causación del daño mediante un acto del demandado, también lo es que tal demostración puede llevarse a cabo a través de cualquiera de los medios que la Ley procesal civil establece, entre los cuales figura la de las presunciones. Segundo: Tiene también declarado el Tribunal Constitucional que la presunción de inocencia es una mera presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por cualquier medio de prueba.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: SOLIDARIDAD CUANDO HAY PLURALIDAD DE AGENTES (SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (Sentencias de 3 de enero de 1979, 28 de mayo de 1982 y 14 de noviembre de 1984).

J. Q. S.

PARA EL EXITO DE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.504 HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL 1.124 (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala viene proclamando de forma constante y reiterada que los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo cuando se trata

de bienes inmuebles, lo que significa que el éxito de la acción resolutoria que contempla el artículo 1.504 exige la concurrencia de los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 consideró la jurisprudencia de esta Sala, entre ellos que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones por ella contractualmente asumidas, pues, según la doctrina jurisprudencial, no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones.

J. Q. S.

EL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL COMPRENDE LOS HECHOS NO LICITOS QUE IMPIDAN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La amplia expresión del artículo 1.101 del Código Civil, de declarar sujetos a indemnización a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de las obligaciones, comprende como origen de responsabilidad cualquier hecho no lícito que pueda, causando perjuicio, alterar el cumplimiento fiel, estricto y normal de las obligaciones, cualquier medio o forma de incumplimiento de éstas, por lo que en tal sentido, el relacionado artículo 1.101 del Código Civil, puesto en relación con el 1.098 del mismo Cuerpo legal sustantivo, suple el silencio de este ordenamiento jurídico, permitiendo invocarlos en todos los casos en que pueda haber ocasión de responsabilidad, generando en el módulo prescriptivo el plazo de quince años, toda vez que no es operante la prescripción de un año y sí la quincenal del artículo 1.964 del Código Civil, cuando la responsabilidad surge del incumplimiento de obligaciones asumidas.

J. Q. S.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO: NO ENTAN LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde en el comprador para dar lugar a la resolución de la venta no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que unas veces lo ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento, y en otras lo decisivo, en todo caso, es que quede acreditada una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente; para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo del comportamiento de cada contratante las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueran elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad.

J. Q. S.

LA COMPENSACION JUDICIAL EXIGE MENOS REQUISITOS QUE LA LEGAL (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La llamada «compensación judicial», figura jurídica admitida por la generalidad de la doctrina científica y para la que no son de exigencia todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellos que las dos deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede deferirse en la concreción del montante de la deuda compensable a la decisión judicial; no alcanzándose por qué el derecho a compensar, cuando ha sido reconocida la realidad de su crédito, requiera para actuarse nuevos procedimientos judiciales, en los que ya se pueda aducir la operancia de la compensación legal, pues ello implicaría una aplicación desorbitada de los principios que en nuestro primer ordenamiento legal sustantivo informan los criterios con que han de ser interpretadas las normas jurídicas (art. 3, núm. 1, del Código Civil), de lo que resulta que el espíritu de la preceptiva contenida en el artículo 1.195 del Código Civil, según el que «tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra», no pugna con que el derecho a compensar un crédito judicialmente reconocido en su realidad pueda, haciéndose aplicación de la equidad, en la forma que autoriza el número 2 del artículo 3 de nuestro Código, y con apoyo precisamente en la finalidad de lo que el instituto de la compensación significa, actuarse en la ejecución de la sentencia en que el crédito compensable fue reconocido.

J. Q. S.

IMPUTACION DE PAGOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La imputación de pagos no es otra cosa que la designación o el señalamiento de la deuda a la que se haya de aplicar la prestación verificada por el deudor, lo que exige la coexistencia previa de deudor y acreedor y de una pluralidad de deudas derivadas de las relaciones obligacionales mediante entre los mismos, ante cuya situación el artículo 1.172 del Código Civil faculta al deudor para designar o señalar a qué deuda de las preexistentes ha de imputarse el pago, lo que implica, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 11 de mayo de 1984, que tal señalamiento o designación entraña una declaración de voluntad recepticia, en principio correspondiente al deudor, sobre el destino de la prestación que realiza.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—LA EXCEPCION DE NO APLICARSE LA LEGISLACION ARRENDATICIA A TIERRAS CUYO VALOR ES SUPERIOR AL DUPLO DEL PRECIO QUE NORMALMENTE CORRESPONDE A LAS DE SU CALIDAD Y CULTIVO, SE APLICA A LAS DEDICADAS EFECTIVAMENTE A LA AGRICULTURA Y NO, COMO PRETENDE EL RECURRENTE, A LAS QUE NO ESTAN CULTIVADAS (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1984).

Los arrendatarios de unas tierras y un caserío unido a ellas ejercitan la acción de retracto ante el Juzgado número 1 de San Sebastián, consignando el importe de la transmisión en el Juzgado, que estima la demanda, pero la Audiencia de Pamplona, en apelación, revoca la anterior.

No prospera el recurso de casación. Son rústicos los arrendamientos por los que una parte cede temporalmente a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos mediante el precio, con el fin de dedicarla a una explotación agrícola o ganadera, pero con la excepción de no incluir las tierras que por su proximidad a poblaciones, estaciones ferroviarias, carreteras, puertos o playas tengan un valor superior al duplo del precio que normalmente corresponde a las de su misma calidad y cultivo, excepción a la que deben atenerse los Tribunales sin que puedan limitarla ni ampliarla por otras disposiciones de rango reglamentario, tanto por imperativo constitucional (art. 9, 3, de la Constitución) como por disponerlo así el Código Civil (art. 1, 2), respondiendo al principio de jerarquía normativa, por lo que no procede el argumento del recurrente de que las tierras situadas fuera de las zonas o planes de ensanche de las poblaciones y próximas a éstas o a los lugares antes indicados sólo se excluyen de la normativa arrendaticia cuando de hecho no están dedicadas a usos agrícolas, quedando sometidas a ella las dedicadas a fines agrícolas, cualquiera que sea su valor, con lo que se da trato de rústicos a arrendamientos que, a tenor del texto legal, quedan excluidos, conclusión que concuerda con la vigente Ley de 31 de diciembre de 1980, aunque ésta no sea aplicable a la litis por el principio de irretroactividad, por lo que procede negar a la finca arrendada, sita en el ensanche de Irún, la cualidad de rústica, ya que el valor industrial de la finca era superior en un 8 por 100 al agrícola.

C. R. R.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE NO TUVO CONOCIMIENTO DE LA VENTA HASTA EL MOMENTO DEL ACTO DE CONCILIACION, SIN QUE OBSTE EL QUE HUBIERA ABANDONADO PARCIALMENTE LA FINCA, YA QUE EL RETRACTO SE PUEDE LIMITAR A UNA PARTE DE LA FINCA ENAJENADA (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

El arrendatario de unas fincas rústicas y de una casa agrícola se enteró de la venta de las mismas al ser citado de conciliación por el adqui-

rente para que abandonase estas fincas, por ser un precarista. Entonces se le mostraron los títulos de adquisición de la casa y de las fincas por separado, con un precio de un millón de pesetas en total, por lo que promueve demanda de retracto ante el Juzgado número 2 de Vigo que la admite, así como la Audiencia, en apelación.

No triunfa el recurso de casación. No está claro que el retrayente tuviera conocimiento del precio de venta de las fincas y de su forma de pago hasta que, en el acto de conciliación, le fue mostrada la escritura de venta, pues sólo tenía noticia de que el retraído había adquirido todo el capital del primitivo arrendador y, por otra parte, su abandono de las fincas fue parcial, ya que sólo afectó a seis de las treinta arrendadas, lo cual pone de evidencia la inexistencia de los motivos en examen. Tampoco procede la accesoriedad de una casa de labranza, ya que dicho inmueble no ha sido objeto de retracto, pues cabe que el retracto se ejercite sobre parte de la finca arrendada y más cuando la parte retraída y la no retraída fueron objeto de distintas enajenaciones a diferentes personas. Al no probarse la fecha de conocimiento anterior de la transmisión por el retrayente, no se puede admitir que haya caducado la acción de retracto, ni tampoco se ha acreditado el abandono total de la finca ni la cesión o intento de cesión, al menos, de la finca retraída, que pretende el recurrente, sin haberlo probado.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SIENDO CULTIVADORES DIRECTOS Y PERSONALES LOS ARRENDATARIOS, NO SE LES PUEDE APLICAR LA PRORROGA FORZOSA DE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA LEY DE 1980, SIN QUE HUBIERA EXISTIDO, POR OTRA PARTE, EL PREAVISO DE AQUELLOS, LO QUE, EN CUALQUIER CASO, HUBIERA PROVOCADO LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Se presenta demanda de resolución de un arrendamiento ante el Juzgado de Morón de la Frontera, por haber transcurrido el plazo pactado, ya que los arrendatarios, como propietarios o arrendatarios de otras fincas, no reúnen la cualidad de cultivadores directos y personales. El Juzgado desestimó totalmente la demanda, pero la Audiencia revoca la anterior y admite el desahucio.

El recurso de casación no tiene éxito. No se puede aplicar la prórroga forzosa de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1980 y, además, se había extinguido el contrato por no existir el preaviso de los arrendatarios, que llevan en arrendamiento otras fincas además de la litigiosa, que precisan y exigen, para su normal explotación, de la atención de más de doce obreros, la mitad de ellos con carácter fijo. Aunque el cultivo era ganadero, los arrendatarios lo transformaron en agrícola, haciendo uso de la facultad de sembrar todo lo que fuera susceptible de ello, pero en realidad es indiferente, ya que el plazo fue de seis años y las prórrogas de los Reales Decretos de 1978, 1979 y 1980 eran aplicables a una y otra modalidad contractual, como se entendió en las Sentencias de 26 de enero de 1981 y 20 de abril de 1982, en relación con el cultivo personal y directo. La Ley se dirige en su acción tuitiva hacia la figura del agri-

cultor profesional modesto, por evidentes razones de justicia, y por ello excluye de tal calificación a quien posea o lleve en arriendo una explotación agraria cuyas dimensiones excedan de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío, y los arrendatarios llevan más de 1.000 hectáreas, por lo que no puede prosperar la tesis del arrendatario de que la consideración de personal sólo ha de valorar y tener en cuenta la finca que es objeto de la acción con abstracción de las otras fincas, lo que contraviene no sólo la dicción legal, que habla de otras explotaciones agrarias, sino la ya vieja doctrina de este Tribunal, que negó la condición de arrendatario protegido a quien tuviera concertados varios contratos, aunque en cada uno de ellos la renta no excediera del límite legal.

C. R. R.

DESAHUCIO.—EL DERECHO DE PRORROGA ARRENDATICIA QUEDA SIN EFECTO CUANDO EL ARRENDADOR SE PROPONE CULTIVAR LA FINCA DIRECTAMENTE, SIEMPRE QUE LOS CONTRATANTES NO HUBIESEN PACTADO UN PLAZO DE DURACION SUPERIOR AL MINIMO LEGAL (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1985).

Un año antes del vencimiento del plazo contractual se anunció por los arrendatarios su propósito de prorrogar el arrendamiento, a lo que se opusieron los propietarios por ser intención de dichos titulares el cultivarlas directamente, obligándose a ello por un plazo de seis años, por lo que fracasadas las gestiones amistosas, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia de Ecija, que la admite, y confirma esta resolución la Audiencia Territorial.

El recurso de casación no prospera. La cláusula que dice que los arrendatarios tendrán que pagar 10.000 pesetas por año y por fanega de tierra durante el tiempo que permanezcan vencido el plazo es interpretada por la sentencia de instancia en el sentido de negar que contenga pacto de prórroga, atribuyéndole la naturaleza de una estipulación liquidadora de daños y perjuicios por la demora en la devolución de las fincas arrendadas. El artículo 1.º del Reglamento de 1959 establece la inderogabilidad de sus normas por pacto en contra, pero su artículo 11 dice que el derecho de prórroga quedará sin efecto cuando el propietario se proponga cultivarla directamente, siempre que los contratantes no hubieran pactado un plazo de duración superior al mínimo legal, por lo que tan lícito es el derecho a la prórroga como el derecho del arrendador a negarla si se propone cultivarla directamente, por lo que la expresada cláusula se ajustó a la más estricta legalidad. Cualquiera de los copropietarios está legitimado para el ejercicio de la acción arrendaticia, pudiendo la comunidad de propietarios resolver el contrato locativo y contraer y cumplir la obligación de cultivo directo sin que asuma tal obligación cada uno de sus miembros por separado, teniendo en cuenta además que si los recurrentes ejercitaron su derecho a la prórroga, notificando su voluntad sólo a dos arrendadores, no pueden oponer ahora la defectuosa negativa de prórroga, por no haberla formulado todos los arrendadores, pues si así se entendiera la notificación de los recurrentes también sería inválida.

C. R. R.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE DEBE ABONAR EL VERDADERO PRECIO PAGADO CUANDO TIENE CONOCIMIENTO DE EL Y NO SOLO EL ESCRITURADO. EL RETRAYENTE HABIA SIDO DECLARADO PRECARISTA EN OTRO PROCEDIMIENTO Y, EN CONSECUENCIA, NO TENIA DERECHO AL RETRACTO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1985).

En 1978 se citó de conciliación al arrendatario para que dejase la finca libre, por parte del comprador de la misma, que pensaba cultivarla directamente. Planteado otro acto de conciliación por el arrendatario y no existiendo avenencia, se presenta demanda solicitando el retracto ante el Juzgado de Tudela, que estimó la misma, pero la Audiencia de Pamplona la revocó.

Confirma la misma tesis el Supremo. El pleito, iniciado en 1978, debe acomodarse a las Leyes entonces vigentes, esto es, el Reglamento de 1959, y, conforme al artículo 2, número 3, del Código Civil, no debe darse efecto retroactivo a la legislación vigente de 1980; sin embargo, el recurrente formalizó su recurso conforme a esta última Ley, lo que sería suficiente para desestimar el recurso, pero aparte de ello, es obvio que el recurrente conoció el verdadero valor de la finca en el acto de conciliación celebrado en el Juzgado el 25 de enero de 1978, corroborado por la prueba documental del pago simultáneamente, habiendo declarado esta Sala que el retrayente ha de entregar al comprador la cantidad que realmente pagó, aunque no coincida con el precio fijado en la escritura y más cuando el consignado es notoriamente inferior y persigue un lucro que resulta reprobable. También está probado que el ahora recurrente, en documento de 31 de marzo de 1977, se comprometió a desalojar el inmueble arrendado en 20 de diciembre del mismo año, lo que le convierte en precarista y dio lugar a un litigio que concluyó con Sentencia firme de 17 de diciembre de 1980 de dicha Audiencia Territorial, que le declara precarista, constando también que antes de llegar a esta situación se le hizo al recurrente la debida oferta para la adquisición de la finca arrendada.

C. R. R.

DESAHUCIO.—SE HA DE APLICAR AL RECURSO LA LEGISLACION ANTERIOR, PORQUE NINGUN PRECEPTO DE LA NUEVA LEY DICE QUE HAYA DE APICARSE ESTA A LOS LITIGIOS NACIDOS ANTES, RIGIENDO PLENAMENTE LA DISPOSICION TRANSITORIA 4.ª DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1985).

Los arrendatarios no hicieron saber al arrendador su desecho de prorrogar el contrato, notificando, en cambio, el propietario, por conducto notarial, que debían dejar la finca libre en 1 de octubre de 1980, continuando en la posesión de las fincas y realizando labores, por lo que se presenta demanda ante el Juzgado número 1 de Burgos, que la admitió, siendo desestimada la apelación por la Audiencia.

El recurso de revisión no tiene éxito. La excepción de incompetencia de jurisdicción no puede admitirse, ya que no fue suscitada en forma en el oportuno período de alegaciones de la instancia, sin que sea posible

aplicar el artículo 74 de la Ley Procesal, a fin de que esta Sala declarara de oficio la incompetencia por razón de la materia. La Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que sujeta a ella los contratos ya existentes, no dice que los procesos ya iniciados tengan que sustanciarse por los nuevos cauces en la segunda instancia o posteriores ante el Alto Tribunal y, por consiguiente, hay que atender a la legislación procesal que conviene al caso, atendida la fecha de iniciación del litigio, conforme a la Disposición Transitoria 4.ª del Código Civil. De todas formas, quedaría sin desvirtuar la argumentación de la sentencia de primera instancia en cuanto al desalojo por expiración del plazo contractual y el de las posibles prórrogas, ya que han transcurrido más de diecinueve años desde el otorgamiento del contrato hasta la interposición de la demanda.

C. R. R.

RESOLUCION.—PROCEDE PORQUE EL ARRENDATARIO HA HECHO DAÑOS DE CONSIDERACION EN LA FINCA ARRENDADA (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1985).

El arrendatario había hecho daños de consideración en la finca arrendada, por lo que se solicita la resolución del contrato con la indemnización de los daños ocasionados, tanto en la huerta como en las paredes de piedra y edificaciones, más los intereses de dichas sumas, ante el Juzgado número 2 de Salamanca, que estimando en parte la demanda, declaró resuelto el contrato ordenando el desahucio con la indemnización consiguiente, lo que confirmó la Audiencia.

Se rechaza el recurso consiguiente por el Tribunal Supremo. El recurrente alega que los daños causados han podido ser ocasionados también por el arrendador, ya que coexisten la posesión de éste y la del arrendatario, pues aquél tiene el derecho de caza, que practica asiduamente en la finca, pero ello contradice la determinación de la sentencia de que el resultado dañoso se debe al arrendatario después de la confrontación de las diversas pruebas. Estas han puesto de manifiesto que una parte de la finca, calificada de huerta, está actualmente en un proceso avanzado de desertización, causada durante el arriendo por abandono del cultivo y por acción de los animales que el propio arrendatario explota, contradiciendo esta conclusión la rechazable por interesada e indemostrada opinión del recurrente, que se limita a discrepar del reproche de conducta que el Tribunal le hace, luego del examen de la prueba, legalmente inobjetable.

C. R. R.

DESAHUCIO.—NO TIENE EL ARRENDATARIO LA CONDICION DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, POR LO QUE NO HA LUGAR A LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1979 Y HABIA CONCLUIDO EL CONTRATO YA POR HABER EXPIRADO EL PLAZO DE CINCO AÑOS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1986).

En 1974 se arrendaron varias fincas por un plazo de cinco años, y en 1979, antes de vencer el plazo pactado, el propietario denegó al arrendata-

rio la prórroga del contrato, por finalizar el término, por conducto notarial, habiéndose negado a abandonar la finca, por lo que se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado de Colmenar Viejo, que la desestimó, pero la Audiencia de Madrid dio lugar al desahucio de las fincas.

No tiene éxito el recurso de casación. El arrendatario alegó su condición de cultivador directo y personal, pero la Audiencia sienta como hechos probados que el arrendatario tiene su domicilio en Madrid, que uno de sus hijos trabaja en el Canal de Isabel II y los otros dos conviven con el padre, existiendo las mismas dudas en cuanto a si el número de obradas del asalariado excede del 25 por 100 del total necesario para el laboreo de la finca, preparándose el recurso de casación cuando el que debió presentarse fue el de revisión, ya que el litigio se sustanció conforme al Reglamento de 1959, por iniciarse antes de 19 de febrero de 1981, en que comenzó a regir la Ley de 31 de diciembre de 1980, lo que bastaba para no admitir el recurso, pero para mayor garantía procede examinar los motivos del recurso. Los documentos aportados: certificaciones de las Cámaras Locales Agrarias de los pueblos y del Alcalde de uno de ellos, aparte de carecer de fehaciencia, lo que expresan es que la tierra es trabajada y cultivada, directa y personalmente, por el arrendatario y sus hijos con un obrero, pero sólo dos de los hijos viven en el pueblo y el arrendatario tiene su domicilio en Madrid, como el otro hijo, debiendo permanecer incólume lo afirmado por la Audiencia. No reúne, por tanto, el demandado la condición de cultivador directo y personal, por lo que no le fueron aplicables las prórrogas de los Reales Decretos de 1978 y de 1979, anteriores a la nueva Ley de 1980, por lo que este arrendamiento había concluido ya cuando se solicitó el desahucio del arrendatario, por haber expirado el plazo de cinco años, superior al mínimo legal de tres, y no tener derecho a prórroga.

C. R. R.

RESOLUCION.—ESTANDO PROBADO EL CARACTER DE SUELO DE RESERVA URBANA DE LA FINCA ARRENDADA, LA VERDADERA MAQUINACION FRAUDULENTE SERIA LA DEL RECURRENTE, EMPEÑADO EN IMPUGNAR TAL CARACTER (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1985).

El Juzgado de Distrito de Móstoles dictó sentencia en 1981 declarando resuelto el contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta desde septiembre de 1978. El Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero confirmó la anterior, estimando que no se habían consignado las rentas vencidas.

Se interpuso recurso extraordinario de revisión con base en la falsedad de un documento público: certificación del Secretario del Ayuntamiento de Móstoles, el cual ha sido base de la sentencia que se recurre al considerar que las tierras estaban dedicadas a un arrendamiento de suelo urbanizable programado como de uso industrial y no el rústico, que era lo que querían las partes al realizar el contrato, lo que constituye una maquinación fraudulenta del propietario de la finca. Pero el recurso es rechazado, ya que no sólo los documentos no son falsos, sino que existe una prueba abrumadora de que reflejan la verdadera situación de la finca cuestionada,

ya que todos coinciden en que la parcela era de reserva urbana. Si existe maquinación fraudulenta es por parte de quien intentó la revisión, ya que los datos que concretan el carácter urbano de la finca se acomodan a la realidad, y sin olvidar que el revisionista, pese a constar claramente probado que el acuerdo de la Comunidad de Madrid por el que se declara la parcela como suelo de reserva urbana, fue recurrido por otra persona a nombre del actual impugnante, lo que fue desestimado, sin que tal acuerdo fuera impugnado judicialmente.

C. R. R.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—PROCEDE LA REDUCCION DE RENTA ALEGADA POR EL ARRENDATARIO, POR PERDER CAPACIDAD DE RIEGO LA FINCA, SIN QUE LO DESVIRTUE LA CONCESION DE UN PRESTAMO POR CATASTROFE AL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1985).

La renta fijada en el contrato de 1970 fue de 300.000 pesetas anuales, pero fue revisada después a instancia del actor y fijada en 1.100.000 pesetas, mediante un procedimiento civil. En 1982, finalizado el contrato, se demanda el desahucio ante el Juzgado de Coria, que estimó parcialmente la demanda, declarando el arrendamiento extinguido, debiendo pagar el arrendatario 1.500.000 pesetas, y desestimando la reconvencción del demandado, en la que se pedía el abono de las mejoras hechas en la finca y los daños causados por el arrendador en la cosecha de 1982. La Audiencia modifica la sentencia anterior, rebajando a 400.000 pesetas la suma de la renta impagada por el año 1980, 275.000 pesetas por 1981 y 1.100.000 pesetas anuales para 1982, sin abono de intereses, condenando a los actores a abonar las mejoras hechas en la finca.

El recurso de casación del actor no prospera. El Tribunal de instancia entendió que el arrendamiento era continuación de una aparcería anterior, lo que no es combatido adecuadamente por el recurrente, ya que se ha probado que los demandados transformaron la finca en regadío, siendo procedente la reducción de renta decretada por la Sala, ya que se probó que durante 1981 la finca tuvo reducido su caudal de riego al 25 por 100 del de un año normal y cuya circunstancia le fue comunicada notarialmente a la propiedad, sin que la concesión de préstamo por catástrofe enerve tal pretensión, y al determinar en la sentencia dictada la cantidad líquida adeudada en concepto de rentas atrasadas, tal cantidad no puede devengar intereses en razón a tal iliquidez, como ha declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por JOSÉ CERDÁ GIMENO

DEMANDA DE RECLAMACION DE FILIACION: *hija engendrada por oligofrénico; capacidad para contratar y capacidad para reconocer según el Código Civil; el recurso a la analogía.*—CRESPO v. CAZURRO y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

ADVERTENCIA IMPORTANTE: A pesar de la fecha de esta sentencia, consideramos que su reseña aquí es importante y trascendente, dado que la situación fáctica o supuesto de hecho subyacente al litigio *sigue hoy en día sin tener adecuada solución legal*. O de otro modo dicho, el oligofrénico ¿es siempre y en todo caso incapaz para reconocer a un hijo?

I. *Antecedentes.*—La actora presenta demanda sobre reconocimiento de su hija natural y la basaba en los hechos siguientes: 1) En 1959, la actora, soltera y de conducta honesta, conoce al demandado, también soltero, frecuentando su trato y estrechando su amistad y simpatía. 2) Posteriormente formalizan relaciones amorosas, en forma normal al principio, pero pasados algunos años, «ante el asedio continuo del demandado y la promesa de un rápido matrimonio, y una vez rebasadas la intimidad y convivencia, la actora quedó embarazada» (*sic*). 3) En 1963, la actora da a luz a una niña, inscrita en el Registro Civil correspondiente con los apellidos de la madre. 4) Ni el hecho del embarazo ni el alumbramiento entubieron las relaciones amorosas citadas, sino que, al contrario, prosiguieron sin interrupción, haciendo el demandado *públicos alardes de paternidad*, lo que se pone de manifiesto en dedicatorias de fotografías y cartas (*sic*) que acompaña a la demanda. 5) El demandado había, con diversas excusas, ido posponiendo el reconocimiento de la niña como hija natural, y fue preciso un *acto de conciliación* para requerirle formalmente, pero no compareció al mismo. La demanda termina con la *súplica* de que *se declare* que la niña... es hija natural del demandado; que dicha niña debe ostentar, en lugar de sus apellidos actuales, los de Cazurro Crespo, debiendo rectificarse en este sentido la inscripción de su nacimiento, y, como consecuencia, que *se condene* al demandado a estar y pasar por las mismas y a reconocer dicha filiación, con las consecuencias y deberes a ella inherentes.

El demandado contestó a la demanda, y alegó en síntesis los siguientes hechos: 1) Que el demandado venía padeciendo desde hacía muchísimos años, desde su nacimiento, «una oligofrenia cuya técnica graduación había de rebasar, sin duda, los límites de la debilidad mental con que fue calificada por el tribunal médico de la comisión técnica calificadora provincial del Ministerio de Trabajo». 2) Aludía a que la actora había tenido otra hija anteriormente y que el relato de la demanda era sorprendente. Termina con la *súplica* de que se dicte sentencia *desestimando* la demanda y *absolviendo* al demandado, con costas a la actora.

El Ministerio Fiscal *no contestó* a la demanda.

II. *Sentencia del Juzgado.*—Una vez practicadas las pruebas pertinentes, el Juzgado, *estimando* la demanda, *declara* que la niña . es hija natu-

ral del demandado, que debe ostentar en lugar de sus apellidos naturales los de Cazurro Crespo, *debiendo rectificarse* en este sentido la inscripción de su nacimiento, y *condenando* al demandado a reconocer dicha filiación con las consecuencias y deberes a ella inherentes, *sin condena en costas*.

III. *Sentencia de la Audiencia*.—La Audiencia Territorial, en sentencia de 1973, parte y *acepta que de los documentos privados aportados* con la demanda y *reconocidos* por el demandado, *se infiere* una admisión expresa de paternidad que *objetivamente* encaja en el artículo 135, 1.º, del Código Civil, y señala luego que *las formas de reconocimiento del artículo 135 arrancan de la voluntad del padre*, por lo que al padecer el demandado de *oligofrenia*, y a tenor del artículo 1.263, 2.º, del Código Civil, *no pudo prestar válidamente el consentimiento para reconocer*, procediendo por ello la *nulidad* de los actos que podrían implicar el reconocimiento de la filiación natural pretendida. Concluye la *nulidad* del reconocimiento, al ser nulos por falta de consentimiento los *actos* de los cuales podría aquél derivarse; *la causa* de la invalidez la sitúa en no haber alcanzado el nivel intelectual de una persona adulta ni el de una persona capaz de contraer matrimonio. Sienta la sentencia de la Audiencia y declara probado (1) «que el demandado padece una oligofrenia con un coeficiente intelectual de cero coma sesenta y ocho o cero coma setenta, y una edad mental equivalente a un niño de once años, que por ser congénita y obedecer a lesiones cerebrales irreversibles, sólo es susceptible, mediante la educación adecuada, de llegar al nivel intelectual citado, pero no superarlo, ni haber sido susceptible de alcanzar el correspondiente a una persona adulta o, al menos, capaz para contraer matrimonio, y que cuando escribió las cartas y dedicatorias en que se funda la demanda no tenía capacidad para hacer el reconocimiento». La Audiencia dicta sentencia en 1973, *revocando* la sentencia apelada y *absolviendo* al demandado de sus peticiones, *sin imponer costas*.

IV. *Recursos de casación* (2).—Contra la anterior sentencia formulan recursos:

1) *El Ministerio Fiscal*, con base al motivo siguiente: *UNICO*. En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en interpretación errónea del artículo 135, 1.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.263, 2.º, del Código Civil. La tesis antes expuesta de la sentencia recurrida no es ajustada a Derecho por lo siguiente:

A) La sentencia viene a *identificar las consecuencias de los actos jurídicos patrimoniales* realizadas por los locos o dementes declarados *incapaces* con las derivadas de los *actos de Derecho de familia* que puedan llevar a cabo los *oligofrénicos o débiles mentales no incapacitados*. Cita las Sentencias de 9 de febrero de 1943, 24 de noviembre de 1933, 8 de julio de 1930, etc., y dice en síntesis que «los locos o dementes judicialmente declarados, por cuanto carecen en absoluto de capacidad de obrar, no pue-

(1) Estas consideraciones se extraen literalmente del *Considerando cuarto* de la Sentencia del Tribunal Supremo subrayados míos (J. C. G.).

(2) Ambos recursos son resumidos seguidamente subrayados míos (J. C. G.)

den prestar consentimiento eficaz; que los actos terminados por los locos o dementes no incapacitados, para ser declarados nulos es preciso impugnarlos y justificar en el proceso la carencia de razón al tiempo de realizarlos, por lo que *la presunción está en favor de la validez de los actos y negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz*». Cita las Sentencias de 5 de marzo de 1947 y 6 de febrero de 1968 y las comenta. *En el supuesto del recurso no se niega la capacidad del demandado para procrear en general ni en particular —dado que se acepta que es el padre ex sanguinis de la niña cuyo reconocimiento se pretende—, sino que lo que no se admite es la capacidad para reconocer válidamente lo procreado por él.*

B) Si el demandado no posee *capacidad para contraer matrimonio*, la solución ajustada a Derecho hubiera sido *negar* eficacia al reconocimiento *por faltar la condición de hijo natural en el reconocido*, pero *no*, como hace la sentencia, *declarar la invalidez por ausencia de capacidad en el reconocedor*; y a la inversa, *si se parte de que el hijo es natural*, significa que *al tiempo* de la concepción del mismo *tenía capacidad* el reconocedor para contraer matrimonio; pero *si se declara*, como hace la sentencia, *la falta de consentimiento*, el hijo *no* pudo ser considerado *natural*, ya que, mediando tal defecto, el matrimonio *no* era posible; en efecto, conforme al artículo 119 del Código Civil (entonces vigente), «son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, sin dispensa o con ella», y es esencial al matrimonio el *consentimiento*, quedando éste *inválido* por falta de uso de razón, y tampoco pueden contraer matrimonio los que carezcan del pleno ejercicio de la razón (art. 83, en relación con el 101 del Código Civil).

C) En orden a *la capacidad exigible para el reconocimiento derivado de la declaración judicial*, amparada en el artículo 135, 1.º, del Código Civil: Si *el Código Civil omite* cualquier referencia a la *capacidad* requerida para el reconocimiento *voluntario*, *la capacidad en el reconocimiento forzoso o declaración judicial de paternidad es cuestión que ni siquiera es planteada por la doctrina*; es necesario partir de la *naturaleza del reconocimiento* definido en el artículo 135, 1.º, esto es, si existe una *voluntad* emitida con finalidad de reconocer o si se trata de *mero reconocimiento-confesión*, ya que las consecuencias en orden a la capacidad pueden ser distintas. El Código Civil regula el reconocimiento como negocio jurídico formal y solemne, pero al propio tiempo admite que los Tribunales confieran el *status* de hijo natural en base a un reconocimiento no negocial al que sigue una sentencia constitutiva; coexisten así el *reconocimiento formal* y la *mera prueba confesoria* base de una declaración judicial; esta *declaración judicial constitutiva de un «status»* tiene su fundamento en un *reconocimiento privado* al que *no* va unida necesariamente una *voluntad* de declarar la paternidad; *no se trata de decidir si hay declaración de voluntad en sentido técnico, sino de si hay voluntad como necesario objeto de la prueba*. Comenta el artículo 135, 1.º, del Código Civil y las dos interpretaciones contrapuestas, en orden a *si basta para la constitución coactiva de la relación de filiación natural la simple afirmación da paternidad biológica o si no puede eliminarse la estructura de una declaración de voluntad*, o sea, las teorías del *reconocimiento-confesión*

y la del *reconocimiento-admisión*, y sigue diciendo que la generalidad de la doctrina admite o acoge la *tesis no voluntaria o reconocimiento-confesión*, conforme a la cual *basta la manifestación de paternidad hecha en escrito indubitado*, que no tiene que ser fruto de una declaración de voluntad emitida con el fin de reconocer. Dice que, tras algunas alternativas, esta *tesis no voluntarista* ha sido plenamente acogida en las *Sentencias de 3 de julio de 1941, 8 de febrero de 1943, 22 de enero de 1948, 2 de marzo de 1955, 29 de noviembre de 1958, 3 de diciembre de 1960, 16 de mayo de 1963, 14 de junio de 1967, 11 de diciembre de 1970, en las cuales viene a sostenerse que en la aplicación del artículo 135, 1.º, del Código Civil la norma sólo exige una manifestación de creencia o convicción de paternidad*. Dicho artículo estará completo con una voluntad de *declarar* la paternidad, siendo cumplimiento expresivo de dicha norma la declaración de voluntad de *conferir* el estado de hijo natural. Dicho artículo *no entraña un verdadero reconocimiento negocial o negocio jurídico formal* constitutivo de *status* semejante al del artículo 131, *sino* que más bien es una *mera prueba confesoria, declaración de ciencia* que no confiere *per se* el *status*, sino que sólo es imaginado como posible *base* de una declaración judicial constitutiva del mismo.

D) *Consecuencia de la diversa concepción* de los reconocimientos que prevén los artículos 131 y 135, 1.º, es que *tienen su proyección en la capacidad del reconocedor*; en todo caso, la capacidad del reconocimiento-confesión será menos rigurosa que la requerida para el reconocimiento-negocio jurídico formal del artículo 131, y así parece *implícitamente* deducirse de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1963. La sentencia en que se apoya esencialmente la resolución que se impugna no se acomoda exactamente al hecho que aquí se discute, ni se concibe en los mismos términos que allí se extractan*; la norma a interpretar es la misma, pero *en el presunto reconocedor en aquel supuesto concurrían estas circunstancias: no era un simple débil mental u oligofrénico, sino un loco incapacitado afecto de parálisis general progresiva o demencia parálitica recluido en un manicomio*; no se trata de valorar la voluntad de un *escrito voluntariamente hecho* en el que se admitiera la paternidad, sino de un *escrito dictado* por la actora y en virtud de coacciones lo escribió y firmó reconociendo a su hijo cuando estaba internado tres meses en un manicomio, y del documento de referencia se dice en la sentencia que no fue obra de su voluntad, que por la perturbación que sufría tenía eclipsada toda función intelectual; y *no se trataba de una persona de capacidad intelectual limitada, sino de «un enfermo de la mente en situación de incapacidad completa, que le privaba de la posibilidad de prestar consentimiento para la realización de acto alguno de orden civil, y especialmente los actos de reconocimiento que le atribuye la demanda»*.

2) *Por parte de la demandante* se interpone recurso de casación por infracción de Ley en base al siguiente *motivo: UNICO*. Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 135, números 1.º y 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.263, 2.º, del mismo Cuerpo legal.

La sentencia recurrida, al estimar que el padre no pudo prestar válidamente su consentimiento por ser oligofrénico congénito, conforme al artículo 1.263, 2.º, considera *nulos* los actos por los que reconoce la paterni-

dad, pero esta *tesis* adolece de los siguientes fallos o defectos: a) *extiende* una disposición dictada para los actos de consentimiento contractual a la esfera familiar y a todo tipo de actos individuales; b) *confunde* la realidad del loco o demente declarado incapaz con la del enfermo mental no declarado legalmente incapaz, y en este caso el demandado no ha sido declarado incapaz legalmente; c) a mayor abundamiento, el demandado *comparece* ante el Juzgado con poder notarial otorgado al efecto, y actualmente comparece en nombre de dicho recurrido ante el Alto Tribunal un Procurador utilizando la misma escritura de poder, o sea, que la *postulación procesal de tales Procuradores en juicio* no viene otorgada por tutor o consejo familiar, sino por el mismo presunto incapaz, lo que en la tesis de la otra parte es un absurdo, pues si el señor Cazurro demandado *no es capaz de reconocer* en varios escritos antiguos a una hija suya, acto tan inmediato y espontáneo que surge de la misma naturaleza humana por mediatizada que se halle, *menos* podrá otorgar un acto jurídico, como un poder notarial, que requiere mayor conocimiento y responsabilidad y trascendencia de sus actos, por lo que en buena tesis habría que declarar nulas las actuaciones desde la personación del Procurador que le representaba, y acordándose de oficio la constitución de un consejo de familia que designe tutor al presunto incapaz y que el representante legal litigue para aquél.

En resumen, lo que es evidente es que la niña ha sido engendrada por el demandado, que como hija la ha tratado y como hija de aquél ha sido conocida, llegando el padre a reconocer en varias ocasiones por escritos indubitados tal paternidad, con fechas antiguas, y la falta de antecedentes detallados de la dolencia del recurrido evidencian e imposibilitan probar que en todas las ocasiones el padre fuera incapaz de realizar actos conscientes y válidos. Por tanto, en el momento de la concepción, fuera o no capaz para contraer matrimonio, el padre, lo cual es fundamental para que la hija pueda tener la condición de hija natural (sic). A mayor abundamiento, la demanda original cita genéricamente el artículo 135 del Código Civil, si bien se ha cargado el énfasis en el número 1.º del mismo, pero el número 2.º da una fuerza a la tesis de esta parte, ya que establece la obligación de reconocimiento cuando el hijo se halla en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, lo que así ocurre, en efecto, en este caso: a) ya en la inscripción de la niña, a efectos de identificación, se puso como nombre del padre el de Jaime, que es el del demandado; b) así lo prueban todos los documentos y escritos del demandado; c) así lo reconocen los testigos que han declarado en el pleito, siendo importante señalar la falta de «preguntas», como si fueran innecesarias por ser evidentes las preguntas.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo*.—Siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, se establece la siguiente doctrina en los considerandos:

PRIMERO, que aunque en la demanda no se especifica el número del artículo 135 del Código Civil a cuyo amparo se formula la petición de filiación natural, el texto de aquélla y el de contestación a la misma evidencian que la cuestión planteada en el pleito quedó centrada en torno a la concurrencia en el caso de autos de los requisitos establecidos en el número 1.º de dicho artículo, por lo que la suscitada en el único motivo

del recurso interpuesto por la actora... reviste los caracteres de una cuestión nueva, sustraída a la casación por imperio legal.

SEGUNDO, que *para resolver si la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente los artículos 135, 1.º, y 1.263, 2.º, del tan citado Código, como defienden ambos impugnantes, no tiene carácter decisivo la alegación de que el último de tales preceptos no es aplicable de modo directo al caso debatido, por referirse exclusivamente a los contratos concluidos por los locos o dementes declarados judicialmente incapaces, no teniendo carácter decisivo tal alegación: en primer término, porque ante el silencio de la Ley respecto a la capacidad exigida para realizar los actos, a que se refiere la primera de las normas indicadas, es lícito acudir a la analogía para suplirlo, a base de la generalización del contenido de otras reglas de Derecho que disciplinen supuestos de falta de razón o de juicio para la ejecución de determinados actos o negocios jurídicos, a cuyo fin podía haber citado la sentencia combatida, además del aludido precepto, el número 2.º de los artículos 83 y 663 del propio Código; y, en último lugar, porque si, como sostiene el Ministerio Fiscal y se acepta implícitamente en el recurso de la actora, los actos realizados por los impedidos mentales no incapacitados, para ser declarados nulos es preciso impugnarlos y justificar en el proceso la carencia de razón al tiempo de realizarlos, porque la presunción está a favor de la validez de los actos o negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz, es de destacar que estos principios son en realidad los que sirven de fundamento al fallo recurrido, únicamente contra el cual y no contra los considerandos que no sean premisa indispensable de aquél se da el recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina.*

TERCERO, que *tampoco tienen carácter decisivo para la solución de la cuestión litigiosa: 1.º La circunstancia de que, según la Sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 (citada en la de 6 de febrero de 1968), la declaración de incapacidad de los oligofrénicos puede ser limitada y graduable, toda vez que, por un lado, no se trata ahora de un problema de incapacitación, sino de nulidad de unos actos jurídicos por carencia de razón por parte de su autor; por otro lado, no se puede aventurar en este momento si la declaración de incapacidad del recurrido —cuya correspondiente solicitud pende o pendía en otras actuaciones— quedará o habrá quedado limitada a la administración de sus bienes o extendida, dado el grado de su retraso mental a la celebración de otros actos jurídicos, por ejemplo, al Derecho de familia relativo al reconocimiento de hijos naturales, y, por otra parte, aun admitiendo el primer supuesto, cabe notar que aquellos actos realizados por el incapacitado que fueren excluidos de la declaración de incapacidad, están sujetos al mismo régimen jurídico de impugnación por nulidad fundada en la falta de razón, que los actos de quien no ha sido total ni parcialmente incapacitado. 2.º La naturaleza del reconocimiento informal, comprendida en el número 1.º del artículo 135 del Código citado, puesto que aunque se acepte la teoría del «reconocimiento-confesión», siempre será exigible en el que reconoce la conciencia y voluntad de declarar su paternidad.*

CUARTO, que *centrado así el problema, ha de recordarse que, como tiene proclamado constantemente este Tribunal a propósito de la capacidad natural para realizar actos o negocios jurídicos, la cuestión atinente a la existencia o ausencia de dicha capacidad es de puro hecho, y su*

apreciación queda, por consiguiente, sometida a la soberanía del juzgador de instancia, sin que contra ella quepa más ataque que el de la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según las vertientes de error de hecho y de error de Derecho en tal apreciación; y siendo así que la sentencia impugnada declara probado... (3), es obvio que no impugnadas ni intentadas desvirtuar estas apreciaciones de hecho, han de desestimarse ambos recursos, deducidos exclusivamente por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, con la condena en costas preceptiva.

Fallo.—Debemos declarar y declaramos *no haber lugar* a los recursos de casación por infracción de Ley, interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la parte demandante.

J. C. G.

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: *Exigibilidad de la obligación de dar alimentos en base al artículo 148 del Código Civil, y los auxilios económicos pendientes de abono a la esposa tras un procedimiento de separación conyugal; medidas provisionales y cosa juzgada; la situación de separación conyugal y la obligación del marido de prestar alimentos a la mujer e hijos, en base al artículo 143 del Código Civil.*—GRANA v. PLANO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1974).

I. *Antecedentes.*—Eran hechos declarados probados en el presente litigio: 1.º La demandante había contraído matrimonio canónico con el demandado en 1963, de cuyo matrimonio hubo dos hijos. 2) El matrimonio había fijado su residencia en otra localidad del lugar de celebración, y en el año 1968 se dicta auto en expediente de medidas provisionales para la mujer casada, promovido por la esposa, siendo separada provisionalmente del marido, colocando en poder de ella los dos hijos del matrimonio y señalándole como domicilio la localidad donde había contraído el matrimonio. 3) En el dicho auto de medidas provisionales se había convenido que «ambas partes acuerdan que el marido debe abonar mensualmente a la esposa para su subsistencia y la de los dos hijos del matrimonio, la cantidad de 7.000 pesetas mensuales, para su abono en la Cartilla de Ahorros abierta en la Sucursal del Banco. ., y el señor Juez, en vista de ello, señala que dicha suma deberá ser satisfecha por mensualidades anticipadas». 4) El demandado había ingresado 7.000 pesetas del primer mes, 10.000 en el segundo, y no volviendo a remitir ninguna otra cantidad desde entonces. 5) El demandado interesaba se le señalaran días de visita a sus hijos, a lo que se accedió. 6) Por *sentencia del Tribunal Eclesiástico*, se concedió separación temporal *por tiempo de dos años*, al fallar en contra del demandado por *causa* de sevicias. 7) El régimen matrimonial era el de gananciales, por no haberse aportado bienes al matrimonio por ninguno de los cónyuges; constante el matrimonio, el demandado había constituido con hermanos y otros señores una sociedad dedicada a la industria de panadería, integrada posteriormente en otra sociedad mayor.

(3) Afirmaciones de la sentencia que se han recogido precedentemente al reseñar la sentencia de la Audiencia ep. III.

Se incidía en una *interpretación divergente* en cuanto a una serie de hechos por ambas partes:

○ Por la *esposa* se hacía constar que el marido tenía unos ingresos muy elevados mensualmente, y que a los ingresos obtenidos por el negocio de panadería, había que añadir otros locales y rentas de unas casas que tenía, con ingresos no inferiores, según se estimaba, a 35.000 pesetas mensuales, en tanto que la demandada, dedicada al trabajo de la casa y el cuidado de los hijos pequeños, de precaria salud, carece de toda suerte de bienes y de rentas, a no ser la parte de gananciales que le corresponde en el matrimonio, y se había visto obligada a acudir en demanda de auxilio a sus padres para que le dieran de comer y le atendieran en sus necesidades.

○ En cuanto al *demandado*, entendía que la demandante, una vez interpuesta la demanda de separación, no había solicitado la adopción de las medidas que regula el artículo 68 del Código Civil, y especialmente la de señalamiento de alimentos y de «litis expensas»; que los ingresos que le imputaban no eran ciertos, y que había estado aquejado de una grave enfermedad, dejando de percibir toda clase de ingresos; que había terminado en el año 1972 el plazo de dos años fijado por el Tribunal Eclesiástico, y que la demandante había cambiado de domicilio, que le había sido asignado provisionalmente por el Juzgado en las medidas provisionales.

Por la *demandante* se hacía constar en la *súplica* que, previo el trámite legal, se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar la obligación del demandado a pasar una pensión a la actora para alimentar, educar e instruir a los dos hijos legítimos de ambas partes. 2.º Declarar que esta obligación le incumbe desde el 6 de noviembre de 1968, fecha en que el Juzgado de Primera Instancia acordó la separación del matrimonio, poniendo en poder de la actora los dos hijos citados. 3.º Declarar la obligación del demandado en pasar una pensión a la actora en concepto de alimentos desde la misma fecha de 6 de noviembre de 1968. 4.º Declarar que la suma de ambas pensiones es de 7.000 pesetas mensuales, y que lo adeudado por dicho concepto, deducido lo entregado, es de 326.000 pesetas hasta el día de la fecha. 5.º Declarar que en adelante la suma de ambas pensiones será de 10.000 pesetas mensuales hasta la reunión del matrimonio. 6.º Declarar que el demandado debe abonar a la actora la suma de 15.580 pesetas, en concepto de «litis expensas» causadas en las medidas provisionales y en la tramitación de la causa de separación matrimonial ante el Juzgado y Tribunal Eclesiástico, respectivamente. 7.º Declarar que el demandado debe abonar a la actora las «litis expensas» causadas en el acto conciliatorio entre ambos y en la presente «litis», en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia. 8.º Condenar al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de todas y cada una de las cantidades reseñadas.

El demandado *contesta* a la demanda y *se opone* a la misma formulando *reconvención*, y terminando con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare que ha transcurrido el término de separación matrimonial en su día señalado por el Tribunal Eclesiástico, y, en consecuencia, se declare y ordene a la actora que viva con su esposo, guardándole fidelidad, y siga a su marido en el domicilio que éste tiene en la ciudad

de..., declarando asimismo que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

II. *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.*—El Juzgado estima prácticamente la demanda. A los efectos de no incurrir en repeticiones, cabe decir que de todos los pedimentos de la demanda, la sentencia del Juzgado *estima totalmente desde el 4.º al 8.º, y los tres primeros*, los acepta implícitamente.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—La sentencia de la Audiencia Territorial *desestima* el recurso de apelación del demandado, *confirma* en todos sus pronunciamientos la sentencia del Juzgado y condena al apelante en las costas.

IV. *Recurso de casación.*—Por el marido demandado se interpuso el recurso de casación *por infracción de Ley* en base a los siguientes motivos.

1.º En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por violación del artículo 148 del Código Civil, cita este precepto y dice que establece la obligación de dar alimentos, exigible desde que se necesiten y al otorgar la sentencia recurrida la cantidad de 326.000 pesetas a la actora, *no* desde la fecha en que se interpone la demanda de menor cuantía, viola el dicho precepto, puesto que esta cantidad se refiere a alimentos que se hubiera podido exigir quizá, pero no se demandaron.

2.º En base al número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por ser contrario a la cosa juzgada y haberse alegado esta excepción en el juicio y en la contestación a la demanda. Se obtuvo en las medidas provisionales del Juzgado de Primera Instancia auxilios económicos en virtud de resolución, que *no fue* recurrida, por lo que es totalmente improcedente volver sobre la misma en un proceso declarativo de menor cuantía para obtener lo que por resolución judicial le había sido concedido.

3.º En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por aplicación indebida del artículo 143 del Código Civil y 146 del mismo Cuerpo legal, preceptos citados y aplicados indebidamente en el primero de los considerandos de la sentencia recurrida. Preceptos que no son de aplicación, sino, por el contrario, y en su caso, sería de aplicación el artículo 155 del Código Civil.

4.º En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por violación del artículo 155 del Código Civil, por no aplicación, en orden al deber de alimentar e instruir a los hijos como consecuencia de la patria potestad. Al recurrente no se le ha privado de la patria potestad en momento alguno, ni cuando se dictaron las medidas provisionales, que se referían únicamente a la custodia provisional de los hijos, ni en la sentencia del Tribunal Eclesiástico, por tanto, nadie puede reclamar en nombre de ellos ni accionar ni arrogarse representación alguna, que corresponde exclusivamente al padre.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, establece la siguiente doctrina en sus considerandos:

1.º Que correspondiendo el primero de los conceptos que reclama la actora, tal y como se expresa en la sentencia recurrida... (1), como *de auxilio económico* que el demandante debía abonar a su esposa para ella y los dos hijos del matrimonio, en *procedimiento de separación de mujer casada instado por la actora y recurrida contra su esposo, hace decaiga primer motivo del recurso al acusar... la violación del artículo 148 del Código Civil*, pues que, conforme a dicho artículo, «los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», siendo lo cierto que la expresada cantidad no corresponde a este concepto, ni de tal modo es calificada por la sentencia que se recurre, cuya condena se justifica como cantidad adeudada por el demandado y que debe abonar a la actora; no entrando en juego el expresado artículo, no puede decirse que haya sido violado; debiendo correr la propia suerte adversa el segundo de los motivos, puesto que las resoluciones dictadas en procedimiento de jurisdicción voluntaria, como el indicado, por su carácter de provisionalidad no producen excepción de cosa juzgada, aparte de no citarse precepto que se supone infringido, lo que determinaría su inadmisión, en esta fase desestimación.

2.º Que decretada por la sentencia canónica la separación temporal de dos años de los cónyuges, que se cumplieron el 28 de noviembre de 1972, sienta la recurrida sentencia que manteniéndose dicha separación, no desaparece la obligación por parte del marido de prestar alimentos..., al no haber probado «que por su parte ha hecho todo lo necesario para esa reinstauración» (2); prestación que le impone el artículo 143 del Código Civil, el que, en efecto, establece quiénes están recíprocamente obligados a darse alimentos, comprendiéndose a los cónyuges, así como ascendientes y descendientes legítimos, entre otros, por lo que es indudable que el juzgador de instancia se atuvo, una vez determinada la situación de hecho y para mientras la misma subsistiere, a lo dispuesto en dicho artículo, fijando la cuantía en 10.000 pesetas, en atención al resultado ofrecido por la prueba practicada, en orden a las posibilidades económicas del obligado a prestar dichos alimentos y las necesidades de quienes iban a recibirlo, circunstancias de hecho que han de ser dejadas a prudente arbitrio del juzgador, lo que hace que sea desestimado este tercer motivo, al denunciarse. ; como del mismo modo lo ha de ser el cuarto y último, al denunciarse..., por hacer referencia a las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, cuestión ésta no citada en la presente «litis».

3.º Que la desestimación de los cuatro motivos con los que se formula el presente recurso comporta la de éste, con las accesorias determinadas en el artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.

Fallo.—Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación.

Notas.—Apenas presenta particularidades el presente supuesto de hecho, resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo.

De lo cual se resiente la escasa atención prestada a la misma por nuestra doctrina. Ver, con todo, las referencias de G. GARCÍA CANTERO,

(1) Importe de las cuarenta y nueve mensualidades que se le habían señalado en 1968, referidas en el *petitum* de la demanda.

(2) Así aparece en la propia sentencia entrecomillado

en *ADC*, 1975, págs. 840 y sigs. (con su nota relativa al relieve canónico de este supuesto de hecho), y de C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La separación de hecho matrimonial*, Ed. EDESA, Madrid, 1982, págs. 128 y sigs.

J. C. G.

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: *La necesidad del alimentista y la carga de la prueba de que tiene bienes y de que son suficientes.*—URDALLETA v. MICHELENA (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1974).

I. *Antecedentes.*—Fueron hechos declarados probados en este litigio los siguientes (1):

La actora y el demandado habían contraído matrimonio canónico en 1943 y posteriormente por desavenencias, por haberse visto abandonada económica, espiritual y físicamente, la actora formuló *demandas provisionales* en 1944, siendo el marido *condenado* en sentencia del mismo año, a abonar 150 pesetas mensuales a su esposa, partiendo de que el demandado cobraba como salario diario entonces 12,40 pesetas; desde entonces había sido abonada dicha cantidad de 150 pesetas mensuales, y la actora hacía constar la insuficiencia de la misma para atender a sus necesidades más elementales, ya que carecía, según decía, de toda clase de bienes e ingresos, en tanto que los de su marido eran cuantiosos; la actora formuló *demandas definitivas* solicitando del Juzgado se dicte sentencia condenando al demandado a pagar la cantidad mensual y vitalicia a la actora de 4.500 pesetas o la que resulte de las pruebas aportadas en el juicio como suficiente para cubrir las necesidades del alimentante, habida cuenta de las posibilidades del alimentista, y condenando a pagar las costas del juicio.

El demandado *contestó* a la demanda *oponiéndose* a la misma, y hacía constar que la actora estaba colocada en una cafetería de una ciudad donde permaneció trabajando tres años, y que después se ausentó a Francia, donde todavía residía en la actualidad. Solicitaba que se dictase sentencia de acuerdo con lo expuesto y absolviéndole de la misma.

II. *Sentencia del Juzgado.*—No habían sido objeto de prueba ninguno de los extremos manifestados por el demandado y por la demandante. El Juzgado de Primera Instancia, considerando que la reclamante no había probado que carecía de bienes y que, por tanto, necesitaba los alimentos que solicitaba (2), *desestimó* la demanda, absolviendo de la misma al demandado, sin hacer expresa imposición en costas.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—La Audiencia, recogiendo lo establecido en la jurisprudencia, según *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1969* (3), ya que —como en el supuesto fáctico aquí contemplado— no concurre culpa alguna por parte de la alimentista, y «cuando la separación de hecho no la ha provocado la esposa, si la alimen-

(1) Tales hechos probados se extraen del *Considerando primero* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(2) Esta referencia se toma del apartado f) del *Considerando primero* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(3) Se extrae lo que sigue del *Considerando segundo* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

*lista alega que carece de bienes, pasa al demandado la carga de probar que los tiene y que le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades con arreglo a su posición social, no bastando para el cese de la obligación alimenticia la mera capacidad subjetiva para poseer un oficio, profesión o industria, pues la reciprocidad del deber de prestar alimentos entre los esposos no es tan absoluta que haga aplicable a la mujer esta doctrina para imponerle la carga de la prueba de su imposibilidad de atender a su subsistencia dedicándose al trabajo, lo cual equivaldría a eximir al marido, jefe de la familia, sobre el que principalmente pesan las cargas del matrimonio, del deber de protección que el artículo 57 del Código Civil le impone». La Audiencia, tras estas consideraciones, falla que estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, *revoca* la sentencia del Juzgado y *condena al demandado* a pagar a la actora la cantidad mensual y vitalicia de 4.500 pesetas, sin hacer condena en costas.*

IV. *Recurso de casación*.—El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, con apoyo en los siguientes motivos: *UNICO*. Basado en el apartado 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 148 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto, entre otras, la contenida en la Sentencia de 11 de abril de 1946: dado que la obligación de dar alimentos será exigible *desde que los necesitare* para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos. Recoge las consideraciones de la sentencia recurrida de la Audiencia, a que antes nos hemos referido, y, en opinión de dicho recurrente (4), «la sentencia recurrida lleva implícita la deducción de que la demandante no ha probado la necesidad determinante de su derecho y, en consecuencia, se ofrece la falta absoluta del requisito esencial antes reseñado, por lo que finaliza sosteniendo que la Audiencia contradice la acertada doctrina del Juzgado sobre la carga de la prueba, respecto a cuya materia la moderna doctrina y la jurisprudencia desarrollan el artículo 1.214 del Código Civil».

V. *Sentencia del Tribunal Supremo*.—Siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, se dicta la siguiente sentencia:

Considerando 1.º: Que la situación que contempla la sentencia recurrida es la siguiente... (5).

Considerando 2.º: Que el Tribunal que conoció de la alzada, conjugando los preceptos contenidos en los artículos 56, 57, 143 y siguientes del Código Civil, revocó la sentencia apelada... (6).

Considerando 3.º: Que contra esta sentencia de apelación levanta el demandado el presente recurso de casación, integrado por único motivo formulado .. (7).

Considerando 4.º: Que para proporcionar apariencias lógicas a su argumentación, *la parte recurrente comienza por hacer supuesto de la cuestión, atribuyendo a la sentencia unas afirmaciones que no contiene*, de las

(4) Argumentaciones éstas que se toman del *Considerando tercero* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(5) El ponente reseña los hechos probados en la forma expuesta en el antecedente I.

(6) Recoge aquí el ponente las argumentaciones de la Audiencia en la forma que se ha expuesto en antecedente III.

(7) Aquí el ponente sintetiza el recurso de casación en la forma que se ha dicho en antecedente IV.

que, en tesis de dicho recurrente, «podría deducirse que la demandante no ha probado la necesidad determinante de su derecho» (8), *cuando la realidad es que la sentencia combatida no hace semejante aseveración, y para revocar la de primer grado, tiene en cuenta precisamente la necesidad del alimentista y la importancia del caudal del alimentante, afirmaciones éstas que no han sido impugnadas por adecuada vía procesal.*

Considerando 5.º: Que, además, *aquella argumentación del recurrente nunca conduciría a demostrar el vicio «in judicando» que le atribuye la sentencia, porque la acusación que le imputan no deriva de la supuesta interpretación errónea del precepto, sino que, en tal caso, constituiría aplicación indebida de él.*

Considerando 6.º: Que *el principio de Derecho relativo a la carga de la prueba, que consagra con carácter general nuestro Código Civil en su artículo 1.214, admite derogaciones y atenuaciones en casos concretos y determinados, bien porque las imponga específicos preceptos o bien porque la doctrina jurisprudencial, deducida de la conjugación de ciertas normas legales, las haya establecido en determinadas materias, como ocurre, por ejemplo, en el instituto de los alimentos entre cónyuges, en el que se ha proclamado con reiteración «que la alegación por la esposa de la carencia de bienes hace pasar al demandado la carga de probar que los tiene y que le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades.. » (9), lo cual —como expresado queda— equivaldría a eximir al marido del deber de protección que el artículo 57 del Código Civil le impone (Sentencias de 24 de octubre de 1951 y 9 de diciembre de 1972).*

Considerando 7.º: Que, *por tanto, mientras permanezcan en vigor los preceptos contenidos en los artículos 57 y 1.434, 2.º, del Código Civil, no puede dejar de tenerse en cuenta aquella doctrina jurisprudencial, y los Tribunales que la aplican no cometen infracción si razonan y justifican la procedencia de hacerlo en el caso concreto que se les somete.*

Considerando 8.º: Que *la desestimación del recurso comporta, por imperio del principio del vencimiento, que en esta materia de recursos acepta nuestro ordenamiento procesal, la condena en costas al recurrente.*

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

J. C. G.

DEMANDA DE SEPARACION JUDICIAL POR ABANDONO DEL HOGAR:

El abandono del hogar y el abandono de familia; la prueba del abandono de familia; la falta de asistencia o de los alimentos indispensables para cónyuge e hijos.—LOPEZ PASTOR v. JIMENEZ (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Nota.—El supuesto de hecho subyacente en este pleito está hoy contemplado, tras la reforma de 1981, en el artículo 82, 1.º, del Código Civil, de muy similar redacción al anterior artículo 105, 2.º, del Código Civil. En consecuencia, el interés de la sentencia sigue teniendo relevancia a efectos de la invocación de los «precedentes».

(8) Así subrayado entre comillas en la sentencia.

(9) Recoge aquí el ponente la idéntica argumentación que ha efectuado la Audiencia Territorial, por lo que me abstengo de repetir dicha argumentación antes reseñada en antecedente III.

I. *Antecedentes*.—Fueron hechos probados en este litigio los siguientes:

1) La demandante y el demandado habían contraído matrimonio civil en 1966, de cuya unión tuvieron dos hijos.

2) A poco de comenzar el matrimonio ya se iniciaron las *desavenencias conyugales*, quedando, en síntesis, como sigue:

Para la esposa, la argumentación en orden a estas desavenencias era como sigue: que el marido en el mismo año del matrimonio, alegando trabajos nocturnos, permaneció fuera del hogar una noche, y que a pesar de salir del trabajo a las siete y media de la tarde, llegaba sobre las dos de la madrugada, no pudiendo saber dónde invertía esas horas; en 1968, la demandante, estando embarazada y aquejada de bronquitis, no fue visitada por su marido ni recibió ayuda económica alguna; que en 1969, la actora había marchado a Alicante con sus padres, y durante su ausencia el marido no pernoctaba los sábados en el domicilio conyugal, deduciendo sostenía relaciones amorosas con otra mujer; que el marido se ausentaba del hogar todos los sábados y domingos sobre las cuatro de la tarde, negándose a que su esposa le acompañara, lo que motivó una vigilancia especial, comprobándose que se dirigía a determinado domicilio donde vivía una señora viuda en cuya compañía permanecía toda la tarde; que en 1971, la actora y su hermana sorprendieron al marido viéndole subir al citado domicilio, pretendiendo ambas entrar en la vivienda donde él había entrado previamente, siéndoles denegada la entrada; que al afearle la conducta el suegro, el demandado contestó que seguiría haciendo lo mismo, y así ha sido hasta la actualidad; había sido visto en público cogido del brazo de la citada viuda en establecimientos de bebidas de la calle donde tenía su residencia dicha viuda.

Por parte del marido se alegaba lo siguiente: que hacia finales de 1971, para aportar mayores ingresos, hacía horas extraordinarias; que el demandado siempre fue hombre de buenas costumbres, amante del hogar y no había pernoctado jamás fuera de su domicilio, a no ser por motivos profesionales, y que nunca negó el débito conyugal; que si había ido a determinado domicilio fue para comunicar a la señora viuda en cuestión una noticia relacionada con el trabajo.

Por la actora se finalizaba la *demand*a haciéndose constar que no se había celebrado acto de conciliación por provenir este juicio de las diligencias *preliminares* de separación. *Suplicaba* se dictase sentencia decretando la separación conyugal del matrimonio por culpa del marido.

Por el demandado se *contestó* y se *opuso a la demanda*, alegando como *cuestión previa* la incompetencia de jurisdicción. Después de las referidas alegaciones, terminaba *suplicando* se dictase sentencia estimando la excepción dilatoria propuesta, y para el caso de entrar en el fondo del asunto, desestimase la demanda declarando no haber lugar a la separación conyugal solicitada.

II. *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado, no dando lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, y entrando a conocer el fondo del asunto, desestima la demanda, no dando lugar a la separación conyugal solicitada, por no haberse probado la existencia de las causas legales del artículo 105, 1.º y 2.º, del Código Civil, sin condena en costas.

III. *Sentencia de la Audiencia.*—La Audiencia Territorial confirma en todas sus partes la sentencia apelada, sin hacer condena en costas.

IV. *Recurso de casación.*—Por la demandante se interpone recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando el siguiente motivo: *UNICO*. Basado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia recurrida interpreta erróneamente la causa 2.ª, párrafo final, del artículo 105 del Código Civil. El abandono del hogar no debe interpretarse como abandono físico del domicilio familiar, ya que nuestro ordenamiento punitivo sanciona el «abandono de familia», que comprende al cónyuge que deja de cumplir los deberes legales de asistencia, consecuencia de la patria potestad y matrimonio, aunque permanezca en el domicilio familiar, si tal abandono tiene por causa su conducta desordenada —artículo 487 del Código Penal—. Que el «abandono del hogar» *ha de interpretarse sistemáticamente como abandono de familia, incluyendo la falta de asistencia de alimentos indispensables para el cónyuge e hijos. Que la interpretación literal del precepto examinado que hace la sentencia llevaría a la conclusión de que la comisión del delito de «abandono de familia» no es causa suficiente para la separación conyugal, mientras el autor no abandona físicamente el hogar.* Que el artículo 143 del Código Civil impone al marido la obligación de prestar asistencia económica, así como los alimentos inherentes al estado matrimonial y a la patria potestad. Que el marido había causado baja voluntaria en la empresa donde trabajaba en 1970, desde cuya fecha no pasó ayuda económica alguna, a pesar de que en la actualidad sigue trabajando. Que la falta de asistencia económica del demandado para el sustento de la familia entraña ética y jurídicamente «abandono del hogar» y, por tanto, existe la causa de separación postulada.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, se dicta la siguiente sentencia:

Considerando 1.º: Que en el único motivo del recurso se combate, de todas las afirmaciones de la instancia, sólo el pronunciamiento donde se deniega la separación por no concurrir la circunstancia segunda del artículo 105 del Código Civil, en el punto referente a que no ha habido «abandono del hogar», razonándose en él... (1).

Considerando 2.º: Que concentrándose todo el tema del recurso en el abandono del hogar, sea cual sea la trascendencia que se conceda a la expresión legal, lo cierto es que no se encuentra, para que pueda prosperar el motivo, ninguna base en las afirmaciones de hecho de la instancia, no combatidas; pues lo único que al respecto se aprecia en la sentencia de primer grado, e idéntico punto de vista es el de la apelación con referencia expresada, es que el marido tuvo que abandonar el hogar por mandato del Juez cuando fue depositada la mujer en el domicilio conyugal, donde también vivían los padres de ella, al ser decretadas las medidas provisionales previas al pleito de separación; por lo cual hay que desestimar el motivo.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

J. C. G.

(1) El ponente resume seguidamente el único motivo del recurso.

NULIDAD DE DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO EFECTUADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Demanda de declaración de nulidad en capitulaciones matrimoniales y de declaración de reservables de determinados bienes, personas afectadas por tal declaración y situación de litisconsorcio pasivo necesario; el ejercicio de la acción como cotitular de los bienes reservables y la situación de comunidad; la reparación y mejoras en bienes conyugales y el derecho de retención del artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.—CORZANA v. URCHAGA, LLULL y MIRO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1974).*

I. *Antecedentes.*—La demanda se interponía por la hija del difunto señor Corzana contra la segunda esposa del mismo, contra los albaceas testamentarios y contra un tercero comprador, en este caso, el señor Llull. La demanda se basaba en los siguientes hechos:

1) *El fallecido, padre de la actora, había contraído matrimonio en 1907*—según exponía la actora, *en régimen de separación de bienes*—, de cuya unión nacieron dos hijas: la mayor era la demandante, y la segunda, que había fallecido hacía más de veinte años; al parecer, el matrimonio se había *contraído en Madrid* con sujeción al Derecho común y *sin haberse pactado* escritura de capitulaciones matrimoniales.

2) Las actividades *profesionales* del difunto señor Corzana se habían efectuado, al parecer, con dinero de su esposa, destinado a la promoción y realización de espectáculos de circo, lo que permitió cierta holgura económica a la familia; la madre, al parecer, recuperó su dinero y procedió a adquirir—después de la guerra civil— una serie de propiedades sitas en los alrededores de Barcelona, haciéndose constar en las escrituras de adquisición que los cónyuges estaban sujetos a la legislación civil catalana.

3) *En 1961* falleció la madre de la demandante, esposa del padre *causante, cuando éste tenía unos ochenta años de edad*; a partir de entonces desaparece la armonía y convivencia familiar, ya que *se enamoró de la actual demandada, que era treinta años más joven que él*, viuda dos veces y con tres hijos del primer matrimonio.

4) En el *testamento de la madre de la demandante* instituía único heredero a su esposo, *declarando* que ella estaba acogida a la legislación foral catalana y que era propietaria de una serie de bienes, pasando tales bienes a su heredero instituido, que *en 1962* compareció ante Notario y *aceptó pura y simplemente la herencia de su esposa*, formalizando la manifestación de los bienes integrantes de la misma, *que se le adjudicaban sin perjuicio de los derechos legitimarios* de la actual demandante y de las hijas de su otra hermana fallecida.

5) *En septiembre de 1962, el padre de la demandante y la actual demandada se casaron*, poco después de haber aceptado la herencia de su esposa; los bienes adquiridos por el padre de la actora tenían el carácter de *reservables*, conforme a los artículos correspondientes de la Compilación Catalana y subsidiariamente del Código Civil, y, por tanto, al casarse en segundas nupcias, se deberían haber efectuado los *trámites necesarios para acreditarse* en todo momento *la situación* de tales bienes, que estaba en pleno vigor al contraerse un nuevo matrimonio.

6) *En octubre de 1962*, no sólo no se cumplen los requisitos legales en cuanto a la reserva binupcial, sino que se comparece ante Notario por el causante y la actual demandada, y se otorga una *escritura de capítulos matrimoniales con donación de bienes por razón de matrimonio*; la donación afectaba a la finca X...

7) A partir de esta situación se va distanciando el padre de su hija y de sus nietos, acabando por expulsar a un nieto de una de las propiedades en que habitaba, y después expulsó a su hija, de manera que la demandada se apoderó de todos los bienes con perfecto conocimiento de su procedencia; resurge la relación familiar cuando el causante requiere a su hija y a sus nietos para que acudan a la Notaría a *vender* diversas fincas que formaban parte del patrimonio de su difunta esposa, comparecencia de hija y nietos como legitimarios que eran; poco a poco se fueron vendiendo diversas fincas, y, finalmente, ya *con noventa años*, el causante otorga su *último testamento en 1965*, del que son albaceas testamentarios los demandados, señores Miró, testamento que es el que motiva la demanda.

La demanda se fundamenta en preceptos de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y termina con la *súplica* de que se dicte sentencia *declarando*: A) *Nula* de pleno derecho la *cláusula segunda de la escritura de capítulos matrimoniales de 1962*, por la que el padre de la actora hacía donación por razón de matrimonio con la segunda esposa entregándole una finca, por tener dicha finca el carácter de *reservable* a favor de la demandante y de sus sobrinos. B) *Nulo* de pleno derecho el *asiento registral* que hubiera podido originar dicha escritura de capítulos matrimoniales. C) *Nula* de pleno derecho la escritura de *compraventa* de la misma finca, inscrita en el Registro de la Propiedad, otorgada entre la demandada y el señor Llull (el comprador de dicha finca, también demandado). D) *Nulo* de pleno derecho el *asiento registral derivado* de la escritura de compraventa precedente. E) *Nulo* de pleno derecho el *prelegado* contenido en el apartado décimo del *testamento* último del causante, a favor de su esposa, *en cuanto «dispone a su favor la finca conocida como ...»*. F) Que *procedente* de la herencia de doña..., tienen el carácter de *reservables* a favor de la hija y nietos de , *los bienes muebles* que se describen, y cuyo importe exacto se acreditará en el período probatorio; dichos muebles *se concretaban* también en el dinero depositado en las sucursales de los bancos y cajas que citaba, que en la fecha del fallecimiento del causante arrojaban los *saldo*s de... pesetas. Y *que se condene*, en calidad que ostente cada uno de los demandados, a *estar y pasar* por las anteriores declaraciones y, en consecuencia, a *entregar* a la demandante cotitular de los bienes reservables los descritos bienes muebles e inmuebles *desde* el momento de la interposición de la demanda, con imposición expresa de *costas* a los demandados que temerariamente se opusieran a esta pretensión. *Subsidiariamente*, y para el improbable caso de que el juzgador no diera lugar a las peticiones C) y D) de este suplico, *declarar*, en su defecto, *rescindido* el contrato de compraventa. . otorgado por la demandada con el también demandado señor Llull, por constituir dicha finca un bien *reservable...*, y en tal calidad, haber sufrido *perjuicios* en más de la mitad del justo precio en dicha finca, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 325 de la Compilación de Cataluña, y *nulo* también el *asiento registral* que originase dicha transmisión, con *condena* a ambos demandados a estar

y pasar por esta declaración, *optando* por el complemento del justo precio o la restitución recíproca del objeto vendido y el precio entregado que consta en escritura de compraventa. Todo con expresa imposición de *costas*.

La demandante, tras manifestar que había recibido una citación del Juzgado de X, en el *expediente de protocolización de un testamento ológrafo de su padre* causante, de fecha *posterior* al que origina la presente demanda, y comoquiera que *subsistía la misma causa de pedir* contra el nuevo testamento aparecido, procede mediante *escrito de ampliación de la demanda en 1971*, a suplicar *que se tenga por adicionado* el suplico de la demanda con el siguiente apartado: que se declare *nulo* el pleno derecho del *testamento ológrafo* en trámite de protocolización ante el mismo Juzgado, por no respetar el carácter de reservable que tiene la herencia yacente de don ..., en cuanto que los bienes que la componen, como procedentes, a su vez, de la herencia de doña..., sólo pueden pasar a los descendientes de este primer matrimonio.

II. *Contestación a la demanda.*—Por parte de los demandados señores *Miró, albaceas testamentarios, no comparecieron*, por lo que se tuvo por contestada la demanda respecto a los mismos, siguiéndose, en cuanto a ellos, los autos en rebeldía.

● Por parte de *la demandada* se contestó a la demanda oponiendo, en síntesis, a los hechos antes manifestados lo siguiente: 1) *Que la madre de la demandante* al tiempo de contraer matrimonio *carecía* de bienes o dinero de cualquier clase, de forma que *los que posteriormente aparecían adquiridos por la misma* lo fueron exclusivamente con el dinero del marido, quien los puso a nombre de ella; que el matrimonio se había *contraído en Madrid, con sujeción al régimen de Derecho común*, y, por tanto, bajo el régimen de gananciales, al no haberse pactado escritura de capitulaciones matrimoniales. 2) *Que las declaraciones del causante* en orden a las *adquisiciones* a nombre de su primera esposa eran totalmente ineficaces, porque se vulneraba el régimen económico de gananciales impuesto por la Ley, de acuerdo con los artículos 14, 15 y concordantes del Código Civil en relación con el 1.323 del mismo texto legal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3) *Que la esposa primera del causante difícilmente podía poseer fortuna alguna o dinero propio*, ya que el *mantenimiento* de la familia se debió al trabajo exclusivo del marido. 4) *Que ni la actora ni los nietos de su difunto esposo le habían dado al mismo un trato siquiera amable*, hasta el punto de haber *desheredado al hijo de la actora por malos tratos*; que no existía unión familiar, ni armonía, ni convivencia, ni atenciones, sino todo lo contrario, por lo que a sus ochenta años, el causante había decidido casarse con la demandada, que aquí contesta a la demanda. 5) *Tiene difícil acreditar* respecto de las primeras nupcias del causante con su primera esposa, *si los cónyuges habían ganado o no la vecindad catalana*; que parece ser que el marido había considerado *preferible* que todos los bienes de su patrimonio estuvieran *a nombre de su mujer* y acogerse a la legislación catalana, haciendo *testamento mutuo* entre ambos esposos de los bienes existentes en el patrimonio familiar, *de manera que, en definitiva, la totalidad de los bienes adquiridos por doña... tenían el carácter*, que por imperativo legal le pertenecían, *de bienes gananciales*. 6) *Que al fallecer el causante debía procederse a la liqui-*

dación de la sociedad conyugal de gananciales y a la adjudicación de la mitad de tales bienes a favor del causante de la aquí demandada, sobre cuya mitad indivisa debió operar únicamente la pretendida reserva binupcial en que se ampara la demanda. 7) Que, en cuanto a la parte de bienes de la demandada, a excepción de los bienes afectos a la legítima, su disposición «mortis causa» por el causante era y es libre. 8) Que los preceptos de la Compilación de Cataluña no rigen en este caso, ya que, en el supuesto de que fueran reservables los bienes, lo serían por otros preceptos. 9) La conducta del causante evidencia precisamente que él se consideraba titular único de todos los bienes, de manera que la validez de la donación en capitulaciones matrimoniales al contraer segundas nupcias era perfectamente válida por hallarse dicho matrimonio sujeto al Derecho foral catalán. 10) Que respecto a los bienes muebles mencionados como sujetos a la reserva, aporta documentos del causante, en orden a las alhajas reclamadas, que habían sido distribuidas en favor de su segunda esposa como donación «mortis causa». 11) Negaba el carácter de reservable de la finca vendida por la demandada al señor Llull, y que la venta fuera por precio vil, ni que existiera mala fe, ni que el tal señor fuera hombre de paja. 12) Conforme al artículo 1.448 del Código Civil, las reparaciones en bienes peculiares al marido o a la mujer no eran de cargo de la sociedad de gananciales, y acreditaba que el causante había invertido a su cargo en los bienes de la herencia enormes cantidades de dinero al objeto de repararlos, y en su caso mejorarlos, lo que pone de relieve en vía de presunción, lo que indicaba en orden a la titularidad real del causante y lo que servía para formular petición subsidiaria de derecho de retención en favor de la demandada en su condición de heredera del esposo, amparando tal petición en el *usatge* «*si quis in alieno*», base del artículo 278 de la Compilación de Cataluña, que establece un derecho de retención en favor del que hubiera edificado de buena fe. Después de invocar los fundamentos legales, *suplica* se dicte sentencia absolviendo libremente de la demanda, de las peticiones en ella formuladas, y, subsidiariamente, declarar que a favor de la demandada existe, en su condición de heredera universal del causante, además de los propios en su concepto de viuda, los derechos derivados del derecho de retención del artículo 278 de la Compilación de Derecho civil catalán, fijando a tales fines la cuantía del precio de los jornales y materiales invertidos, la suma de 3.000.000 de pesetas. Con condena en costas a la parte actora.

o Por el demandado señor Llull se contestó a la demanda, oponiéndose en los siguientes hechos: 1) Que el demandado no conocía al tiempo de consumarse la venta a la señora Urchaga demandada. 2) Que la finca vendida se hallaba ocupada por un *inquilino*, a quien tuvo este demandado que hacerle ciertas compensaciones. 3) Que resulta absurdo se le demande; que había, además de ésta, otras ventas, otras muchas compraventas, otorgadas por el finado, que no impugna la parte actora. 4) Que el demandado ostenta la condición de *tercero hipotecario* y tiene a su favor la presunción de la buena fe, ya que adquirió bajo fe de Notario la finca referida de una persona, la señora Urchaga —demandada que aparece como titular registral de la misma—, sin que conste en el Registro anotación o reseña alguna de la que pueda deducirse alguna inexactitud registral. 5) Que aun en el supuesto de que se declarara resuelto el derecho de la otorgante, la seguridad jurídica impide que ello afecte al demandado, criterio susten-

tado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, ya que en su caso se dan todas las circunstancias para que opere la *protección registral*. 6) El *precio satisfecho* fue el de 250.000 pesetas, *valor en venta* que tenía la finca al tiempo de la venta, y en las condiciones de *ocupación* en que se hizo. 7) Además, resulta que la *actora carece de legitimación activa* para accionar, al amparo del artículo 323 de la Compilación de Cataluña, ya que *no* es heredera de la vendedora, y tratándose de *acción personal*, la *única* persona legitimada para interponer tal acción es la demandada señora Urchaga. 8) Que la *acción que se ejercita ha caducado*, puesto que han transcurrido con exceso los cuatro años a que se refiere el artículo 323 de la Compilación, ya que la caducidad es *a partir* de la fecha del contrato. Tras alegar los fundamentos legales, *suplica* se dicte sentencia por la que se absuelva al demandado de las peticiones de la demanda, declarando no haber lugar a la misma, e imponiendo las costas a la actora.

III. *Réplica*.—Por la parte actora, en el escrito de réplica, se hacía expresa referencia y se negaba el *derecho de retención* alegado por la demandada... (1).

IV. *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia*.—El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 1972, *estimando en parte* la demanda, *declaró*... (2) [*acepta* el Juzgado las peticiones contenidas en los apartados que antes he enunciado como A), B), E), F), y *rechazando*, en consecuencia, los que he señalado como C), D) y la petición subsidiaria en orden a la rescisión del contrato de compraventa, y rechaza también el apartado G) del escrito de ampliación de la demanda], y no dando lugar y rechazando los demás pronunciamientos solicitados, de los que se absuelve a los demandados, y *se absuelve al señor Llull* de todos los pedimentos contenidos en la demanda contra él formulados. *Sin* condena en costas procesales.

V. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Contra la sentencia del Juzgado se interpuso recurso de apelación *por la demandada, y por la demandante en cuanto al extremo de la sentencia que no daba lugar al pedimento G)*, en el escrito de ampliación de la demanda, y *manteniendo la apelación en cuanto impone las costas al desestimar la demanda contra el señor Llull*. *No comparecieron* en apelación los demandados señores Llull y Miró. La Audiencia *confirma* la sentencia del Juzgado *en todas sus partes*, a excepción del pronunciamiento relativo a la imposición de la actora de las costas *en cuanto al demandado señor Llull, que se revoca*. Y *no* se hace expresa condena en costas en ninguna instancia.

VI. *Recurso de casación*.—Por la demandada señora Urchaga se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en los motivos siguientes:

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida infringe la doctrina legal por el

(1) Este dato se obtiene del *Considerando octavo* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(2) Prácticamente el Juzgado *acepta la mayoría* de las peticiones de la demanda, de forma que aquí resumiremos aquello en que se separa

concepto de violación, porque la falta de «litisconsorcio» necesario debe ser apreciada de oficio, por afectar al principio de veracidad de la cosa juzgada, que afecta al orden público, y argumenta en defensa de tal motivo (3).. : a) que *ejercitándose en la demanda una declaración de «reservables» de determinados bienes*, que forzosamente han de disminuir el caudal relicto, es evidente que en ello se hallan *interesados* los herederos testamentarios que no han sido convocados al procedimiento, y también están interesados los herederos del causante, a quienes afecta la sentencia, que tampoco han sido convocados; b) que *la actora, pese a postular en nombre e interés propios*, solicita un pronunciamiento relativo a la naturaleza de *reservables* de determinados bienes procedentes de la herencia de su padre, e incluso interesa que se le entreguen, *en su carácter de titular*, y *sin que en el proceso hayan intervenido los demás cotitulares*, con lo que la sentencia viene a causar *efectos de cosa juzgada, frente a personas... que no han sido parte en el proceso*; c) que al afectar la sentencia a los demás herederos testamentarios y legitimarios, que ni han sido convocados al pleito, ni han intervenido como actores, la sentencia infringe la doctrina legal referente al «litisconsorcio» pasivo necesario, que se invoca; d) que al pretender la actora la *nulidad* del testamento ológrafo de don..., *la demanda debía dirigirse contra todos los afectados* por tal declaración de nulidad, es decir, contra todos los afectados.

2.º Basado en el artículo 1.692, 3.º, de la Ley Procesal, por *no* contener el fallo declaración alguna sobre la *reconvención* formulada al contestar la demanda, sobre el derecho de *retención* que subsidiariamente alegaba como viuda para el supuesto de que no la absolvieran de las peticiones contenidas en la demanda... (4); «por tanto, la sentencia *al dejar de resolver* sobre tal reconvención implícita, *incide* en el ordinal 3.º del referido artículo 1.692, sin que pueda válidamente argüirse que el fallo, al silenciar ese extremo, lo está denegando implícitamente».

3.º Basado en el artículo 1.692 de la Ley Procesal, por infracción del artículo 359 de la misma Ley, porque la sentencia recurrida *no es congruente* con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, alegando la *Sentencia de 12 de abril de 1961* (5), y se señala como concepto de infracción que «la sentencia que se recurre no es congruente, porque *no ha resuelto* ni en un sentido ni en otro las pretensiones de esta representación presentadas en forma subsidiaria en el suplico de la contestación, y, *en cambio, ha resuelto* determinados extremos que afectan a *terceros* no intervinientes en el procedimiento (las sobrinas de la demandante)».

VII. *Sentencia del Tribunal Supremo*.—Siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, sienta la siguiente doctrina:

Considerando 1.º: Que *el presupuesto procesal del «litisconsorcio» necesario*, tanto en el aspecto activo —de los demandantes— como en el pasivo, *exige que el órgano jurisdiccional*, antes de entrar a resolver el

(3) Toda esta argumentación se extrae del *Considerando segundo* de la Sentencia del Tribunal Supremo: subrayados mfs (J. C. G.).

(4) Argumentación extraída del *Considerando séptimo* de la Sentencia del Tribunal Supremo. subrayados mfs (J. C. G.).

(5) Argumentación extraída del *Considerando noveno* de la Sentencia del Tribunal Supremo: subrayados mfs (J. C. G.).

fondo del problema litigioso, *compruebe si están o no en el proceso —o han sido llamados a él— todas las personas a quienes pueda afectar la relación jurídica de derecho material controvertido*, con el fin de impedir que se condene a alguien que no ha sido oído y vencido en el juicio, y de evitar que se dicten sentencias que puedan resultar contradictorias en los pleitos que por separado hubieran de suscitarse; *de ahí que, aunque no sea alegada por las partes en la fase procesal oportuna, la falta de esc presupuesto procesal deba ser apreciada por el Tribunal de oficio, si es que efectivamente se produce.*

Considerando 2.º: Que en el *motivo primero* del recurso, se alega .. (6).

Considerando 3.º: Que, *con referencia a este motivo, conviene tener presente, en primer lugar, que la actora no formula sus pretensiones invocando su exclusivo derecho a los bienes reservables de la herencia de su padre, sino al contrario, fundándose en ser interesada en dichos bienes en unión de sus sobrinas doña... y doña .., y como cotitular con ellas; por eso dice: a) en el primer pedimento del suplico de su demanda, que el bien inmueble que refiere «tiene el carácter de reservable a favor de ella y de sus sobrinas»; b) lo mismo sostiene en los pedimentos 2.º, 3.º y 4.º; c) al solicitar la nulidad del prelegado, la funda en que «vulnera el carácter de reservable a favor de mi mandante y sus sobrinas»; d) al peticionar los bienes referidos al extremo 6.º, se apoya en que «tienen el carácter de reservables». .; e) al solicitar la entrega de bienes, los pide «como cotitular de los bienes reservables» (7).*

Considerando 4.º: Que, *en segundo lugar, hay que destacar que la sentencia impugnada, en congruencia con lo solicitado por la actora, tiene buen cuidado de puntualizar que los bienes reclamados «tienen el carácter de reservables en favor de doña... y doña ..», y da lugar a los pedimentos contenidos en los párrafos letras A), B), C), D) y E), «condenando a tres de los demandados a que entreguen a la actora en su condición de reservista, el bien reservable X, en su condición expresada de cotitular junto con los demás reservatarios de tal bien sujeto a reserva» (8).*

Considerando 5.º: Que, *en tercer lugar, la jurisdicción (sic) tiene proclamado con reiteración que «cualquiera de los partícipes en la comunidad puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, ya para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos, si bien la resolución que recaiga no perjudica a los demás partícipes si fuere adversa, aprovechándolos, en cambio, si les fuera favorable» (Sentencias de 8 de mayo de 1950, 26 de marzo de 1955, 19 de junio de 1964, 29 de septiembre de 1967 y 10 de diciembre de 1971).*

Considerando 6.º: Que, *en último término, y por lo que respecta a la pretensión de nulidad del testamento ológrafo, postulado en el escrito de ampliación de la demanda, es evidente que al razonar la sentencia recurrida (considerando 9.º de la de primer grado) que es improcedente, debe entenderse desestimada, y, por tanto, tiene que reputarse que la demandada carece de legitimación para recurrir contra tal particular desestimatorio, que ningún agravio le causa.*

Considerando 7.º: Que en el *motivo 2.º...* (9).

Considerando 8.º: Que *este motivo del recurso adolece de un grave de-*

(6) Véase recogido en epígrafe VI precedente.

(7) Así viene subrayado este inciso en la propia sentencia.

(8) Así subrayado en la propia sentencia.

(9) Aquí el ponente recoge el motivo en forma expuesta en el epígrafe VI precedente.

fecto procesal que lo hace improsperable, pues no señala el precepto que se supone infringido —forzosamente tenía que invocarse como tal el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según reiterada jurisprudencia—, ni tampoco el concepto de la infracción; pero es que, además, conviene destacar con referencia a él: a) que la demandada se aquietó con la providencia de 2 de julio de 1971, que tuvo por contestada la demanda y ordenó dar traslado de tal contestación a la demandante, por diez días, para réplica; b) que la actora, al replicar, impugnó tal derecho de retención, alegando lo que creyó oportuno en relación a él; c) que la sentencia de primer grado —que fue aceptada en todo por la de apelación, salvo en el particular de costas—, en el décimo considerando razona la improcedencia de acoger esa pretensión, exponiendo diversos argumentos para justificar tal pretensión; d) que, aunque en la parte dispositiva de tal sentencia no se refleja esa denegación, la parte demandada no pidió aclaración sobre ese extremo, que, al no ser acogido, hay que entenderlo denegado, porque aquel considerando es determinante del fallo en tal particular.

Considerando 9.º: Que el motivo 3.º del recurso (10)...

Considerando 10.º: Que también en la formulación de este motivo del recurso se incurre en graves defectos procesales que imponen su desestimación, puesto que no sólo deja de señalar el número del artículo 1.692 de la Ley Procesal en que se ampara, sino que, además, omite el concepto en que se supone cometida la infracción denunciada —violación, interpretación errónea o aplicación indebida—, defectos ambos tan trascendentales que cualquiera de ellos por sí solos sería bastante para la repulsa del motivo.

Considerando 11.º: Que la desestimación del motivo lleva consigo la condena en costas a la recurrente y la pérdida del depósito para recurrir.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada.

J. C. G.

DEMANDA DE NULIDAD DE MATRIMONIO CONTRAÍDO DE BUENA

FE: Los efectos civiles en cuanto a cónyuges e hijo; patria potestad y tenencia del hijo menor; limitación al ejercicio de la patria potestad por motivos especiales.—BORNES v. FUENTES (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1975).

Nota.—El supuesto de hecho que subyace en este litigio se regula, después de la reforma de 1981, actualmente por el artículo 79 del Código Civil. Entiendo, no obstante, que sigue teniendo un enorme interés esta sentencia, aunque sólo fuera por el ejemplo del «precedente» y, además, y muy en especial, por lo que en las notas finales se dice respecto a los muy relevantes aspectos sociológicos que envolvieron este caso.

I. *Antecedentes.*—1) La demandante y el demandado habían contraído matrimonio en Oslo (Noruega) en 1965, y del matrimonio nació un hijo,

(10) Recoge el ponente el motivo en la forma expuesta en epígrafe VI precedente.

nacido en 1969, que fue *inscrito* en el Registro Civil del Consulado *como español* por el padre.

2) Las circunstancias acerca de estos hechos eran estimadas en forma totalmente discrepante por ambas partes, en cuanto a los *puntos* siguientes:

⊗ En cuanto al *domicilio del matrimonio*: Para la *demandante*, el último domicilio del matrimonio fue en casa de los padres del esposo. Para el *demandado*, el matrimonio nunca había tenido su domicilio en España.

⊗ Para la *esposa*, el *demandado* con su hijo *se ausentó* de Oslo en diciembre de 1970, sin que desde entonces se tuvieran noticias de su paradero. Para el *demandado*, lo que pasó fue que *se trasladó a España* para pasar las fiestas de Reyes y una temporada con sus padres, y luego se trasladó nuevamente a Oslo dejando al niño con los abuelos.

⊗ *Desequilibrio del demandado*: Por parte de la *esposa* se aducía *desequilibrio mental* del marido, como se desprende de su extraña conducta y de las manifestaciones de los propios padres que temen por la seguridad de su nieto. Para el *demandado*, esto era rechazable, ya que nunca había sido incapacitado ni padecía *desequilibrios mentales*, ni tampoco sus padres habían realizado actuación alguna que corroborase dicha afirmación.

⊗ *Auto en cuanto a la custodia del niño*: Por parte de la *demandante* se alegaba que por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la capital, en auto de 1972, se confirió la *custodia* del hijo del matrimonio a la *demandante*, *compartiéndola* con la del abuelo paterno. Por parte del *demandado* se alegaba que dicho auto *fue anulado* y quedó *sin efecto* por otro dictado el 20 de octubre del mismo año.

3) La *demandante* había promovido *demanda* ante el Juzgado correspondiente de *Noruega*, que dio lugar a la separación, en la que se confiaba la *custodia* del hijo a la madre. Posteriormente intentó la *ejecución de sentencia* ante los Tribunales españoles, petición que había sido *rechazada* por no ajustarse a las normas procesales españolas, lo que dio lugar a la *solicitud de adopción de medidas provisionales* tendentes a la custodia del hijo, que si bien le fue *concedida*, fue *compartida* con los abuelos paternos mediante el *auto* antes citado de 28 de julio de 1972, posteriormente *anulado* por auto del Juzgado de Primera Instancia número 10 de 20 de octubre del mismo año.

La *demanda* terminaba con la *súplica* de que el Juzgado dictara *sentencia declarando la nulidad* del matrimonio de los litigantes, *con condena en costas* al *demandado*.

El *demandado* *contestó* y *se opuso* a la *demanda*, y tras las diferentes alegaciones que se han citado en esquema, termina con la *súplica* al Juzgado de que se dicte *sentencia declarando la nulidad* del matrimonio celebrado en Oslo, *confiando* al padre la patria potestad del hijo y *no dando lugar* a liquidación de la sociedad de gananciales ante los Tribunales españoles por venir entendiendo de la misma los Tribunales noruegos respecto a los únicos bienes existentes en dicha sociedad, radicantes todos ellos en la ciudad de Oslo.

Por parte del *Ministerio Fiscal*, *se contestó* la *demanda negando los hechos* de la misma por no aportarse ningún documento que acredite la personalidad de la parte actora, *proponiendo la excepción* de falta de legitimación activa de la actora, en relación con el matrimonio que se dice

celebrado en el extranjero, pero cuya existencia no consta en documento alguno. Tras los fundamentos y la excepción propuesta, concluye con la *súplica* de que se desestime la demanda.

II. *Sentencia del Juzgado*.—Por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la capital, se dicta *sentencia* el 3 de noviembre de 1973 (1), cuyo fallo, *estimando en parte la demanda, así como la contestación, declaró la nulidad* del matrimonio contraído en Oslo, concurriendo buena fe en ambos cónyuges al contraerlo, y *atribuyendo la patria potestad* sobre el hijo de ambos, por imperativo legal, al padre, correspondiendo al hijo por idéntica razón la nacionalidad española, y añadía «por los motivos especiales que concurren en este caso ha de quedar al cuidado del padre, que conserva la patria potestad». Y firme que sea la sentencia, producirá respecto de los bienes del matrimonio los mismos efectos que la disolución por muerte, habiendo de tenerse en cuenta *en el momento de su ejecución* la buena fe de los contrayentes. Todo ello *sin* condena en costas.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Presentado recurso de apelación por parte de la actora, la Audiencia dicta *Sentencia* el 24 de mayo de 1974 (2). La Audiencia afirma que el Juzgado omite la declaración de que el hijo de los litigantes deba quedar al cuidado de su madre —*que expresamente se pedía en el suplico de la demanda*—, ya que, aunque es verdad que en el 5.º considerando la sentencia *estima la procedencia* de que el hijo «ha de quedar al cuidado del padre, que conserva la patria potestad», lo cierto es que *en el fallo* o parte dispositiva de tal sentencia *silencia* ese esencial extremo. *La Audiencia sienta, en primer lugar, la regla general* de que en los casos de nulidad del matrimonio en que ambos cónyuges hayan obrado de buena fe, el hijo menor de siete años debe quedar al cuidado de la madre —que es lo que dispone el párrafo 5.º del artículo 70 del Código Civil—, y *después admite la excepción* a esa regla general, *pues añade* «a no ser que las peculiaridades del caso induzcan al Tribunal a regular la situación del niño, según su discrecional criterio», *que es lo que preceptúa el párrafo siguiente*. *La Audiencia, después, enfrentándose con el caso concreto que se le somete a decisión, vuelve a proclamar que de acuerdo con el principio «in favorem prolis» únicamente se debe privar a la madre de los hijos menores de la edad indicada cuando los aludidos motivos especiales pongan de manifiesto que tal medida extraordinaria es beneficiosa para los mismos, por ser su bien el interés primordialmente tutelable; pero al examinar las circunstancias de dicho caso, termina por afirmar que ello «no acontece en esta litis, por cuanto la condición de extranjera de la madre no ha de ser óbice... para que se le encomiende el temporal cuidado del hijo, aunque éste, como legítimo, se halle sujeto a la potestad expresada en el párrafo 1.º del artículo 154 del propio cuerpo legal»*. *La Audiencia dicta el fallo estimando el recurso de apelación de la parte actora, y revoca el fallo de la sentencia del Juzgado, en cuanto omite la declaración que en éste se hace de «que el hijo de los litigantes debe quedar al cuidado de la madre hasta que aquél cumpla los siete años», confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia del Juzgado, sin imposición de costas*.

(1) Esta argumentación se obtiene en parte del *motivo primero del Recurso de Casación*.

(2) Las argumentaciones que siguen se obtienen en parte de los *Considerandos tercero, cuarto y sexto* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

IV. *Recurso de casación.*—Contra dicha sentencia el padre demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, fundándolo en los motivos siguientes:

1.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 70, en relación con el artículo 73 del Código Civil. La sentencia de la Audiencia *confirma en un todo* lo pronunciado en su día por el Juzgado de Primera Instancia y *fundamentalmente en lo relativo a la patria potestad otorgada al padre. La única variante es en la parte dispositiva*, «que el hijo de los litigantes debe quedar al cuidado de la madre hasta que aquél cumpla los siete años», y ello en base a estimar que el fallo del Juzgado *omite declaración* sobre el particular. *Ratificada la concesión de la patria potestad al padre* por la sentencia de la Audiencia y *estimando* que en la del Juzgado se ha «omitido» pronunciamiento sobre la tenencia del hijo hasta el cumplimiento de los siete años, se ha producido la violación aquí denunciada, porque si bien el artículo 70, párrafo 5.º, del Código Civil establece..., el párrafo 6.º del mismo artículo y el artículo 73, párrafo 6.º, contienen *una excepción por motivos especiales. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no omite provisión sobre el cuidado del hijo* habido en el matrimonio, *sino que hace constar* en el penúltimo de los considerandos *la frase* «por los motivos especiales que concurren en este caso ha de quedar al cuidado del padre, que conserva la patria potestad». Por tanto, *el juzgador no omitió la provisión del cuidado del hijo, sino que lo confió al padre por los motivos especiales concurrentes*, siguiendo lo preceptuado en los artículos cuya violación se denuncia; los *motivos especiales* no son el hecho de que la madre sea extranjera, sino también que la madre haya incurrido ante las autoridades españolas en fraude de Ley, exponiendo dolosamente unos hechos inciertos; intentando el rapto del hijo, oportunamente denunciado ante las autoridades, y aprovechándose de las distintas normas de procedimiento español burlando su respeto y cumplimiento a su capricho, lo que atenta contra nuestras normas procesales por ser materia de orden público.

2.º Basado en el artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 70 en relación con el 73 del Código Civil. Motivo formulado con carácter *subsidiario* al anterior, y para el supuesto de que se estime que no se estaba en presencia de una violación de preceptos, sino, en su caso, de una interpretación errónea, lo que llevaría al mismo resultado de casación de la sentencia recurrida.

3.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de lo dispuesto en los artículos 70 y 73 del Código Civil, en relación con el artículo 155 del mismo texto legal, *siendo coincidentes ambas sentencias en confiar la patria potestad del hijo al padre aquí demandado, y siendo firme tal pronunciamiento al no haberse recurrido* por la madre actora, *al establecerse* en la sentencia de la Audiencia *que el hijo debe quedar en poder de la madre*, viola los artículos citados, que establecen, entre los efectos de la patria potestad, que el padre tiene el deber de tener a su hijo en su compañía, y *en cierto modo con tal fallo se viene a limitar el ejercicio* de la patria potestad concedida al padre. Si la custodia se entrega a *la madre*, es evidente que el ejercicio de la patria potestad quedaría *limitado, razón, entre otras, que configura uno de los motivos «especiales»*, a que se refieren los artículos 70 y 73 del

Código Civil; *que tales motivos especiales son de apreciación de Juzgados de Instancia, por lo que no cabe a la Audiencia, sin otras probanzas, el alterarlos en forma alguna.*

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, expone la siguiente doctrina en los considerandos de la sentencia:

1.º *Que toda la temática del recurso gira alrededor de un solo problema: determinar si han concurrido o no motivos especiales que aconsejen alterar la norma general sobre la guardia y custodia de los menores de siete años, hijos de cónyuges cuyo matrimonio se declare nulo y contraído de buena fe por ambos, cuyo problema plantea el recurrente a través de tres diversos motivos, que en realidad constituyen una sola cuestión.*

2.º *Que el motivo 1.º (3)...*

3.º *Que la sentencia recurrida no comete la violación que en este motivo (se refiere al primero) se le imputa, sino, al contrario, tiene bien en cuenta lo que los preceptos invocados disponen, pues sienta, en primer lugar, la regla general. . (4).*

4.º *Que después, enfrentándose con el caso concreto que se le somete a decisión, vuelve a proclamar la Audiencia que de acuerdo con el principio «in favorem prolis»... (5).*

5.º *Que si, pues, tiene en cuenta lo que de manera general dispone el artículo 70, y por apreciar que no concurren circunstancias especiales que aconsejen alterarla, se atempera a ella, no puede sostenerse fundadamente que la sentencia viola aquellos preceptos, aunque no los cita de manera expresa.*

6.º *Que, en último término, conviene destacar que está en lo cierto la Audiencia cuando afirma que el Juzgado omite la declaración. . (6).*

7.º *Que el recurrente, demostrando sus vacilaciones respecto a la prosperabilidad de ese motivo (se refiere al 1.º), articula otro con igual amparo. . (7).*

8.º *Que si no fuera bastante para la repulsa del motivo esa formulación subsidiaria y vacilante sobre el concepto de infracción que se denuncia, a igual resultado desestimatorio habría que llegar si se tiene en cuenta que se limita a enunciar el concepto, pero sin exponer la manera o modo en que, a su juicio, se interpretan erróneamente los preceptos invocados, lo cual por sí solo también inviabilizaría dicho motivo.*

9.º *El tercero y último motivo del recurso... denuncia otra vez la violación... (8).*

10.º *Que la patria potestad, en el concepto moderno que se atribuye a esta institución, es el conjunto de derechos (9) que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los debe-*

(3) El ponente resume en este lugar el *motivo primero del recurso* en forma sucinta: ver anteriormente en el epígrafe IV precedente.

(4) Ver la Sentencia de la Audiencia Territorial en el epígrafe III precedente.

(5) En este lugar el ponente se refiere a la argumentación de la Sentencia de la Audiencia; ver en el epígrafe III precedente.

(6) Se refiere a lo expuesto anteriormente en la Sentencia de la Audiencia: ver epígrafe III precedente.

(7) El ponente resume el *motivo segundo*, expuesto en el epígrafe IV precedente.

(8) El ponente resume el *motivo tercero*, expuesto precedentemente en el epígrafe IV.

(9) Así subrayado en la sentencia.

res (10) de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo, entre los cuales nuestro Código Civil, en el artículo 155, señala los de alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarlo, instruirlo, cada uno de cuyos deberes puede sufrir las determinadas limitaciones que los Tribunales juzguen convenientes en interés del menor y en atención a las circunstancias especiales de cada caso concreto.

11.º Que así entendida la función de la patria potestad, se comprende que tampoco este tercer motivo del recurso pueda prosperar: 1.º Porque la limitación que al ejercicio de la patria potestad del padre ha impuesto la sentencia recurrida, viene establecida de manera general por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a los menores de siete años, y sólo por motivos especiales se puede alterar. 2.º Porque en el caso de autos, la sala de apelación estimó que no concurrían esos especiales motivos que podrían imponer esa alteración. 3.º Porque tampoco se acreditó por la vía legal correspondiente que hubiesen concurrido determinados hechos que pudieran ser constitutivos de esos motivos, y que, a pesar de ellos, la aludida Sala hubiese proclamado su inexistencia. 4.º Porque, como tiene declarado la jurisprudencia, «el recurso de apelación en nuestro sistema procesal se configura como una revisión del proceso de primera instancia, que tiene por finalidad comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario, examinando íntegramente la cuestión, y decidiéndola generalmente sobre la base del mismo material instructorio (Sentencias de 11 de octubre de 1905, 12 de abril de 1912, 26 de febrero de 1915, 6 de julio de 1961 y 31 de marzo de 1967), y por virtud de tal recurso, se devuelve al Tribunal que ha de decidirlo toda la jurisdicción que tuvo el Juez que dictó la resolución apelada» (Sentencias de 3 de diciembre de 1895, 29 de febrero de 1896, 20 de junio de 1907 y 3 de octubre de 1927). 5.º Porque, consiguientemente, la facultad jurisdiccional que los preceptos invocados otorgan al Juez del Tribunal de primer grado se entienden conferidos íntegramente a los de segundo grado, en caso de apelación, y, por tanto, la Audiencia estaba facultada para examinar y decidir si concurrían esos motivos especiales que podían imponer la derogación de la regla general, en el caso concreto que ella contemplaba, y al estimar que no habían concurrido, y aplicar la norma general, obró dentro de sus facultades, pues vino a sustituir, con plenitud de jurisdicción, al Tribunal de primer grado.

12.º Que la desestimación del recurso lleva consigo, por terminante prescripción de la Ley, la imposición de las costas a la parte recurrente.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

Notas.—El presente supuesto de hecho y la sentencia que lo resuelve no han sido objeto de atención por parte de la doctrina civilista, aunque sí lo ha sido —y muy frecuente— en el ámbito de los medios de comunicación social, prensa, revistas de información general y espacios en televisión (el último, en mi recuerdo, en el espacio «ESTUDIO ABIERTO», con una crítica durísima del padre aquí demandado contra las autoridades gubernativas y judiciales).

(10) Así subrayado en la sentencia.

Es curioso que situaciones similares a las del litigio aquí presentado han solidamente ocurrido entre matrimonios de españoles y extranjeros, y muy concretamente *entre español y extranjera*. Dentro de dicho sector concreto, la reducción es mayor, ya que la realidad social apunta a ciertas dificultades de entendimiento entre español y extranjera *escandinava*. Es un aspecto curioso, muy a tener en cuenta en el plano sociológico, estudio, a mi modo de ver, hoy pendiente de hacer.

En cuanto a los aspectos estrictamente *jurídicos*, especialmente en el ámbito *civil*, apenas nada más que decir, ya que todos ellos se enmarcan dentro de los motivos especiales concurrentes en cada supuesto de hecho concreto que pudieran introducir una *limitación* a la regla general en materia de patria potestad. Aquí y en este litigio concreto, y *en tanto entonces como en la actualidad*, lo que parece debe primar en cualquier caso es el principio *in favorem prolis*, que reitera el ponente en su decisión. Más modernamente se ha importado del argot jurídico extranjero el principio, que es casi más sociológico que jurídico, *tout pour l'enfant*, al que uno de nuestros mejores maestros civilistas ha dedicado especial atención en fechas bien recientes (11).

J. C. G.

DEMANDA POR LOS PADRES DE DECLARACION DE FILIACION: *La entrega de una niña confiada en «prohijamiento» y el tipo de abandono de los padres reales; la confesión judicial; el abandono y la no adquisición de la patria potestad.*—**LA SUSPENSION Y LA EXTINCION DE LA PATRIA POTESAD:** *Nacimiento de la patria potestad y renacimiento, artículos 170 y 171 del Código Civil.*—**LA CONGRUENCIA.**—PASCUAL y PEREZ v. CHAVERO y GIL (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1975).

Advertencia importante.—Tras la reforma de 1981, el supuesto de hecho que dio origen a este pleito está regulado por el nuevo artículo 170 del Código Civil, equivalente globalmente a los anteriores artículos 170-171 del Código Civil. Sin embargo, considero que la reseña total es trascendente e importante, dado que *todo el trasfondo sociológico* —en íntima conexión con la consabida adopción— *sigue en la actualidad carente de adecuada solución legal*. De otra manera dicho, una sentencia *declara* una filiación *de la que no sigue* la adquisición de la patria potestad en virtud de una *presunción judicial* de que la situación del hijo *implica* un abandono: se establece, por tanto, judicialmente una causa de *no adquisición de patria potestad* por presunción de abandono. De ahí el enorme interés de esta sentencia, que la experiencia muestra se repite en el tiempo y en otro espacio o ámbito patrio.

I. *Antecedentes.*—Eran hechos probados del siguiente litigio:

1) Había nacido una niña en 1966, de padre no conocido, en la ciudad de X, siendo su madre soltera.

2) La niña fue temporalmente confiada al matrimonio constituido por los demandados.

(11) Véase Díez-Picazo y Ponce de León en *Familia y Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, páginas 171 y ss.

3) La madre de la niña y el verdadero padre —que al engendrarla era sacerdote—, tras la secularización de éste, contrajeron *matrimonio* a principios de 1970, *reconociendo a la niña por subsiguiente matrimonio* el 3 de abril de 1970. Por *requerimiento notarial* de 20 de julio de 1970 se reclamaba a los hoy demandados a la niña, según constaba en los documentos aportados al pleito con las copias notariales. Había habido una serie de intentos y gestiones por parte de los demandantes para recuperar a la niña.

4) Los ahora demandantes, ante el resultado negativo de las gestiones, acudieron primero a la autoridad gubernativa y posteriormente entablaron procedimiento *penal* (al parecer), resuelto por auto de la pertinente Audiencia Provincial en 1972, que declaraba que correspondía a los Tribunales de lo Civil el conocimiento de la reclamación formulada.

Los hechos discutidos en el pleito y con diferentes interpretaciones por ambas partes eran como sigue:

• *La condición de padres* de la niña que había sido confiada en *prohijamiento* por parte de los demandantes, derivada de la especial situación como sacerdote del padre, *era negada por los demandados*, en base a que el pretendido demandante se había autocalificado de tío de la madre de la niña, que era menor de edad en el momento que la conocieron los demandados; se hacía constar por éstos que las circunstancias especiales del caso hacen dudar «de la total moralidad, con indicio de racionalidad, y sería muy conveniente una profunda investigación de las conductas de ambos antes de decidir sobre una presunta normalidad familiar de quienes pretenden la propiedad (*sic*) de la niña, que fue entregada a los demandados para salvaguardar en aquella fecha la dignidad sacerdotal de don. , y la reputación de su supuesta sobrina doña..., menor de edad en aquellas fechas, y que hoy se la reclaman a los demandados como hija».

• Por los demandantes se hacía constar que *la entrega de la niña en prohijamiento* se efectuaba en virtud de la especial situación del padre y madre naturales hasta el momento de que el padre pudiera ser secularizado y se pudiera legalizar la hija por subsiguiente matrimonio, como efectivamente así sucedió. Por parte de los demandados se hacía constar que dicha entrega había sido toda una verdadera odisea, expresándose el *itinerario* que habían seguido los demandados hasta conseguir a dicha niña, itinerario que pasaba a través de un hermano del demandante que estudiaba filosofía en Alcalá, donde conoció a un sacerdote jesuita, quien les puso en contacto con otro sacerdote —el que luego sería aquí demandante— con el fin de adoptar el niño o niña que naciera de una supuesta sobrina del mismo llamada... —la aquí demandante—; que el *contacto* era a base de efectuar *una obra de caridad*; que se había hecho una gran alabanza del espíritu cristiano de los demandados; que se había entregado una cantidad de dinero para cuidar a la parturienta hasta que pudo salir del sanatorio; que se habían reunido con un oficial de la administración de justicia de la capital, etc., y otra serie de contactos, hasta llegar al *prohijamiento* de la niña entregada para su posterior *adopción*; que la entrega en *prohijamiento* supuso la crianza y educación de la niña con todo esmero, superior a la media de una familia obrera, que es la de los demandados, hasta que en 1970 empiezan los intentos por parte de los padres naturales de recuperar a la niña; los *gastos* ocasionados a los de-

mandantes son *cuantiosos, sin haber recibido cantidad alguna* para sustento, cuidado médico, asistencia y educación de la niña, que solamente ha sido *cuidada en base al trabajo efectuado por el demandado*; que los padres naturales *nunca habían visitado a la niña, y ni siquiera la conocían*.

Finaliza la demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia: *declarando* que la niña... es hija legítima de don... y doña...; *declarándose* asimismo el derecho de dichos señores a cumplir los deberes que la paternidad les impone y principalmente el de la patria potestad que corresponde al padre, bajo cuyo cuidado y custodia debe estar la niña para la debida efectividad de esa patria potestad; *condenando* a los demandados don... y doña... a estar y pasar por esas declaraciones y a que entreguen a los demandantes la niña... que ilícitamente en su poder retienen.

Por parte de los demandados, tras las alegaciones antes reseñadas, se termina su *contestación* a la demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia absolutoria declarando no haber lugar a las pretensiones del actor, con expresa imposición de costas por su mala fe y temeridad procesal.

Por el *Ministerio Fiscal* se contestó a la demanda y se negaron los hechos de la misma hasta tanto no fueran probados, y solicitando recibimiento a prueba.

El *Juzgado*, con *suspensión* del término para dictar sentencia y *para mejor proveer*, acordó *aportar informes* a emitir por los Tenientes de Alcalde y Comisario Principal Jefe de Policía del Distrito correspondiente del domicilio de los cónyuges demandantes en... *sobre si los actores vienen o no observando una conducta moral normal, pública y privada, y si están bien contemplados públicamente, si disponen de ingresos* suficientes para atender decorosamente a su hija de siete años en la satisfacción de todas sus necesidades alimenticias en sentido amplio y de educación e instrucción, *si han contribuido económicamente* en absoluto en los gastos de educación e instrucción de dicha niña desde que fue confiada su custodia a los cónyuges demandados y si ni siquiera *se han preocupado de ver* en ninguna ocasión *a su hija* desde la fecha de su entrega a los demandados hasta el día de la fecha, *concretando* su caso las veces y ocasiones en que visitaron y se entrevistaron con su hija. También el *Juzgado* acordó practicar *prueba de confesión judicial* bajo juramento indecisorio *de los demandantes*, a tenor de las posiciones al efecto formuladas, librándose el correspondiente *exhorto* al *Juzgado Decano* de... En el mismo proveído se acordó dirigir otro *exhorto* al *Juzgado* de... *para que en relación a las diligencias indeterminadas en 1971* —tramitadas en el *Juzgado* número 13 de Madrid— fueran desglosadas y unidas al *exhorto* para su incorporación a los autos, *las cartas originales suscritas por los demandantes*, *exhorto* debidamente cumplimentado al *Juez Decano* de Madrid y *sin que fuera devuelto*, no obstante el requerimiento efectuado, por lo que el señor *Juez* alzó la *suspensión* de los autos, que quedaron así listos para dictar la resolución procedente.

De la referida *prueba de confesión judicial* resultaba que el demandado, en las posiciones 2.ª, 3.ª y 5.ª, reconoce que es cierto que al principio escribieron a los padres reales algunas *cartas* sobre el estado y marcha de la niña; que es cierto que en cuanto le concedieron la secularización a don... les fue pedida la niña; que es cierto que no quiso don... (refiriéndose al padre real) firmar lo relativo a la adopción. La demandada también corroboró lo que había dicho el marido, y en la posición 3.ª dijo ser

cierto que al principio cumplieron con la obligación de dar noticias, a la que no faltaron hasta que les fue reclamada la niña al concederse la secularización al padre real, y que dejaron de informar sobre el estado de la niña bastante antes de 1969.

II. *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado correspondiente de Primera Instancia dictó sentencia en 1973 con el siguiente fallo: que *estimando* sólo de manera *parcial* la demanda de don... y doña..., contra don... y doña..., y el Ministerio Fiscal, *debo declarar y declaro* que la menor... inscrita en... es hija legítima de los demandantes, en virtud del reconocimiento y subsiguiente matrimonio de ambos; *se declara* el derecho-deber que a los demandantes corresponde de cumplir los deberes derivados de la patria potestad; *se desestima la pretensión* tendente a *condenar* a los demandados a entregar dicha niña a sus legítimos padres por las razones que se aducen en la fundamentación jurídica de esta sentencia, debiendo las partes litigantes estar y pasar por estas declaraciones, *sin* hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes, por inexistencia de temeridad ni mala fe.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte demandante, la Sala correspondiente de lo Civil de la Audiencia Territorial dicta sentencia en 1974, en la que hace una serie de argumentaciones (1). Declara la sentencia de la Audiencia *como hechos probados* «que los padres abandonaron a su hija en poder del matrimonio recurrido, para liberarse aquéllos de los deberes y cargas que su guarda implicaba, hasta el punto de que no la han vuelto a ver ni la conocen, ni han cumplido ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad ni satisfecho ningún gasto de la niña, de la que se hicieron cargo los demandados con el firme propósito de adoptarla, según les prometió el padre y aquéllos creyeron fiados en su condición de sacerdote»; también afirma la Audiencia «que *la situación* de abandono en que los padres han tenido a su hija *es obstáculo suficiente* para que adquirieran la patria potestad por el solo hecho de la legitimación», y dice también que «si el abandono de la menor es *causa de pérdida* de la patria potestad cuando ya se disfrutaba de ella, *con mayor motivo lo será para no adquirirla* respecto a quien se tiene abandonado»; y la misma resolución de la Audiencia, después de *reconocer su incompetencia* para conocer el supuesto abandono, proclama *su competencia* para resolver si esa situación de abandono es obstáculo suficiente para que adquirieran la patria potestad.

La sentencia de la Audiencia contiene el siguiente fallo: que, *confirmando en parte y en parte revocando* la sentencia apelada, *la confirmaremos* —en cuanto estimando parcialmente la demanda interpuesta... *declaró* que la menor... es hija legítima de los demandantes en virtud del reconocimiento y subsiguiente matrimonio de ambos—; y *la revocamos* —en cuanto *declaró* el derecho-deber de los demandantes de cumplir los deberes derivados de la patria potestad—; y *desestimamos* el resto de los pedimentos formulados a la demanda, de los que absolvemos a los demandados; *sin* expresa imposición en costas en ninguna instancia.

(1) Estas argumentaciones se extraen de los *motivos primero y tercero* del recurso y de los *Considerandos tercero y cuarto* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

IV. *Recurso de casación.*—Por parte de los demandantes se interpone recurso de casación por infracción de Ley amparado en los siguientes motivos:

1.º Basado en el artículo 1.692, número 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial y documental, con infracción de los artículos 1.232 y 1.218 del Código Civil (2).

El motivo parte de *la consideración* de la sentencia recurrida, antes aludida, de que «si el abandono de la menor es causa de pérdida de la patria potestad cuando se disfruta de ella, con mayor motivo lo será para no adquirirla respecto de quien se tiene abandonado». Este párrafo encierra *un juicio valorativo y una conclusión*. Por tanto, es importante estudiar la conclusión a que llegó el Tribunal en lo relativo a la existencia del abandono. El recurrente se refiere a *la figura del abandono* como una figura polivalente dentro del Derecho, inserta tanto en el ordenamiento penal como en el civil, y —dentro de cada uno de ellos— con configuraciones y efectos distintos; se refiere a los *aspectos jurídicos* del abandono, en especial a los aspectos *penales*, estudiando las figuras del abandono de familia y el abandono de niños, distinguiendo que el abandono *de familia* es un delito por omisión, y el abandono *de niños* es un delito por acción, entendiendo que *la premisa inicial*, tanto en la acción penal como en sus efectos, es la de que habrá que estudiar las circunstancias anteriores coetáneas y posteriores al hecho del abandono, supuesto que por propia naturaleza los efectos a producir serán distintos en cada caso. A continuación examina los *aspectos civiles del abandono*, diciendo que no aparece mencionado en precepto alguno del Código Civil (a excepción del art. 756, número 1.º, como causa de indignidad para suceder), de manera que los *efectos* de abandono *hay que deducirlos* de textos del mismo Código en que se contemplan situaciones antisociales o antifamiliares, pero el abandono como tal *no aparece* de manera expresa *contenido* en nuestro Código Civil; tal omisión induce al recurrente a creer que el legislador entendió más certero y eficaz *no emplear el término abandono*, reforzando la preeminencia penal del mismo, con lo que ello supone de ejemplaridad y temor; entiende que *el propósito del legislador* se dirigió fundamentalmente a *prever* una serie de actuaciones antisociales o antifamiliares estableciéndoles efectos de puro y estricto sentido civil, huyendo el legislador del número *ex clausus*, consciente de la imposibilidad de abarcar todos los variadísimos eventos posibles y *prefiriendo dejar su apreciación y efectos a la libre apreciación de los Tribunales*, función interpretativa valorativa de los Tribunales que debe ser *con obligado respeto* a las normas relativas a la prueba procesal sancionada por las Leyes civiles.

Examina *las formas del abandono*, cuales *la exposición* (abandono propiamente dicho) —que supone la ruptura total completa y efectiva de la relación paterno filial, cuya característica fundamental es que se ignore la identidad de los padres y es su secuela inmediata el desprendimiento generalmente anónimo de la criatura (el clásico supuesto de la entrega a través del torno en inclusas)—, *la expulsión* o separación del hijo mediante lanzamiento fuera del hogar y *la extrañación* o dejación de deberes

(2) Este motivo es *extensísimo y de una gran importancia*, siendo muy difícil su resumen, que se intenta aquí seguidamente.

de la patria potestad, que es un ejercicio incompleto o insuficiente de los derechos-deberes de la patria potestad. Esta distinción de formas quedaría incompleta si no se consigna el *encaje* de cada una de ellas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. *La exposición* entiende que constituye delito y queda inmersa en el Código Penal; la *expulsión* genera algunos efectos civiles y a veces penales; y en cuanto a *la dejación de deberes o incumplimiento defectuoso de éstos por los padres*, distingue: o bien *que aquéllos aparezcan casuísticamente consignados* en nuestro Código Civil, que a la vez determina sus efectos (arts. 171, 756 y 854 del Código Civil), o bien *toda clase de incumplimientos o incumplimiento defectuoso de los aludidos deberes paternos*. Aquí es donde juega la facultad discrecional que está atribuida a los Tribunales de Justicia. *Es en este apartado último donde tiene su encaje el supuesto que contempla el presente recurso.*

Aquí los recurrentes estudian *el encaje del supuesto de hecho* y entienden que no procedieron a la exposición de la hija ni a la expulsión de la niña, y *si procedieron, aunque de manera defectuosa, al cumplimiento de sus deberes de padres, y los cumplieron* al efectuar el *reconocimiento* de la niña tan pronto fue secularizado el padre y se celebró el matrimonio, y *los cumplieron, aunque de manera defectuosa*, al preocuparse por ella, y ante la situación personal de ambos, los cumplieron al preocuparse para atender a sus necesidades, *aunque dicha atención no fuera directa, aunque fuera defectuosa. Se encuentran, por tanto, inmersos en la tercera forma del abandono* y no por no cumplir los deberes, sino *por hacerlo defectuosamente*. No se trata del *hecho de poner en peligro* la vida de niños que se exponen, se expulsan o se extrañan. *La puesta en peligro* puede ser diversa en sus formas y efectos, y al distinto grado de gravedad en que se pueda presentar el peligro la Ley asigna también efectos igualmente distintos. *No se puede hacer o dejar de hacer todo aquello que ponga en peligro la vida de un hijo*. A *sensu contrario* existe en los padres el *deber* de adoptar todas aquellas medidas conducentes a asegurar —dentro de los limitados alcances humanos— la existencia de sus hijos. Este es el *fin último* al objetivo buscado por la Ley. *Lo mismo cumple sus deberes* el padre que tiene en el hogar a su hijo *que el que lo tiene interno en un colegio, el que lo tiene junto a sí que el que lo entrega a personas e instituciones*. *Lo fundamental estriba en que los padres adopten las medidas y actúen con una diligencia* tal que los hijos *no sufran privaciones o no queden en situación de peligro*. Es evidente que *la entrega de la niña en prohijamiento y su recepción se hizo con la finalidad implícita* de que se la cuidara y atendiera debidamente, *lo cual excluye* las figuras de la exposición y de la expulsión, *no habiendo habido abandono en su sentido más amplio* por parte de los recurrentes. *Aquella diligencia, aquel deber fundamental* de todo padre de evitar poner en peligro la vida del hijo *está absolutamente cumplido*. No ha habido abandono con la entrega y recepción recíproca, por *no existir peligro* para la vida esencial que califica la figura del abandono.

Seguidamente examina *la consideración de la sentencia recurrida* de que «la entrega de la niña se efectuaba *con el designio* de liberarse de los deberes que su guarda implicaba». Examinan *el alcance de dicho designio* y de *si se trataba de liberarse de los deberes de la patria potestad para siempre o sólo circunstancialmente*; pasan revista a todas las gestiones y contactos, actuaciones notariales, judiciales, etc., hechos suficientemente

expresivos de que *el designio* de liberarse estaba *circunscrito o condicionado* a que se les resolviera la *situación* creada a los padres por el nacimiento de la hija, habida cuenta de la condición de soltera de ella y de sacerdote de él. Condicionamiento que se podrá juzgar con más o menos dureza, pero *de lo que no hay duda es que las circunstancias de ambos imposibilitaba una actuación normal y les planteaba serios problemas*. Resueltos dichos problemas, *el ritmo de ejecución* no puede ser más acelerado, con el matrimonio, reconocimiento de la niña, reclamación, etc. Seguidamente se refieren los recurrentes a la *confesión judicial* y a las *posiciones* prestadas por los demandados y aquí recurridos, *de las que no se recoge absolutamente nada en la sentencia recurrida*. Por tanto, entiende el recurrente que se han vulnerado las normas sobre *valoración de la prueba*, al no otorgarse la prueba de confesión judicial la eficacia que reconoce la Ley en el artículo 1.232 del Código Civil y Sentencias de 5 de junio de 1965, 5 de febrero de 1970 y 4 de noviembre de 1963, llegando *el Tribunal de Instancia* a las conclusiones justamente contrarias a la resultancia de las confesiones judiciales; confesiones afirmativas de los recurrentes no han hecho prueba contra sus autores, según ordena el artículo 1.232, que se invoca como vulnerado.

Se entiende que en la apreciación de la prueba *la valoración queda atribuida al juzgador*, pero es en este caso donde el juzgador no puede desconocer el valor que la Ley señala imperativamente a determinada prueba, ya que el juzgador es el primero obligado a respetar el valor que el artículo 1.232 concede a la confesión, ni tampoco el Tribunal *a quo* valoró la prueba en su conjunto, ya que precisamente en el caso que contemplamos no hubo apreciación conjunta de la prueba; y ello implica precisamente, como proclaman las Sentencias de 12 de marzo de 1958 y 11 de mayo de 1966, que «*existe omisión del resultado* de la confesión por el juzgador de Instancia en la enumeración de los medios de prueba tenidos en cuenta por el fallo, sin apreciación de prueba en conjunto», *lo cual constituye error de Derecho*, ya que establece esta Sala que «se incurre en dicha infracción cuando la Sala sentenciadora no tiene en cuenta la confesión de la parte». *El criterio que el recurrente entiende debe prevalecer* es el del artículo 1.232 del Código Civil y la doctrina de esta Sala establecida en la *Sentencia de 4 de marzo de 1966*, que dice que «el error de hecho *requiere*: primero, que en autos se haya practicado determinada prueba; segundo, que ésta tenga asignada por disposición legal específica un valor especial absoluto; tercero, que en contra de tal regla valorativa se haya afirmado un hecho contrario del que era obligado reconocer en virtud de la aplicación de dicha norma probatoria». *Dichos tres supuestos se dan en el caso que contemplamos*, y de ahí la *procedencia* del presente motivo.

No debe olvidarse que *el Juzgado* de Primera Instancia valoró la prueba en su conjunto y proclamó en su fallo que «se declara el derecho-deber que a los demandantes corresponde de 'cumplir con los deberes derivados de la patria potestad'», fallo que había *revocado* la Sala de la Audiencia en la sentencia aquí recurrida. *Lo mismo cabe deducir de los documentos aportados*, que hacen prueba afirmando un hecho contrario al que era obligado reconocer en virtud del artículo 1.218, *acreditando justamente lo contrario de la figura del abandono*, que es el fundamento de la sentencia recurrida, a cuyo resultado se llega olvidando el carácter obligatorio impe-

rativo de los artículos 1.218 y 1.232 del Código Civil y en virtud de los cuales procede la estimación de este motivo.

2.º Basado en el artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de los artículos 167, 169, 170 y 171 del Código Civil (3). El artículo 154 del Código Civil (redacción de 1889) atribuye la patria potestad al padre o, en su caso, a la madre. Es obvio que tal potestad *nace* desde el momento mismo en que al nuevo ser se le tiene por persona, naturalmente que esto es referido a los *hijos legítimos*, en tanto que a los *hijos naturales reconocidos* la patria potestad la adquieren los padres que adquieren el reconocimiento *desde* el momento mismo en que se produce el reconocimiento. Entiende el recurrente que *esta cuestión es sumamente importante en el presente litigio*, y de aquí que trate de examinarla sistemáticamente, procediendo al análisis del nacimiento, extinción y suspensión de la patria potestad en los supuestos de filiación natural reconocida, y examinando el reconocimiento y los derechos del hijo tras el reconocimiento y las obligaciones correlativas de los padres: todo ello en la forma que se extracta seguidamente.

En orden al *nacimiento de la patria potestad* en los hijos naturales reconocidos, recorre históricamente a grandes rasgos los momentos anteriores al Código Civil, y a partir del Código Civil, el reconocimiento se transforma en un *medio de conferir a los hijos naturales un estado de filiación: el de hijo natural reconocido*; este estado o *status filii* genera una serie de derechos y deberes parejos a los producidos en la filiación legítima, *status* que exige un análisis muy concreto en orden a su *naturaleza jurídica* por constituir elemento importante a los efectos de esta casación.

Plantea la *naturaleza jurídica del reconocimiento*, distinguiendo el reconocimiento-confesión del reconocimiento-admisión, distinción en la que no vamos a entrar. En el reconocimiento existe *una declaración de voluntad* tendente a proclamar una relación paterno-filial capaz por sí misma de crear un estado al que la Ley asigna un conjunto de derechos y deberes. *Esto es muy importante a los efectos del presente recurso. Es la Ley y no la voluntad de la parte la que crea tales derechos y deberes. En definitiva, la paternidad presupone siempre una relación biológica, pero no siempre una relación jurídica.* Por tanto, los efectos del reconocimiento se producen *ex lege* y no *ex voluntate*. A la voluntad privada no se puede reconocer otro poder autónomo que el de dar vida a una declaración de paternidad. El efecto —derechos y deberes— *se produce porque se reconoció*, independientemente de que aparezca o no como querido por el sujeto. Derechos y deberes, por otra parte, que constituyen el *contenido propio* de la relación paterno-filial surgida con el reconocimiento.

Examina los *derechos posibles que confiere al hijo el reconocimiento*: así el *derecho* inexorable, aspiración natural del hombre, a *conocer su propio origen* (alude a que no hay mayor abandono que el no reconocimiento por los padres, pudiendo legalmente hacerlo); *derecho a su «status»*, que es el primer derecho que el reconocimiento confiere al sujeto pasivo, investirle de un estado especial, el estado de hijo natural reconocido con el haz de derechos que le atribuye (al nombre, patrimoniales, etc.); *derecho a la conservación y al desarrollo; derechos hereditarios* (en los que

(3) Este motivo también es extenso, no tanto como el precedente, y de una gran importancia en orden a su fundamentación, y se resume seguidamente.

no entra). Todos dichos derechos realmente *interesan* a los efectos del presente recurso, pero de todos ellos los que más importan son los que llama el recurrente de «conservación y desarrollo», que se abren en un amplio haz que recoge desde el elemental y primario de los alimentos a los de educación, pasando por los de custodia y tutela, derechos todos ellos del menor.

Correlativamente a tales derechos de los hijos hay obligaciones o deberes de los padres, contempladas en los artículos 122, 114, 143 y 155 del Código Civil. *Lo que no dicen éstos ni otros artículos del Código es la forma en que tales deberes deben ser cumplidos.* Lo que interesa al Derecho y al legislador es que los fines existenciales que protegen aquellos derechos-deberes se cumplan. Por ello, los padres *que entregan un hijo a personas particulares para que lo atiendan y cuiden*, nadie puede sostener que dejen *incumplidos* los derechos-deberes que la patria potestad les confiere, ya que *el verdadero fin perseguido por la Ley* es el de asegurar la subsistencia, desarrollo y educación de los niños. Ello es así, y en la práctica judicial se advierte —Sentencia de 3 de mayo de 1958— *la preocupación* de los Tribunales de que los repetidos fines existenciales se cumplan, aunque lo sean por personas distintas de los padres. Alimentación, guarda y educación indirecta *que no extingue* la patria potestad en los padres.

Examina, finalmente, *la extinción y suspensión de la patria potestad*, contenidas en los artículos 167, 168, 169, 170 y 171 del Código Civil, con supuestos tan claros que son *absolutamente inaplicables al presente caso*; de ahí que se invocan, y por este concepto precisamente, en este motivo. Se refiere a *la sentencia del Juzgado de Primera Instancia*. Se refiere a continuación a *la sentencia recurrida*, que *respeta la primera declaración* de la sentencia del Juzgado de que «la hija es hija legítima de los demandantes o recurrentes», *pero la revoca en cuanto declara* «el derecho-deber de los demandantes de *cumplir* con los deberes derivados de la patria potestad», y argumenta: que, ante todo, este motivo se articula en base al número *primero* del artículo 1.692 del Código Civil; que la patria potestad *se adquiere* por los hijos naturales reconocidos *en el momento mismo* en que el reconocimiento se efectúa; que el conjunto de derechos-deberes inherentes a la patria potestad *nacen por imperio legal* y no por voluntad de la parte, *automática y coetáneamente* con el nacimiento de la patria potestad; que *en el supuesto de este litigio aparece recogido y admitido* por la sentencia recurrida que los demandantes *reconocieron a su hija el 3 de abril de 1970, inmediatamente después* de obtener la secularización y contraer matrimonio, y *desde entonces* contaron con los derechos-deberes ínsitos a la patria potestad; que *ninguno de los artículos del Código Civil que se han citado permite establecer*, como base de la sentencia de la Audiencia aquí recurrida, que «si el abandono del menor es *causa de pérdida* de la patria potestad cuando ya se disfruta de ella, *con mayor motivo* lo será *para no adquirirla* con respecto a quien se tiene abandonado»; que según proclamó la *Sentencia de 23 de junio de 1965*, «no sólo la prioridad del reconocimiento concede la preferencia del derecho, sino que ello supondría la extinción de la patria potestad en supuestos distintos a los fijados en el artículo 167 del Código Civil, cuya ampliación no es lícita»; que *el perjuicio* que la sentencia recurrida *causa a la menor*. . es incalculable.

lable (4), ya que *resulta que a la postre la sentencia recurrida deja a la niña totalmente inerte* en cuanto a los derechos que le confiere el artículo 155 del Código Civil. Porque, se pregunta el recurrente, ¿quién ostenta hoy por hoy la representación y legitimación procesal de la menor? Ni sus padres, ni el matrimonio demandado que la tiene en guardia, ni tutores, ni ¡nada!, es decir, nos encontramos con *un caso en donde una niña que tiene unos padres legítimos, legalmente no tiene quien la defienda. Laguna enorme* en la que no incidió el Juzgado de Primera Instancia. Por ello entiende indebidamente aplicados los artículos dichos del Código Civil.

3.º Amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no ser congruente la sentencia con las pretensiones deducidas en el pleito, citando el artículo 359 de la Ley Procesal Civil (5).

El recurrente resume los aspectos más importantes *procesalmente*, refiriéndose a demanda, a la contestación a la demanda, a las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Territorial (6). Se refiere a *los pedimentos* de la parte actora y de la parte demandada: la *parte actora*, en sus pretensiones, contiene una acción declarativa y otra de condena, aun expresadas por separado; en el fondo, la *declaración* del derecho que corresponde a los padres de cumplir con los derechos-deberes que impone la patria potestad, *es una consecuencia del reconocimiento* de la legitimidad que se pedía en el primer pedimento; en efecto, si se declara a la niña *hija* de los hoy recurrentes, lo que es tanto como investirlos a su patria potestad, es obvio que dichos padres *deben y pueden ejercitar* los derechos de esa patria potestad que reciben, *a menos que sean privados o suspendidos* en tal ejercicio. A estas pretensiones de los actores recurridos, *los demandados opusieron* que se dictara una sentencia absolutoria, *declarando no haber lugar* a las pretensiones de los actores. Por parte de la sentencia de Instancia y de la Sala, si ambas sentencias hubieran sido *totalmente absolutorias*, no se estaría en el presente motivo, ya que las sentencias —claramente absolutorias— condenatorias no son nunca incongruentes; pero en este supuesto, *la sentencia recurrida no contiene este requisito*: ni es plenamente absolutoria, ni es condenatoria, ya que accede al primer pedimento de la demanda y absuelve de los restantes, y precisamente *la incongruencia* invocada surge de esa *admisión parcial* de las pretensiones deducidas y debatidas en el pleito: si *se declara* que la niña *es hija legítima* de los actores, se les está reconociendo los derechos-deberes que la patria potestad lleva implícita, derechos-deberes de los que solamente pueden ser privados o suspendidos por los Tribunales. Ciertamente *esto es lo que hace la sentencia recurrida: privar o suspender* los derechos-deberes que la patria potestad confiere a los padres de la niña. Pero *¿quién es el que ha solicitado tal privación o suspensión* de la patria potestad? El *demandado* sólo pidió sentencia absolutoria *declarando no haber lugar a las pretensiones* de la demanda y *no ejercitó reconvencción*. Por tanto, en estas condiciones, *privar a uno de los padres de los derechos de la patria potestad es incongruente* con lo pretendido por las partes.

La *sentencia de Instancia admitió no sólo el primer pedimento de la*

(4) Este dato es fundamental e importantísimo, y se señala aquí a los efectos consiguientes de la sentencia.

(5) Motivo de enorme extensión e importancia que se trata de resumir seguidamente.

(6) Puede verse anteriormente explicitada en forma resumida en los epígrafes I, II y III precedentemente.

demanda, sino también el segundo, por la razón apuntada de constituir consecuencia necesaria en el primero, y es por eso que la sentencia recurrida se ve precisada a adoptar en su fallo tres posiciones distintas: 1) Confirmar la de Instancia en la declaración de la niña como hija legítima de los hoy recurrentes. 2) Revocar dicha sentencia en cuanto declaró los derechos-deberes inherentes a la patria potestad. 3) Absolver del resto de las pretensiones oportunamente reducidas. Lo que lleva a sentar las siguientes conclusiones: a) la sentencia recurrida no es una sentencia que absuelva o condene plenamente, por lo que es inaplicable la doctrina jurisprudencial antes aludida de que las sentencias plenamente absolutorias o condenatorias no son nunca incongruentes; b) en el silogismo de toda sentencia, para resultar congruente, advertimos que la sentencia debió limitarse pura y simplemente a confirmar la resolución dictada por el Juzgado para declarar tales derechos-deberes, y negar después el ejercicio de alguno de ellos; siendo así se hubiera evitado la tremenda situación creada para la niña, condenada durante su minoría de edad a no tener representación legal alguna (7); c) alega diversas Sentencias del Tribunal Supremo (9 de octubre de 1935, 20 de diciembre de 1943 y 9 de abril de 1947), en orden a la congruencia y a los perjuicios que repercutan en los interesados, haciendo una relación de la situación delicadísima social en que vivieron los padres, la dignidad de no pensar en ello y asegurar la pervivencia y bienestar de su hija del único modo que creyeron adecuado, y de los perjuicios irrogados a la niña con la situación actual, con el marchamo de duda en cuanto a su filiación, con sus apellidos de personas con las que vive y con los otros apellidos una vez haya sido firme esta sentencia, con lo cual se enfrentaría a la terrible crueldad de experimentar las bromas y críticas del ambiente social, perjuicios de todo tipo que se podría evitar con otra decisión de los Tribunales; d) se les priva a los recurrentes o se les suspende del ejercicio de los derechos-deberes de la patria potestad, pero no se dice hasta cuándo, y en el Código Civil los padres pueden «recuperar» la patria potestad, como la puede recuperar una vida licenciosa, el adúltero, el divorciado o el separado, es decir, para todas dichas formas de privación o suspensión de la patria potestad hay una posibilidad de recuperación, bastando el simple perdón, rectificación de una vida, el arrepentimiento, etc., en tanto que para los hoy recurrentes no existe ninguna posibilidad de recuperación; e) señala distintas sentencias del Tribunal Supremo (20 de diciembre de 1943, 9 de abril de 1947 y 11 de mayo de 1951), en cuanto a los errores lógicos de la motivación o considerando de las sentencias que demuestren el error del fallo, lo que permite argumentar en orden a la incongruencia de la sentencia recurrida partiendo de unos considerando que han tenido una influencia decisiva y fundamental en el fallo, ya que la Sala de Instancia reconoce que ha de resolver o decidir, pero no sabe sobre qué, porque hay que decidir sobre si el supuesto abandono es obstáculo suficiente para adquirir la patria potestad; lo que ocurre es que nadie ha pedido a los Tribunales que resuelvan sobre si ese abandono es obstáculo suficiente para adquirir la patria potestad, nadie lo ha pedido, y el Tribunal «a quo» lo resuelve, incidiendo por ello en incongruencia, de la misma manera que incide en incongruencia al declarar que la niña es hija, y en el siguiente pronunciamiento no reconoce a los padres los derechos-deberes de la patria potestad implícitos al reconocimiento,

(7) Es importante este dato, como se ha puesto de relieve en la nota 4 precedente.

además de suspender o privar de algo preexistente, algo que existe previamente, ya que se les quita o se les despoja de unos derechos a los padres que hasta ese momento podían ejercitar; planteándose la problemática doctrinal y legal de la sentencia recurrida en la vida práctica, caso de no estimarse la casación, ya que se establece la simultaneidad del nacimiento de los derechos-deberes de la patria potestad con la aparición de dicha figura jurídica, y en base a dicha sentencia recurrida, se alteraría la doctrina del Código Civil, ya que a partir de ahora no sería la patria potestad a modo de investidura que reciben los padres al producirse el nacimiento de los hijos legítimos o al reconocimiento de los naturales, y frente a ello se alzaría la mantenida en la resolución recurrida por virtud de la cual la patria potestad no se adscribe o nace en los padres desde el momento del nacimiento, sino que sería necesaria previamente una declaración judicial que resuelva si existen obstáculos o no para que aquella patria potestad sea adquirida por los padres; y no se diga que esto sería la excepción, porque lo mismo significaría de revolucionario para el Código la admisión de esta tesis en forma general, como de excepción; f) en numerosas sentencias el Tribunal Supremo (20 de octubre de 1865, 28 de junio de 1861, 21 de febrero de 1913, etc.) ha declarado que, «en todo caso, la sentencia no puede tener declaraciones no solicitadas, ni contra quien no haya sido parte en el juicio», y la niña no ha sido parte del procedimiento habido en este litigio por su edad, porque para ser parte tenía que haber sido por representación legal, y nadie ha ostentado tal representación, y la sentencia contiene una declaración contra la niña, ya que la priva de una serie de derechos nacidos de la patria potestad. A la vista de lo expuesto resulta que en la sentencia recurrida se dan los supuestos contemplados por la Ley Procesal Civil y por la jurisprudencia de contener declaraciones cuando una persona física no ha sido parte en el procedimiento y no ha estado representada.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Presidente de la Sala, don Tomás Ogayar y Ayllón, sienta la siguiente doctrina en sus considerandos:

1.º Que *el motivo 3.º del recurso que se resuelve —que por su materia debe ser tratado con prioridad— denuncia... (8).*

Y para desestimarlos es necesario tener en cuenta: que si bien invoca el artículo 359 de la Ley Procesal, no expresa el concepto en que lo considera infringido, defecto formal... que en este trámite, según reiterada doctrina jurisprudencial, se convierte en causa de desestimación; que la congruencia expresa conformidad entre la sentencia y las pretensiones deducidas en forma y razón adecuadas, atendiendo a la realidad de su contenido, por lo que, por modo general, no es incongruente el fallo que estima parcialmente las peticiones deducidas, y que en el desarrollo de este motivo se denuncia un exceso de poder «stricto sensu», por otorgarse, según el recurrente, más de lo pedido, lo que debería haberse denunciado por el número 3.º del artículo 1.692 y no por el 2.º utilizado, razones que imponen la desestimación de este motivo.

(8) Verlo en el epígrafe IV precedente, aludiendo aquí el ponente en forma muy resumida a la denuncia de la infracción.

2.º Que en el 1.º... se denuncian.. (9), pero sin precisar el concepto de esta infracción, omisión que, cual se razona en el precedente considerando, le hace perecer, y como, además, la apreciación de lo manifestado en confesión judicial corresponde al juzgador «a quo», que lo hace sin dividirla, en el considerando 5.º de la sentencia de Primera Instancia, aceptado expresamente en el 3.º de la recurrida, así como también valora los documentos que el motivo expresa con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.218 citado, es obligado el perezimiento de este motivo.

3.º Que el 2.º... denuncia .. (10) y para su resolución hay que tener en cuenta: 1.º Que la sentencia impugnada declara procedente la legitimación de la menor por subsiguiente matrimonio de los padres. 2.º Que, ante los hechos probados que fija, declara... (11). 3.º Que este abandono es el determinante de la no adquisición de la patria potestad que la sentencia recurrida decreta.

4.º Que la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, como establecida en beneficio de los hijos, según declaran, entre otras, las Sentencias de 3 de marzo de 1950, 23 de junio de 1965, 18 de febrero de 1969 y 5 de octubre de 1973, y por ello cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad ante la posibilidad de que el reconocimiento tardío esté influenciado por móviles interesados; pero la sentencia impugnada no decreta tal privación ni suspensión, ni por ello aplica los preceptos que este motivo invoca, dado que la base esencial del fallo es la afirmación de que «la situación de abandono en que los padres han tenido a su hija es obstáculo suficiente para que adquieran la patria potestad por el solo hecho de la legitimación», por lo que ni ha podido existir la aplicación indebida de los artículos que este motivo invoca, ya que no han sido aplicados, ni en todo caso los mismos no (sic) serían los infringidos y si los reguladores de la adquisición de la patria potestad, que no se citan, por lo que es obligada la desestimación de este motivo, y con él la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

Notas.—En el momento de finalizar este resumen de la sentencia que antecede, pendiente de ultimar el pertinente comentario, no quiero dejarla sin añadir estas líneas a modo de enmarcado de la misma.

Lo primero que es observable es que la sentencia que precede no aparece recogida y destacada por ninguno de los especialistas de nuestro Derecho en la materia, que parecen haber pasado por ella sobre ascuas.

Quizá la explicación aparente es la peculiar situación personal de ambos padres naturales en el momento de ser engendrada la niña (él sacerdote, ella menor de edad), momento centrado en los años sesenta, en que la sociedad española era bastante menos permisiva que la de nuestros días.

Lo segundo a observar es que, en mi opinión, el gran tema subyacente

(9) Ver en el epígrafe IV precedente, aludiendo el ponente a la denuncia de los preceptos infringidos.

(10) Ver en epígrafe IV precedente, haciendo aquí el ponente un resumen de la argumentación del motivo.

(11) Ver tal declaración en argumentaciones de la Sentencia de la Audiencia Territorial, en epígrafe III precedente.

del litigio es —una vez más— el de la conocida *cadena de intermediarios* tendentes a una adopción. Pero de ello ya he escrito en esta misma *Revista* no ha mucho tiempo, y a ello me remito.

Lo tercero, e importante, es la excelente técnica y desenvolvimiento del *recurso* de casación, dirigido por el Letrado don Luis Vallterra Fernández, que plantea una serie de *cuestiones* de enorme trascendencia que por su interés he condensado en el encabezamiento y que son merecedoras de detenido tratamiento.

Con estas breves notas creo dejar centrado un apresurado planteamiento del supuesto de hecho de este litigio, de gran *valor sociológico* incluso hoy en día.

J. C. G.

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL POR MALOS TRATOS: *Los malos tratos de palabra y de obra y la culpabilidad del esposo; la prueba de los malos tratos, la prueba testifical y la veracidad de lo declarado.*—RUIZ v. FERNANDEZ (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1975).

Nota.—El supuesto de hecho subyacente a este pleito se contempla en la actualidad, después de la reforma de 1981, por el artículo 82, 1.º, del Código Civil, en forma similar a la del anterior 105, 2.º, del Código Civil. Ello no obstante, se mantiene el interés de esta sentencia, aunque tan sólo fuera a los efectos de los «precedentes».

I. *Antecedentes.*—Por parte de la *demandante* se planteaba demanda de juicio declarativo de menor cuantía *contra su esposo* sobre separación matrimonial civil, y se establecían, en síntesis, los siguientes *hechos* (1):

1) Que la *demandante* y el *demandado* habían contraído matrimonio civil en 1935, habiendo tenido tres hijos, todos ellos actualmente casados y con vida propia independiente.

2) Se hacía constar por la *demandante* que poco después del matrimonio empezó a recibir *malos tratos de palabra y obra por parte del esposo*, «lo que había ido sufriendo con gran paciencia y resignación, mirando sobre todo por sus hijos y sobrellevando dicho problema» (*sic*); que al casarse el último hijo se tranquilizó la cosa, «pero después reanudó el esposo haciéndole la vida imposible de la más mínima convivencia, viéndose obligada a solicitar la separación por temor a su vida, ya que la ha amenazado con matarla y le tiene un miedo insuperable» (*sic*); desde hacía varios años, el esposo andaba con otras mujeres; que *otra de las causas* que le han impedido normalmente a pedir la separación *es el vivir con el matrimonio desde hace unos ocho años una tía carnal de la esposa*, viuda y sin descendencia, sin más amparo moral y material que el de su sobrina.

3) Que previamente había solicitado las *medidas provisionales* ante el correspondiente Juzgado, que por auto de 1973 le había concedido dichas medidas.

(1) Hechos que se extraen del Escrito de Demanda. Ninguna referencia en la sentencia acerca de la *Contestación* a la demanda.

Se suplicaba al Juzgado que previa la tramitación legal dictase sentencia *declarando*: 1.º La separación indefinida de cuerpos y bienes de los cónyuges, con todo lo demás inherente a esta situación de hecho y de Derecho. 2.º Inocente a la patrocinada y culpable al esposo. 3.º Que, en cuanto la sentencia sea firme, se proceda a liquidación y separación de los bienes de la sociedad conyugal, con independencia de los suyos propios, así como a su libre disposición y administración. 4.º Que el domicilio conyugal lo habite la esposa durante los días de su existencia. 5.º Que sea abonada por el esposo, en calidad de pensión alimenticia, la cantidad de 45.000 pesetas mensuales, en méritos a los ingresos habidos. 6.º Que el esposo satisfaga en concepto de «litis expensas» todos los gastos y costas que se produzcan en el procedimiento, incluidas la representación y defensa de la esposa.

El demandado compareció, *contestó y se opuso* a la demanda, oponiendo las *excepciones* de «litis pendencia», incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento, y *oponiéndose, en general, a los hechos alegados* en la demanda.

II. *Sentencia del Juzgado*.—Previas las pruebas pertinentes —se había practicado la *prueba testifical*, en virtud de la cual constaba que una testigo había manifestado «ser cierto que le constaba de ciencia propia, por haber estado sirviendo en casa del matrimonio, y que había presenciado cómo en numerosas ocasiones el marido había pegado a la esposa, recordando una en que le produjo lesiones, por las que tuvieron que llevarla a la casa de socorro para que le asistieran de las mismas, y ampliando que fue al especialista de huesos» (2)—, el Juez, previas esas pruebas, dicta sentencia en 1974, en la que contiene la siguiente argumentación (3); «que si bien cuatro de los testigos que deponen... los malos tratos, que dos concretan en verbales, uno hace cuatro y otro hace nueve años, y uno más asevera que se produjeron repetidos insultos y amenazas del marido a la mujer...». El fallo fue: que *desestimo la demanda* promovida por doña... contra su marido don... sobre separación conyugal, *en su integridad*, y de ella absuelvo al demandado. *Sin expresa imposición de costas*.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—La Audiencia dictó Sentencia el 21 de diciembre de 1974, por la que, *desestimando la apelación, confirmó en todas sus partes* la sentencia apelada. *Sin costas*.

IV. *Recurso de casación*.—La demandante interpone recurso de casación por infracción de Ley en base a los siguientes motivos:

1.º Basado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de actos auténticos o declaraciones obrantes en autos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

Entiendo que el contenido de un *acta de declaración hecha ante un Juez* en presencia del Secretario no sólo es auténtica, sino documento público inclusive, en base a los artículos 1.216 y 1.221 del Código Civil, refiriéndose a las *manifestaciones de la testigo* antes aludidas, *de las que se desprende* que no fue una fecha determinada la vez en que resultó mal-

(2) Dicha referencia de la prueba testifical se extrae del *motivo primero* del Recurso de Casación.

(3) Se extraen estas argumentaciones del *motivo primero* del Recurso de Casación.

tratada la esposa de palabra y obra, *sino que en las distintas veces que ocurrieron durante el tiempo que estuvo al servicio de los cónyuges, fue la única que la esposa necesitó asistencia facultativa, sin que quiera decir que fue la única vez que la maltrató en ese sentido*, «lesiones —aclara— que consistieron en varias costillas rotas y desviación de columna vertebral». Error evidente el interpretarse en el considerando como *cosa relativa sin importancia* para que sirva de base a la separación solicitada por la esposa. Por consiguiente, la sentencia ha incurrido en *error de hecho*, por cuyo motivo se denuncia.

2.º Basado en el mismo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la apreciación de las pruebas testificales practicadas, con infracción por violación de los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley Procesal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo denuncia el *error de Derecho* que comete la Sala sentenciadora al no apreciar la fuerza probatoria habida en autos, que demuestra de manera cierta las alegaciones en que el litigante funda sus pretensiones (Sentencia de 27 de junio de 1900).

3.º Basado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por infracción de Ley y de doctrina legal; por interpretación errónea del artículo 105, 2.º, del Código Civil, y doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de 10 de diciembre de 1932, 28 de noviembre de 1934 y 22 de junio de 1961.

Todo ello infringido, dado que *el espíritu de dicha causa segunda* del artículo 105 del Código Civil, concreta para la separación de los cónyuges, *basta con los malos tratamientos de obra o las injurias graves, concurrentes en el presente caso, según pasa a alegar, de hechos derivados del pleito y recogidos en la propia sentencia recurrida.*

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, sienta la siguiente doctrina en los considerandos de la sentencia:

1.º Que *una extensa jurisprudencia* de esta Sala, que por repetida no es necesario citar, *tiene establecido* que «*en declaraciones de testigos no puede fundamentarse el error de hecho para amparar un motivo en el párrafo 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues aunque la fe del Secretario le confiera la calidad de 'documento público', como dice el recurrente, dicho Secretario sólo puede dar fe de que la manifestación del testigo ha sido pronunciada en su presencia, pero en manera alguna el fedatario puede responder de la veracidad de lo que ante él se diga, por lo cual tienen que decaer los dos primeros motivos de este recurso.*

2.º Que *igual suerte ha de correr el tercero*, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *pues al quedar firme la relación fáctica, este Tribunal tiene que suscribir el criterio de la instancia de que no reúne el caso las características necesarias para ser incluido en el párrafo 2.º del artículo 105 del Código Civil; se refiere el motivo —aparte de las cuestiones enteramente nuevas, en cuyo examen no se puede entrar en este momento procesal— a supuestos de hecho distintos de los sentados por la instancia después del minucioso análisis de cada una de las pruebas aportadas por una y otra parte al pleito; diciendo literalmente que lo único probado es que «no reinaba la mejor armonía en el*

hogar conyugal, sin otras consecuencias, y desconociéndose, por tanto, los resultados graves que de estas desavenencias pudieran derivarse, *no cabe apreciar* concurran en el esposo con el carácter de *culpable* las causas de separación».

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

J. C. G.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

DERECHO FORAL CATALAN.—DONACION ENTRE CONYUGES.—CONVALIDACION.—PRESUNCION MUCIANA.—DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO.—IMPUTACION A LA LEGITIMA DEL DONATARIO.—Artículos 22, 23 y 132 de la Compilación (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, por la parte demandada y apelante, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que resulta el objeto de la «litis»:

Dictada sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona el 2 de diciembre de 1983, que confirmando en lo esencial la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de dicha capital, estimó sustancialmente la demanda presentada por doña M. y doña E. B. S., declarando que a cada una de ellas le correspondía, en concepto de legítima paterna, la suma de 17.489.693 pesetas, condenando al demandado, don J. B. S., al abono de la cantidad dicha con sus intereses legales desde el 27 de noviembre de 1968, así como al pago, también con igual devengo de intereses, de la suma que resulte en período de ejecución de sentencia «de todas las operaciones a que se refieren las dos sentencias de instancia y apelación»; dicha resolución es impugnada por el demandado.

El ordinal primero de los articulados en el recurso ha de perecer ante la consideración de que demandándose en él la violación del artículo 1.285 del Código Civil, relativo a la interpretación conjunta de las cláusulas obrantes en los contratos, se argumenta por el recurrente con la falta de enlace que el precepto exige, con lo que una vez patente que el precepto en cuestión no contiene el requisito que dice el motivo, éste deviene insostenible, y ello aun en la hipótesis de que se entendiese que hubo error por parte del recurrente en la cita legal hecha, que debió ser del artículo 1.253 y no del 1.285 referido, ya que tampoco así es discutible la conclusión sentada en la instancia, de que todos los bienes que figuraban a nombre de la esposa demandada, señora S., excepto un solar en Aiguafreda, «son donaciones del —fallecido— esposo computables en el caudal

relicto», ya que, según argumenta el motivo, no se tuvieron en cuenta los frutos de tales bienes, que la donataria hizo suyos sin que tuviesen que concurrir a atender cargas familiares, razonamiento inaceptable porque no solamente hace supuesto de la cuestión en punto a la no afectación, total o parcialmente, de los frutos dichos al levantamiento de las cargas familiares, dando también por válido el indiscutido tema de la suficiencia de los bienes del marido para atender a las exigencias y gastos ordinarios familiares, sino por la más importante consideración, que determina a la vez el perecimiento de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, igualmente apoyados de modo exclusivo en la pertenencia a la esposa donataria de los frutos de los bienes donados por el marido, de que la posesión de lo donado es un efecto que la legalidad civil catalana anuda no a la realización del negocio prohibido —donación entre cónyuges durante el matrimonio— y luego convalidado por muerte del esposo donante sin revocar el acto inicial, sino a la efectiva tradición de los bienes —artículo 22, párrafo 2.º, de la Compilación—, extremo que no aparece aceptado ni nadie se preocupó de acreditar en el pleito, cuya sentencia, de sentido contrario a la existencia de tales frutos, no puede ser objeto de impugnación tomando como base la posesión de los bienes que debieron producirlos, que es el tema que, como se ha dicho, nutre los motivos primero a cuarto inclusive, tanto más cuanto que a la falta de toda referencia a la entrega de la cosa donada, se une el dar también por supuesto el carácter no vicioso de la posesión, ligado, como es lógico, a la buena fe de la hipotética poseedora, determinada, a su vez, por ignorancia o no acerca de la nulidad del acto inicial de liberalidad, circunstancia no presumible.

Denunciada, en el motivo quinto del recurso, la interpretación errónea en la instancia del artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, en punto a la justificación por la esposa de la adquisición a su costa de determinados bienes durante el matrimonio, no es posible tener por cumplida tal justificación, en contra de lo radicalmente afirmado por el juzgador, porque las adquisiciones consten en escritura pública o en póliza suscrita por fedatario mercantil, ya que la fe incorporada a estos documentos se limita, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, a la veracidad de su fecha y del acto motivador de su otorgamiento, pero no alcanza a la veracidad intrínseca de su contenido, que no puede, en el presente caso, prevalecer frente a la presunción muciana que consagra el artículo 23 de la Compilación, cuya presunción, después de la prueba practicada, es insistentemente afirmada por la sentencia impugnada.

Los motivos séptimo y octavo están igualmente condenados a perecer al dar por supuesto, sin más, que la afirmación de la sentencia de Primera Instancia de que el piso que el causante donó a su hija doña E. en el número 9 de la calle Escuelas Pías fue un acto de liberalidad a favor de ésta «al contraer matrimonio», constituye una verdadera donación *ob causam*, lo que implica su imputabilidad a la legítima de la donataria, conforme al párrafo 1.º del artículo 132 de la Compilación, lo que constituye una aseveración inaceptable, ya que la afirmación de donación simple sometida al párrafo 2.º de aquel artículo, que el Juzgado y la Sala de Apelación atribuyeron a dicha liberalidad, se niega por el recurrente, manteniendo aquélla otra naturaleza, sin otro apoyo que el texto del considerando del Juzgado, que dice que la donación se hizo «al contraer matrimonio», expresión que, frente a la interpretación contraria con apoyo en la prueba

practicada, no es necesariamente traducible por «donación por causa de matrimonio» o «en contemplación a determinado matrimonio», que sí forzaría la imputabilidad a la legítima que el recurrente postula.

COMENTARIO.—Esta sentencia aplica los preceptos que cita de la Compilación antes de su reforma por la Ley de 20 de marzo de 1984, la cual modificó radicalmente el tema de donaciones entre cónyuges, que bajo el régimen vigente al ocurrir la «litis» eran nulas —salvo las hechas en capítulos matrimoniales—, si bien quedaban retroactivamente convalidadas si el cónyuge donante fallecía sin arrepentirse de ellas o sin revocarlas (artículo 20 antiguo), sin que hasta entonces el donatario adquiriese la propiedad de lo donado ni fuese acreedor de lo prometido por el donante, sino que sólo adquiriría la simple posesión en el caso de que éste le hubiese entregado la cosa donada (art. 22), siguiendo en lo fundamental el sistema romano que arrancando de la *Lex Cincia de donis et muneribus* llega hasta las constituciones de Gordiano, Diocleciano y Maximiano, pasando por la *oratio* del emperador Antonino que ratifica la de Severo, sistema que fue recogido por el Derecho canónico (C. 16, 1; 16, 3; 16, 6; 16, 10; 16, 18; 16, 26; D. 24, 1, 32; Decretales de Gregorio IX, 4, 20, 8), dejando sin efecto su primitiva nulidad *ne mutuato amore invicem spoliarentur* (Ulp., D. 24, 1, 1) para admitir su convalidación, para establecer que «las donaciones entre cónyuges fuera de capitulaciones matrimoniales serán revocables» en los casos que se indican en los nuevos preceptos (aa. 20, 21 y 22 reformados).

Además, ha desaparecido también en la reforma la célebre presunción muciana, recogida en el antiguo artículo 23, conforme al precedente del texto de Pomponio en el *Digesto* invocando la autoridad de MUCIUS SCAEVO-LA (D. 24, 1, 51), y que, lo mismo que el supuesto anterior, es conservada en el Código de las Costumbres de Tortosa (5, 4, 1 y 2; 5, 4, 8), sustituida por la presunción de donación para el caso de concurso o quiebra de uno de los cónyuges (actual art. 23).

F. C. L.

RESERVA LINEAL.—LINEA DE PROCEDENCIA DE LOS BIENES.—
GRADO DE PARENTESCO.—Artículo 811 del Código Civil (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Promovida por don M. E. y don C. M. S. I., ante el Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don A., don J. y doña M. S. C., y don A. G. P. C., los tres primeros en concepto de hijos y herederos de don A. S. D., sobre declaración de derechos, con fecha 6 de febrero de 1984 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, en la que revocando la dictada por el referido Juzgado el 22 de marzo de 1983, se estimaba la demanda; sentencia contra

la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley, y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que en 1929 contrajo matrimonio doña M. J. S. G. con don A. S. D., de cuyo matrimonio nació un hijo llamado M. V. S. S., habiéndose fallecido la esposa doña M. J. en 1930, y el hijo en 1932, y contrayendo nuevo matrimonio don A. S., del que tuvo tres hijos, los demandados don A., don J. y doña M. del C. S. B) Que los actores son hermanos de vínculo sencillo de doña M. J. S. G., al ser hijos de un segundo matrimonio contraído por su padre, don J. S. G., fallecido en el año 1940, habiéndose asimismo acreditado el fallecimiento de don A. S. D. en el año 1981. C) Que concurren las previsiones sucesorias para que tenga lugar la reserva del artículo 811 del Código Civil, y lo constituyen el fallecimiento de la madre, doña M. J. S., dejando como único heredero a su hijo M. V. S., y el posterior fallecimiento de éste en edad impúber, heredando su padre, don A. S., a cuyo fallecimiento han sobrevivido los dos actores, hermanos de vínculo sencillo de doña M. J. S., y como tales, dentro del tercer grado del descendiente.

2. El motivo segundo del recurso, que por afectar a la congruencia debe ser estudiado con prioridad a los restantes, denuncia infracción de Ley y de la doctrina concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por violación del artículo 359 de la propia Ley, al no ser congruentes las sentencias de ambas instancias con los términos en que quedó definitivamente planteado el debate al momento de practicar la prueba de confesión judicial por los demandantes, toda vez que se reconoce por los mismos que las fincas descritas bajo las letras A), B), C), D) y E) no son propiedad de los demandados, con lo que contradicen los planteamientos de su demanda y, por tanto, se modifica la petición inicial de esa manera»; motivo éste que deberá perecer, toda vez que es doctrina reiterada de esta Sala que el principio de congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la relación entre la súplica de las partes, según sus escritos rectores (demanda, contestación, réplica y dúplica), y el fallo o parte dispositiva de la sentencia (Sentencias de 7 de diciembre de 1982 y 11 de julio de 1983, entre otras), por lo que mal puede en este caso apreciarse incongruencia en la resolución recurrida, al estimar el suplico de la demanda que en modo alguno puede suponerse modificado por la resultancia de una diligencia de prueba, cualquiera que ésta fuere, puesto que ha tenido lugar cuando firmados los plazos de alegaciones y presentados por los actores sus escritos alegatorios, concretamente de demanda y réplica, han quedado definitivamente plantadas su posición y pedimentos en la litis, por todo lo cual debe desestimarse este segundo motivo.

3. No mejor suerte habrá de merecer el motivo primero, formulado al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que denuncia violación por inaplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, toda vez que esta Sala tiene declarado que con la finalidad de que la acción contradictoria del dominio marche paralela con la de nulidad o cancelación del asiento registral, se previene en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la suscripción correspondiente; pero tal precepto sólo es aplicable en los supuestos en que del éxito de las accio-

nes haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción supuestamente contradicha o cuando la acción que se ejercita persigue la nulidad de un título que haya causado inscripción registral, en cuyo caso, si al anularse el título no se anulase también la inscripción correspondiente, se provocaría una discordancia entre la realidad jurídica, proclamada por una sentencia y el contenido del Registro, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria (Sentencia de 22 de septiembre de 1965), y es lo cierto que no tales concurren condiciones en el supuesto de autos, ya que, como acertadamente sienta la resolución recurrida, no constando inscripción registral de cinco de las nueve fincas, mal puede exigirse declaración de cancelación o nulidad alguna respecto de ellas, y con relación a las demás, una de ellas tiene constancia de la existencia de la reserva, y las otras tres tienen una historia registral consistente en una inscripción en favor de tercero, sobre la que no se insta la reversión, sino la entrega de su valor, y en las otras dos, tras de la inscripción derivada de la venta del reservista, hecha al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, hay una segunda suscripción de venta del titular al reservista, y una tercera venta del reservista a dos de sus hijos, demandados en este litigio en su calidad de hijos y herederos de su difunto padre, por lo que, en suma, cabe concluir que la pretensión actora no implica en sí una cancelación de asientos, sino una transferencia posterior, lo que hace que resulte inaplicable al caso que nos ocupa el mandato del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y, consiguientemente, resulta desestimable este primer motivo.

4. El tercer motivo del recurso aduce infracción del artículo 811 del Código Civil, por el concepto de violación por inaplicación, ya que dicho precepto determina que el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubir adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de su hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la Ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, alegándose por el recurrente que los actores no reúnen los requisitos por una doble motivación: no pertenecer a la línea de donde proceden los bienes y no hallarse dentro del tercer grado, motivo éste que, sin perjuicio de su defectuosa formulación, al estimar inaplicable un precepto que notoriamente lo ha sido esta resolución recurrida, debiera percer en atención a las siguientes razones: 1.º Que por lo que se refiere al primero de los alegatos, es decir, a que los demandantes no pertenecen a la línea de donde los bienes proceden, por tener los mismos su origen en doña M. G. S., madre de doña M. J. S. G., a quien pertenecían todos ellos con el carácter de privativos, porque es doctrina jurisprudencial la de que reconocido por la reiterada jurisprudencia de esta Sala que la reserva establecida por el artículo 811 del Código Civil no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad y constituye tan sólo un beneficio otorgado, por consideraciones familiares, exclusivamente en favor de determinadas personas (Sentencias de 30 de diciembre de 1897 y 16 de enero de 1901), y que no es, por tanto, preciso indagar la procedencia de los bienes susceptibles de tal reserva más allá de la persona de quien los hubo el descendiente a quien se hereda (Sentencias de 30 de diciembre de 1897 y de 8 de octubre de 1909, entre otras), ha sido fijada de modo definitivo la interpretación de aquel

precepto en cuanto por él el principio de troncalidad que incidentalmente pudiera haberle servido de inspiración venía sometido a la limitación que, de una parte, le impone la imposibilidad de pasar la reserva del tercer grado familiar y la de que no debe buscarse el origen, más o menos remoto, de los bienes ni de la familia a que pertenecieron de antiguo, ni el modo o forma como pudieron llegar al patrimonio de la persona que los transmitió al descendiente de cuya sucesión se trata, sino tan sólo en cuanto a su procedencia inmediata y al título de su adquisición (Sentencia de 12 de diciembre de 1945), así como la de que «el artículo 811 del Código Civil, si bien inspirado en un principio de troncalidad, no responde derechamente a un concepto de sucesión troncal en sentido pleno, y ello no sólo por ser más limitado su ámbito y distinta su naturaleza, cual ya sostenía la Sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1907, sino también porque en realidad implica como una especie de transacción entre el derecho de troncalidad y la sucesión gradual, pues no persigue el fin de perpetuar en determinada familia ciertos bienes concretos, tal como el precepto aparece redactado (Sentencia de 24 de mayo de 1945), ni, por otra parte, no hay que remontarse para su aplicación a la procedencia remota de los bienes, porque, cual sostiene la Sentencia de este Tribunal de 26 de noviembre de 1943, al fijar el reducido alcance del mencionado precepto legal, «la jurisprudencia de esta Sala ha establecido reiteradamente que, para buscar la procedencia de los bienes, no se puede ir más allá del ascendiente o hermano de quien los hubo el descendiente del obligado a reserva», «o lo que es lo mismo, que en la reserva de traza especial amparada por esa norma no entra en juego la procedencia remota, sino la inmediata y próxima de los bienes que han de reservarse», doctrina que con claridad ya se mantenía en la Sentencia de 30 de diciembre de 1897, según la que «el texto del artículo 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes, al efecto de determinar el parentesco lineal, más allá del ascendiente o del hermano de quien los hubo por título lucrativo el descendiente del obligado a reservar» (Sentencia de 12 de marzo de 1966). 2.ª Que en lo que atañe a la segunda de las alegaciones del recurrente de que los actores no están incluidos dentro del tercer grado de parentesco, debe igualmente ser rechazada, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 16 de diciembre de 1982, 8 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912, 24 de mayo de 1945 y 1 de julio de 1955, ha declarado que el cómputo del tercer grado de parentesco debe hacerse a contar del descendiente, y es obvio que, como acertadamente estima la resolución recurrida, los actores, hermanos de vínculo sencillo de doña M. J. S., se hallan, obviamente, comprendidos dentro de dicho tercer grado, razones todas ellas por las que procede la desestimación de este tercer motivo.

·COMENTARIO.—Esta sentencia sigue la línea que podemos llamar ya de constante jurisprudencia en estas materias, pues aunque alguna voz aislada, como LOZANO SICILIA, ha defendido que el tercer grado debe computarse partiendo del ascendiente reservista, sus argumentos no están de acuerdo con la interpretación finalista del artículo 811 ni responden al origen del precepto, conforme al cual la opinión ya consagrada jurisprudencialmente y que goza del favor de numerosa doctrina, es la de que el tercer grado ha de contarse partiendo del descendiente de quien procedan los bienes inmediatamente, puesto que de su fallecimiento arrancan el

derecho a la reserva y la obligación de reservar, si bien no basta, para ser reservatario, con ser consanguíneo del descendiente, sino que se debe serlo también del ascendiente o del hermano. Aparte de otras razones —como las palabras «del difunto» del proyecto de Código Civil, que sólo podían referirse al descendiente y que se suprimieron en la redacción definitiva por considerarlas redundantes, y que la desviación de bienes se produce precisamente por la muerte del descendiente—, existe la de que, en la duda, debe darse la menor extensión posible a la reserva, por ser de interpretación restrictiva, y precisamente computando el parentesco desde el descendiente resulta menor el número de posibles reservatarios.

En cuanto a la determinación de la línea de procedencia de los bienes y la unidad o diversidad de los requisitos de línea y grado, se han mantenido, en síntesis, las siguientes opiniones:

1) Aplicando el criterio de la troncalidad simple, estiman MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA y DE LA CUEVA que sólo hay dos líneas, paterna y materna.

2) SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO entienden que la línea ha de formarse entre el descendiente heredado por ministerio de la Ley y el ascendiente o hermano, debiendo los reservatarios ser parientes de ambos.

3) BURÓN y DE BUEN tienen en cuenta sólo al ascendiente o al hermano.

4) La revista *La Reforma Legislativa* mantuvo que es preciso indagar el verdadero tronco o raíz de los bienes.

5) LOZANO SICILIA defiende que la línea comprende sólo los descendientes comunes de ambos ascendientes.

6) VALLET concluye que la línea viene siempre determinada por la trayectoria familiar de los bienes.

Y, por otra parte, se ha entendido que:

— El grado de parentesco ha de computarse precisamente *por* la línea de donde proceden los bienes.

— El grado ha de computarse como grado natural de parentesco en relación con el descendiente, *entre* los parientes de la línea, pero no *por* la línea de procedencia de los bienes. Este último es el criterio de VALLET.

F. C. L.

PARTICION.—ACTO DE CONCILIACION.—DESIGNACION DE CONTADORES PARTIDORES (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1986).

Convenido en acto de conciliación por ambas partes que la partición de la herencia se efectuase, conforme a un previo sorteo ya celebrado ante Notario, por el Letrado que nominativamente se designaba, el Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Hellín, en la que se había atribuido el cometido particional «a los técnicos en Derecho que se estimen aptos para ello», por

cuanto se da incongruencia con lo convenido en el acto de conciliación, invocado en la propia sentencia recurrida como fundamento de la misma, en la que se designó nominativamente el Letrado que debía efectuar la partición.

F. C. L.

TESTAMENTO DE HERMANDAD NAVARRO.—INTERPRETACION CRITICA.—Artículo 675 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1986).

Otorgado por cónyuges navarros testamento de hermandad, instituyéndose recíprocamente herederos con absoluta facultad dispositiva sólo por actos entre vivos, no *mortis causa*; y al fallecimiento del último de ellos los bienes que queden en poder del sobreviviente se distribuirán por terceras e iguales partes a favor de los tres hijos, uno procedente del primer matrimonio de la esposa y los otros dos de su segundo enlace, y premuerto el segundo marido testador, su viuda donó fincas a los dos hijos del segundo matrimonio, con perjuicio de su hijo de primeras nupcias. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tafalla y estimando en parte la demanda, había declarado que la institución de herederos entre ambos cónyuges quedó sometida a una sustitución de fideicomiso de residuo, en cuya virtud los bienes de la herencia del causante de los que no dispuso su viuda deben pasar a los tres hijos por partes iguales y que la misma no fue facultada por su segundo esposo en el citado testamento para disponer por donación a título lucrativo. Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

A igual solución desestimatoria es de llegar en lo que se refiere al motivo del recurso con fundamento en la aplicación indebida del artículo 675 del Código Civil, en cuanto previene que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y que «en caso de duda se observará la que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento», toda vez que al disponer los cónyuges don A. M. E. y doña C. Z. A. en la cláusula 4.ª de dicho testamento de hermandad otorgado en la villa de Funes el 23 de agosto de 1967, ante el Notario don J. M. M. F., que «de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, ambos testadores instituyen únicos y universales herederos, es decir, que por el fallecimiento de don A. lo será su esposa doña C., y por el de ésta, aquél, y en ambos casos con absoluta facultad dispositiva sólo por actos *inter vivos*, no *mortis causa*. Y al fallecimiento del último de ellos, los bienes que queden en poder del sobreviviente se distribuirán por terceras partes iguales a favor de sus tres nombrados hijos A. D. y A. y M. M. Z., y en su defecto, sus descendientes, a quienes instituye por sus únicos herederos sustitutos», claramente está poniendo de manifiesto, cual certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, que la prioritaria y prevalente inten-

ción de los relacionados testadores con su aludida actividad testamentaria, y que, en consecuencia, ha de primar en su sucesión, fue la de que no se produjere desigualdad entre los mencionados don A. D. Z., hijo de doña C. Z. A., fruto de sus primeras nupcias, y don A. y don E. M. Z., fruto de sus segundas nupcias contraídas con don A. M. E., cual revela el disponer la distribución entre los tres por terceras partes iguales los bienes que quedasen al fallecimiento del último de los expresados cónyuges testadores, y en defecto de aquéllos, a sus descendientes, a quienes instituye por sus únicos herederos sustitutos, y que de los mencionados cónyuges don A. M. E. y doña C. Z. A., el que sobreviviese no podría disponer por acto *mortis causa*, aunque sí *inter vivos*, no siendo lógicamente admisible que en el ámbito de actos *inter vivos* proceda comprender, como pretende el recurrente, los negocios jurídicos de donación objeto de controversia, sino simplemente aquellos que no signifiquen actividad o beneficio de desigualdad entre los tres relacionados hijos, o en su defecto, sus descendientes, ya que el entender lo contrario indudablemente significaría alterar y modificar la voluntad testamentaria proyectada en el referido testamento, y concretamente la del cónyuge premuerto don A. M. E., dado que el mantenimiento de las debatidas donaciones equivaldría, por vía indirecta o sinuosa, a impedir la igualdad sucesoria tenida en consideración cuando el tan citado testamento fue otorgado y que rige la sucesión de quienes lo otorgaron, creando, en consecuencia, una designación sucesoria emanante de un acto de mera liberalidad que en sus efectos prácticos viene a ser equivalente a la disposición *mortis causa* no autorizada y, por tanto, no querida, y al entenderlo así el Tribunal que dictó la sentencia recurrida, no hizo aplicación indebida del artículo 675 del Código Civil, sino que, por el contrario, lo aplicó debidamente, desde el momento que tuvo en cuenta la voluntad de los testadores reflejada en el testamento de que se viene haciendo mención, observando lo que aparece como más conforme a la intención de los testadores según el tenor del mismo testamento, y a cuya intención es precisamente a lo que da primacía y consiguiente prevalencia el invocado artículo 675, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias, entre otras y como más recientes, de 23 de septiembre de 1971, 30 de abril de 1981 y 8 de junio de 1982), y sin que a ello obste la expresión «absoluta» que con relación a la «facultad dispositiva sólo por actos *inter vivos*, no *mortis causa*», contiene el testamento sometido a la actual controversia jurídica, pues que tal expresión «absoluta» es de entenderla no con posibilidad de extensión a todo acto dispositivo que en vida pudiese realizar el cónyuge sobreviviente y, por tanto, a las donaciones cuestionadas, sí que con mera relación a que el acto de posible realización, de efectos no similares a la disposición *mortis causa*, pueda ser llevado a cabo, en el ámbito dominical, tanto en sus posibles clases en algunas de las facultades limitativas del dominio como en la total amplitud de éste, y a lo expuesto en nada obsta la referencia efectuada a la normativa contenida en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1.º de marzo, y concretamente en lo que afecta al fideicomiso de residuo, pues es lo cierto que si bien el artículo 149 de la referida Compilación previene que los navarros puedan disponer libremente de sus bienes, sin más restricciones que las establecidas en el Título X del Libro II de la precitada Compilación, añadiendo que las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación *inter vivos*

o *mortis causa*, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en el aludido ordenamiento jurídico foral, y que entre las normas que específicamente hacen referencia al testamento de hermandad, la Ley 204 sanciona que ninguno de los testadores podrá disponer por título lucrativo de sus propios bienes, salvo que en el testamento de hermandad se hubiese establecido otra cosa; sin embargo, esto no conduce a que, con base en la sustitución de residuo regulada en el artículo 239 de la mencionada Compilación, estableciéndose que, cuando no se hubiese ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer por acto *inter vivos* y a título oneroso, y si se le hubiese autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, con la consecuencia de que los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos; tampoco cabe desconocer que la aplicación de esa normativa requiere que el acto dispositivo realizado por el fiduciario venga amparado en las facultades que al respecto le venían conferidas, conforme se deduce de lo dispuesto en el número 1 del artículo 233 de la invocada Compilación, es decir, realizándose dicho acto dispositivo conforme a los términos en que el disponente lo hubiese autorizado, que, como queda expuesto en el fundamento anterior, lo fue en consideración a actos *inter vivos* que no alterasen la voluntad reflejada en el testamento de hermandad en cuestión de no producir desigualdad hereditaria entre los tres hijos de los testadores mediante contratos que con alcance de liberalidad significasen en realidad equivalencia a actividad dispositiva *mortis causa*, «que expresamente prohibían los referidos testadores y, por tanto, con lógica exclusión de donaciones en favor de cualquiera de los hijos y herederos sustitutos designados».

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo opta en el presente caso por una interpretación correctiva o crítica de la cláusula testamentaria, por ser la más conforme al resultado o fin práctico pretendido por los testadores, consistente en la igualdad entre el hijo del primer matrimonio y los dos habidos del segundo, comunes de los testadores, instituidos en testamento de hermandad. Siendo digno de notarse que quien favorece a los hijos comunes es la madre también del hijo de su primer matrimonio. Y a fin de mantener esa igualdad, estima que la facultad recíproca de disponer por actos entre vivos, aun precedida del término «ABSOLUTA», sólo comprende los actos dispositivos a título oneroso, no los lucrativos, pues de entender lo contrario, se impediría, por vía indirecta o sinuosa, la igualdad sucesoria.

F. C. L.

2. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN LETRA DE CAMBIO. NO SE OPONE A SU ADMISION EL HECHO DE QUE LOS CORRESPONDIENTES DESPACHOS LLEGASEN AL ORGANO REQUERIDO DEPUES DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA DE REMATE
(SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Se planteó cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, para el conocimiento del juicio ejecutivo promovido de contrario, en base a que se trataba de una acción personal fundada en una letra de cambio domiciliada en el Banco «X» de Bilbao.

Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Ejercitada acción contra el aceptante de una letra de cambio cuyo pago está domiciliado en Bilbao es evidente que, como señaló el Juzgado número 2 de esta ciudad y la Sala de lo Civil correspondiente, la competencia para conocer del ejecutivo en trámite ha de atribuirse a falta de sumisión al Juzgado de Bilbao, conforme al artículo 62, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable al caso, sin que a ello se oponga la circunstancia, a la que la parte fue absolutamente ajena, de que por una demora en la recepción de los correspondientes despachos llegasen al órgano requerido luego que éste había dictado sentencia de remate y de la declaración de firmeza de la misma, toda vez que está acreditado que el planteamiento de la cuestión de competencia se hizo, por el interesado, en correcta forma y con antelación al pronunciamiento del Juzgado requerido, cuya sentencia de remate es de fecha 7 de junio de 1983, mientras el escrito interponiendo la inhibitoria fue presentado ante el órgano judicial, que en el mismo día la tuvo por planteada, el 16 de mayo anterior, sin que, como exponen la Sala de lo Civil de Bilbao y el Ministerio Fiscal, en seguimiento puntual de la doctrina de este Tribunal, los defectos en el tiempo, por lo que hace a las comunicaciones entre los órganos judiciales, deben ser sufridos por la parte a la que no son imputables.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO. AMPLITUD DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A LOS ARBITROS
(SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—En procedimiento de formalización judicial de arbitraje, el Juzgado declaró haber lugar a la misma, expresándose que «se fijan como cuestiones a resolver por los árbitros las siguientes: Si el contrato de fecha 15 de noviembre de 1972, suscrito en Barcelona, entre el Grupo Ame-

ricano, integrado por don Daniel L. G. y la Sociedad 'G. B.', Inc., y el Grupo Propietario, integrado por doña Cristina M. I., don Pedro Luis P. C., don Fernando E. G., don Rafael L. A. y don José Antonio A. O., se debe considerar resuelto o no; qué prestaciones deben devolverse las partes (por error se dice 'resolverse'); qué indemnización debe pagar la parte que no haya cumplido las obligaciones del contrato, o sea, responsable de no haberse conseguido el objetivo social o contractual que se propusieron al suscribir el referido contrato, y qué cantidades, en su caso, deban abonarse a la parte perjudicada». En el pronunciamiento cuarto del Juzgado se otorga «el plazo de tres meses para la formalización del compromiso (*sic*), plazo que empezará a contarse desde el día siguiente al en que tomó posesión el último de dichos árbitros, a quienes se conceden las más amplias facultades para su cometido e información, pruebas y penalidades, comprobándose en tiempo y forma los requisitos procesales y fiscales del caso».

Se emitió el laudo ante Notario el 9 de agosto de 1983, y denegando cualquier pretensión que no conste expresamente concedida, declaraba la resolución del contrato de 15 de noviembre de 1972, al que se refiere el extremo objeto del compromiso, así como que los señores doña Cristina M. I., don Pedro Luis P. C., don Fernando E. G., don Rafael L. A. y don José Antonio A. O. deben satisfacer solidariamente al señor G. por sí y como Presidente de la Entidad «G. B.», Inc., la suma de 49.015.000 pesetas (cantidad resultante de sumar los 20.015.000 pesetas desembolsadas en su día por el Grupo Americano; 20.000.000 de pesetas por concepto de revalorización de esa suma; 8.000.000 de pesetas a que asciende la condena de G. a favor de I. en virtud de resolución firme de la autoridad judicial USA, precio o importe de un proyecto, y, finalmente, 1.000.000 de pesetas por la parte del precio de un pozo que pagó el señor G.) en el mismo acto en que el señor G. les transmita —también solidariamente— a los citados pagadores las 20.015 acciones emitidas por la Entidad «M. de A. A.», Sociedad Anónima.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de nulidad interpuesto por doña Cristina M. I. y demás condenados.

Ponente: don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—Los seis motivos de nulidad contra el laudo recaído en el presente arbitraje de equidad se amparan en el segundo de los conceptos, esto es, el de haber los árbitros resuelto puntos no sometidos a su decisión, del número 3.º del antiguo artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a su reforma en 1984, precepto que se relaciona con el artículo 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado. Contra el laudo, en efecto, el recurso alinea hasta seis conceptos de exceso: «resolver objetivamente el contrato, cuando debían decidir una resolución culposa» (primero); «condenar al pago de cantidades y entrega de títulos valores que no eran prestaciones del contrato» (segundo); «haber condenado solidariamente a las partes» (tercero); «condenar al pago de una suma por desvalorización de la moneda, que nadie había solicitado» (cuarto); «pronunciarse sobre el reintegro a don Daniel L. G. de la suma de 8.000.000 supuestamente satisfechos por éste a una Sociedad extranjera en cumplimiento de una sentencia de Nueva York» (quinto), y «condenar a mis mandantes al pago a don Daniel L. G. y 'G. B.' de la suma de 1.000.000 de pesetas, precio de la

venta del pozo Lorenzo» (sexto). No se impugna, pues, la resolución del Juez por la que éste formaliza el compromiso, sino los excesos que se dicen perpetrados por los árbitros, desbordando el encargo recibido. Es preciso, pues, acudir a los antecedentes que se tienen a la vista y principalmente al testimonio parcial del proceso especial de formalización judicial del compromiso, finalizado por el auto de 27 de enero de 1979, para puntualizar la competencia deferida a los árbitros y verificar si caben dentro de la misma los pronunciamientos emitidos el 9 de agosto de 1983.

El examen del recurso no puede desligarse de la consideración de que el proceso especial de formalización judicial del compromiso introducido con carácter de rigurosa novedad por los artículos 6.º a 11 de la Ley de 1953 se propuso obviar definitivamente el obstáculo que venía suponiendo, para la eficacia de las cláusulas compromisorias, la consideración de que, por tratarse de declaraciones de voluntad, esto es, de un hacer infungible, el Juez no podía ejecutarlas *in natura*, por lo que el incumplimiento se resolvía en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios. Sin embargo, la voluntad de las partes está en la base de la cláusula compromisoria, y lo que se logra a través del proceso especial es que el Juez formaliza el compromiso para que se obtenga la realización absoluta de la voluntad de las partes puesta en la cláusula compromisoria. Para interpretar, pues, los términos de la formalización judicial no es ocioso atender a cuál fue la voluntad de las partes, ya que es el momento de voluntad de las mismas el determinante.

En el caso, no parece fuera otro el designio de las partes que convinieron el contrato de asociación para el desarrollo de una zona turística, y concretamente su cláusula 15.ª, y de quienes, de un modo u otro, se integraron posteriormente en dicho contrato, que el de someterlo, junto con todas las incidencias a que las relaciones económicas entre ellos habrían de ocasionar habida cuenta su especial naturaleza, a un arbitraje de equidad que resolviera flexiblemente las diferencias que pudieran surgir; y esto es lo que el Juzgado tuvo muy presente al pronunciar la formalización, ciertamente en términos de amplitud y cierta indeterminación acomodada a la índole del asunto y a la finalidad pacificadora de problemas de gran complejidad, proveyéndoles a los árbitros de las más amplias facultades. Los motivos del recurso agotan con gran sagacidad las posibilidades impugnatorias que ofrece este aspecto, reproduciendo en parte los argumentos opuestos a la formalización judicial del compromiso.

Al entrar dentro del contenido de la competencia de los árbitros el decidir si el contrato de fecha 15 de noviembre de 1972 «se debe considerar resuelto o no», es claro que la competencia así instituida abarca «resolver objetivamente el contrato» y no meramente «decidir una resolución culposa». Parece fuera de dudas que el compromiso concernía a decidir sobre la eficacia del contrato sin haber de reducirse abstractamente a la valoración o conceptualización de las conductas de las partes y a si culposamente quedó incumplido por ellas; máxime que la finalidad de la cláusula compromisoria primero y de la institución del arbitraje después obedecían obviamente al designio de liquidar y finiquitar las relaciones jurídico-económicas entre los contratantes y no a obtener un nuevo juicio de valor. Debe, pues, desestimarse el motivo primero, que consiste en alegar la inexistente limitación dicha.

El motivo segundo alega que era punto extraño al arbitraje el «conde-

nar al pago de cantidades y entrega de títulos valores que no eran prestaciones del contrato», refiriéndose a que el fallo dispone el pago de 49.015.000 pesetas y la correlativa cesión de las 20.015 acciones emitidas por «Marina de Aguas Amargas», S. A. Debe desestimarse este motivo por no ser cierto que esos pagos y cesión no caían dentro de la competencia arbitral, como aspectos del problema básico de la validez o de la resolución, siendo consecuencia directa de haber optado los laudantes por esta última, alineado el pronunciamiento en el designio de la restitución mutua bajo criterios de simplificación y compensación; y es en búsqueda de aquella como se dispuso la cesión de las acciones al grupo propietario y el pago de cantidad a los inversores extranjeros, atribuyéndose los terrenos a la parte española y para ello la cesión de las acciones, lo que, si no se ajusta a Derecho estricto, finaliza con la consecución del efecto económico propuesto, habida cuenta que la Sociedad está participada únicamente por los propietarios o parte propietaria, según las afirmaciones de los árbitros.

El motivo tercero mantiene la extralimitación de los árbitros significada en «haber condenado solidariamente a las partes». El carácter de las obligaciones creadas por los laudantes para dar efectividad a lo resuelto, entra en las amplias facultades otorgadas por el Juez que entendió en la formalización del compromiso, bien manifiestas en las expresiones en que se vierte, esclarecedoras de este aspecto: «se conceden las más amplias facultades para su cometido».

El motivo cuarto abunda en el tema de la incompetencia de los árbitros para «condenar al pago de una suma por desvalorización de la moneda que nadie había solicitado». Este motivo, al igual que los dos restantes y que los precedentemente examinados, debe desestimarse por cuanto, desde el punto de vista formal del recurso de nulidad, no cabe contemplar otro aspecto que el de si las cantidades por el concepto de depreciación monetaria, objeto del presente motivo cuarto; la significativa del reintegro de la que hubo de pagar el recurrido en cumplimiento de la sentencia extranjera que se dice, motivo quinto, y el millón de pesetas, precio de adquisición del pozo «Lorenzo», satisfecho también por el recurrido, motivo sexto, entraba en las facultades de los laudantes disponerlas; cuestión que debe resolverse afirmativamente, ya que se alojan holgadamente en las categorías de las «prestaciones», «indemnizaciones» y «cantidades» aludidas por el auto y, consiguientemente, encomendadas al compromiso, y en última instancia aparecen comprendidas en «las más amplias facultades» liquidatorias de las relaciones jurídico-económicas entre las partes, originadas u ocasionadas por el contrato de 15 de noviembre de 1972 a lo largo de su desenvolvimiento, en cuyo decurso se inscriben, según las terminantes aseveraciones de los árbitros a este respecto, tanto la sentencia extranjera como la adquisición del pozo, puntos éstos ciertamente no tratados en términos de Derecho estricto, ya que la desvalorización de la moneda no la contempla el Derecho positivo, sino conforme al equitativo ejercicio (saber y entender) de las facultades conferidas a los árbitros, en un todo conforme a las previsiones del artículo 29 de la Ley, que así configura la institución del arbitraje de equidad, al que voluntariamente se sujetaron los litigantes al suscribir la cláusula compromisoria.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD. FACULTAD PARA PRORROGAR EL PLAZO POR PARTE DEL JUEZ QUE INTERVINO EN LA FORMALIZACION DEL COMPROMISO. AUTONOMIA DEL ARBITRO EN LA INTERPRETACION DE LO QUERIDO POR LAS PARTES. NO RESOLUCION DE ALGUNO DE LOS PUNTOS SOMETIDOS A ARBITRAJE (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Resultan claramente de los fundamentos jurídicos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Impugnado el laudo de equidad documentado por escritura de 26 de julio de 1983, la parte recurrente articula, al amparo del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tres motivos de nulidad del mismo, el primero de los cuales denuncia violación, por no aplicación, del artículo 363 de la propia Ley Procesal Civil en relación con el párrafo 4 del artículo 17 de la Ley reguladora de los arbitrajes de Derecho privado y de la doctrina legal que cita en punto a haberse dictado el laudo fuera de plazo; el segundo acusando también la violación por no aplicación del párrafo 1.º del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el párrafo 3.º del artículo 17 de la misma Ley de arbitrajes y de la doctrina legal, que igualmente menciona, relativa a haberse vulnerado los límites del arbitraje contenidos en el compromiso suscrito, excediendo las peticiones formuladas por las partes, y el tercero y último, con idéntico amparo que los anteriores y en el mismo concepto de inaplicación del párrafo 1.º del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido ahora de haberse excedido el árbitro al resolver puntos que no le habían sido sometidos a su decisión.

Limitada la impugnabilidad de la decisión arbitral a la concurrencia de alguna de las situaciones que comprende la causa 3.ª del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción aplicable al caso, el primero de los motivos articulados por la Entidad recurrente ha de quedar reducido al examen de si el árbitro designado actuó fuera del plazo señalado en el compromiso ante la inconcusa realidad de que la decisión del mismo fue pronunciada después del inicialmente concedido por el auto del Juzgado número 4 de los de Oviedo, pero rigurosamente dentro de la prórroga del mismo que, a su solicitud, le fue concedida por el propio Juzgado, cuestión que ha de resolverse negativamente con el consiguiente rechazo del motivo, y ello en atención no sólo a las razones que al hilo de las Sentencias de 23 de noviembre de 1963 y 3 de noviembre de 1962; la más reciente doctrina de esta Sala en la materia, representada por la Sentencia de 4 de febrero de 1983, expone esencialmente reducidas a la de que es correcto extender al Juez que intervino en la formalización del compromiso, por desacuerdo de las partes, la facultad de prorrogar el plazo que él mismo había concedido para favorecer el fin pacificador del compromiso, sino porque, además de que nadie formuló, en el presente caso, oposición a la prórroga solicitada por el árbitro, los interesados adoptaron, por el contrario, una actitud de conformidad con su concesión en el propio decir del recurrente, que limpiamente reconoce la expresa aceptación de la parte

contraria y la actitud de aquietamiento de la propia «defiriendo esta materia a la decisión del Juez».

Denunciada la incongruencia del fallo arbitral, en cuanto «vulnera los límites o extremos de arbitraje contenidos en el compromiso, desbordando incluso el alcance de las peticiones formuladas por las partes durante la tramitación del arbitraje», el motivo de ataque a la decisión arbitral se concreta en su desarrollo puntualizando que pedido por la contraparte, se condene a la recurrente a pagar las cantidades pendientes —24.000.000 y 26.000.000 de pesetas— con su actualización a partir del vencimiento de las mismas en fecha 31 de diciembre de 1978 y 31 de diciembre de 1979, por cuanto los plazos ya vencidos, hasta el 31 de diciembre de 1977, habían sido abonados con sus correspondientes índices de actualización; el árbitro realiza la puesta al día de aquellas cantidades, vencidas, como se dice, el 31 de diciembre de 1978 y 31 de diciembre de 1979, tomando como punto de partida, para su cometido actualizador, diciembre de 1975, retrotrayendo así a este último año la aplicación de tales índices, con un incremento inadmisibles por contrario a los términos del compromiso e incluso a lo pedido por los interesados, ya que es inexplicable, siempre según el recurrente, que desde el 31 de diciembre de 1978, en que procedía aplicar la estabilización pactada hasta mayo de 1983, haya subido el costo de vida en España en la proporción que pone de manifiesto la comparación entre la cantidad contractualmente adeudada —50.000.000 de pesetas— y la de 160.300.000 pesetas, que resulta de la actualización llevada a cabo. Tal es la tesis de la Entidad recurrente, que deviene inatendible en cuanto que, al margen de cualquier resultado numérico, su enjuiciamiento implica entrar en la interpretación que el árbitro hizo de lo convenido por las partes en el contrato que suscribieron el 26 de junio de 1975, y muy especialmente en la estipulación del mismo en que pactaron, para los importes aplazados (aquí los repetidos 50.000.000 de pesetas), «una completa estabilidad de valor» en la forma establecida en la propia cláusula, interpretación para la que estaba autorizado por el auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Oviedo de 26 de julio de 1983, que formalizó el arbitraje de equidad facultando al árbitro, entre otros extremos, para que «determine el importe debido en precio pactado con precisión aritmética de la suma pendiente de pago por aplicación de la cláusula de estabilización del valor fijado por ambas partes, la suma que se adeuda a los vendedores», según reza el texto de la un tanto extraña redacción —en su original o en la transcripción del laudo—, incluido en los limitadísimos antecedentes que en este recurso se aportan para ser tenidos a la vista por este Tribunal, el cual, así constreñido, no puede sino ratificar la facultad interpretativa que, respecto del contrato de 1975, es otorgada al árbitro para la determinación del «importe debido o suma pendiente de pago por aplicación de la cláusula de estabilización del valor fijado por ambas partes»; de modo que cualquiera que puedan ser las deudas que —en el sentido acusado por el recurrente o en otro— se ofrezcan en punto a la interpretación del tan citado contrato de 1975 con el efecto de transformar, por vía de actualización, la suma inicialmente debida de 50.000.000 de pesetas en más de 160.000.000, aquella interpretación y esta concreción no caben dentro de los límites de fiscalización que en el arbitraje de equidad se atribuyen a este Tribunal (Sentencias de 16 y 20 de febrero de 1982, 15 de junio de 1983, 13 de junio de 1985 y las en ellas citadas, entre

tantas otras), que ha de ceñir su censura a los tres excesos previstos, para el caso presente, en el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, desde largo tiempo otras, viene diciendo —además de las citadas— en sus Sentencias de 11 de abril de 1932, 17 de enero y 7 de marzo de 1946 y 2 de enero y 12 de diciembre de 1964, que negaron la acogida, en el ámbito de esta clase de recurso, a las cuestiones ajenas a aquel precepto, sin perjuicio de la eventualidad de que alguna de las propuestas —dicen las propias resoluciones— puedan ser susceptibles de hacerse valer en proceso ordinario posterior.

El tercero de los motivos de casación acusa una situación de incongruencia entre lo que el árbitro razona en el 8.º considerando del laudo en punto a determinado préstamo, relatado en el contrato de 1975, y la decisión 4.ª de su resolución, en la que rechaza la procedencia de declarar ni establecer ninguna otra compensación, multa o sanción, en atención a las obligaciones estipuladas en el contrato de 26 de junio de 1975, decisión que en modo alguno supone falta de resolución respecto de alguno de los puntos sometidos al arbitraje, como pretende el motivo que es formulado sin tener en cuenta que aquel pronunciamiento desestimatorio se sitúa en la línea de lo que al árbitro le fue sometido «sobre compensación, multas o sanciones que resulten procedentes en atención a las obligaciones estipuladas en el contrato de 26 de junio de 1975 y los cumplimientos e incumplimientos de las partes sometidas y obligadas por él», que es el extremo al que aquél da respuesta en este extremo cuarto de su decisión, tan inatacable en el presente recurso como los demás impugnados.

R. DE A.

CONTRATO ADMINISTRATIVO: INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—El Ayuntamiento de «X» entabló juicio ordinario de mayor cuantía contra la Cámara Agraria Local de dicho municipio sobre resolución de contrato de transmisión de terrenos, nulidad de escritura de donación y cancelación de inscripción registral.

El Juzgado dictó sentencia en la que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por la demandada, absolvió de la demanda a esta última, sin entrar a conocer el fondo del asunto.

La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero, en el que al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción del ordenamiento jurídico acumulando en el motivo, como supuestamente conculcados, los artículos 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.º, 2.º y 3.º de la jurisdicción contencioso-administrativa; 109, 110 y 111 del Real Decreto de 6 de octubre de 1967; 4.º de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1968, y 7 y 8 del Reglamento de 25 de diciembre del 1975, así como de la jurisprudencia contenida en Sentencias de 19 de octubre de 1981, 14 de julio de 1982 y 3 de mayo de 1983; acumulación

de infracciones que, además de constituir una exposición indiscriminada de un bloque normativo cuya cita, sin mayor precisión, obstaculiza la prosperabilidad del motivo, ya que el mismo es articulado con más que dudoso cumplimiento del artículo 1.707 de la Ley Procesal Civil, y amén, asimismo, de que planteándose un tema relativo al ejercicio de la jurisdicción, el recurrente ampara su acción en el número 5.º, en vez de en el 1.º, del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, suscita una controversia inestimable en el fondo, ya que cuando se penetra en el porqué de aquella tan compleja cita de preceptos supuestamente ignorados por la Sala sentenciadora, seguidamente se advierte que todo lo que está en cuestión, tanto en las sentencias de instancia como en el recurso, es la calificación, civil o administrativa, que, con la consiguiente atribución competencial, merece el contrato suscrito ante Notario en fecha 15 de febrero de 1979, entre el Ayuntamiento de Casar de Cáceres y la Hermandad de Labradores del mismo pueblo, contrato que, con manifiesta inconsecuencia, dice la sentencia de apelación que es de naturaleza civil, afirmando a continuación el carácter público con que actúan los entes intervinientes y asimismo la finalidad pública del contrato, lo que hace que al margen de aquella inicial aseveración hecha en la instancia, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el del destino de la relación contractual, orientada a satisfacer un interés general, haya de predicarse la naturaleza administrativa de la misma que está presente, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, cada vez que actúe la Administración en el ámbito de sus funciones peculiares, tal y como sucede en el presente caso, en el que, por ende, ha de rechazarse el motivo en estudio exclusivamnte basado en una, sin duda, errónea calificación civil del contrato hecha por el Tribunal de apelación —no así el Juez de Primera Instancia—, que a continuación atribuye al mismo las notas características del administrativo, resolviendo, en consonancia con estos incontrovertidos datos, la postulación de su incompetencia.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN LETRA DE CAMBIO. LA SUMISION EXPRESA CONTENIDA EN LA LETRA PREVALECE SOBRE EL LUGAR EN QUE ESTUVIESEN DOMICILIADAS LAS LETRAS PARA SU PAGO (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden del considerando que se transcribe.

Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Es doctrina constante de esta Sala que para resolver la cuestión de competencia territorial basta con meros principios de prueba por escrito, en cuanto no cabe confundir la valoración que de los elementos de convicción traídos al proceso realiza el juzgador en el momento de dictar sentencia resolviendo las cuestiones planteadas en la litis, de aquella ponderación previa de tales elementos que obran en las actuaciones y que el órgano jurisdiccional lleva a cabo a los solos efectos de determinar la citada competencia; por lo que si en el caso de la presente inhibitoria, las letras de cambio acompañadas a la demanda y que le sirven de título ejecutivo, consignan tras la palabra «Acepto» la «sumisión a Juzgados de Valencia», acepto debidamente firmado por el demandado

sin reproche alguno en cuanto a su autenticidad, es claro que por aplicación de la primordial regla establecida en el artículo 55 de la Ley Procesal, es decir, la sumisión expresa, debe resolverse esta cuestión de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia, como acertadamente razona dicho Juzgado y mantiene el Ministerio Fiscal en su dictamen ante este Tribunal, y ello aunque dichas cambiales estuviesen domiciliadas para su pago en la ciudad de Málaga, pues en la hipótesis de posible concurrencia de fueros siempre es preferente el determinado por la sumisión frente al legal resultante de la aplicación de los demás criterios de fijación.

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA. EL RECURSO DE CASACION NO ES APROPIADO, EN ESTE RECURSO, PARA DENUNCIAR ERRORES DE CUENTA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1986).

Hechos.—Se deducen de las consideraciones de la Sala que se reproducen en este extracto.

Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Según ha recordado esta Sala en Sentencias de 28 de abril de 1981, 28 de mayo de 1982, 23 de mayo de 1984 y 8 de noviembre de 1985, entre otras, el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —texto anterior aplicable al caso—, precepto esencialmente reproducido, aunque con alteración sistemática, en el artículo 1.687, número 2.º, vigente, tiene un carácter excepcional revelado por sus límites taxativos, pues el remedio sólo procederá cuando se hayan resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, con evidente exceso en las actividades ejecutivas realizadas para el cumplimiento, bien entendido que no se incurrirá en extralimitación cuando se decida sobre extremos que aun no contemplados concretamente en la resolución a ejecutar son consecuencia natural e ineludible de la situación jurídica examinada en el litigio; por lo que es evidente que para poder apreciar la concurrencia de cualquiera de ambos motivos será preciso comparar la sentencia y las diligencias practicadas en orden a su efectividad (Sentencia de 11 de marzo de 1972, además de las citadas), pues de existir adecuación entre los dos términos, el recurso, lógicamente, tiene que ser rechazado.

En el caso presente, remitido a la fase de ejecución de sentencia el particular referente al importe de «los intereses de financiación o devengados para el proyecto o fase A» de construcción de las 1.200 viviendas sobre las que el pleito versó, el auto de la Sala, revocatorio en parte del pronunciado en la primera instancia, fija en 62.088.706,40 pesetas el exceso de los ingresos sobre los gastos, suma que los demandados «vienen obligados a ingresar en la Caja Social de la SEGUNDA AGRUPACION O. (fase de 1.200 viviendas) en forma solidaria», y para ello efectuó las operaciones aritméticas que estimó apropiadas; lo que pone de manifiesto por sí solo la inconsistencia de la impugnación deducida por la parte instante de la ejecución amparándose en la primera de las hipótesis aludidas en el artículo 1.695 de la Ley Procesal, pues realmente no se trata de combatir

la resolución del Tribunal *a quo* por haber proveído en contradicción con la ejecutoria o por introducir en la ejecución puntos sustanciales no debatidos, sino alegando que —en su criterio— varios de los sumandos han sido tenidos en cuenta a pesar de que «no fueron contemplados en el pleito principal», por cuanto «la única cantidad de intereses devengados y satisfechos por los créditos concedidos para la construcción de las viviendas, que debieron ser objeto de ejecución de sentencia, son los derivados de los créditos de la Caja de Ahorros Municipal y del Banco del Crédito a la Construcción», pero no los concedidos por las restantes entidades bancarias, cuestión que es claramente ajena al estrecho ámbito del recurso de casación promovido, por cuyo cauce no cabe denunciar pretendidos errores de cuenta o la inclusión de cantidades que se entiende deben ser excluidas de la operación liquidatoria, cuando la sentencia a ejecutar no dispone explícitamente tal restricción ni el recurso señala de manera precisa qué datos de lo actuado abonan su tesis y, por otra parte, es cometido de la Sala de Instancia, no censurable en casación, el valorar las conclusiones obtenidas en diligencia para mejor proveer por un Censor Jurado de Cuentas que llevó a su minucioso cometido «previa la auditoría correspondiente».

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SIGNIFICADO DE LA VOLUNTAD UNANIME DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos de Derecho que se reproducen a continuación.

Ponente: don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—Para plantear adecuadamente la presente cuestión de competencia ha de puntualizarse: A) Que en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca se dedujo, por «Distribuciones R.», S. A., y Comisión Liquidadora de «Distribuciones R.», S. A., demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, instado en el Juzgado número 1 de Barcelona por la Caja «X» contra «Distribuciones R.», S. A.; cuyo juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones se dirige contra la indicada Caja de Ahorros en el concepto de ejecutante, en dicho procedimiento hipotecario; contra Enrique C. C., por haber resultado adjudicatario de la finca urbana a que se hace referencia; contra «A.», S. A., de Hospitalet de Llobregat, por habérsele cedido el remate de la finca por el indicado adjudicatario, y, finalmente, contra «Congelados S. F.», S. A., por haber adquirido por segregación y venta una porción de dicha finca, luego de quedar hipotecada; cuya nulidad se afirma de la providencia de 26 de enero de 1984, por cuanto en la misma no se acordó (cual era inexcusable, a juicio de la parte) publicar el anuncio de subasta en el *Boletín de Baleares*, lo que arrastra la nulidad de todas las actuaciones posteriores, debiendo reponerse dicho juicio ejecutivo al estado de trámite inmediatamente anterior a dicha providencia. B) Que emplazadas todas las personas contra quienes se proponía la demanda, personal o di-

rectamente, «Distribuciones», «Caja» y «Congelados», y mediante edictos «A.» y E.C.C., por resultar desconocidos en el domicilio señalado al efecto, la providencia de 11 de diciembre de 1984 declaró en rebeldía a las partes llamadas por edictos; contestando la demanda las que se habían personado, a saber, «Caja» y «Congelados». C) Que ante el Juzgado número 1 de Barcelona, que fue el que conoció del procedimiento hipotecario, el demandado Enrique C. C. propuso cuestión de competencia por inhibitoria, fundada en que este últimamente citado procedimiento hipotecario se basó en escritura pública de hipoteca en favor de la «Caja» acreedora que contiene cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Barcelona, que, efectivamente, conocieron del juicio, y que, por tanto, esa competencia se extiende al juicio en que se pretende la nulidad del mismo. D) Que el Juzgado número 1 de Barcelona, ante quien había sido promovida la inhibitoria, la admitió a trámite, y por su auto de 30 de octubre de 1984 acordó requerir de inhibición al de Palma en que pende el juicio, efectuándolo así en forma. E) El Juzgado de Palma, requerido de inhibición, suspendió el procedimiento y acordó oír a las partes comparecidas en el juicio, las cuales, primeramente la Sociedad y Comisión Liquidadora actoras, y sucesivamente «Caja» y «Congelados», se manifestaron de acuerdo con la inhibitoria y con la competencia del Juzgado de Barcelona, prescindiéndose de oír al Ministerio Fiscal. F) Que el Juzgado de Palma, por su auto de 28 de febrero de 1985, denegó el requerimiento de inhibición, comunicándose al Juzgado de Barcelona, quien, por auto de 5 de julio, insistió en la inhibitoria, teniéndose así por trabada la presente cuestión de competencia ante este Tribunal Supremo, en el que habiendo incomparecido las partes se ha oído al Ministerio Fiscal, quien en su dictamen propone se declare la competencia del Juzgado contendiente de Barcelona.

El acuerdo de todas las partes personadas en el juicio sobre la competencia del Juzgado de Barcelona, obligaba al de Palma a inhibirse en favor de aquél, ya que la voluntad de las partes, fuera de lo que disponga la Ley para casos especiales, es la que rige la competencia territorial, sea cual fuere el trámite en que se manifestare, por tanto, también cuando se plantea cuestión de competencia por inhibitoria, como transparenta la dicción del artículo 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer la audiencia del Ministerio Fiscal y la prosecución del trámite de la contienda únicamente «si éstas (esto es, las partes personadas) no estuviesen de acuerdo con la inhibición».

R. DE A.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE EMPLAZAMIENTO VALIDO EN PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1986).

Hechos.—Se había interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegándose por los recurrentes no haber sido emplazados en legal forma en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La Sala declara no haber lugar al recurso.

Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Además de lo dicho, mal podrá pretenderse que se contraría el principio de audiencia de los demandados por falta de em-

plazamiento cuando en las actuaciones consta que fueron citados regularmente en domicilio sito en el propio piso objeto de la acción real basada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y que la cédula de emplazamiento fue entregada a una vecina del mismo inmueble; cumplimiento de las exigencias rituarías que no se desvirtúa por la circunstancia de que los demandados, que se dedican a la venta en las ferias, estuviesen fuera de su hogar recorriendo la provincia, pues, obviamente, ello no impone al actor la obligación de investigar su itinerario y de interesar el libramiento del despacho de emplazamiento a una localidad cambiante distinta del lugar de domicilio, que es precisamente el impuesto por la Ley (arts. 266, 269 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el concretamente aludido por la regla 4.ª del artículo 137 de la Ley Hipotecaria.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. ACCION REAL QUE SIRVE DE BASE A LAS DEMAS EJERCITADAS: COMPETENCIA DEL JUZGADO DEL LUGAR EN QUE RADICAN LAS FINCAS (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1986).

Hechos.—Resultan del fundamento jurídico que se transcribe a continuación.

Ponente: don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—Promovida por don José G. C. ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Francisco y doña Eugenia Celsa G. S., quienes promovieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Baeza cuestión de competencia por inhibitoria, cuya resolución se ha residenciado ante esta Sala, y habida cuenta, en primer lugar, de que en la demanda inicial del procedimiento se ejercita no solamente una acción personal para que se declare que el matrimonio se celebró bajo el régimen económico de la sociedad legal de gananciales de Derecho común o, alternativamente, bajo el régimen de separación de bienes del Derecho foral de Baleares, sino también una acción real por la que se pretende que incluyeron como gananciales la mitad *pro indiviso* de determinadas fincas, cuyo dominio pretende el actor, así como que esta Sala tiene declarado en Sentencia, entre otras, de 27 de enero de 1982, que siendo diversas las acciones que se ejercitan, ha de estarse para fijar la competencia a la entidad cualitativa de los derechos reclamados, y cuando se ejercite una acción real que sirve de base a las demás ejercitadas, esa acción real es la principal, que ha de determinar la competencia, es obvio que hallándose radicadas las aludidas fincas en Palma de Mallorca, es al Juzgado de Primera Instancia de dicha capital a quien corresponde el conocimiento para conocer de la presente litis, debiéndose resolver en tal sentido, y de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, la presente cuestión de competencia por inhibitoria.

R. DE A.

INCIDENTE DE TASACION DE COSTAS: HONORARIOS DE LETRADO
(SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1986).

Hechos.—Se deducen de los fundamentos jurídicos de la sentencia, que se reproducen.

Ponente: don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—Mediante escrito del mes de junio de 1984, presentado por el Procurador don José F. M., en nombre y representación de doña Rosa María B. J., se formularon a esta Sala dos solicitudes: la declaración de indebidos de los honorarios del letrado don Manuel O. R., causados como consecuencia de su intervención en el recurso de revisión número 1632/1982, instado por referida señora, y la declaración de excesivos de los mismos.

Se ejercitan, por tanto, en el mismo escrito dos peticiones cuya tramitación procesal por ser distinta hace imposible su acumulación, siendo el tema a tratar en este momento procesal únicamente el de la impugnación de honorarios, por indebidos, cuya tramitación es la de los incidentes, de conformidad con lo prevenido en el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ha sido precisamente la aquí seguida.

Dicha impugnación se funda primordialmente en que el citado Letrado, señor O. R., no intervino en todas las actuaciones seguidas a instancia de «X», S. A., y en que no se ha acomodado la minuta a lo prevenido en el artículo 423 de la citada Ley Rituaria, en cuanto la misma no aparece debidamente detallada. Ninguna de dichas alegaciones puede prevalecer, ya que aparece debidamente acreditado que el citado Letrado intervino efectivamente en dicha revisión independientemente de que firmara o no personalmente todos los escritos presentados a nombre de la Sociedad cuya dirección técnica llevaba, y en orden a la forma de presentar la minuta, es obvio que la misma se acomoda a las prescripciones legales.

R. DE A.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE CITACION A UNA DE LAS PARTES PARA LA CELEBRACION DE LA VISTA EN APELACION
(SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1986).

Hechos.—Quedan claramente expuestos en la fundamentación jurídica que se reproduce, conducente a la estimación del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Ponente: don Matías Malpica González-Elípe.

Doctrina de la Sala.—El recurso de casación por quebrantamiento de forma se basa exclusivamente en el ordinal 4.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como consecuencia de «falta de citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias», que en el caso que nos ocupa, dice la parte recurrente, acontecer en las actuaciones del recurso de apelación, dado que no fue notificada la providencia de señalamiento de vista ni al Letrado, ni al Procu-

rador, ni a la propia parte apelante, por lo que tal acto procesal se celebró sin la asistencia de dicha parte ni su defensa ni representación causídica, incurriendo en el defecto que se denuncia, que fue conocido una vez se notificó la sentencia dictada por la Sala *a quo* al Procurador de la parte apelante, señor U., en su propio domicilio.

No obstante haberse notificado la providencia de 7 de febrero de 1983, «mandando traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia» al siguiente día 8, lo cierto es que la providencia de la misma fecha señalando día para la vista —que, consecuentemente, debió ir incluida en aquella otra providencia—, sorprendentemente no aparece firmada su notificación, que tuvo lugar el mismo día 8, como la precitada anterior providencia, por el Procurador señor U., lo que puede ser significativo en orden a la inasistencia de la parte apelante y al acto de la vista, con lo que al infringirse los artículos 262, 279 y 272 de la referida Ley Procesal Civil, que concretamente invoca la parte recurrente como vulnerados, como exige la doctrina de esta Sala, se ha producido un defecto grave en la sustanciación del procedimiento que ha provocado indefensión.

Como corolario de lo indicado ha de estimarse el recurso de quebrantamiento de forma interpuesto, con las consecuencias previstas en el artículo 1.766 de la Ley de Ritos Civiles.

R. DE A.

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

RECURSOS.—CONFORME AL PRINCIPIO DE LA «REFORMATIO IN PEIUS» NO PUEDE AGRAVARSE LA SITUACION JURIDICA DEL RECURRENTE COMO CONSECUENCIA DE RECURSOS INTERPUESTOS POR EL MISMO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Se concretan en que presentada a liquidación por el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados primera copia de escritura pública, fueron practicadas dos liquidaciones por los números 8 y 38 de la correspondiente tarifa, determinando como bases imponibles 64.893.000 pesetas por declaración de obra nueva y 83.643.000 pesetas por división horizontal, y contra las liquidaciones practicadas se interpuso reclamación económico-administrativa que las anuló, ordenando el Tribunal reponer las actuaciones al trámite de instrucción del expediente de comprobación de valores, aprobación del mismo y notificación del resultado a los interesados; como consecuencia de tal anulación se practicaron nuevas liquidaciones, que fueron impugnadas y posteriormente anuladas en procedimiento económico-administrativo, en el que se ordenó la práctica de nueva comprobación de valores, que de efectuarse mediante valoración de funcionario técnico debía ser debidamente motivada, y en cumplimiento de este acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial un funcionario técnico emitió valoración razonada de los bienes transmitidos, que fue notificada fijando bases imponibles de importe más elevado que las inicialmente notificadas, lo que fue impugnado por los interesados en recurso de apelación, en el que sustancialmente se alega: que las actuaciones económico-administrativas se iniciaron para denunciar el defecto formal de no haber sido notificada a la Sociedad interesada la base imponible, como era preceptivo, antes de girarse las correspondientes liquidaciones, lo que ha venido a transformarse a través de lo actuado y de la última resolución dictada, en algo completamente distinto para llegar a bases imponibles progresivamente más elevadas; todo ello contravieniendo lo que era motivo del recurso y del primitivo acuerdo de la Administración, fijar la base imponible de los impuestos, que era y debe ser plenamente válida y eficaz, pues no adolece de otro defecto que el de no haberse notificado la base imponible.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Pérez Tejedor, repudia la *reformatio* mientras no exista una norma legal que la autorice de modo expreso o se trate de recursos deducidos en sentido opuesto por terceros, y todo ello en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la sentencia apelada estima, respecto a la cuestión planteada, que en aplicación del principio *venire contra factum proprium non vale*, los actos contra los que no es lícito accionar, son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que tienen eficacia en sí mismos para producir efectos jurídicos, conforme ha

precisado la jurisprudencia, y en la cuestión enjuiciada, los valores atribuidos a los bienes objeto del gravamen nunca fueron definitivos, ni podían causar estado, al haber sido impugnados, de forma que la improcedencia de la última valoración técnica practicada podría haber sido demostrada por la parte recurrente solicitando tasación pericial como medio de comprobación, pero al no haberse practicado prueba alguna que contradiga la procedencia de valoración técnica realizada, ésta ha de ser declarada válida; apreciaciones que, en relación con la cuestión planteada, se enfrentan con la doctrina de esta Sala, reflejada últimamente en Sentencias de 30 de diciembre de 1975, 14 de junio de 1982, 31 de octubre de 1983 y 23 de marzo de 1984 sobre aplicación del principio prohibitivo de la *reformatio in peius*; conforme al que no puede agravarse la situación jurídica del recurrente como consecuencia de recursos interpuestos por el mismo, pues si bien la tesis positiva de la *reformatio in peius* en vía administrativa se apoya sustancialmente en la salvaguardia del principio de legalidad de la Administración, susceptible de ser mejor apreciado por un órgano superior y, por tanto, más cualificado para hacerlo, la tesis negativa se basa en la garantía del particular, solución ésta a la que ha llegado la más reciente jurisprudencia, que repudia la *reformatio* mientras no exista una norma legal que la autorice de modo expreso o se trate de recursos deducidos en sentido opuesto por terceros; destacando también que la causa misma de recurso tiene como motivaciones teóricas los principios sustantivos de la seguridad jurídica y de los actos propios declarativos de derechos, y el principio procesal de la congruencia, en cuando que las facultades revocatorias de la Administración se encuentran limitadas al ámbito estricto de las pretensiones del recurrente; tesis esta última que, según la referida doctrina jurisprudencial, es la que debe aplicarse, y por no haberse atendido a la misma la sentencia apelada ésta debe ser revocada.

C. M. A.

BASE IMPONIBLE.—BONIFICACION DEL 75 POR 100 DE LA BASE EN PRESTAMOS PARA LA CONSTRUCCION DE EDIFICIOS EN POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION O REFORMA INTERIOR (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—La litis plantea la procedencia de concesión de la bonificación del 75 por 100 en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, conforme al artículo 66, I, B, d), en favor de la constitución de un préstamo hipotecario que la parte apelada obtuvo, exigiéndose en la norma que el total importe se invierta en construcción de edificios en polígonos de nueva urbanización o reforma interior y que se acredite «la finalidad y en su día el cumplimiento de las condiciones impuestas por certificación del organismo urbanístico competente», denegando la Administración la bonificación al no considerar acreditados los extremos referentes a la no terminación del edificio en el momento de recibir el préstamo y el de su inversión total en la edificación, aceptando la prueba del carácter de polígono de urbanización.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor

don Diego Espín Cánovas, se muestra partidario de aplicar la bonificación al caso cuestionado, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que siendo el hecho imponible la constitución del préstamo para la construcción de viviendas, bajo requisitos indicados, la propia norma ponderando la imposibilidad de acreditar inicialmente todos los extremos, exige se acredite la finalidad del préstamo y «en su día», el cumplimiento de las condiciones impuestas por certificación del organismo competente, previendo de este modo una doble fase de acreditación, la previa en que sólo cabe afirmar el destino del préstamo y la ulterior cuando el edificio está terminado y se ha invertido la suma prestada en su construcción, pues sería imposible que otorgada la escritura de préstamo hipotecario, al ser liquidado el impuesto se pudiera acreditar ya los aspectos de la segunda que implican la realización de la obra, y como las normas han de interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, como determina el artículo 3.º, 1, del Código Civil, es claro que la norma fiscal para que sea posible su razonable aplicación ha de conjugar su interpretación puramente literal con la finalista.

Considerando que la situación fáctica acreditada en este proceso evidencia que en la primera fase acreditó el carácter de polígono de urbanización de los terrenos teniendo ya la licencia municipal precisa, y es en la segunda fase cuando con la cédula de habitabilidad se demuestra por organismo competente la evidente terminación de la obra, y en cuanto a la inversión en la misma íntegramente del préstamo, recibido su importe en varios plazos, el último después de su terminación, hay que estimar suficientemente probado que la percepción de las sumas integrantes del préstamo es anterior a la edificación, sirviendo la última percepción para los últimos pagos, conforme a las certificaciones de obra y a lo que es habitual en esta clase de construcciones.

C. M. A.

OBLIGACIONES.—AMORTIZACION. BONIFICACIONES (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1985).

Hechos.—La cuestión estriba en determinar si es o no procedente aplicar la bonificación del 95 por 100 de la base, que el antiguo Texto Refundido del Impuesto de 1967 establecía en favor de «los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de empréstitos», en base a la nueva regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 30 de diciembre de 1980, dado que la amortización de obligaciones se instrumentó en escritura pública de fecha 26 de junio de 1981.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Matías Malpica González-Elípe, se muestra contrario a la procedencia de la bonificación, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la presente litis ha sido promovida con motivo de la liquidación número 23131/1981, practicada por la Abogacía del Estado en la Delegación de Hacienda por el concepto «documentos notariales», girada a consecuencia de la amortización de obligaciones emitidas

por «Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S. A.», en escritura de 3 de octubre de 1975, cuya amortización fue instrumentada, a su vez, en escritura pública de 23 de septiembre de 1981 a raíz del sorteo de amortización de títulos practicado ante el Notario el mismo día citado que levantó el oportuno acta, habiendo alcanzado la referida liquidación la cifra de 579.380 pesetas, lo que dio lugar a recurso económico-administrativo ante el Tribunal Provincial competente, basado exclusivamente en que, según acuerdo del Ministerio de Hacienda, fue concedida expresamente la bonificación del 95 por 100 para determinar la base liquidable respecto del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que grave los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de dicho empréstito, cuyo acuerdo ministerial fue comunicado en 15 de julio de 1975 por la Dirección General de Política Financiera e incorporado a la escritura de emisión del empréstito, debiéndose hacer notar que la referida bonificación venía subordinada al cumplimiento de los compromisos deducibles de la aplicación del artículo 66, 3, del Decreto de 6 de abril de 1967, en relación con el Decreto-ley de 19 de octubre de 1961, por parte de la Sociedad emisora del aludido empréstito. Pues bien, como quiera que la liquidación por el concepto de documentos notariales omitió la aplicación de esa bonificación del 95 por 100 en la determinación de la base liquidable, se ha mantenido la tesis por la Sociedad contribuyente de que se han vulnerado los derechos adquiridos en virtud del referido acuerdo ministerial y del Texto Refundido de 1967, al practicar una liquidación omitiendo la tan citada bonificación basada en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1980, que regula la materia tras la promulgación de la Ley de 21 de junio de 1980.

Considerando que, ante todo, ha de ponerse de relieve que el acuerdo ministerial concediendo la bonificación tantas veces referida era, según explícitamente señalaba, en lo atinente al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que grave los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de dicho empréstito, lo que quiere decir que la bonificación —sujeta al cumplimiento de las finalidades inversoras señaladas en el artículo 66, 3, del Texto Refundido de 1967— operaba respecto del acto o contrato consiguiente a la emisión y cancelación de las obligaciones con cuyos títulos valores se instrumentaba el negocio jurídico de financiación societaria, por lo que era no sólo congruente con lo dispuesto en tal precepto, que era el que estaba en vigor al comunicarse el acuerdo de bonificación de 15 de julio de 1975, sino con la línea tributaria inicial y genérica marcada por el artículo 54, 4.º, al definir el hecho imponible correspondiente a la transmisión patrimonial *inter vivos*, y por ello no aludía —y no podía aludir— al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados *strictu sensu*, por cuanto, a tenor del artículo 100, 2, del mismo Texto Refundido de 1967, estaba exento el negocio de emisión y cancelación de esta clase de títulos valores, corrigiendo con ello la regla general establecida por el artículo 100, 1, g). En consecuencia, se advierte que el paralelismo entre estas dos especificaciones tributarias, transmisiones patrimoniales *inter vivos* u «onerosas» y actos jurídicos documentados, definidas y reguladas en los Textos Refundidos de 1967 y 1980, quiebra en este concreto particular, y el artículo 54, 4.º, del primero, que configura como hecho imponible la «extinción del prés-

tamo»; se modifica tributariamente el hecho imponible en la definición contemplada en el artículo 7, b), del Texto Refundido de 1980, al delinearlo como tal, solamente «la constitución de préstamos», y aclara el artículo 20 del Reglamento de 29 de diciembre de 1981, al señalar que «la cancelación de obligaciones no sujeta al Impuesto por el concepto de transmisiones patrimoniales quedará, sin embargo, gravada por el de actos jurídicos documentados...». Y coincidente con tal quiebra de paralelismo normativo en este particular, se contemplan con distinta finalidad y alcance impositivo, por un lado, el artículo 100, 2, ya invocado, del Texto Refundido de 1967, y los artículos 27, a); 28; 29, 1, y 31, del Texto Refundido de 1980, así como el también citado artículo 20 del Reglamento de 1981, por el lado opuesto. Y no es óbice a lo expuesto y a las consecuencias que de ello se derivan, la circunstancia de que, a tenor del artículo 100, 3, del Texto Refundido de 1967, se tuviera que reintegrar cada pliego de la escritura pública constatante de la emisión de obligaciones con un timbre fijo de cinco pesetas, quizá como reminiscencia del antiguo Timbre del Estado, cuyo Reglamento de 22 de junio de 1956 quedaba vigente en dichas fechas en cuanto no se opusiera al Texto Refundido de 1967, pues ello no desvirtúa la oposición marcada en el apartado 2 de dicho artículo 100 del Texto Refundido de 1967, entre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y el relativo a los Actos Jurídicos Documentados; contradicción que viene subrayada por el tratamiento diverso que a los hechos imponibles de uno y otro Impuesto se les daba en los apartados 3 y 4, al aplicar, respectivamente, las tarifas 37 y 38.

Considerando que de lo expuesto se infiere: 1.º Que la bonificación del 95 por 100 para determinar la base liquidable incidía exclusivamente en el ámbito tributario del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales *inter vivos* u «onerosas» (art. 66, 3, del Texto de 1967), sin que por la especificidad elemental propia de la materia tributaria pudiera aplicarse a distinto concepto impositivo. 2.º Que dicha bonificación, concedida por el Ministerio de Hacienda el 15 de julio de 1975, hubiera sido innecesaria o superflua, dados los términos del artículo 100, 2 y 3, del Texto Refundido de 1967, con relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por lo que la concesión ministerial no mencionaba, ni lejanamente, tal concepto contributivo. 3.º Que, obviamente, no puede estimarse jurídicamente la existencia de un derecho adquirido por virtud de una concesión particular y específica, sino que, en cuanto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, se beneficiaba la Sociedad de una norma genérica por la que entonces se declaraba no sujeto a tal Impuesto el otorgamiento de las escrituras públicas en determinadas circunstancias que especialmente, y en términos generales, se delimitaba por la normativa vigente a través de la promulgación del Texto Refundido de 1967, pero que al entrar en vigor el Texto Refundido de 1980, quedaban sometidos a su regulación todos los hechos imponibles que acaecieran a partir de su aplicación, como aconteció con el otorgamiento de la escritura pública de cancelación de las obligaciones, que tuvo lugar en 26 de septiembre de 1981. 4.º Que, en efecto, el respeto a los derechos adquiridos podría haberse esgrimido razonablemente, en cuanto concerniera la liquidación objeto del debate del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, pero no en cuanto a los Actos Jurídicos Documentados, porque, ciertamente, según la regulación de ambos Textos Refundidos, asumiendo depurados conceptos técnicos, no cabe confundir

el acto o contrato —en definitiva, el negocio jurídico o relación negocial— con el instrumento jurídico que lo constata o documente, porque aquél es el contenido y éste el continente, por lo que la bonificación concedida afectaba al primero y el Impuesto liquidado en 1981 se refería al segundo, y ello aunque este Impuesto gravite sobre el instrumento en función del acto jurídico que contiene o de su valor económico a los fines de precisar la cuota tributaria.

C. M. A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, DELGADO y RIVERO: *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*. Volumen primero, parte general: «Delito y cuasi delito», Librería Bosch, Barcelona, 1985, 618 págs.

Dentro del Derecho civil, el de obligaciones emerge como un desarrollo especializado de la teoría general del deber jurídico que obedece a unas características propias y separables, compendiadas en un conjunto de relaciones sociales, que al contemplarse por el Derecho se traducen en otras tantas vinculaciones: relativas, por cuanto en ellas se agota el total contenido de la sujeción; correlativas, en función de su reciprocidad, y nacidas de una fuente o causa típica, incluida en el Código con esa virtualidad productora de efectos vinculatorios.

Dos aspectos pueden resaltarse: estático, que se refiere a su estructura vertebrada en función de los *sujetos*, el *objeto* y el *vinculo* en su doble vertiente débito-responsabilidad, y dinámico, que atañe al funcionamiento de ese vínculo, bien en trance de *cumplimiento* ordinario, bien a través de las consecuencias de sujeción que ocasiona su *incumplimiento*, sin perjuicio de otras formas de *extinción* obligacional. Sobre estos parámetros se configuran más de las dos terceras partes de la obra comentada, quedando el resto para el examen detallado de la *responsabilidad extracontractual*.

En base a este simple esquema, el Profesor LACRUZ y sus colaboradores, los Catedráticos de Derecho civil, señores SANCHEZ REBULLIDA, DELGADO ECHEVARRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ, sobre la primera edición de esta obra, íntegramente debida a la pluma del primero de ellos, y un trabajo inédito del segundo titulado *Parte General del Derecho de Obligaciones*, han construido la segunda edición de sus *Elementos de Derecho Civil*, en lo que respecta a esta temática sectorial de Derecho obligacional.

Y de ahí se suscitan ya los primeros comentarios:

En primer lugar, se configura en sede del deber jurídico, lo que apunta a una primordial intención de concebir las obligaciones como una actitud humana de serio comportamiento, de actitud vital comprometida en quehaceres y cargas de nuestra vida cotidiana, en desarrollo de nuestra personalidad, lo cual enlaza, secuencial y ordenadamente, con los tres volúmenes anteriores de la Parte General.

En efecto, si aquéllos se destinaban a la norma jurídica, al individuo o persona, y al Derecho subjetivo como resultado de la confrontación de una al otro, ahora subsigue esa contraposición, que lleva a primer término la parte más sobresaliente de los deberes jurídicos: las relaciones obligatorias, y ocupan la mayor parte de nuestra existencia, para completar los

resultados del binomio «norma-individuo», que no puede concebirse más que desde otra dimensión binomial: «derecho-deber».

Por eso sigue intitulándose Parte General, aparte que supone un esfuerzo de abstracción de doctrina aplicable con carácter generalizado a todas las disciplinas jurídicas, además del propio Derecho civil.

En segundo término, se separa considerablemente en volumen respecto de la primera edición. Aparecida en 1977, se convirtió al punto en referencia obligada de toda la doctrina en este sector temático. Hubiera bastado reeditarse a sí mismo, acaso con simples retoques. Pero el Profesor LACRUZ ha preferido sucederse a sí mismo, y en línea con la segunda edición de la Parte General, se ha reelaborado esta otra parte de la obra.

Se concibe, por tanto, con un carácter dinámico, que apunta a una metodología original. No se trata de quedar permanente e inmodificable un texto, interpolando adherencias que vienen a agregarse, en unos casos, o a subrogar partes caducas en otros, sino que todo un texto se reelabora de nuevo, con renuncia a una exposición personalizada y protagonista, que conserva su unidad orgánica en recuerdo al texto primitivo, pero también apunta a una vital y permanente atención actualizadora en que, junto a modelos permanentes de puro diseño clásico, se da cuenta de otros transeúntes al socaire de las reformas de Derecho positivo y de la evolución del pensamiento jurídico de cara a nuevas necesidades sociales.

Este proceso de reajuste permanente, mediante trabajo en equipo, dota a la obra de una garantía de rigor y objetividad, no fácilmente hallable en manuales al uso, a lo sumo actualizados por una persona que la mayor parte de las veces no ha podido hacerlo en sincronía de vidas y trabajos con el autor. Y ello lleva a dotar a estos *Elementos* así actualizados en subsiguientes ediciones de una fuerza específica, sólo propia de quienes en un talante de ascetismo intelectual saben escoger el método de su propia sucesión, siendo herederos en parte, a la vez que causantes. De esta suerte queda garantizada la unidad de una escuela y la permanencia de su espíritu científico, si bien adaptado a cada nueva exigencia. Todo un símbolo de lo que deba ser el Derecho: valores permanentes que lo conforman y persisten, en el contexto de una serie de adaptaciones transeúntes que pueden devenir esencia cuando se descubren *ex novo* y acceden a la categoría de «principios generales del Derecho» si acreditan relevancia moral y organizadora social. Todo ello en un proceso de continuo enriquecimiento de los criterios ordenadores de la convivencia social.

Y, finalmente, y en tercer lugar, la exposición ha querido diferenciarse con una tipografía de tres tamaños de letra, señalando cualitativamente su importancia, que supone una primera ordenación de la materia, sin perjuicio de otra más cabal y pareja con el esquema de la estructura obligacional, que reubica algunos parajes, respecto de la primera edición, con mayor coherencia y facilidad de comprensión total. Así, en torno a los sujetos ahora antepuestos en buena lógica al objeto, se desgrana la exposición de las obligaciones mancomunadas y solidarias. La prestación alberga temas como las obligaciones genéricas, alternativas, divisibles, etc.

No es posible dar noticia minuciosa, puntual y pormenorizada de los 57 parágrafos o lecciones en que se divide la obra, dados los estrechos límites de una recensión. Por eso nos limitaremos a dar noticia de las novedades más relevantes de esta segunda edición, bien porque desvelan nuevos aspectos de la versión originaria, bien porque comportan cambio de

criterio con ella, en un esmerado ejemplo de corrección de trayectoria, al socaire siempre de ese estilo de superación que quieren reflejar los autores.

Los cuatro primeros capítulos, esenciales para el recto entendimiento del conjunto de la obra, conciben la obligación como la resultante de un proceso de decantación conceptual que accede a una depurada categoría en que

«lo propiamente vinculado es la conducta del deudor. No en el sentido de que sus actos sean objeto de un señorío del acreedor, sino por cuanto un sector de su comportamiento que antes era jurídicamente indiferente, por consecuencia del vínculo queda ya polarizado en una determinada dirección y sentido... que constituye precisamente la prestación».

Al ser vínculo jurídico, se traduce en un mandato ordenador de la libertad; «si el deudor incumple..., se produce la sanción no en el sentido sólo de castigo, sino en el más amplio y genuino de acarrear efectos que .. consisten en satisfacer el interés del acreedor a costa del deudor». Pero las consecuencias del incumplimiento no recaen sobre la persona del deudor, sino sobre sus bienes, cuya afección o «responsabilidad» es también de esencia al vínculo obligacional y no se confunde con la «solvencia» en un momento determinado. En estas pocas frases y al hilo de la estructura obligacional se irá engarzando el conjunto de la exposición. Veamos:

En el contexto de la pluralidad de sujetos se producen diversas posibilidades: mancomunidad, mano común y solidaridad, en una gradación escalonada que da idea, muy expresivamente, de su diferente significación. De ellas, la solidaridad es tratada con bastante originalidad respecto de otras exposiciones, y con un aire nuevo que enlaza con la amplia profusión moderna de monografías en esta materia, de las que se ofrece cumplida cuenta.

Resulta interesante la inversión jurisprudencial producida respecto al principio de no presunción de solidaridad, que viene a corregir, por vía interpretativa, lo que hasta ahora parecía sentado por el Código Civil.

Muy acertada la calificación de la solidaridad como aquella que afecta a una sola deuda, que se multiplica en diversas imágenes de responsabilidad, tantas cuantos son los sujetos, que operan a modo de espejo donde pueda reflejarse y apoyarse. Y en consonancia con ello, lo que va a titularse «propagación de efectos» de los actos del acreedor frente a un deudor y viceversa, al restante grupo de codeudores, que se estudia en aspectos como cosa juzgada, reconocimiento de deuda, transacción, novación, compensación, confusión, remisión en todo o en parte. El tema de las excepciones oponibles y el de la relación interna de codeudores son tratados minuciosamente, ofreciéndose un conjunto muy estimable del tema de la solidaridad, de gran utilidad por las posibilidades de aplicación generalizada de sus reglas que depara a los juristas en cualquier disciplina y del que se precisan ideas muy claras sobre el particular, dada la especial complejidad de la materia.

Al hilo del objeto obligacional, se eleva a primer término el concepto de prestación y su diversa tipología, y jugando con los diversos requisitos de uno y otra, objeto y prestación, resultan los tipos más caracterizados obligacionales: genéricas, alternativas y facultativas, indivisibles, con un rigor científico impecable, en el que se combina la hondura del pensamiento elaborado con algún cambio de postura convencido, en aras de

varias monografías habidas modernamente sobre esta temática, cuyas tesis y conclusiones se recogen en su totalidad.

Huelga decir, por tanto, que la precisión conceptual y el carácter diferenciado de todas estas especies se manifiestan en detalles hasta ahora no apercibidos, que curiosamente se extraen de fuentes antiguas, como el Derecho romano, la doctrina intermedia, la pre y postcodificación francesa, la Pandectística, etc. Como huelga añadir que, en su conjunto, toda esta tipología obligacional obedece a la existencia de un solo vínculo en cada especie analizada, siendo el objeto el que ofrece posibilidades de variación o determinación, según los casos. En consecuencia, queda excluida la figura de la novación, referida siempre al vínculo, que no a las diversas posibilidades de prestación.

Por último, la prestación pecuniaria merece una especial consideración en su triple vertiente de:

- medida de valor,
- medio de cambio,
- medio de pago,

que son las pautas sobre las que se engarza el resto de esta exposición temática, incluyendo el problema de los intereses concebidos como prestación accesoria sujeta a los límites de la usura y al anastorismo, problemática ésta tratada con abundante referencia jurisprudencial que se revela particularmente interesante.

Muy original y acertada la visión de las fuentes de las obligaciones, en que después de la referencia doctrinal bastante, se acaba concluyendo que los intentos de enumerarlas y clasificarlas carecen de eficacia práctica porque lo único importante es saber cuándo la obligación debe recibir la protección del Derecho, lo cual es independiente de su inclusión en el marco de una de las fuentes de obligaciones enumeradas. Al contrario, presupuesto el débito, se ubicará en la sede procedente de clasificación.

Por eso se comprende que muchos casos de voluntad unilateral, más que operar obligaciones, son causa de su extinción, y otras veces, puro deber jurídico.

El cumplimiento de la obligación representa un momento jurídico autónomo, en razón de las funciones que cumple el pago o cualquiera de sus subrogados, y al hilo de sus diferentes requisitos y circunstancias, impecablemente estructurados, se recoge abundante doctrina jurisprudencial sobre numerosos problemas no resueltos por el Derecho positivo, de suerte que el contenido tradicional de esta temática se ve enriquecido notoriamente respecto de otros manuales al uso.

En punto al incumplimiento de obligaciones, se ofrece una sugestiva exposición partiendo del artículo 1.101 del Código Civil, en cuyo contenido se compendian todas las ideas que comprende la materia. Dice así:

«Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

De esta suerte, la contravención y la mora serían supuestos de incumplimiento, y el dolo y la culpa, criterios de imputación al deudor. Y según

los autores, siguiendo a BADOSA, no se trata de cuatro fundamentos de responsabilidad ordenados de dos en dos, sino de dos perspectivas de un mismo fenómeno: su aspecto objetivo, y entonces nos encontramos en la infracción material, esto es, la mora o contravención, y su enfoque subjetivo, y entonces aparece destacado el plano doloso o culposo. Destaquemos estos puntos más originales:

- La distinción entre culpa-hecho propio del artículo 1.182, de efectos más reducidos que la tradicionalmente valorada como culpa-negligencia.
- La posibilidad de coexistencia y opción entre las acciones derivadas de culpa contractual y extracontractual para el contratante.
- La versión diferenciada de los componentes del daño traducible en dos realidades distintas: la *estimatio rei* o interés contractual positivo, consecuencia de la *perpetuatio obligationis*, y el *id quod interest*, basado en la culpa o dolo, que es habitualmente una deuda de valor y una prestación pecuniaria.
- El cuidadoso tratamiento jurisprudencial, que viene siendo una constante en toda la obra, aunque aquí parece acentuarse, dadas las importantes sentencias producidas en los años ochenta en esta *sedes materiae*.

Y, por fin, una serie de temas que son otras tantas incidencias del crédito en su aspecto dinámico: transmisión, protección, ejecución y extinción, en torno a los cuales van engarzando los autores en párrafos separados, a modo de lecciones, conceptos completos o categorías, de las que destacamos por su originalidad, importancia doctrinal y extensión las siguientes:

- La retención posesoria. Particularmente útil haber recogido todos los supuestos del Código Civil en que se suscita esta figura y la digresión de si es posible extenderla por analogía a supuestos no especificados en la relación.
- La pena convencional con amplio apunte histórico que permite un esbozo bien desarrollado del planteamiento actual, hartamente deseado por la frecuente inserción de esta garantía en el clausulado contractual del tráfico moderno.
- Los privilegios de los créditos, según estructura acuñada por el Código Civil, pero con especial referencia a los créditos laborales y a lo que el Profesor LACRUZ ha llamado el superprivilegio en artículo especializado sobre esa temática, confusamente regulada en el Estatuto de los Trabajadores.
- La novación, que muestra un amplio aparato jurisprudencial y trasluce la excelente monografía del Profesor SANCHEZ, publicada hace algunos años y aquí compendiada, adaptada y actualizada. Y particular relieve la figura de la delegación, en la que el Profesor LACRUZ se inspira en un trabajo inédito de PALA MEDIANO, cuya paternidad le atribuye con toda honestidad científica.

La segunda parte del libro está dedicada a la responsabilidad por delito o cuasi delito. De mucha menos extensión, diríase un apéndice obligado

a la materia por razones de sistemática y docentes. Se abre con un interesante capítulo en que se muestra la evolución seguida en planos tan expresivos como:

- Los distintos Derechos: romano, común, anglosajón, Código Civil.
- El *iter* hacia la responsabilidad objetiva merced a factores sociológicos, entre otros, la revolución industrial.
- El camino seguido en España con evidente protagonismo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- Y, por último, los nuevos aspectos de la responsabilidad profesional del fabricante, acciones del consumidor, etc. Todo ello en línea de más palpitante y práctica actualidad.

Todo un brillante capítulo que lleva la conciencia del lector a peculiaridades ulteriores de la responsabilidad extracontractual. El conjunto expositivo en esta parte combina un diseño clásico (el daño, la relación causal y sus interferencias, etc.) con una ambientación actual principalmente apoyada en diversos trabajos de PANTALEÓN PRIETO, acreditado especialista en la temática, siguiéndose muy de cerca la jurisprudencia, de la que se ofrecen abundantes y muy modernas sentencias.

En conjunto, resulta un bloque diferenciado del de la responsabilidad contractual, que tiende a su propia configuración como un sector de Parte General del Derecho con aspiraciones de sustantividad. De esta suerte, se evitan ciertos solapamientos y repeticiones de lo ya expresado con ocasión de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Y conecta, salvada la proporción cuantitativa, con las grandes exposiciones de la doctrina francesa (ej. MAZEAUD) e italiana (ej. DE CUPIS), en las que igualmente se inspira.

No podían faltar, por último, alusiones a supuestos de responsabilidad recogidos en Leyes especiales administrativas, como la del funcionario, accidente laboral, automóviles, navegación aérea, caza y seguridad nuclear, que vienen tradicionalmente acoplándose en las exposiciones al uso, si bien aquí se añade cierta calificación y valoración jurídica, cuando no su encuadramiento en alguna figura o concepto doctrinal acuñado.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

DE VITA, Anna: *Il rapporto de locazione abitativa fra teoria e prassi*
Volumen I, Milano, Giuffrè, 1985.

Requiere cierta osadía penetrar en el avispero de los arrendamientos urbanos. Cuando menos, es un intrincado laberinto en el que se entrecruzan abundantes, complejas, ininteligibles y hasta contradictorias disposiciones que constituyen un excelente ejemplo de cómo no debe legislarse. Hasta no hace mucho los estudios relativos al tema se limitaban a concretas zonas y su índole era absolutamente pragmática, la ansiosa busca de un asidero en un mar de conflictos sin fin. El transcurso del tiempo, con la consiguiente sedimentación, la reducción de las avalanchas de tras-

vase de zonas rurales a industriales y unos decenios de paz reconstructiva permiten un alto en el camino desde el que otear horizontes heteróclitos y, con la perspectiva suficiente, recapitular problemas y soluciones, constatar errores y aciertos y, enjuiciando las soluciones ofrecidas por la legislación comparada, reemprender la ruta con otros ánimos y más experiencia.

No hace muchos años prestigiosas revistas jurídicas ofrecían estudios monográficos sobre estas materias en relación a diversos países, Norteamérica y Alemania, principalmente, donde han dejado de ser tales o ni siquiera han existido. La autora de la obra epigrafiada cita entre sus fuentes los *rapports* publicados en 1965 dimanantes del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad XXV de París y los aparecidos en 1984 como consecuencia de las Jornadas Mexicanas de 1982. El volumen que ahora nos ofrece DE VITA se contrae a las posibilidades y técnicas de la intervención jurídica en la lógica de las reformas. Pese a tratarse de una obra incompleta, tanto sus antecedentes como su contenido la hacen acreedora de unas breves notas.

En los citados arrendamientos, materia tradicionalmente privada, las transformaciones históricas han posibilitado la duda sobre el carisma dogmático de principios tan esenciales como el derecho de propiedad o la libertad contractual. El tránsito del contrato al *status* ha sido no sólo visible, sino vertiginoso en esta zona de coincidencia de intereses individuales y colectivos, de urgentes soluciones para necesidades simultáneas y de incalculable volumen, difíciles, entre otros motivos, por la especial naturaleza del bien. El Derecho ha debido colocarse en postura combativa y se ha prescindido de rigorismos dogmáticos y sorteado principios elementales y fundamentales; la descodificación se ha argüido con toda su soberbia juvenil y la intervención pública se ha proclamado ineludible. Problemas como los de la naturaleza personal o real del derecho arrendaticio han pasado a ser intrascendentes en la *civil law*, mientras en la *common law* quedaban enfocados desde otro ángulo al reconocerse un *estate in land al tenant*.

La ebullición puede haber remitido, pero la paz no ha llegado. En el examen sereno aparecen factores que no habían sido destacados adecuadamente, como los urbanísticos o de planificación territorial y, sobre todo, la politización, en muchos casos sin escrúpulos. Los conflictos se han hecho más agrios con la bandera del *bad landlordism* o las cabezas de turco de los *Monsieur Vautour*. De ahí a proclamar el derecho al *habitat* como fundamental hay solo un paso, y ello ha tenido lugar legalmente en Francia, y constitucionalmente, y con sorprendente amplitud, en Portugal.

En las múltiples redes normativas algo, no obstante, se aprecia como fondo común. El Estado, mal empresario y peor administrador, no puede solucionar por sí solo el problema sino a un elevadísimo coste a cargo de sus súbditos. O el retorno a la esfera privada o la colaboración de la misma en forma cada vez más acentuada resultan indispensables.

Sobre tales bases, ANNA DE VITA procede al examen de diversas facetas de la jungla legislativa europea, señalando con especial relieve la Ley francesa de 1948, la primera que se hizo cargo de que el problema de ser transitorio iba a serlo por un prolongado lapso de tiempo. Bajo la filosofía general de protección al ocupante, parte débil, no sólo favoreció al titular de un derecho arrendaticio, sino al simple ocupante de buena fe. El *droit*

au maintien, similar, pero no idéntico, al *droit au bail*, se inicia al concluir el plazo estipulado. Los derechos del propietario, reducidos a un mínimo, le conceden un derecho de canon equivalente al 4,25 por 100 del valor del inmueble, que se fija ya teniendo en cuenta el de construcción: es el *loyer rentabilité*; otra fórmula basada en el salario interprofesional ha sido abandonada, ya que no tenía en cuenta ni el estado del inmueble ni la extensión familiar del ocupante. El menos complejo es el *canon forfait*, basado en la renta inicial, que es revisada con cierta frecuencia. Otro reducto del propietario es el *droit de reprise*, ejercitable transcurrido en plazo contractual, o sea, cuando el ocupante lo es *ex lege*, debiendo mediar justa y muy demostrada causa, y que en ciertos casos implica, además, que se proporcione al ocupante otra vivienda adecuada.

Complemento de ello es la liberalización de las viviendas a construir en el futuro y la existencia de sanciones penales en los casos de *pas de porte* o *key money*. El esquema, expuesto a grandes rasgos, cuenta, como puede suponerse, con infinitas particularidades. Sus normas, sin duda muy distantes de las alemana o suiza de los años setenta, en las que con el tema resuelto se limitaban a requerir la intervención judicial en casos de abuso, constituyeron un ejemplo para la posterior normativa italiana del *equo canone*.

De esta última sólo se ocupa en este tomo de paso la autora, aunque señala la ingente literatura jurídica a que ha dado lugar. Está fechada el año 1978, después de haber sido seriamente advertido el Poder Ejecutivo por el Tribunal Constitucional por el anárquico régimen, que se prolongaba durante varios decenios, sin otra orientación que la reforma de la reforma, y que, a juicio del Tribunal, implicaba una flagrante violación de los derechos reconocidos constitucionalmente de propiedad y de igualdad. Si la primera era un mero *nomen*, la segunda se eliminaba al discriminar inversiones por razón del objeto y gravar indirectamente a los arrendadores con una carga impositiva de la que se libraban los que no ostentaban tal condición, y de la que eran beneficiarios exclusivos los arrendatarios u ocupantes.

La reforma referida consiste esencialmente en la determinación de un *equo canone*, una renta adecuada, consistente en el 3,85 por 100 del valor del inmueble según precio de mercado, para fijar el cual hay que tener en cuenta dimensiones, estado, emplazamiento y otros factores. El régimen, ciertamente, significaba un paso adelante en el estado de anarquía y el propio Ministerio habló de paso del infierno al purgatorio. Pero indudablemente apenas ofrece incentivos a la inversión privada y tal vez sea fuente de más conflictos que el estado de alegalidad anterior. CARBONNIER lo comentó diciendo que se trataba de *un socialisme au petit bonheur* o *un communisme locatif de rencontre*.

En Inglaterra, la evolución puede hasta calificarse de dramática. Los remedios dimanantes de gobiernos socialistas tuvieron que ser seguidos por los de carácter conservador y los pocos paliativos no son exclusivos de ninguno de ellos. A principios de siglo, el 90 por 100 de las viviendas estaban cedidas por particulares en locación. Hoy tal sector ha quedado reducido al 13 por 100, mientras que el 55 por 100 ha pasado a ser de propiedad de los ocupantes gracias a los importantes préstamos en favorables condiciones concedidos por las «Building Societies», públicas o privadas, pero amparadas por el Estado. La iniciativa pública ha debido suplir al

resto construyendo y cediendo en *lease* el restante porcentaje de viviendas, dada la absoluta abstención de la inversión privada, a la que hasta legalmente se ha declarado incapaz. La «Towning and Planing Act» de 1947 y varias complementarias, «Housing Act» y «Rent Act», constituyen la espesa normativa actual, con las naturales interferencias de los Tribunales, que no se ajustan siempre a ella en base a intereses reconocidos, a consideraciones éticas o prácticas, no siempre concordantes, lo que ha permitido hablar de *judicial sabotage* o de *Kadi Justice*.

La *fair Rent* es determinada y revisada por los *Rent Officers*, incluso anticipadamente. La *statutory tenancy* prorroga la ocupación legalmente cumplido el plazo contractual. El *droit de reprise* se concede judicialmente mediante una *order for possession*, en casos justificados.

Del mayor interés es la Ley francesa «Quilliot», que toma su nombre del Ministro socialista bajo el que empezó a regir en 1982. Gracias a las normas de la Ley de 1948 y a pesar de ciertos períodos de bloqueo de canon, el sistema del Código Civil había recuperado una parte importante del terreno perdido y las actuaciones en base a los excelentes beneficios para las *Habitations à loyer modéré*, del sector público e instituciones privadas amparadas por aquél, con sus ayudas a la piedra y a las personas, habían aumentado considerablemente el parque de *habitats*. La inversión pública en este sector, de tal alto coste directo e indirecto por las reducciones fiscales, estaba en su cuarto menguante.

En 1972 se nombró la Comisión Delmon, de carácter permanente, para que procediera, aprovechando la experiencia, a redactar una nueva Ley, que es la citada, todavía *en rodage*, pero que, como su antecesora, da un matiz de estabilidad y permanencia al problema y sus soluciones. No estando redactada bajo el apremio de circunstancias extraordinarias protege serenamente la inversión privada, meta siempre deseada, y no olvide que las viviendas deben ser objeto constantemente de reparaciones y mejoras, evitando las bajas, siempre cuantiosas, por degradación.

Se impone la forma escrita del contrato y no presumiéndose el buen estado de la vivienda debe consignarse expresamente el real. Se establecen dos tipos de arriendo, ambos con una duración máxima de seis años, pero el otorgado a favor de personas físicas puede ser de tres prorrogables por otros tres. Durante la primera etapa de este arriendo «a dos velocidades», por ninguna causa el arrendatario puede ser desahuciado. En el caso «típico» de los seis años, el propietario podrá ejercitar el *droit de reprise* en base a justa causa, que aunque determinada legalmente, es dejada en parte importante al arbitrio judicial. Entre ellas figura el propósito del propietario de vender la vivienda, en cuyo caso se concede un derecho de preferente adquisición al arrendatario.

Estas normas, expuestas escuetamente, ofrecen amplios matices y recovecos imposibles de recoger. Baste con indicar que se regulan fórmulas de rápida adaptación al nuevo régimen de los arrendamientos y ocupaciones vigentes.

Si el interés de lo expuesto es notorio, más lo es la pretensión, no desarrollada más que parcialmente, de asimilar a los contratos colectivos de trabajo los arriendos efectuados por sociedades o instituciones o incluso por simples propietarios de bloques. Algo de ello hemos vivido en España con motivo de masivas protestas de inquilinos de Cajas de Ahorro y otras instituciones que han obligado a convenios sobre revisión de rentas. En

Francia se establecen comisiones integradas por organizaciones de propietarios e inquilinos cuyos acuerdos pueden pasar a ser obligatorios para todos bien en méritos de adhesión, bien por Decreto. Se enjuician elevaciones de rentas, obras de conservación, y se abre la puerta para las mil incidencias que ofrece la vida. Es un sistema de «libertad vigilada».

El último Capítulo de la obra está dedicado a consideraciones varias sobre la naturaleza del derecho de habitación. A este propósito se penetra en lo que sea el llamado «Welfare State» o «Stato Sociale», noción que GIANNINI ha calificado de inútil. Pero lo cierto es que el Estado asume cada vez más obligaciones, correspondientes a derechos subjetivos de los particulares, que difícilmente puede atender. La vida en sociedad presenta sus maravillas, pero también su cara oscura. Sólo cuando falta el espacio aparece el derecho al mismo, como cuando la contaminación se excede nace el derecho al aire puro, en expresión de BAUDRILLART.

Conceder o reconocer o simplemente declarar derechos activables, sin posibilidad de atenderlos adecuadamente, no parece prudente. Ciertamente se producen situaciones urgentes, dramáticas, que exigen soluciones radicales de inmediato. Pero normalmente son las diversas estructuras sociales las que deben resolver los problemas permanentes. Las confiscaciones sólo pueden darse en situaciones excepcionales.

DE VITA cita el ejemplo de los *squattings* ingleses, que han dado lugar a varias resoluciones judiciales contra ocupantes sin título que sólo alegaban carecer de techo y que el invadido no estaba utilizado. *Squat* es vocablo que pertenece a la época de ocupación de tierras sin dueño en la antigua frontera americana. La jurisprudencia ha reconocido la certeza de los hechos, pero no el derecho de los *squatters*. Es al legislador, no al Juez, al que incumbe el problema. En arrendamientos parece haberse entrado en una «segunda generación», de la que puede ser paradigma la Ley Quillot.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BLANQUER UBEROS, Roberto: *El Impuesto sobre el Valor Añadido en la profesión notarial*. Edición de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1986, un tomo de 220 págs.

Hace poco he leído un buen libro de orientación profesional que trata de explicar a los estudiantes de Derecho cuáles son las funciones de los Notarios y Registradores, exponiendo las principales facetas teóricas y prácticas de ambas carreras de modo brillante y muy completo. Ahora queremos añadir que uno de los conocimientos más importantes que debemos tener en nuestro bagaje profesional es el relativo a la materia fiscal. Y lo es porque, aparte de que somos unos contribuyentes como los demás, nos relacionamos de modo directo con nuestros clientes precisamente en temas impositivos, de especial relevancia para ellos en cuanto atañen a sus bolsillos o economías no siempre boyantes.

Los Registradores somos, por Ley, liquidadores de los clásicos «Impuestos de Derechos Reales», que ahora se llaman de muchas otras y complicadas maneras; por ello tuvimos que aprendernos su normativa, primero

para aprobar los ejercicios de la oposición de ingreso, y después también para «ingresar», pero en las arcas del Erario, los importes obtenidos en nuestras Oficinas Liquidadoras.

Los Notarios aprendieron los mismos temas para opositar y los aplican después para asesorar a sus clientes y conducirlos certeramente por los vericuetos fiscales. El documento es el fin de la función notarial, pero antes hay unos supuestos previos, unos estudios encaminados a encontrar el medio fiscal menos gravoso para los futuros otorgantes-sujetos pasivos.

Y así, entre la defensa a ultranza de sus clientes y la recta liquidación de los impuestos, Notarios y Registradores, con papeles concurrentes, aunque en apariencia contrapuestos, habíamos llegado a conseguir un equilibrio casi estable y una madurez práctica en la aplicación de las imposiciones reales. Para ello habíamos contado con frecuencia con la ayuda de nuestros compañeros que hasta hace poco se llamaron Abogados del Estado.

Pero los tiempos cambian y surgen nuevas normas, y es preciso saber adaptarse para seguir desempeñando nuestras actividades, siempre atentos a mejor servir a la sociedad y al tráfico jurídico, tal como la profesión nos pide. Y el cambio ha venido, en este caso, con la incorporación de España a las Comunidades Europeas, en las que ya estamos metidos. No entiendo de temas económicos y no puedo juzgar si eso de «estar en Europa» nos beneficia tanto como aseguran los técnicos y políticos con tonos triunfalistas. Lo único que sé, y por ser éste el tema a ello me ciño, es que de pronto nos ha caído un nuevo impuesto con un montón de complicaciones doctrinales, fiscales y contables; un buen obsequio de nuestros vecinos continentales.

Todos recordarán que el Ministerio de Hacienda publicó, en vísperas de su entrada en vigor, un folleto divulgador titulado *El IVA hecho fácil*, en el que se trataba de ponerlo a nivel elemental y del hombre de la calle. Allí se decía, más o menos, que este impuesto grava las entregas de bienes y las prestaciones de servicios efectuados por empresarios y profesionales en el desarrollo de su actividad, pero que había de soportarse definitivamente por el consumidor final de los bienes o servicios; de tal modo, los empresarios y profesionales debían repercutir el impuesto actuando como simples intermediarios entre los consumidores, que les entregan el importe, y la Hacienda, que, por supuesto, lo recibe. Como se ve, todo sencillísimo.

Pero no ha resultado tanto, y bien lo sabemos, en cuanto que viene a sustituir a varios otros gravámenes bien dispares; hay unas nuevas listas de actos sujetos, no sujetos o exentos; hay un nuevo modo de liquidar con varios tipos y complicadas deducciones y prorratas, y supone unas no despreciables obligaciones formales y contables para los sujetos pasivos. Encima hay a veces un entrecruce de supuestos de compatibilidad o posible duplicidad entre el IVA y los impuestos de transmisiones o societarios, y esto sí que supondrá una pluralidad de complicaciones, tanto para los Notarios-asesores como para los Registradores-liquidadores en el desempeño de su oficio.

El intervalo entre la promulgación de las normas y su aplicación fue breve, y dada la novedad de la materia hubo que repentizar cursillos, trabajos y circulares en las que algunos compañeros y nuestros Colegios profesionales se volcaron en el intento de proporcionarnos los medios posi-

bles para la información y puesta en marcha del nuevo impuesto. Y ahora es muy de agradecer el estudio completo y reposado que nos brinda el Notario de Madrid ROBERTO BLANQUER ÜBEROS, quien no precisa presentaciones, en este libro cuidadosamente editado, como ya hemos dicho, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, bajo un título que en verdad nos parece escaso, porque los supuestos objeto de examen no se ciñen tan sólo a la profesión notarial, sino a otras varias que lo aplican y/o lo sufren.

1.ª parte. Examen de aspectos generales.—Sin prólogos, presentaciones ni explicaciones que realmente serían superfluas, el autor entra de modo directo en materia señalando las notas fundamentales de este impuesto, ya conocidas, a saber, que se trata de un tributo indirecto que incide sobre el consumo gravando las entregas de bienes y las prestaciones de servicios efectuadas por empresarios y profesionales. En cuanto al tráfico inmobiliario, el IVA no lo grava atendiendo a su realidad objetiva, sino cuando concurren las notas de ser manifestación de una actividad empresarial y que a ella afecten las entregas de inmuebles o la prestación de los servicios. Resalta a continuación el concepto que tiene esta legislación de empresarios o profesionales, pues lo son las personas que realicen actividades que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción naturales o humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Como tales, habrá que considerar dentro del concepto de empresarios inmobiliarios los urbanizadores, los promotores, constructores o rehabilitadores de edificios y los arrendadores de bienes inmuebles.

En cuanto al *hecho imponible*, de los artículos 4, 1, de la Ley y 3 y 4, 1, del Reglamento se deduce que las entregas de bienes y las prestaciones de servicios, para quedar sujetas al impuesto, han de realizarse por los empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual o a veces ocasional, y precisamente en el desarrollo de la actividad propia de éstos. Tomando como base los pertinentes preceptos legales y reglamentarios, el autor desarrolla una delimitación general y cuáles son los actos sujetos por sí mismos, por el agente y los casos especiales de hechos realizados por el Estado y Administraciones Públicas y de la transmisión de la empresa y sus elementos.

2.ª parte. El tráfico inmobiliario.—Tras darnos su idea general, acudiendo a los conceptos y normas civiles e hipotecarias, el autor ciñe el estudio al trato fiscal que recibe el tráfico *inter vivos* y oneroso del dominio y derechos reales inmobiliarios, sean de disfrute o garantía. Sabido es que sobre este tráfico venía recayendo el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o el de Actos Jurídicos Documentados; pero ahora hay que contar con el IVA, que viene a gravarlo con criterios más económicos que jurídicos. Se centra el estudio en la concurrencia de ambos impuestos sobre el tráfico inmobiliario oneroso y sobre las normas respectivas hace el siguiente esquema de situaciones:

1) Sujeción al ITP y AJD.—Lo están el tráfico ordinario del dominio y derechos reales y los arrendamientos y las aportaciones de bienes a sociedades y comunidades.

2) Sujeción al IVA.—Lo decisivo es que en la operación intervenga un empresario o profesional y sea desarrollo de su actividad específica, cualquiera que sea el papel que el empresario desempeñe en la operación.

A continuación se relacionan los supuestos concretos de actos sujetos al IVA, dando unas acertadas claves de actuación práctica. El tráfico inmobiliario en la actividad urbanizadora se contempla en sus dos aspectos posibles de la participación en la gestión urbanística y la realización de dicho negocio con carácter empresarial, relacionando después dicho tráfico con el producto constructivo, y se comprenden también en esta parte las entregas de terrenos, los arrendamientos de bienes inmuebles, para terminar con el estudio del devengo y la base del tributo en los distintos supuestos.

3.^a parte. *Operaciones financieras*.—Damos por sabida la regulación de estas operaciones en el ITP y AJD, donde tributan al 1 por 100 de la base determinados actos conocidos que miran más bien a la constitución de los derechos reales de garantía que los aseguran.

De manera muy diversa, el IVA sujeta estas operaciones en cuanto prestación de servicios financieros, sin prestar atención al significado que tienen como entregas de dinero en concepto diverso al de contraprestación o pago. Están sujetas al IVA las operaciones financieras realizadas por empresarios a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial, sean habituales u ocasionales y aunque no tenga relación con su propia actividad empresarial la operación financiera que se realice. Tras estas delimitaciones, el autor dedica 15 densas páginas a explayar los supuestos posibles, basándose siempre en las normas aplicables, diestramente ordenadas y acotadas.

4.^a parte. *Operaciones societarias*.—Ya hemos visto que, en principio, están sujetas al ITP que grava la constitución, modificación, transformación y disolución de las sociedades y comunidades, así como el aumento y reducción del capital, según las reglas de dicho impuesto, que el autor repasa como plataforma previa. Estudia después en qué casos se sujetan al IVA las aportaciones y adjudicaciones sociales de carácter no dinerario. Lo están las aportaciones efectuadas por sujetos pasivos de IVA de elementos de su patrimonio empresarial o profesional y las adjudicaciones en caso de disolución o liquidación. En este último caso, las adjudicaciones no dinerarias están sujetas siempre tratándose de una sociedad mercantil que es sujeto de IVA; si se trata de sociedad civil es preciso que ésta esté sujeta a IVA y que el bien no dinerario forme parte del patrimonio empresarial de la sociedad.

5.^a parte. *Autoconsumo*.—El artículo 6, 3, del IVA conceptúa como entrega el autoconsumo de bienes, y el autor deduce de esta expresión que no constituye realmente entrega, porque si lo fuera ya estaría gravada *per se*, sin necesidad de decirlo expresamente; se trata más bien de cambios de afectación de bienes dentro de diversas masas patrimoniales de un mismo sujeto pasivo; así, la Ley distingue varios supuestos, que se examinan, de cambios desde el patrimonio personal al profesional del sujeto pasivo. Dentro del concepto de autoconsumo de servicios, la Ley compren-

de y el autor examina los cambios de afectación a diversas masas patrimoniales del mismo sujeto, la donación de bienes incorpóreos y las prestaciones de servicios a título gratuito, estando comprendida en este caso, frecuente en nuestras profesiones, la condonación de honorarios.

6.^a parte. *La transmisión de la empresa y sus elementos*.—Según los artículos 5, 1, de la Ley, y 8, 1, del Reglamento, que tienen el mismo texto, no están sujetos al IVA determinados supuestos que el autor estudia, extendiéndose en la transmisión de la empresa por actos *inter vivos* y *mortis causa*, la adjudicación de la empresa ganancial al disolverse la sociedad matrimonial, así como el usufructo, el arrendamiento y la aportación social de la empresa.

Como final del libro y a título de resumen, se incluye una guía práctica para la aplicación del IVA a los actos y contratos que suelen autorizar los Notarios, y que se corresponden con las cuatro primeras partes que hemos visto, en un buen resumen que facilita la consulta rápida.

Todo ello nos hace concluir que la obra, más que útil, es muy necesaria y no sólo en los despachos notariales, sino también en los de todos los profesionales jurídicos que tengan relación con este impuesto, que, ya se ha visto, no era tan fácil como nos decía el folletito ministerial.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PÉREZ PÉREZ, Emilio: *Nueva Ley de Aguas y Cuenca del Segura*. Asociación de Economía y Sociología Agraria de la Región de Murcia, Murcia, 1986, un tomo de 131 págs.

La última vez que me reuní con mi viejo amigo EMILIO PÉREZ, autor de este libro, fue en el mes de noviembre de 1983, con motivo de celebrarse en la Facultad de Derecho de Cáceres un Congreso Internacional de Derecho Agrario en el que ambos intervinimos. El por entonces andaba metido de lleno en la preparación del proyecto de lo que luego ha sido Ley de Aguas de 1985 y discutimos, una vez más, sobre el tema central, el caballo de batalla de dicho proyecto, que era si las aguas habrían de ser todas públicas o debería mantenerse en algunos casos su carácter privado.

La cuestión traía divididas las opiniones en dos posturas contrapuestas, desde que en el Congreso Nacional de Aguas celebrado en Murcia en mayo de 1982, se había planteado en su primera ponencia la naturaleza pública o privada de las aguas. Allí nos dijo el Profesor ROCA JUAN que la cuestión podría configurarse de distinta manera frente a situaciones ya establecidas: O seguir considerando que la propiedad de las aguas confiere un poder absoluto al que sólo por razones de interés público se le pueden restar facultades, o, por el contrario, entender que los poderes del propietario no son ilimitados, sino sujetos a una disciplina particular que circunscribe el goce a lo dispuesto por las Leyes. El Profesor EMILIANO CASADO IGLESIAS se mostraba decidido partidario del mantenimiento de la dual distinción entre aguas públicas y privadas, sin que pueda decirse que ni los preceptos constitucionales ni la subordinación al interés general se

oponen a dicho mantenimiento, diciendo que la concesión es la figura adecuada para el uso o aprovechamiento por los particulares de las aguas de dominio público. Otros comunicantes defendieron también la existencia de aguas privadas, y entre ellos citamos a LUIS AMAT ESCANDELL, Catedrático de la Universidad Politécnica de Valencia; el Registrador MANUEL CASERO MEJÍAS, y el modesto autor de este comentario. Por supuesto, es notorio que no nos hicieron demasiado caso.

Cuento estas historias para resaltar que ahora EMILIO PÉREZ PÉREZ, especialista indiscutible en este campo, Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura y Profesor de la Universidad de Murcia, me remite con afectuosa dedicatoria este libro, recalcando la complejidad de los problemas del agua en las resecaas tierras del Sureste español, que debo recordar, me dice, por mi estancia de varios años en el Registro de Tota-na, en aquella provincia. Aunque sigamos sin estar de acuerdo en el punto central del tema, eso no empaña lo más mínimo lo cordial de nuestra amistad de muchos años y el consiguiente respeto a la opinión de cada cual. Por ello, muy gustosamente recojo y comento lo que EMILIO nos dice en este nuevo trabajo, uno más de los magníficos que lleva dedicados a la materia, alguno publicado íntegramente en esta *Revista* y los demás comentados en ella.

El libro tiene dos partes diferenciadas, de ahí su doble título; en una de ellas estudia la temática general de la Ley de Aguas, y la otra se refiere a los problemas específicos que se presentan en la cuenca del Segura.

En cuanto a lo primero, nos dice el autor que los dos puntos más debatidos en el proyecto, y que ya ha resuelto la Ley, fueron la declaración del dominio público de las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, y la cuestión de las competencias del Estado y las Autonomías.

Dominio público de las aguas.—Desde su prisma murciano, donde el agua es oro, EMILIO PÉREZ resalta lo que ya se decía en la Exposición de Motivos de la centenaria Ley fenecida: Su escasez en algunas de nuestras provincias, unida a las necesidades del clima y la naturaleza de los terrenos, convierten al agua en la más codiciada riqueza como fuente y origen de todas las demás. Pero si, además, sigue diciendo ya el autor, se prevé que nuestras necesidades de agua se duplicarán en menos de cincuenta años, resulta evidente que urge adoptar medidas legales y futuras de un recurso tan indispensable para la vida y para el desarrollo económico y social.

Otra razón, a su juicio, que justifica la declaración de dominio público de todas las aguas continentales, incluyendo las subterráneas, es la coherencia con la idea de la unidad del ciclo hidrológico, que al evidenciar la estrecha relación de los recursos superficiales y subterráneos, exige la unidad de su naturaleza jurídica y acabar con la diferencia de un régimen distinto para las dos clases de aguas; debe unificarse, en consecuencia, en un sistema común a todos los recursos hídricos para conseguir una planificación integral, una gestión conjunta y un control y policía también unitarios. Dice que la falta de unidad ha sido la causa fundamental de los graves problemas sufridos en orden a un aprovechamiento racional del agua. Señala el autor que había notorios abusos por parte de quienes alumbraban el agua, haciéndola pagar en momentos de escasez a precios fabulosos en detrimento de los legítimos beneficios de los cultivadores de

la tierra. Dice también que el régimen privado de las aguas subterráneas ha conducido a una galopante sobreexplotación de buena parte de los acuíferos de la España seca, creando falsas expectativas de riqueza, que a veces se ven frustradas al agotarse las reservas de dichos acuíferos; este aprovechamiento, muchas veces anárquico, no puede ser remediado, en su opinión, con simples medidas limitativas de la propiedad privada, y por ello es preferible acudir a la declaración de dominio público.

Junto a estas justificaciones teóricas, el autor aduce las legales, entendiendo que el ciclo hidrológico es único y sus recursos deben someterse al interés general. Dice que el artículo 132, 2, de la Constitución autoriza a la declaración del dominio público de las aguas, y no se contraviene con ello el artículo 33, 3, de la misma Constitución, que reconoce el derecho a la propiedad privada, ya que las disposiciones 2.ª y 3.ª de la Ley establecen un régimen transitorio de completo respeto a las actuales situaciones jurídicas de naturaleza privada. Conforme a dichas Disposiciones Transitorias, los titulares de aguas privadas en explotación serán respetados durante cincuenta años, con arreglo a determinados supuestos que se señalan.

Competencias en materia de aguas.—La sola lectura de los textos relativos al agua en la Constitución y en los diversos Estatutos, nos dice EMILIO PÉREZ, basta para poner de relieve la dificultad del tema. Para ello distingue varios criterios:

- *Competencia material:* El artículo 149, 1, 22, de la Constitución se refiere a los «recursos y aprovechamientos hidráulicos» como de competencia del Estado, mientras que el 148, 1, 10, alude a «los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos». La mayoría de los Estatutos recogen parecida fórmula, en unos casos como de competencia inmediata y en otros de competencia diferida.
- *Competencia funcional:* En materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos, señala la Constitución que la tiene el Estado en su legislación, ordenación y concesión. Las Autonomías «podrán» asumir la competencia en materia de proyectos, construcción y explotación.
- *Competencia territorial:* El artículo 149 de la Constitución atribuye al Estado las competencias funcionales y materiales señaladas «cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma», mientras que el artículo 148 condiciona la posible asunción por las Comunidades Autónomas de dichas competencias a que «sean de interés de la Comunidad Autónoma respectiva».

Como se ve, la materia puede dar lugar a numerosos conflictos y EMILIO PÉREZ considera que la solución integradora que ha adoptado la nueva Ley de Aguas es la más aceptable. Las cuestiones deben resolverse mediante una organización institucional del agua basada en el marco territorial de la cuenca hidrográfica, en la que España fue pionera. Las nuevas Conferencias deben consistir en la presencia del Estado y las Autonomías en las cuencas para la gestión integral del agua, con la colaboración y la participación de todos los interesados. Es lo que en la Ley se llama organismos de cuenca.

Hemos dicho ya que también se recogen en el libro dos conferencias del autor, una al presentar la publicación *El agua en la región de Murcia* y otra sobre las posibilidades futuras del regadío en el campo de Carta-

gena, que denotan el completo dominio del tema que tiene EMILIO PÉREZ, ahora acrecentado por el desempeño de su puesto en la Confederación Hidrográfica del Segura.

En resumen, un libro documentado y profundo donde el autor defiende su tesis y las tendencias que fueron recogidas y han propiciado la nueva normativa. Si nos ceñimos al tema central de la discusión apuntada al principio, hemos de limitarnos a decir que publicada la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, ya está en vigor el principio general de que las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, que integran el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario subordinado al interés general que forma parte del dominio público estatal. En el plano legal se acabó la discusión.

En el terreno doctrinal, ¿cómo ha sido recibida esta decisión? Me limitaré a reseñar que en el XIII Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural, celebrado en Canarias en septiembre de 1985, a dos meses vista de la Ley, se trató del tema «Propiedad y disposición del agua para el uso agrícola». Allí quedó claro que las distintas ponencias hispanoamericanas y europeas se manifestaron por la casi general coexistencia de las aguas privadas con las públicas y varios profesores y profesionales españoles criticaron en sus comunicaciones el cerrado criterio de nuestra Ley. Como consecuencia de estas opiniones se aprobó una conclusión que refleja el sentir mayoritario de los juristas asistentes al dicho Congreso y que dice: «La Comisión entiende que deben mantenerse y garantizarse las situaciones jurídicas consolidadas de utilización de las aguas para usos agrícolas, sin perjuicio de que tales derechos sean encuadrados en las posibilidades y exigencias de cada momento. Es función de los poderes públicos llevar a cabo la ordenación de las aguas con el fin de garantizar su máximo aprovechamiento. Y ello, sean públicas o privadas, sin que se considere preciso proceder necesariamente a la nacionalización de aquéllas para ejercer las citadas funciones de ordenación y control».

Con todo, aquí está la Ley de Aguas, ya desarrollada por su correspondiente Reglamento sobre el dominio público hidráulico. Nos parezca bien o mal, las normas las acataremos y aplicaremos, por supuesto. En cuanto a las dificultades que pueda plantear y sus resultados en la vida económica, ya los veremos y podremos hablar más adelante según los datos que nos proporcione la experiencia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre 1986

El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981, por MARÍA DE LOS DESAMPARADOS NÚÑEZ BOLUDA, págs. 715 a 757.

La prelación enfiteútica, por RAFAEL LINARES NOCI, págs. 758 a 777.

Las circunstancias del cumplimiento, por LUIS PASCUAL ESTEVILL, págs. 811 a 836.

Octubre 1986

Procedimientos de concesión y efectos de la patente, y de la solicitud de patente de acuerdo con la Ley 11/1986, por ARTURO CAUQUI, págs. 837 a 848.

REVISTA DE DERECHO REGISTRAL

Núm. 13, 1986

La eficacia de la inscripción en el Registro Civil español, por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL Y RIVAS, pág. 19.

Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial, por ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, pág. 43.

La comparación en Derecho registral, por ANTONIO PAU PEDRÓN, pág. 79.

Recientes reformas legislativas, por IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA, pág. 103.

La nueva regulación francesa del Registro Mercantil, por ANTONIO PAU PEDRÓN, pág. 127.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 504, septiembre 1986

La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética, por ENRIQUE RUIZ VADILLO, págs. 3645 a 3666.

El juramento de los Diputados y Senadores, por PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, págs. 3667 a 3677.

El derecho a la vida, por MARCELO FERNÁNDEZ NIETO, págs. 3679 a 3683.

Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho civil: Intro-

ducción y panorama general, por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, págs. 3685 a 3739.

El IVA en la propiedad urbana, en los arrendamientos urbanos y en la construcción, a través de las consultas vinculantes de la Dirección General de los Tributos, por RAFAEL ARASA MARTORELL, págs. 3741 a 3760.
Titulares protegidos en el derecho de autor, por JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA, páginas 3761 a 3785.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Núm. 99, julio-agosto-septiembre 1986

El anillo verde de Madrid en el Plan General de 1963, por JUAN GÓMEZ Y G. DE LA BUELGA, pág. 13.

Espacios libres y de protección en las legislaciones sectoriales: carreteras, embalses y cursos de agua, costas y vías pecuarias, por ANTONIO GARCÍA ALVAREZ, pág. 43.

La demolición en las infracciones urbanísticas: aproximación a los criterios de la jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad, por JOSEP A. PAYÁ GASENT, pág. 77.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 120, enero-junio 1986

Esriture Sainte et Droit Canonique, por G. FRANSEN, pág. 7.

La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos, por L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, página 23.

La contribution nord-américaine à la preparation et à la mise en application du nouveau Code de Droit Canonique, por F. G. MORRISSEY, pág. 47.
Sinopsis de los catálogos de la Colección Sinodal Lamberto de Echevarría, por F. CANTELAR RODRÍGUEZ, pág. 61.

La legislación universitaria en la España del siglo XVI, por A. MARÍA CARABIAS TORRES, pág. 101.

Synodicon hispanum: Ávila, Segovia, Burgos y Palencia, por A. GARCÍA GARCÍA, pág. 121.

Controversias administrativas y vías de solución, por M. MARTÍNEZ CAVERO, pág. 131.

El matrimonio de los bautizados no creyentes, por F. R. AZNAR GIL, página 157.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 133, octubre-diciembre 1985

Las organizaciones de productores y la política agrícola de la CEE, por CLAUDE BLUMANN, pág. 7.

- Programación de actividades agrarias en un contexto de riesgo*, por FRANCISCO JUÁREZ RUBIO, pág. 43.
- La dimensión y la concentración de la industria agroalimentaria española*, por PEDRO CALDENTY ALBERT, pág. 57.
- Los estudios económicos en la agricultura: Su evolución histórica*, por JAVIER CALATRAVA REQUENA, pág. 85.
- Valoración de actividades de extensión agraria*, por JOSÉ JAPÓN QUINTERO, página 105.
- Análisis del mercado detallista de pescado fresco en Madrid*, por J. BRIZ ESCRIBANO y J. L. LÓPEZ GARCÍA, pág. 155.
- La flota pesquera española: El caso de Galicia (1970-1980)*, por MODESTO IGLESIAS SECO, pág. 183.
- La política agraria en la «Revista de Estudios Agrosociales» (1952-1984)*, por NICOLÁS ORTEGA CANTERO, pág. 199.
- Derecho agrario: Enseñanza e investigación*, por PEDRO MORAL LÓPEZ, página 241.

Núm. 134, enero-marzo 1986

- Propiedad y disposición del agua para el uso agrícola*, de EDUARDO ABRIL ABADÍN.
- La equidad de la inversión pública. Aplicación a las grandes zonas regables*, por RICARDO RIVERA PEREIRA.
- El mercado español del azúcar en el espacio: Determinación de las áreas óptimas del mercado*, por R. ALONSO SEBASTIÁN, T. IRURETAGOYENA OSUNA y J. E. RODRÍGUEZ BARRIO.
- Política regional comunitaria y disparidades regionales en España*, por GUSTAVO A. MARTÍN PRADA.
- Historia de la política pesquera comunitaria*, por EDUARDO DÍEZ PATTER.
- Los aspectos económicos de la ordenación pesquera*, por FERNANDO GONZÁLEZ LAXE.
- Costes humanos del trabajo en la pesca*, por JOSÉ MANUEL MONTERO LLERANDI.

Núm. 135, abril-junio 1986

- Las cooperativas agrícolas de la CEE. El COGECA, su portavoz y representante*, por HERBERT KELNER, pág. 9.
- Gestión empresarial y análisis de los aspectos económicos en las agrupaciones canarias*, por ENRIQUE BALLESTERO PAREJA, pág. 39.
- La información, formación y participación en el seno de las cooperativas y SAT*, por ANTONIO AZNAR ENGUÍDANOS, pág. 55.
- Las cooperativas agrarias, trabas legales a un desarrollo*, por JOAQUÍN DOMINGO SANZ, pág. 75.
- Organización jurídica de los agricultores ante la puesta a disposición de la producción en el mercado*, por JESÚS NAVARRO CARO y FRANCISCO YUSTE MOLINA, pág. 107.
- Las características del movimiento cooperativo en la agricultura húngara*, por JANOS JUHASZ, pág. 147.

- Características estructurales del mercado vinícola*, por JAVIER CASARES RIPOL, pág. 171.
- La forma del área de mercados y el transporte*, por FRANCISCO JUÁREZ RUBIO, pág. 197.
- La industria del café en España*, por ENRIQUE PALAZUELOS MANO, pág. 207.
- Aprovechamientos agrícolas en el secano andaluz*, por JOSÉ JUAN ROMERO RODRÍGUEZ, pág. 231.
- Recopilación bibliográfica sobre cooperativismo agrario y pesquero*, por MARÍA DOLORES GRAMUNT FOMBUENA, pág. 341.

Núm. 136, julio-septiembre 1986

- Reflexiones sobre el Libro Verde y la crisis de la política agraria común*, por TOMÁS GARCÍA AZCÁRATE, pág. 11.
- El sector forestal en la Comunidad Económica Europea*, por JOSÉ LUIS HERRANZ SÁEZ, pág. 41.
- Posición competitiva de las hortalizas y frutas españolas en el nuevo mercado comunitario*, por CRISTINA BLASCO VIZCAÍNO y FRANCISCA PARRA GUERRERO, pág. 75.
- Sistema educativo y medio rural: la formación profesional*, por GREGORIA CARMENA, pág. 109.
- Situación de la formación profesional en el medio rural: un análisis de su financiación*, por JESÚS GONZÁLEZ REGIDOR, pág. 135.
- Incendios forestales y su relación con el medio rural*, por RICARDO VÉLEZ MUÑOZ, pág. 195.
- Los arriendos de parcelas a colonos en el secano andaluz*, por JOSÉ JUAN ROMERO RODRÍGUEZ, pág. 225.
- Los cultivos marinos en España y sus tendencias*, por FERNANDO GONZÁLEZ LAXE, pág. 249.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Agricultura, Pesca y Alimentación*, por ARMANDO SALVADOR SANCHE, pág. 263.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 4, 1986

- La supresión del recurso económico-administrativo en materia tributaria local*, pág. 837.
- Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad*, por ENCARNA ROCA TRÍAS, pág. 841.
- Innovaciones fundamentales de la nueva Ley Cambiaria y del Cheque*, por EDUARDO POLO, pág. 875.
- La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, por JOAQUÍN TORNOS MAS, pág. 905.
- El Abogado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por F. HERBERT, pág. 927.
- El delito de usura y su aplicación actual*, por MERCEDES GARCÍA ARÁN, pág. 947.
- Aborto y Constitución*, por FRANCESC DE CARRERAS, pág. 977.

- Las adopciones de hijos ilegítimos no naturales antes de la reforma del Derecho de familia*, por SERGIO LLEBARÍA SAMPER, pág. 1001.
- El principio de igualdad/no discriminación por razón de sexos la aplicación del Derecho comunitario y su acción sobre los derechos internos*, por BLANCA VILA y otros, pág. 1017.
- El catalán en el Registro Civil*, por PERE CUXART I BARTOLÍ, pág. 1029.
- Sobre el artículo 70, 2, de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local por lo que hace a la publicación de los acuerdos de urbanismo en los órganos oficiales*, por CARLOTA BARCELÓ BASIL, pág. 1033.
- La reforma de las áreas metropolitanas en Inglaterra*, por RAMÓN CAMP I BATALLA, pág. 1039.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 55, enero-abril 1986

- La responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías en la compraventa internacional. Una interpretación romanística*, por JORGE ADAME G., pág. 15.
- Las formas de gobierno y el desarrollo latinoamericano (un reto a la teoría del Estado contemporáneo)*, por MANUEL BARQUÍN ALVAREZ, pág. 39.
- Cuatro problemas de la teoría Kelsiana sobre el Derecho internacional*, por YOLANDA FRÍAS, pág. 65.
- El Derecho económico: ¿Derecho del desarrollo?*, por FANNY PINEDA GÓMEZ, página 77.
- La comisión nacional y las comisiones regionales de los salarios mínimos*, por BRAULIO RAMÍREZ REYNOSO, pág. 89.
- El nuevo municipio mexicano*, por MARIO RUIZ MASSIEU, pág. 107.
- La Constitución socialista de la República Popular Democrática de Corea, de 27 de diciembre de 1972: ideología y estructura del Estado*, por MONIQUE LIONS, pág. 131.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIARIO

Núm. 16, julio-diciembre 1985

- As Aguas Interiores no Registro de Imóveis*, por AFRANIO DE CARVALHO, página 7.
- A Superfície no Projeto de Código Civil*, por JOSÉ ROGERIO CRUZ E TUCCI, página 11.
- Natureza jurídica da Ação Possessória*, por ANTONIO PAIVA FILHO, pág. 17.
- Da Aquisição de Imóvel Rural per Estrangeiro —Uma Introdução—*, por GERALDO CEZAR TORRES CARPES, pág. 22.

REVUE DU DROIT UNIFORME

Núm. II, 1984

- Les activités de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (du 1^{er} janvier au 31 décembre 1983)*, por RICCARDO MONACO, pág. 2.

- L'unification du Droit des pays membres du Conseil d'Assistance Economique Mutuelle 1977-1983*, por JERZY RAJSKI, pág. 56.
- Avant-projet de réglementation uniforme sur la location financière internationale - texte arrêté par un comité d'étude réuni par Unidroit tel qu'il a été approuvé par le Conseil de Direction d'Unidroit lors de sa 63^{ème} session (Rome, 2-5 mai 1984)*, pág. 64.
- Rapport explicatif sur l'avant-projet de réglementation uniforme sur la location financière internationale*, por MARTIN J. STANFORD, pág. 77.
- Protocole de 1984 modifiant la Convention Internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Londres, le 25 mai 1984)*, pág. 214.
- Protocole de 1984 modifiant la Convention Internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Londres, le 25 mai 1984)*, página 252.
-