

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LX ○ Marzo - Abril 1984 ○ Núm. 561



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. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carifanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 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 certificación con información continuada y la información continuada sin certificación», por PEDRO AVILA ALVAREZ	257
«La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	271
«La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (art. 1.441 del Código Civil) y su alteración convencional», por VICENTE GUILLARTE GUTIÉRREZ	309

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y sentencias:

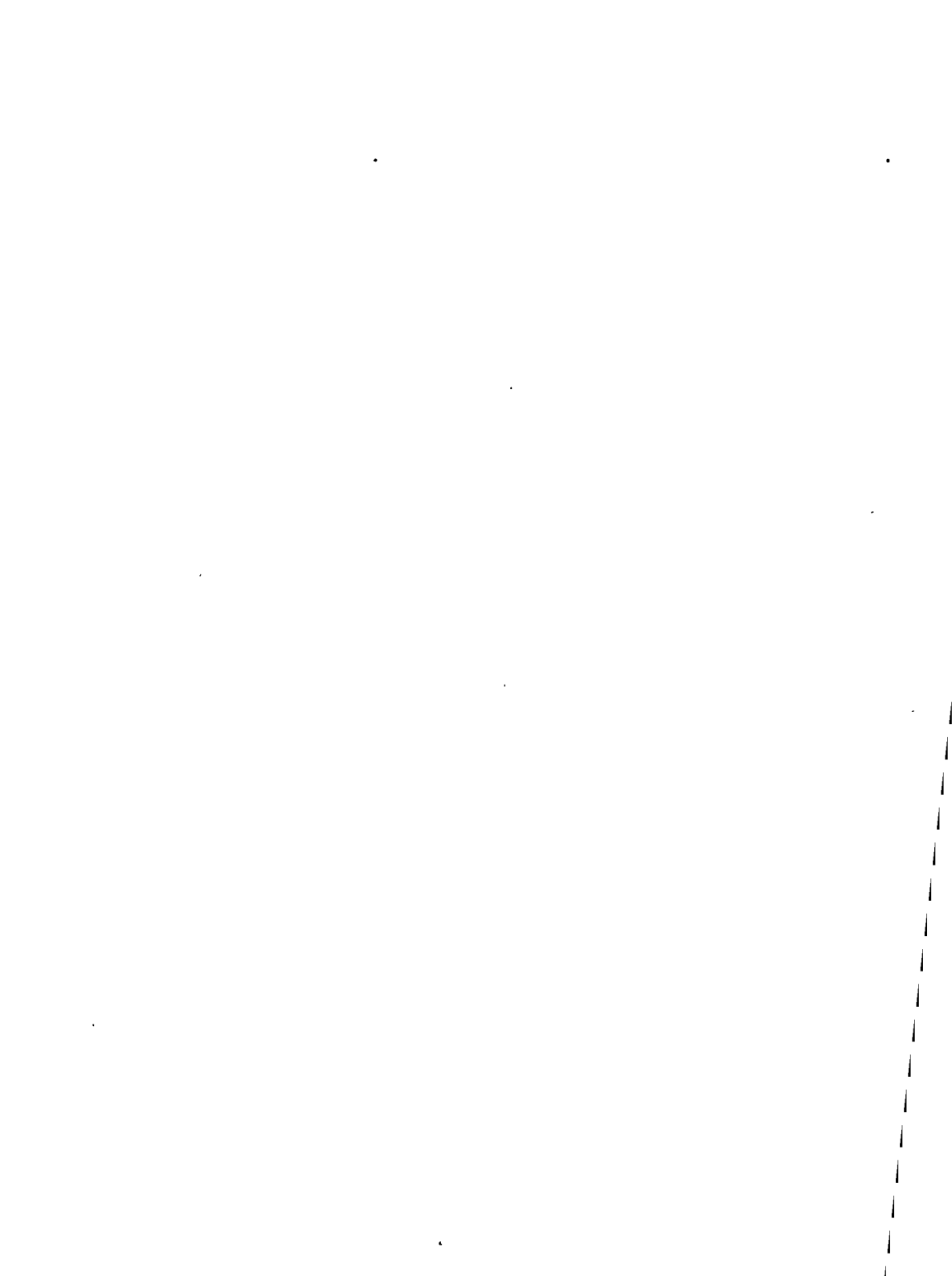
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	387
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	415
2. Jurisprudencia mercantil, por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS	458
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO	473

LIBROS:

«Estudios sobre el acto administrativo», de JOSÉ M. ^a BOQUERA OLIVER, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	479
---	-----

	<i>Págs.</i>
«Colectivismo agrario en España», de JOAQUÍN COSTA MARTÍNEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	481
«El derecho a la intimidad», de LUIS M. ^a FARIÑAS MATONI, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	486
«Gesellschaftsrecht», de GOTZ HUECK, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ ...	489
«Derecho de Sucesiones», de J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHE REBULLIDA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	494
«Elementos de Derecho Hipotecario», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	496

ESTUDIOS



La certificación con información continuada y la información continuada sin certificación

SUMARIO: *Presentación.*—A) *La solicitud:* a) Clases. b) Requisitos. c) Presentación. a') Personal. b') Por correo. d) Calificación previa. e) Personas con derecho a esta certificación. f) Duración de efectos.—B) *La tramitación:* a) Presentación en el Diario. b) Expedición de la certificación. c) Entrega o remisión de la copia. d) Notificación. a') Objeto. b') Contenido. c') Plazo. d') Lugar. e') Destinatario. f') Medio. g') Constancia. e) Cierre del «expediente».—C) *El valor de la certificación:* a) Valor práctico (utilidad). b) Valor probatorio.

PRESENTACIÓN

El Real Decreto 3503/83, de 21 de diciembre, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 23 de febrero de 1984 y que entrará a regir el día 1 de abril de este año, ha venido a, entre otras cosas, establecer y regular mediante una minirreforma reglamentaria el derecho de determinadas personas a recibir durante cierto plazo información a domicilio, sobre las variaciones que, de recaer calificación registral favorable, pueden producirse en el contenido del Registro referente a una finca o derecho inscritos.

Para ello ha desplazado el contenido del artículo 354 del Reglamento Hipotecario al 353 y al quedar aquel vacío ha introducido en él una detallada regulación de aquel derecho, que por lo que dice la breve Exposición de Motivos del Real Decreto, se propone conseguir «una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral».

No sé si esa comodidad se conseguirá, puesto que al destinatario de la publicidad registral, que es el tercero, no se le concede, con buen acuerdo, el derecho de solicitar la información; pero en cambio es de temer que si proliferan las certificaciones que se introducen, se produzca algún

entorpecimiento del Registro, en el que, por un lado, habrá que organizar el servicio de notificaciones (partiendo en este punto desde cero), y por otro llevar un libro más para consignar las fincas de las que se solicite este tipo de certificación y consultar tal libro a continuación de practicar cualquier asiento de presentación.

En estas notas me propongo hacer una sistematización y comentario crítico de la aludida regulación del artículo 354, distinguiendo en mi exposición: la solicitud de certificación con información continuada, la actuación del Registrador que provoca tal solicitud (es decir los trámites o procedimiento que le siguen) y el valor de este nuevo tipo de certificación.

A) LA SOLICITUD

a) *Clases*

Distingue el artículo 354 entre solicitud de certificación con información continuada y solicitud de información sin certificación. Pero los requisitos de ambas solicitudes son, por la remisión del número 9, los mismos, sin más diferencia que en el segundo caso habrá de hacerse constar en la solicitud que el solicitante conoce ya la situación registral, requisito éste cuya exigencia no es muy comprensible porque si el interesado sólo solicita información, él sabrá por qué no la pide más que sobre las alteraciones futuras y no sobre el contenido registral actual.

b) *Requisitos*

Me refiero aquí a las circunstancias que han de expresarse en la solicitud que se presente en el Registro o se remita a él, a saber:

1. Petición de que sea expedida certificación y precisamente del tipo que estudiamos, es decir con información continuada.
2. Descripción o al menos reseña suficiente para su localización en los libros registrales, de la finca o derecho a que haya de referirse la información, que no podrán ser más de uno y han de hallarse inmatriculada aquélla o inscrito éste.
3. Domicilio para notificaciones.
4. Medio por el que se desea se haga la notificación (telégrafo o correo certificado).

Sobre estos requisitos volveremos más adelante.

c) *Presentación*

La presentación de la solicitud en el Registro podrá hacerse personalmente, o por correo.

a') *Personal.*

Como luego veremos, es limitado el número de personas que pueden solicitar la certificación que nos ocupa. Pero ¿sólo esas personas podrán presentar en el Registro la solicitud o serán aplicables aquí también el artículo 6 d) de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento para considerar representante del interesado a cualquier presentante de la solicitud, aunque el supuesto no encaje en la letra de dichos preceptos? No veo inconveniente en aceptar esa representación siempre que la firma del solicitante se halle legitimada notarialmente, porque no hay razón para exigir la legitimación de la firma cuando la entrega en el Registro la hace el Servicio Postal y no cuando la hace un particular y porque sin tal legitimación sería fácil burlar aquella limitación de este derecho a determinadas personas.

Y creo que incluso cabe que el Registrador exija la legitimación cuando la solicitud sea presentada por el mismo petionario.

b') *Por correo.*

El artículo 354,8 admite la posibilidad de que la solicitud se remita al Registro por correo. Pero no se sabe si aquí será aplicable o no el artículo 418 del Reglamento Hipotecario (que en la reforma «ene menos uno» de éste, fue bastante mejorado) referente a la presentación en el Registro de los títulos recibidos por correo, es decir si será o no obligatoria para el Registrador la presentación de la solicitud y caso afirmativo en qué día y a qué hora debe ser asentada en el Diario la solicitud recibida por la tarde. Quizá hubiera sido conveniente una referencia al artículo 418 citado, para establecer su aplicabilidad a este caso o para rechazarla.

Lo que sí establece este apartado 8 es la exigencia de que la firma de la solicitud se halle legitimada notarialmente y creo que en su caso será exigible la legalización del signo, firma y rúbrica del Notario legitimador.

d) *Calificación previa*

A diferencia de lo que ocurre con los títulos inscribibles que acuden al Registro, aquí se establece una especie de calificación registral de la solicitud, previa a la presentación de ésta en el Diario, y una reacción también especial del Registrador frente a los defectos observados: «Cuando no se cumplan las exigencias anteriores —dice el artículo 354,2—, el

Registrador devolverá al peticionario, si ello es posible, uno de los ejemplares de la solicitud, con nota expresiva de las omisiones o insuficiencias observadas, haciendo constar este hecho mediante diligencia en el otro ejemplar, que archivará seguidamente».

Ahora bien: la devolución procederá cuando no se cumplan «las exigencias anteriores», es decir cuando no conste en la solicitud el carácter especial de la certificación que se solicita, el domicilio para notificaciones o el medio deseado para practicar éstas: pero cuando el defecto consista en la inclusión de más de una finca o derecho o cuando el peticionario no sea una de las personas a quienes se concede el derecho a obtener información continuada o cuando la firma del peticionario no aparezca legitimada notarialmente, lo procedente no será la devolución sino que el Registrador se abstenga de practicar el asiento de presentación, suspenda toda tramitación y conserve la solicitud a disposición del peticionario.

e) *Personas con derecho a certificación con información*

Estas son, según el número 3 del artículo que comento:

1.º «Los titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere». Aquí están comprendidos el dueño inscrito, el titular de un derecho real menor inscrito (usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, etc.) y cada uno de los copropietarios de la finca; pero han de excluirse, a mi juicio, el colindante que pueda ejercitar en su día el retracto de colindantes porque ni su derecho ha nacido ni menos resulta inscrito en el Registro, y el arrendatario de la finca porque su derecho (generalmente) no estará inscrito y su información a efectos de retracto ya se verifica por otros procedimientos en virtud de lo dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 87 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

2.º Los cónyuges de dichos titulares registrales. Al no distinguir el artículo 354, habrá que entender que el cónyuge podrá pedir esta certificación cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio. Así es que aún en el caso de separación de bienes (con separación personal o sin ella) la mujer (*vgr.*) puede disfrutar el derecho de recibir a domicilio noticia de las actividades inmobiliarias de su marido. Se dirá que precisamente en ese régimen puede ser más interesante la información; pero por un lado el interés puede ser malsano y por otro con negar información a domicilio al cónyuge separado no se le hubiera cerrado el Registro, por su «interés conocido».

3.º «Sus legítimos representantes». Estas tres palabras plantean sendos problemas de interpretación:

- «Sus» ¿se refiere a los representantes de los titulares, a los de los cónyuges o a los de aquéllos y a los de éstos? No hubiera sido difícil aclararlo: bastaría haber sustituido el posesivo por las palabras «de éstos», «de aquéllos» o «de unos y otros», según la voluntad del legislador, digo del reglamentador...
- «Legítimos». ¿Significa lo mismo «legítimo» que «legal», con lo cual quedarían excluidos los representantes voluntarios, o ha de interpretarse como sinónimo de «genuino», de «auténtico», en cuyo caso lo que quiso excluirse es la representación verbal o in-documentada? Creo más aceptable esto último, aunque no sea más que por no contrariar el aforismo latino *potest facere per aliud quod potest facere per se ipsum*.
- «Representantes». No creo que queden excluidos los que más que representantes sean órganos de las personas jurídicas, puesto que éstas entrarían en el primer capítulo, es decir que los órganos actúan como si fueran la misma persona jurídica titular y los apoderados como «legítimos representantes».

f) Duración de efectos

El derecho a la información se adquiere por cierto tiempo (treinta días naturales), pero es de temer que la regulación del artículo 354 no impida que mediante el solapamiento de solicitudes sucesivas, el titular registral pueda obtener a poco coste que el Registro quede a su disposición para el suministro de información a domicilio por tiempo indefinido, en detrimento de los demás usuarios de ese servicio público.

En efecto: los asientos que han de notificarse son los que «se practiquen desde la expedición de la certificación hasta los treinta días siguientes»; pero una vez transcurridos los veinte primeros de esos treinta días, podrá pedirse por el solicitante una nueva certificación sobre la finca o derecho de que se trate, con lo cual no sólo se dilata el plazo de información sino que se obliga al Registrador a comunicar por partida doble los asientos que se practiquen durante esos diez días de solapamiento.

Ahora bien: el artículo 354,1, segundo párrafo, habla de que no se podrá pedir durante esos veinte primeros días «nueva certificación sobre la misma finca o derecho». Pero se ocurre preguntar: ¿certificación ordinaria tampoco? ¿E información continuada sin certificación? Y contestamos:

En cuanto a lo primero, que sí negáramos la posibilidad de obtener certificación ordinaria, con esta especial, haríamos un flaco favor al solicitante que puede tener que acreditar *vgr.* al décimo día, el contenido

registrar para lo que no dispondría más que de la certificación primitiva y los telegramas o cartas recibidas.

Y en cuanto a lo segundo, que *ubi éadem ratio, ibi idem jus debet esse*, y que por tanto el solicitante no podrá obtener ni nueva certificación con información continuada ni nueva información continuada sin certificación.

B) LA TRAMITACIÓN

En la actuación del Registrador provocada por la solicitud de certificación con información continuada, pueden distinguirse las siguientes fases o partes:

a) *Presentación de la solicitud en el Libro Diario*

La solicitud se presentará en el Registro por duplicado, al efecto de que se extienda el asiento de presentación en el Diario en la forma ordinaria. A continuación de uno de los ejemplares se extenderá la certificación y aquel parece que se devolverá al interesado. Pero no dice el precepto qué habrá que hacer con el otro ejemplar de la solicitud, ¿quizá archivarlo como sucede en el caso de que se devuelva uno de los ejemplares por defectuoso?

En el caso de que se subsanen las omisiones o insuficiencias observadas por el Registrador, ¿habrá que hacer constar la fecha en que accede al Registro el ejemplar subsanado (que por cierto ya diferirá del otro ejemplar retenido por el Registrador) o bastará que conste por diligencia en el ejemplar archivado? Creo que esto último será suficiente para acreditar la diligencia del Registrador.

Y no hay que decir que transcurridos los sesenta días hábiles del asiento de presentación de la solicitud sin que se hayan subsanado las insuficiencias u omisiones observadas, habrá de cancelarse dicho asiento de presentación.

b) *Expedición de la certificación.*

a') La expedición se verificará por el Registrador «en el plazo legal», por el cual habrá que entender el que fija la Ley (art. 236) para toda clase de certificaciones.

b') El Registrador expedirá «dos ejemplares de certificación». Pero aquí conviene precisar qué significa esto: ¿dos certificaciones iguales... o parecidas (porque cabe que dos certificaciones sean desiguales y ambas verdaderas) tomadas ambas directamente de los Libros registrales o una

certificación tomada de los Libros y una copia de ella? Creemos que el artículo 354 quiere significar esto último: no puede referirse a dos certificaciones propiamente dichas, porque ambas serían copias (literales unas veces y en relación o mixtas otras) de los Libros, por lo que no podría decirse que una es original y otra copia. Lo extraño es que el Registrador, que ya tiene en su poder los Libros, conserve lo que el precepto llama «original» y en cambio al interesado se le despache con la copia. Es como si el Notario, que ya conserva la matriz, se quedara también con la copia y entregara al interesado un testimonio de ésta. Y como luego veremos esto no es cuestión baladí.

Tampoco está claro qué es lo que ha de hacer el Registrador con el original: lo retendrá, dice el artículo 354. Pero ¿hasta cuándo? ¿dónde? ¿en calidad de qué?

En cuanto a lo primero, téngase en cuenta que el precepto estudiado no habla de archivo sino de retención, que tiene un cierto tono de provisionalidad. La retención sugiere la idea de plazo o de condición: hasta que transcurra un tiempo (*vgr.* los treinta días naturales) o se cumpla algo (*vgr.* se reclame por el solicitante).

¿Dónde? Porque en el Registro hay Libros y hay Legajos, pero, como es natural, no hay documentos sueltos (salvo los pendientes de despacho). Por ello y para evitar extravíos, lo procedente será incluirlos en el Legajo de documentos públicos. Ahora bien: la conservación en los Legajos es por tiempo indefinido y si bien es normal que el Registro conserve documentos extraños a él (con finalidades diversas), no lo es que haya de conservar otros cuyo contenido ya resulta de los Libros registrales. Es como si al Notario se le obligara a conservar además de las matrices de los instrumentos que autorice, una copia de los mismos.

¿Y en calidad de qué? ¿Es en depósito a disposición del solicitante para su entrega al mismo al concluir el plazo de los treinta días o cuando sin haber transcurrido éste, lo reclame renunciando a toda información posterior (*vgr.* por haber enajenado ya la finca o extinguido el derecho)? Si partimos de la idea, que luego expondré, de que lo que verdaderamente hace fe es la certificación original, parece que al solicitante le interesará recabar esa al final del plazo y que ninguna razón hay para negársela.

Y entre tanto, ¿podrá el Registrador poner de manifiesto «a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlo» el total «expediente» (solicitud, certificación y diligencias de notificación) o será «materia reservada»? Como se puede ir viendo, a pesar de la minuciosa regulación reglamentaria quedan muchas lagunas en ella...

c) *Entrega o remisión de la «copia»*

Esta entrega o remisión al peticionario se hará constar por diligencia en la certificación original. Pero ¿cuándo será entrega y cuándo remisión? Quiero preguntar si el peticionario puede escoger entre una y otra o habrá de acomodarse a lo que determine el Registrador en cada caso. Al no establecerse en ningún precepto legal ni reglamentario la obligación de remitir al interesado el documento despachado, habrá que entender que el interesado no podrá exigir la remisión, sin perjuicio de que el Registrador acuerde ésta cuando las necesidades del servicio lo permitan.

d) *Notificación*

a') *Objeto.*

El Registrador ha de informar al peticionario de todos «los asientos de presentación que afecten a la finca de que se trate y se practiquen desde la expedición de la certificación hasta transcurridos los treinta días naturales siguientes».

Ahora bien: la certificación según el apartado 2, puede referirse a una finca o a un derecho (vgr. el de hipoteca) y no se concreta si al titular de la finca habrá de comunicársele el asiento de presentación de la escritura de cesión del crédito hipotecario o al titular de éste que ha pedido información sobre su derecho, el asiento de presentación de la escritura de constitución de una servidumbre sobre la finca. Se dirá que todo afecta, mediata o inmediatamente, a la finca; pero en cambio no puede decirse que todo afecte al derecho, porque por principio el titular de un derecho no puede verse afectado por lo que no constara ya en el Registro cuando él inscribió.

Según la letra del precepto si el solicitante es titular registral de una participación indivisa de la finca, habría que notificarle los asientos referentes a las restantes participaciones. Pero no creemos que sea eso lo pretendido por el legislador (o reglamentador): sería monstruoso que el titular de 1/97 de un garaje tuviera que recibir información de las restantes 96 participaciones.

b') *Contenido de la notificación.*

Esta comprenderá, con referencia al asiento de presentación de que se trate:

- Número y fecha.
- Clase de título presentado, es decir si es escritura pública, mandamiento judicial, etc., pero sin necesidad de hacer constar «la

autoridad o Notario que lo suscriba», como dice el artículo 249 de la Ley.

- «Número registral de la finca» a que afecte, al cual habrá que agregar el Ayuntamiento o Sección en que radique.
- «Objeto del título presentado». No se sabe si aquí «objeto» significa finalidad (obtener una inscripción, una anotación, etc.) o hace referencia al contenido o materia y en este último supuesto cuál es la especificación necesaria, es decir si bastaría con decir «compraventa» o habría que añadir en su caso «de una participación indivisa» o especificar «de una participación indivisa o de un tercio» («hipoteca» o «hipoteca en garantía de un préstamo» o «hipoteca en garantía de un préstamo de la Caja de Ahorros de X»).

c') Plazo.

«El Registrador —dice el apartado 5— expedirá notificación antes de que transcurra el día hábil siguiente». Pero el precepto ha prescindido de distinguir (como debería haber distinguido) entre la expedición (autorización) del documento (cédula, oficio, carta, comunicación, telegrama...) en que el Registrador ha de hacer constar los extremos que deben notificarse al interesado, y la expedición (remisión) de ese documento al domicilio indicado; y así unas veces habla de «notificación» en el sentido de documento («expedirá notificación») y otras en el sentido de transmisión al interesado de los datos fijados («las notificaciones practicadas» mediante la expedición... de la notificación; «la notificación se hará»). Y este confusionismo no merece alabanza.

Pues bien: la notificación ha de expedirse (autorizarse) antes de que termine el día hábil siguiente al de la fecha del asiento. Pero ¿cuándo ha de hacerse la notificación mediante la remisión de la... notificación expedida? Esto queda sin determinar porque no es lógico que se pretenda que si la carta, telegrama o cualquier otro documento, se autoriza a las doce menos cinco de la noche, haya de certificarse o enviarse antes de las doce, entre otras razones porque las oficinas postales o telegráficas no suelen estar abiertas a esas horas. Habrá que entender que la remisión o envío tendrá que demorarse hasta el día siguiente, es decir al segundo desde la fecha del asiento; pero teniendo en cuenta que esta demora es posible pero no aconsejable.

d') Lugar.

La solicitud expresará, como ya se ha dicho, «el domicilio donde deban recibirse las notificaciones» (mejor hubiera sido decir «el domicilio al que deben dirigirse las notificaciones», porque nadie contrae la

obligación de recibir las notificaciones y en cambio alguien, el Registrador, contrae la de remitirlas). Tal domicilio puede estar dentro o fuera de la demarcación del Registro, pero siempre —creemos, a pesar de la imprecisión del artículo 354— dentro del territorio español, porque no parece que el Reglamento pueda ni quiera regular actividades que hubieran de realizarse fuera de España.

Tal domicilio no necesita estar habitado ni siquiera ser habitable (así podrá ser un local de negocio vacío), pero el solicitante corre el riesgo de no recibir la notificación por una mala elección del domicilio.

e') Destinatario.

No determina el precepto que se estudia quién ha de ser el destinatario de la notificación, pero de su regulación parece deducirse que ha de ser el mismo solicitante. No obstante, creo que éste puede señalar como destinatario a otra de las personas que pueden solicitar este tipo de certificación, a saber: su legítimo representante, su cónyuge o el titular de algún derecho sobre la finca.

En el caso de que después de solicitada por el titular del dominio o de un derecho real menor la certificación de que se trata tuviese acceso al Registro un título traslativo de dicho dominio o derecho ¿deberá el Registrador notificar al solicitante el asiento de presentación practicado y los posteriores que se practiquen en el plazo de los treinta días? Entiendo que ese asiento debe notificarse al solicitante a menos que la inscripción se practique antes de que expire el plazo de notificación; y que los posteriores no deben notificarse ni al solicitante porque ya ha dejado de ser titular ni al nuevo titular, no sólo porque no es solicitante sino también porque puede no interesarle ni la información ni su coste.

f') Medio.

Quiero referirme aquí al documento que sirve de vehículo a la notificación, porque aunque el artículo 354, por el confusionismo antes dicho, no alude a él, no cabe duda que el Registrador ha de autorizar un documento (¿será el oficio el más adecuado si no tiene que ser el impreso ordenado para los telegramas?) que ha de remitir al domicilio indicado por medio de certificado postal o telegráficamente según la elección del solicitante, con éste o parecido texto:

«Registro de la Propiedad de En el día de hoy y con el número 1.200, he autorizado asiento de presentación de escritura de compraventa de la finca número 30.000 de la sección 2.^a de este Registro» (lugar y fecha, antefirma y firma del Registrador).

No ha creído necesario el artículo 354 ni garantizar al Registrador la recepción por el interesado del pliego certificado mediante la remisión de éste con «aviso de recibo» ni al interesado la autenticidad del telegrama mediante la legitimación notarial de la firma del Registrador en aquél, en la forma que regula el artículo 264 del Reglamento Notarial, pero no cabe duda de que el Registrador podrá acudir a los aludidos procedimientos que sin embargo no podrán ser exigidos por el interesado.

En cambio regula el precepto la comparecencia del interesado en la oficina registral para ser notificado en ella personalmente (y creo que por escrito), siempre que quede constancia escrita de la recepción del documento autorizado por el Registrador (*vgr.* por la firma del interesado en la diligencia de que luego se hablará).

g') Constancia.

El Registrador ha de ir haciendo constar las sucesivas notificaciones que practique mediante diligencias que extienda a continuación de la certificación «original» o si ésta no se expidiera por estarse en el caso del número 9, en el duplicado de la solicitud del interesado. Y en esta segunda posibilidad, extendida a todo caso, estaría a nuestro juicio el acierto; quiero decir que si el interesado no conociera el contenido registral referente a la finca (de «situación registral» habla el precepto) lo lógico hubiera sido que no se expidiera más que una certificación (para entrega al interesado) y que el duplicado de la solicitud fuese siempre cabeza de un «expediente» en el que se hicieran constar la expedición de la certificación y las notificaciones que se practicaran. No se me alcanza la finalidad de la copia, segundo ejemplar o certificación duplicada.

En la aludida diligencia el Registrador hará constar el número del asiento notificado y la forma (correo certificado, telegrama o entrega personal) de la notificación, a lo que deberá añadir la fecha y la firma del Registrador (y la del interesado en la notificación personal). Según el precepto «Si el Registrador lo considera conveniente, podrá también expresar sucintamente el contenido» del asiento notificado; pero no se nos ocurre cuándo será conveniente añadir más circunstancias si el Registrador tiene siempre a su alcance el Libro Diario ni cómo expresará «sucintamente» el contenido del asiento de presentación que por definición (artículo 248 de la Ley) es un «breve asiento» del contenido del título con unas circunstancias taxativas que permiten no un resumen sino la inclusión de unas y la exclusión de otras.

Decía que es ilógico el sistema de los «dos ejemplares de certificación». Claro que siempre le será posible al interesado eludirlo (en busca de un menor coste) sin pérdida de sus posibles ventajas, sin más que soli-

citar primero una certificación ordinaria que le dé a conocer la situación registral actual y después una información continuada sin certificación, al amparo del número 9.

e) *Cierre del «expediente»*

La obligación del Registrador de ir suministrando la información solicitada cesa por las siguientes causas:

1.^a Por el transcurso del plazo de treinta días antes dicho. Es la única causa que establece el artículo 354. Pero creo que también cesa aquella obligación:

2.^a Por la inscripción a favor de un tercero de la finca o derecho a que la certificación se refiera.

3.^a Por el desistimiento del solicitante.

4.^a Por la revocación del poder notificada al Registrador, cuando el solicitante actúe como apoderado del titular registral o de su cónyuge.

Y creo que para cualquiera de estas causas será aplicable lo que el artículo 354,7 establece para la primera: que «el Registrador lo hará constar por diligencia en el original sin que sea necesaria su notificación al solicitante».

En cuanto a lo que haya que hacer con el «expediente cerrado», ya he apuntado las dudas que el Reglamento sugiere y no resuelve.

C) EL VALOR DE LA CERTIFICACIÓN

a) *Valor práctico*

En mi opinión el valor práctico (quiero decir las ventajas o utilidad) de este nuevo tipo de certificación es bien raquítico, porque no hay que olvidar:

1.º Que esta certificación no cierra el Registro, por lo que pecaría de imprudente el tercero que a la vista de esta certificación y de las notificaciones o de la falta de ellas, confiando que no hay más cargas que las que una y otras revelan, «prestara sus capitales» (utilizando la terminología decimonónica) al titular registral con la garantía de la finca a que la certificación se refiera, *et sic de caeteris*...

2.º Que sobre todo en la notificación telegráfica no hay garantía de autenticidad, por lo que también sería imprudente el que a la vista del telegrama que anuncia la presentación del título de cancelación de una

hipoteca, confíe en sus relaciones con el titular registral, en la desaparición de ella, sin pensar que el telegrama puede no proceder del Registrador sino de un tercero de mala fe. Esto aparte de que los títulos presentados tienen que superar la calificación registral antes de producir efectos, por lo que es temerario obrar como si aquéllos ya la hubieran superado.

3.º Que el titular registral tiene conocimiento de aquellos asientos registrales que se practican con su consentimiento (porque ha tenido que prestarlo); y en cuanto a los que pueden practicarse contra su consentimiento, *vgr.* en virtud de mandamientos en procedimientos judiciales o administrativos, puede presentirlos, ya que tales procedimientos no se siguen a espaldas de dicho titular.

Si, pues, el titular registral no necesita información y el tercero no debe confiar en ella, no se me ocurre qué utilidad puede tener este nuevo tipo de certificación. Se dirá que mediante ella un cónyuge puede seguir la actividad del otro sobre sus bienes propios o en la administración de algunos bienes gananciales, es decir de los que se hallen inscritos a nombre de éste (porque para los restantes y para los actos dispositivos de todos, se necesitará el consentimiento de ambos); pero el montaje de todo este sistema informativo para que una mujer recelosa pueda «espíar» durante un mes a su marido, o viceversa, recuerda aquello que decía un autor respecto a las empresas minúsculas que adoptan la forma de sociedades anónimas: que dan la misma sensación ridícula que si un niño se vistiera la coraza de un guerrero...

Sin embargo, no excluyo ni la sana intención del reglamentador ni la posibilidad de que un más detenido estudio de la nueva figura, y sobre todo la práctica cotidiana, tescubran una mayor utilidad de la certificación con información continuada.

b) *Valor probatorio*

Insisto en la idea antes expuesta: el artículo 354 organiza un sistema de información a base no de dos certificaciones sino de una certificación tomada de los Libros (y de cuyo contenido será copia o transcripción literal, en relación o mixta) y una copia o reproducción de esa certificación que el precepto llama «original».

Pues bien: respecto a esta última, que precisamente es la que ha de conservar el Registrador, no cabe duda que podría aportarse (a menos que se entienda que ha de permanecer archivada indefinidamente en el Registro) ante cualquier autoridad o funcionario, en cualquier expediente o procedimiento, para acreditar con arreglo al artículo 225 de la Ley «la libertad o gravámenes de los bienes inmuebles o derechos reales»

(aquí del inmueble o derecho a que se refiera) y en general haría prueba, con arreglo al artículo 1.218 del Código Civil, del contenido del Registro.

Pero en cuanto a la copia, que precisamente es lo que se entrega al interesado, será aplicable el artículo 1.221, último párrafo, del Código Civil: «La fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los Tribunales según las circunstancias». Es decir que el interesado puede encontrarse con la desagradable sorpresa de que su certificación-copia prueba menos de lo que él creía, por lo cual lo más prudente será obtener otra certificación (y ya van tres documentos) si se trata de acudir a los Tribunales. Por todo esto mi modesta opinión es que el artículo 354 debió huir de toda alusión a copia para no atraer la aplicación del artículo 1.221 del Código Civil.

Madrid, 7 de marzo de 1984.

PEDRO AVILA ALVAREZ

La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura(*)

SUMARIO: I. *Introducción*: A) Origen y localización. B) Supuesto y caracteres.—II. *Naturaleza jurídica*: A) Diversas figuras posibles: a) Arrendamiento o aparcería. b) Usufructo o uso. c) Censo enfitéutico. d) Derecho de superficie. e) Comunidad. f) Sociedad. g) Servidumbre. h) Propiedad especial.—B) La figura de la propiedad *pro diviso*: a) En la doctrina. b) En la legislación. c) En la jurisprudencia: a') Del Tribunal Supremo b') De la Dirección General de los Registros y del Notariado.—III. *Cuestiones civiles*: A) Contenido de los derechos: a) Administración. b) Facultades de los cotitulares: a') Disfrute simultáneo. b') Disfrute sucesivo. c) Límites recíprocos.—B) Extinción de estas situaciones: a) Retracto. b) Concentración parcelaria. c) Expropiación. d) Cambio de destino de la finca. e) Medios no aplicables: a') *Actio communi dividundo* b') Redención. c') Cercado de fincas.—IV. *Cuestiones registrales*: A) Inmatriculación. B) Titularidad: a) Multiplicidad de titulares. b) Existencia de distintas parcelas. C) Título y circunstancias de la inscripción.—V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCION

A) ORIGEN Y LOCALIZACIÓN

En principio, las fincas rústicas son susceptibles de originar, bien espontáneamente o mediante cultivo, diversos productos que pueden reducirse a tres principales grupos: agrícolas, pecuarios o forestales. Nada de particular hay que notar cuando todos estos aprovechamientos los recoge el único titular de la finca, sea individual o colectivo, si lo hace como propietario o como llevador pleno por otro título cualquiera.

Las dificultades sociales, económicas y jurídicas se presentarán, con mayor o menor agudeza, cuando el titular del suelo no sea el mismo que el del arbolado y además correspondan los pastos a otro u otros

(*) Conferencia en la Facultad de Derecho de Cáceres el 7 de noviembre de 1983.

distintos, pues los diversos supuestos pueden constituir una gama variadísima, tanto en su configuración como en su intensidad.

Si en el Derecho Romano, por el principio *superficie solo caedit*, se establecía que el dueño del suelo lo era a la vez de su vuelo, haciendo suyos los frutos de ambos, tendremos que buscar el origen de esta división de las tierras extremeñas en otras épocas muy anteriores. JOAQUÍN COSTA, en su conocida obra *Colectivismo agrario en España* (1), siguiendo a ALTAMIRA, centra en la presura el eje de la apropiación inicial de la tierra, según las distintas necesidades del ocupante, fuese la labor, el pasto o el arbolado; las ocupaciones de suelo o acotamientos para la pastoría, nos dice, han sido menos frecuentes que para la roturación o el cultivo por ser menores en extensión y ordinariamente temporales; las ocupaciones de vuelo, aunque iguales en el concepto, varían en sus condiciones por ser muy distinta la forma de aprovechamiento. Recoge COSTA toda una serie de testimonios de estas ocupaciones o acotamientos en las distintas regiones españolas y en lo que respecta a Extremadura, presenta los rompimientos libres para laboreo hechos en los baldíos, mudando el vecindario de sitio de año en año. Los acotamientos privados hechos en tierras de pastos comunes eran frecuentes, según él, en toda la Península y lo mismo la plantación de árboles privados en terrenos públicos, equivalente a hacer coto, vedado o presura.

En realidad, pues, la separación entre suelo y vuelo no es un fenómeno extraño a lo largo de las distintas épocas de nuestra biología nacional y se extiende por la práctica totalidad de las regiones españolas. Esta situación de distintos aprovechamientos tiene su origen en un primitivo régimen colectivista o al menos de propiedad *nullius*, siendo la ocupación un medio casi generalizado que debe figurar entre los primeros actos del hombre para conseguir la llevanza de la tierra que necesitaba.

Después, una inexorable evolución económica y social y las distintas características estructurales de suelo y clima, han hecho que en algunas regiones se haya pasado al sistema de la propiedad plena y estable, mientras que en otras subsiste la propiedad disgregada.

Esta separación de aprovechamientos se presenta principalmente en Extremadura y zonas próximas, con unas conocidas notas peculiares. Nuestro compañero ALEJO LEAL ha dedicado varios meritorios trabajos a este tema (2). En ellos se señala que el rey Alfonso IX concedió al Concejo de Cáceres el dominio sobre las tierras de su término municipal, como lo

(1) En el tomo II de dicha obra, Guara Editorial, Zaragoza. 1983, págs. 13 y siguiente.

(2) «Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres», publicada en el *Boletín del Instituto de Reforma Agraria*. 1934. págs. 444 y siguientes; hay separata. Sin publicar su tesis doctoral, titulada «Algunas consideraciones acerca del arbolado como objeto de derechos».

hizo después Alfonso X a Trujillo. Posteriormente, individuos particulares se acomodaron en aquellas tierras, tomando por presura y acotamientos los aprovechamientos que necesitaban, a los que vinieron a añadirse las ocupaciones dimanantes de los privilegios concedidos al Honrado Concejo de la Mesta. JOAQUÍN COSTA nos informa que en 1764, don Vicente Paíno, como diputado de las ciudades de voto en Cortes, Badajoz, Mérida, Trujillo y su sexmo, Llerena, el estado de Medellín y villa de Alcántara, por sí y por toda la provincia de Extremadura, dirigió al rey Carlos III un memorial denunciando la crisis que afligía a la agricultura extremeña, efecto de la extensión inmoderada de la ganadería trashumante y la estrechez a que veían reducidas sus tierras los labradores por la aplicación abusiva de los privilegios mesteños de posesión y vecindad mañera. En el expediente contradictorio sustanciado al efecto se oyó al Concejo de la Mesta, al Intendente de la provincia de Extremadura, diversos corregidores y alcaldes mayores, gobernador de La Serena y a los fiscales Floridablanca y Campomanes, los que emitieron sus opiniones respecto al problema, que se recogieron en un volumen con el título *Memorial ajustado del expediente sobre fomento de la agricultura*, publicado en 1771 (3).

Gran importancia en la desmembración de la propiedad en el siglo pasado tuvo la legislación desamortizadora que, al obligar a la venta de determinados aprovechamientos, cambiaba sus titularidades y hasta originaba nuevos casos de separación, como ocurrió concretamente en los llamados baldíos de Alburquerque.

Según ALEJO LEAL estas figuras son características de toda la provincia de Cáceres (4). Lo corriente es que este derecho de arbolado separado del suelo, conocido en los distritos hipotecarios de Alcántara, Cáceres, Logrosán, Montánchez, Plasencia, Trujillo y Valencia de Alcántara, muestre la forma de monte alto y bajo de apostar, aunque también hay muchos casos diferentes y no menos complicados; puede colegirse su importancia por el hecho de que solo en el término municipal de la capital hay cuarenta y cuatro dehesas afectadas por la separación jurídica de suelo y vuelo, sumando entre ellas una extensión de más de 17.000 hectáreas.

MANUEL GARCÍA AMIGO, en otro valioso trabajo sobre este tema (5), nos expone el caso de la finca perteneciente a los propios del pueblo de Hoyos, sobre el cual tenían derecho a sembrar cada cuatro años los vecinos de otro pueblo, con diversas vicisitudes nacidas a partir de la desamor-

(3) Ver un comentario a esta información en COSTA: *Colectivismo agrario en España*, tomo I, págs. 186 y ss.

(4) En su artículo citado, pág. 450 del *Boletín del Instituto de Reforma Agraria*, 1934.

(5) «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1974, pág. 187.

tización. Y ENRIQUE MORENO DE ACEVEDO dio a conocer el dato, resultante de una encuesta, según la cual más del 60 por 100 de la propiedad de la provincia se encuentra en estado de división de aprovechamientos (6).

También en la provincia de Badajoz existen bastantes casos referentes a la particularidad que estudiamos. De nuestra experiencia de tres años como Registrador de Castuera recordamos algunas fincas en Cabeza del Buey y otras en el Valle de la Serena. Y la única Resolución dictada hasta ahora por la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta materia se refiere a otras fincas sitas en Monterrubio de la Serena, del mismo distrito; y también tenemos noticias de varias fincas sitas en Don Benito y otros pueblos de la misma provincia, siendo notable el caso de Alburquerque, que llegó a motivar una ley especial (7). Por su importancia, lo resumiremos: un Decreto de 1869, fundándose en la legislación desamortizadora, ordenó sacar a la venta una gran extensión de terreno con el nombre de «Los Millares», pero lo que se vendió no fue toda la propiedad de esa tierra, sino sólo la de las hierbas, pastos y arbolado; una Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1871 complicó la cuestión al declarar que sólo se habían vendido bien las hierbas de invierno, pertenecientes a los propios de Alburquerque, y en cambio estaban mal vendidos los pastos de primavera y verano y el arbolado; de acuerdo con esta resolución, hubo un nuevo Decreto con dictamen del Consejo de Estado, en el sentido de que las fincas con aprovechamiento no censuales podían pedir la redención de acuerdo con las leyes desamortizadoras; los propietarios del suelo se apresuraron a redimir, pasando por este procedimiento los aprovechamientos de invernadero al concepto de propiedad particular; transcurriendo tiempo algunos solicitaron que se cumpliese en todos sus términos la Sentencia de 1871 y en consecuencia se acordó por Real Orden de 27 de octubre de 1923 que los pastos de primavera y verano volviesen a ser comunales, con lo cual se reprodujo el conflicto legal y social, aunque otra Real Orden titulada aclaratoria de 21 de febrero de 1924 dejaba a salvo las fincas adquiridas legalmente por los particulares mediante escritura. Otra nueva Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1925 complicó más aún la cuestión al declarar que las anteriores Reales Ordenes eran solo de trámite y no declaratorias de derechos; ante tal incertidumbre, por el Real Decreto de 16 de junio de 1926 se intentó una transacción consistente en obligar a los propie-

(6) En comunicación presentada a las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario, organizadas por el IRYDA, Madrid, 1974.

(7) El texto de la Ley de 27 de marzo de 1935, con algunas referencias, sobre el problema de los baldíos de Alburquerque, puede verse en el *Diccionario de la Administración*, de ALCUBILLA, Anuario de 1935, págs. 282 y ss.

tarios a la compra del arbolado comunal y con su precio adquirir la finca «Fuente de los Cantos» para la comunidad de vecinos, evitándose los condominios en el resto del término. Ante la resistencia a esta solución, se dictó la Ley de 27 de marzo de 1935, que llevaba la firma del ministro Manuel Giménez Fernández, en la que pretende solucionar el problema a base de tres puntos fundamentales: 1) desaparición de la división de los aprovechamientos; 2) conservación de las explotaciones individuales existentes; 3) formar, por las expropiaciones precisas, una dehesa comunal en base a la citada finca «Fuente de los Cantos», hasta alcanzar las 7.500 hectáreas que se consideran necesarias para atender a los que carecían de derechos suficientes. Esta Ley se anticipó al suponer una auténtica ordenación de explotaciones, con concentración parcelaria incluida, y determinación de unas nuevas fincas en dominio pleno en reemplazo de las antiguas divididas en distintos aprovechamientos.

Como ya hemos dicho, no sólo se dan estas situaciones en Extremadura, sino también en las comarcas colindantes de Salamanca y Avila. Respecto a esta provincia, podemos citar en concreto los pueblos de Mancera de Arriba, Sotalbo y Narros del Puerto, donde se ha clarificado su situación predial gracias a las operaciones de la concentración parcelaria que se realizó en dichos lugares (8).

B) SUPUESTOS Y CARACTERES

La riquísima variedad de figuras existentes en las distintas comarcas es tan amplia que resulta casi imposible recogerla en su totalidad. Con ocasión de las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario celebradas en la sede del IRYDA en Madrid en 1974, ENRIQUE MORENO DE ACEVEDO presentó una valiosísima comunicación sobre la situación de la propiedad rústica en Extremadura, en la que explicaba con claridad meridiana las varias combinaciones del disfrute de los diversos aprovechamientos que suelen presentarse. Sobre una misma finca, decía, pueden concurrir los siguientes casos de pluralidad: una titularidad del derecho de labor, que puede ejercitarse cada dos, tres, cuatro o más años, según la fertilidad del suelo; además, hay otro titular del derecho de pastos y otro distinto del arbolado: los supuestos alcanzan mayor complejidad cuando el derecho de pastos pertenece a su vez a dos titulares diferentes, uno que tiene derecho al aprovechamiento de las hierbas o pastos de invierno y otro que tiene derecho a las llamadas «medias hierbas» que son los pastos de verano. Normalmente el dueño del suelo puede aprovechar la

(8) Sobre estas actuaciones en las provincias de Salamanca y Avila, ver las noticias de los Ingenieros EDUARDO FERNÁNDEZ COMBARRO y LEOPOLDO MEDINA DEL CERRO, en los números 1 y 29 del *Boletín de Información* del antiguo Servicio de Concentración Parcelaria (hoy IRYDA).

bellota durante la montanera y hace suya la leña, pudiendo también carbonear el suelo; puede podar y limpiar los árboles en la época acostumbrada y si entre ellos hubiere alcornoques, tiene derecho a efectuar la pela, obteniendo el corcho. Como compensación a los perjuicios que sufran los pastos, que no como canon ni renta, el dueño del suelo tiene derecho a su vez a que el del vuelo le pague lo que se llama derecho de «granillo», que suele equivaler a la tercera parte del importe de la montanera. Aunque lo corriente es que esta desmembración del dominio se encuentre en tierras de cereal con encinar, alcornocal o robledal, algunas veces se da también en plantaciones de cultivo intensivo como el olivar.

GARCÍA AMIGO, aclarando que los supuestos pueden variar para cada comarca y aun para caso peculiar, refleja como más frecuentes las siguientes combinaciones: derecho de arbolado separado de la titularidad del suelo; derecho de siembra yuxtapuesto al derecho de pastos; derecho de siembra separado del arbolado y de los pastos. Estas fórmulas, dice, se combinan a veces con la presencia del Estado o entidades locales en la titularidad de estos derechos y la de personas de tipo fundacional o comunidades de tipo romano o germánico (9).

En cuanto a su caracterización, seguimos a ALEJO LEAL, quien nos dice que implican una pluralidad de derechos de disfrute autónomos sobre una misma finca atribuida a varias personas, a perpetuidad o por tiempo indefinido, las cuales tienen derecho a distintos aprovechamientos; esta concurrencia de titulares implica que el disfrute de la finca se realice unas veces de modo simultáneo y otras sucesivamente.

Según esto, podrían señalarse como caracteres:

1. Se trata de un auténtico derecho real, ya que recae directamente sobre la finca en alguno de sus aprovechamientos, sin necesidad de intermediarios y pudiéndose oponer frente a todos.

2. Es derecho de goce o disfrute, encaminado a obtener los frutos, utilidades o aprovechamiento de contenido económico que constituyen su objeto y la finca es susceptible de producir, ya sea espontáneamente o por el cultivo.

3. El titular puede disponer de este derecho por cualquier título *inter vivos* y transmitirlo por herencia o legado.

4. No tiene tiempo limitado, pues su duración es perpetua o al menos indeterminada, no estando sujeto a redención.

5. Recae sobre finca propia de los cotitulares y no se trata por tanto de un *ius in re aliena*.

6. Es ilimitado respecto a su objeto en cuanto se extiende a todo

(9) Trabajo citado, pág. 187.

el contenido de particular aprovechamiento; en cambio se encuentra limitado respecto a los demás titulares, cuyo ámbito no debe rebasarse al ejercitar el propio; suelo y vuelo están recíprocamente limitados al realizar las operaciones de disfrute y extracción, para no dañarse uno al otro.

7. No existe propia comunidad entre los titulares de los distintos aprovechamientos, pues cada uno de esos derechos recaen sobre facultades diferentes de la finca. Cabe, sin embargo, y este es un supuesto frecuentísimo, que cada una de dichas facultades de fruición corresponda a una colectividad; pero esto es una cuestión aparte, naturalmente, que no añade ningún dato nuevo interesante a nuestro estudio.

8. No hay pago de prestaciones entre los titulares como renta o canon, sino únicamente como indemnización o compensación de daños, tal como ocurre en el «granillo» que hemos citado.

II. NATURALEZA JURIDICA

Para abordar este punto insoslayable, no quisiéramos empezar aventurando una definición del fenómeno que nos ocupa, porque, o sería enumerativa, con el riesgo de omitir algún dato importante, o sería conceptual, lo que originaría quizá una mayor oscuridad en algo que ya es confuso de por sí.

Pero si los autores discuten y el Tribunal Supremo tiene que abordar el tema de la naturaleza de los aprovechamientos de pastos y leñas, en general, es por su evidente importancia; en efecto, es una de las instituciones más ricas y vividas en el ambiente rural, pese a la enemiga con que la recibió el Código Civil. Precisamente este es uno de los puntos en que se muestra la contraposición entre las concepciones social y comunitaria de la tierra de tinte genuino y la romano-individualista patrocinada por las legislaciones derivadas de la codificación napoleónica; resalta la generosa diversidad aceptada por las normativas forales con la escasa regulación del Derecho común, en el que bastan los dedos de una mano para contar los escuetos y hasta contradictorios artículos que el Código le dedica.

En la realidad de la vida rústica española, los pastos y las leñas se pueden presentar bajo las más distintas figuras. En el dominio pleno, el pasto o el arbolado son un todo unido con el suelo y sus productos, por tanto, son consecuencias normales del goce global del propietario. Si éste no quiere explotar la finca de modo directo, puede extraer de su dominio ciertas facultades de disfrute y cederlas a otros mediante contratos como el arrendamiento o la aparcería o constituyendo alguna de las múltiples situaciones jurídico-reales que la ley pone a su alcance, como el usufruc-

to, servidumbres, censos o foros, superficie y tantos otros. También puede, sin desprenderse del todo de la explotación de su finca, organizarla de modo comunitario con otras personas, a base de una forma societaria o simplemente bajo el prisma de alguna variedad sencilla de comunidad civil.

Todas estas múltiples figuras, y alguna más, son posibles y se dan en la realidad en base al principio de la autonomía de la voluntad de los interesados y que éstos buscan porque se acomodan a sus necesidades concretas.

Y si en los casos generales se discute sobre la naturaleza no clara de los aprovechamientos pecuarios o forestales, dada la gran variedad de supuestos, se comprende que la calificación se hace más difícil en este caso especial de Extremadura que estamos contemplando (10).

Contando con las notas que la caracterizan, a nuestro entender, vistas en el apartado anterior, y tan solo con el fin de llegar a conclusiones aceptables sobre su naturaleza, podríamos delimitar esta figura como un derecho real de goce y disposición de un aprovechamiento especial determinado perteneciente a un titular parcial de la finca, en concurrencia yuxtapuesta con otros cotitulares de los demás aprovechamientos del mismo predio.

Partiendo de esta base, estudiaremos, por vía de exclusión, las diversas figuras jurídicas en las que no encaja la institución extremeña, para acabar encuadrándola en una forma especial de la propiedad, la llamada *pro diviso*, propugnada por prestigiosos autores y que nos parece la más aceptable.

A) DIVERSAS FIGURAS POSIBLES

Repetimos que el derecho de pastos o arbolado en general podría ser encuadrado en cualquiera de las figuras ordinarias; pero veremos como las figuras que ahora vamos a enumerar no se adaptan al modelo concreto extremeño, por sus características especiales que habremos de resaltar.

a) *Arrendamiento o aparcería*

Según su Ley especial de 31 de diciembre de 1980, en los arrendamientos se ceden temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta; y hay

(10) Sobre esta materia, amplía y profundamente, puede verse la magnífica tesis doctoral de MANUEL CUADRADO IGLESIAS: «Aprovechamiento en común de leñas y pastos», editada por el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Agricultura, Madrid, 1980.

aparcería en la cesión temporal del uso y disfrute de alguno o todos los aprovechamientos, a cambio de repartirse los productos en partes alícuotas.

Así, pues, por tratarse de derechos personales, sobre finca ajena, con carácter temporal y mediante renta, estas figuras no encajan en las líneas básicas señaladas para nuestros aprovechamientos.

b) *Usufructo o uso*

Tampoco se podrían encajar los aprovechamientos separados como usufructo o uso, ya que éstos se han de imponer sobre finca ajena, lo que no ocurre en nuestro supuesto en que el titular es dueño de la cosa, aunque solo lo sea parcialmente. Además, el usufructo y el uso son siempre temporales y se extinguen por la muerte del usufructuario, por expirar el plazo, por transcurso de treinta años si es en favor de pueblo o corporación (arts. 513 y siguientes del Código Civil). En el uso, además, está limitado el derecho del usuario a percibir tan solo los frutos que basten a sus necesidades familiares, tasa que no existe para los titulares de siembras, pastos o arbolado.

c) *Censo enfiteútico*

Aunque podría parecerse si se admiten las doctrinas que ven en él un dominio dividido, hay, en cambio, notables diferencias que no admiten su equiparación:

- La enfiteusis deriva de una concepción feudal de la propiedad y tiene más similitud con una locación prolongada que con un condominio.
- En este caso se paga una pensión en dinero o en frutos y en caso de enajenación ha de darse el laudemio al dueño directo, prestaciones totalmente ajenas a la figura extremeña.
- Tanto en la enfiteusis común como en la de las regiones forales existen una redención y un comiso que tampoco tendrían encaje aquí.

d) *Derecho de superficie*

La posibilidad de plantar sobre finca ajena, con el empleo de los términos suelo y vuelo ha constituido un incentivo fácil a la hora de inclinarse algunos por la inclusión en esta figura de los supuestos en que no corresponden todos los aprovechamientos a un mismo titular. Sin embargo, aun siendo no solo posible, sino real, esta adaptación en muchos

casos de la práctica, no se da precisamente en el nuestro, por las siguientes razones:

1.^a El derecho de vuelo sobre fincas rústicas tiene una duración limitada, con reversión a su término, según puede verse en el artículo 30-3.º del Reglamento Hipotecario, siendo la opinión doctrinal unánime en este punto. Así nos lo dice RAMÓN DE LA RICA ARENAL, el cual, por el contrario, advierte que en las dehesas extremeñas existe la división permanente del suelo y del vuelo, en que los pastos pertenecen a un titular y el suelo a otro (11).

2.^a El derecho de superficie recae precisamente sobre finca ajena, por lo que en nuestro caso no es posible aceptarlo como figura válida (12).

3.^a Al tratarse de un derecho constituido sobre finca de otro, la superficie comporta el pago de un canon como precio del aprovechamiento, que no se compagina con la idea del dominio compartido.

4.^a En las plantaciones sobre suelo ajeno el dueño no se reserva derechos de goce sobre éste, mientras que en las dehesas hay aprovechamientos simultáneos o sucesivos de todos los partícipes.

e) *Comunidad*

Es muy corriente caer en la confusión, originada por la imprecisión de los artículos 600 a 604 del Código Civil, de considerar que los pastos y las leñas, por su propia textura de aprovechamientos ejercitados normalmente en común por múltiples personas, se desarrollan dentro del cauce jurídico de la comunidad, siquiera ésta se refiera tan solo a la utilización de dichos productos.

Precisamente es la postura que ha mantenido con mayor insistencia el Tribunal Supremo, aunque debe aclararse que se trataba de casos en materia de retracto. Esto justificaba la tendencia amplificadora de calificar a los aprovechamientos como comunidad; aunque el propio alto Tribunal, consciente de lo forzado de su postura, en algunos casos se limitó a calificar la situación como «figura análoga a la comunidad».

Para mejor aclarar estas ideas, conviene previamente deslindar la distinta naturaleza de los dos posibles supuestos que ahora se presentan:

a') Por una parte, expondremos la relación entre los titulares de cada uno de los aprovechamientos separados de la siembra, los pastos y

(11) En su libro *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 53.

(12) JOSÉ POVEDA MURCIA opina en el mismo sentido en su trabajo «Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas», publicado en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1959, pág. 191.

el arbolado, que es la propia y específica de la figura contemplada en las dehesas extremeñas. Aquí no hay comunidad porque no hay identidad de objeto; hay solo una concurrencia de titularidades, una yuxtaposición de derechos independientes entre sí, aunque hayan de estar relacionados estrechamente en cuanto que integran la totalidad de goces potenciales de una misma finca que les sirve de soporte físico. Los titulares no se aprovechan de la finca, ni por cuotas ni solidariamente, sino solo en cuanto a la facultad específica que les pertenece. Por último, en la comunidad civil ordinaria rige el principio de la mayoría en la administración (artículo 398 del Código Civil) y todo copropietario puede promover la extinción de la comunidad exigiendo la división de la cosa común (artículo 400 del mismo Código) y está claro que estas reglas son de imposible aplicación para los aprovechamientos divididos. En conclusión, la figura de la comunidad, tanto romana como germánica, es inaplicable a la relación que hacia el exterior se conforma con la yuxtaposición de los diversos aprovechamientos integrantes de una finca.

b') Otra cosa es que la titularidad de cada uno de dichos aprovechamientos por separado pertenezca a varias personas a la vez. Es decir, en la relación que pudiéramos considerar interna o de puertas adentro, cada aprovechamiento, como compartimento estanco de su goce específico, puede pertenecer (y es lo frecuente) a varias y hasta numerosas personas o colectividades que, aquí sí, forman una propia comunidad, a las que se pueden y deben aplicar las normas generales del Código Civil. Precisamente por ser a veces muy numerosos los titulares, sobre todo en los derechos de pastos, no basta con señalar cuotas intelectuales mediante fracciones ordinarias (mitad, tercio, etc.), sino que hay que acudir a darles denominaciones especiales. Como peculiaridad de estas comunidades en Extremadura, nos dice ALEJO LEAL que está muy generalizada la costumbre de imaginar divididas las fincas en partes llamadas con los nombres de «maravedí» o «acción». Generalmente se consideran divididas las fincas en mil partes, al menos en el partido de Cáceres, dando a cada una de ellas el nombre de «maravedí», que a su vez está dividido en seis «cornados» o en diez «dineros». Sin embargo, no siempre el maravedí es una milésima parte de la finca, pues puede ser mayor o menor; la finca «La Escobesa» tiene solamente 210 maravedises; la llamada «Matallana» tiene 1.007 maravedises y 445 milésimas (13).

f) *Sociedad*

Si hemos rechazado para la división de aprovechamientos la idea de comunidad, por las mismas razones entendemos que no le es aplicable el

(13) Artículo citado, pág. 445.

concepto de sociedad. A esto habría que añadir otras notas diferenciadoras que le alejan aún más, puesto que entre los titulares de la siembra, los de los pastos y los del arbolado ni se da *affectio societatis*, ni hay aportaciones al común, ni mucho menos personalidad, ni ganancia repartible, como se regula en los Códigos Civil o de Comercio.

Pero, al igual que decíamos al hablar de la comunidad, en las relaciones internas de quienes son copartícipes de cada uno de los aprovechamientos, puede darse y alguna vez se da la figura societaria. Así nos lo ha atestiguado personalmente ALEJO LEAL, con información que agradecemos, según la cual hay en la provincia de Cáceres condominios romanos que son más bien sociedades civiles de bienes y en estos casos la palabra acción tiene un significado propio de parte del capital social y no sólo en la finca que constituye su objeto. Tal ocurre con la sociedad «La Fraternidad», de El Casar de Cáceres, que tiene por objeto «la conservación, mejora administración, fomento y explotación del arbolado y derecho de apostar de la dehesa boyal llamada Prado y la adquisición del suelo de la misma si llegara a venderse por el Estado», según el artículo 2.º de su Reglamento, contenido en la escritura fundacional de 22 de mayo de 1877. El capital social se representa por mil acciones nominativas, trasferibles solamente a los vecinos de la misma localidad.

g) *Servidumbres personales*

Los artículos 531 y 594 del Código Civil reconocen a todo propietario de una finca rústica la posibilidad de imponer sobre ella las servidumbres personales que tenga por conveniente, en el modo y forma que bien le pareciere. La combinación de estos artículos con los 600 a 604 del propio Código y por otra parte la riqueza de supuestos que sobre el particular contienen las regulaciones forales, hace que la configuración del derecho de pastos y arbolado como servidumbre sea casi general en la doctrina y en la jurisprudencia, que solo algunas veces se inclinan por la comunidad. En Extremadura hay también, ¿cómo no?, muchos y verdaderos casos de típicas servidumbres de pastos; pero en lo referente a estos derechos peculiares que estamos estudiando y tal como se configuran en la realidad jurídica, tampoco podemos admitir que sean servidumbres personales, por los siguientes motivos:

- 1.º Porque las servidumbres son restricciones al derecho de propiedad y no una parte de su contenido.
- 2.º Porque son *iura in re aliena* y los partícipes en las dehesas son dueños de las mismas, aunque parciales.
- 3.º Porque la utilidad de la servidumbre está limitada a las necesi-

dades del titular, mientras que los copartícipes pueden agotar todos los frutos del aprovechamiento, sin límite.

h) *Propiedad especial*

Decir que los aprovechamientos de las dehesas son un derecho *sui generis*, en este caso una propiedad especial, es aclarar poco y, desde luego, no aporta una explicación convincente.

Por ello nos parece más aceptable la idea de la propiedad dividida, mantenida por varios prestigiosos autores, según vamos a ver, aunque la jurisprudencia no la admita del todo.

B) LA FIGURA DE LA PROPIEDAD «PRO DIVISO»

a) *En la doctrina*

Ya don JERÓNIMO GONZÁLEZ utilizó esta terminología en relación con la propiedad de casas por pisos, que guarda cierta analogía con nuestro supuesto (14).

El alegato más claro en favor de su admisibilidad lo encontramos en el profesor ALBALADEJO al afirmar que el poder pleno que es la propiedad de la cosa puede pertenecer a varios de forma que cada uno tenga parte de ese poder o ciertas facultades sobre la cosa, completando entre todos el señorío total; pero de tal modo, sigue diciendo con gran convicción, que no quepa decir que es de uno y que los demás sólo tienen derechos reales en cosa ajena. Denomina a esta figura «propiedad dividida» en el sentido de que el poder que el dominio encierra no se atribuye a diversos dueños en fracciones cualitativamente iguales o partes alícuotas, sino en el de que su contenido se separa en *distintas facultades* —se *DIVIDE*—, concediéndose parte a una persona y parte a otra. Por eso dice, si en el primer caso se habla de copropiedad *pro indiviso*, en éste se califica la figura de copropiedad *PRO DIVISO*. Termina diciendo que la admisibilidad en abstracto de esta figura no repugna al concepto de propiedad, pues si ésta supone un poder pleno sobre las cosas, nada obsta a que tal poder se halle en varias manos; si lo que se arguye es que no cabe más que una propiedad sobre la cosa, se puede contestar a esta objeción puramente terminológica que no se está afirmando que haya varias propiedades sobre la misma cosa, sino varios poderes que, en conjunto, integran el señorío total sobre aquella (15).

(14) En la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1941, pág. 71, en su trabajo «Observaciones sobre la copropiedad *pro indiviso*».

(15) *Derecho Civil*, III, tomo 1.º, Barcelona, 1976, págs. 435 y 436.

También LACRUZ BERDEJO acepta la denominada propiedad dividida que puede presentarse de tres maneras distintas:

- División entre varios titulares de las distintas facultades del dominio, pero conservando cada titularidad la *vis atractiva* para recomponer la totalidad del dominio, si alguna quedase vacante.
- División por disfrutes materiales, que quizá sea la que se adapta mejor a nuestro caso, donde cada aprovechamiento constituye un derecho real típico con los caracteres de la propiedad, que el Tribunal Supremo asimila por analogía con el condominio.
- Y división por el tiempo de utilización, consistente en que los aprovechamientos se dividen por distintos periodos. También puede acomodarse este caso al disfrute sucesivo de los pastos de invierno y verano (16).

ALEJO LEAL opina que estos derechos implican una pluralidad de titularidades de derechos autónomos de disfrute, simultáneo o sucesivo sobre una misma finca atribuida a dos o más personas a perpetuidad o por tiempo indefinido y termina diciendo que la observación de un crecido número de casos nos lleva a la conclusión de que en unos hay un concurso o yuxtaposición de dos propiedades distintas y en otros hay una propiedad dividida (17).

JOSÉ POVEDA MURCIA, tras estudiar y rechazar varias fórmulas, prefiere la solución de considerar a estas relaciones como modalidades dominicales, radicando su especialidad en que el objeto de esta propiedad no es una cosa íntegra, sino solo un determinado aprovechamiento de la misma, al que nunca podrá faltar la idea de *parcialidad* ni la de dependencia en relación con los restantes aprovechamientos. Haciendo un parangón con la llamada propiedad horizontal dice que podrían aplicarse sus ideas a estos casos de concurrencia de derechos, estimando que sus titulares tienen un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los aprovechamientos y considerando elemento común, indivisible e inalienable al suelo de la finca, concebido como independiente de la producción o utilización. Para menor dificultad, apunta POVEDA que ni siquiera tendrán que preocuparse los titulares de los aprovechamientos de satisfacer en común sus obligaciones tributarias, pues como están catastrados estos derechos con independencia, la contribución también está separada (18).

MANUEL GARCÍA AMIGO en su estudio monográfico del tema titulado *Condominio pro diviso o propiedad separada*, que ya hemos citado, dice

(16) *Manual de Derecho Civil*, Barcelona, 1979, págs. 349 y 350.

(17) *Obra citada*, págs. 447 y 455.

(18) Artículo citado, págs. 164 y 165.

que el dominio pleno y unitario se puede desmembrar con referencia a los sujetos, originando los diversos tipos de comunidad, con referencia al vínculo que da lugar a relaciones distintas y con referencia al objeto, que es lo que concretamente nos interesa. Si el objeto se divide de forma relativa, o sea manteniendo su unidad fundamental, se aíslan o individualizan sectores, aspectos o formas de manifestarse dicho objeto, convirtiendo a cada uno de éstos, por separado, en derechos individuales del dominio pleno. Como manifestaciones de esta división relativa o parcial menciona en la esfera urbana la propiedad horizontal y en la rústica la propiedad separada o yuxtaposición de derechos sobre distintos aprovechamientos de un mismo fundo, como pueden ser el arbolado, la siembra, los pastos, etc. (19).

MANUEL CUADRADO IGLESIAS señala la dificultad que supone encuadrar debidamente a muchos de los supuestos fácticos que pueden presentarse, teniendo que acudir para ello a la forma en que los aprovechamientos se ejercitan: cuando estos aprovechamientos son disfrutes principales de los productos fundamentales de una tierra por su naturaleza, destino o capacidad productiva y se poseen como dueños, agotan lo que normalmente es contenido del dominio y está ausente la figura de la servidumbre (20).

JOSÉ MARÍA GARCÍA GARCÍA opina que la esencia de la comunidad *pro diviso* consiste en la existencia de varias titularidades de aprovechamiento sobre la cosa, las cuales se encuentran en el mismo plano de importancia, sin que pueda decirse que ninguna esté en inferioridad respecto a la otra. Esa igualdad o equivalencia excluye precisamente la existencia de un solo dueño y explica la pluralidad de propietarios, en que si bien el contenido de sus facultades es cualitativamente diferente, la importancia del derecho de cada uno en el todo es equivalente (21).

En cuanto a la pervivencia de estas figuras, ya hemos visto los datos elocuentes aportados por ALEJO LEAL y MORENO DE ACEVEDO, a los que añadiremos los contenidos en una encuesta del antiguo Instituto de Reforma Agraria, según la cual de los casi dos millones de hectáreas de suelo de la provincia de Cáceres, más de la mitad, o sea el 54 por 100, están dedicadas a aprovechamientos espontáneos, correspondiendo sólo el 37 por 100 al cereal y el pequeño porcentaje restante a viñas y olivares (22).

Y es que, como dice LACRUZ BERDEJO, cuando estas propiedades divi-

(19) *Revista de Derecho Privado*, marzo 1974, págs. 175 a 178

(20) Tesis doctoral dicha, págs. 348 y 349.

(21) En comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1976, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1978, núm. 527, pág. 826.

(22) *Boletín* de dicho Instituto, abril 1936, pág. 353.

didas —heterodoxas las llama él— procedentes de costumbres autóctonas se conservan y son tuteladas por el ordenamiento jurídico es porque hay algún fundamento singular y propio de cada caso que lo justifica (23).

Dando por sentada su vitalidad actual, concluimos aceptando como mejor solución, con las consecuencias que veremos, que la división de aprovechamientos no constituye un gravamen sino una propiedad concurrente caracterizada por la diversidad de titularidades que recaen a título dominical sobre cada aprovechamiento en particular de los que integran la finca, y están limitadas por la existencia de otras titularidades afines.

b) *La propiedad «pro diviso» en la legislación*

El Código Civil regula escueta y confusamente la comunidad y la servidumbre de pastos con normas que, por su carácter genérico y distinto, no se pueden considerar muy aplicables a nuestro caso. La conjunción de aprovechamientos distintos sobre una misma finca rústica en el supuesto concreto que contemplamos carece en nuestro sistema legal de una regulación completa y específica y habrá que acudir a la normativa general. Hay solo escasos preceptos en leyes especiales que casi se limitan a mencionar la figura, sin adentrarse nada en ella.

Así en la antigua Ley de Concentración Parcelaria de 10 de agosto de 1955, en su artículo 45 se decía, con terminología algo imprecisa, que cuando el aprovechamiento del suelo de una parcela correspondiese a una persona distinta de la facultada para aprovechar el vuelo o arbolado se consideraría a ambos titulares como dueños *pro indiviso*, determinando el valor de sus derechos para no trasladar a la finca de reemplazo la división de aprovechamientos. En el texto refundido de la misma Ley de 8 de noviembre de 1962 desapareció este precepto, pero no porque careciese de entidad, sino por las razones de tipo práctico que explicaremos al ver las repercusiones de la concentración parcelaria en esta materia.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 sí recoge esta situación y la enfoca con más precisión al decir en el artículo 140 que en los supuestos de *dominio dividido*, los preceptos relativos a la mejora forzosa de las fincas afectarán a todos los titulares, concurrentes o sucesivos, según la naturaleza de sus respectivos derechos.

La Ley de Montes de 8 de junio de 1957 contempla claramente la posible división en su artículo 23 al establecer que en los casos de condominio, cuando el suelo pertenezca a un titular o a una entidad pública

(23) Dictamen sobre la naturaleza jurídica y titularidad de las Bardenas Reales de Navarra, 1977.

y el vuelo sea de la propiedad del Estado o de alguna entidad pública, podrán refundirse los *dos dominios* a favor del dueño del vuelo, previa indemnización al del suelo.

El Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 recoge también expresamente esta figura al decir, en su artículo 2.º, que las expropiaciones de «facultades parciales del dominio» se regirán por las disposiciones especiales que las regulen y las generales de la propia Ley de Expropiación en cuanto a su extensión, procedimiento y normas de valoración.

Aparte éstas, en la legislación general o común no encontramos otras normas aplicables a este supuesto típico de Extremadura. Sí las hay en otras regiones y como institución un tanto análoga encontramos la llamada «corraliza» regulada por las Leyes 379 a 383 y los «helechales» en la Ley 388, ambas de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973. La «corraliza» es la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales con atribución, a uno o varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares. Y por «helechal» se entiende el derecho de aprovechamiento de las producciones espontáneas de hebrecho de montes comunales. Es también de citar la Ley 391 que llama expresamente «dominio concellar» a los aprovechamientos forestales pertenecientes a las Juntas Generales de los Valles del Roncal y Salazar. Todas estas instituciones, según la Ley 380 de la citada Compilación, se rigen por el título y los usos y en su defecto por la costumbre local o general: de no resultar en ellos otra cosa, cada titular podrá ejercitar su aprovechamiento en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente a los demás titulares.

c) *La propiedad «pro diviso» en la jurisprudencia*

a') *Del Tribunal Supremo*

Teniendo en cuenta que la mayoría de los recursos de casación han planteado las cuestiones de la posibilidad del retracto o las limitaciones entre los cotitulares, las sentencias no siempre son acordes, aunque sí muestran una línea general bastante coherente. En efecto, mientras algunos fallos afirman la existencia de una comunidad entre los titulares de distintos aprovechamientos concurrentes sobre una misma finca, en otras sentencias se considera que hay tan sólo una relación «análoga», determinada tan solo por una yuxtaposición de derechos.

La de 9 de marzo de 1893, dictada con motivo de un retracto, dice que «aunque no haya comunidad en todos los disfrutes y aprovechamien-

to de una finca, no puede menos de reputarse como copropietario de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquél a quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir apartado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizarse de ellos, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo».

La de 9 de julio de 1903, en la misma materia, declara que los «distintos disfrutes, el de yerbas, pastos y agostaderos, por un lado y el de siembra en determinados sitios, por otro, sobre una misma cosa, si no constituyen una comunidad en el sentido del artículo 392 del Código Civil, engendran una relación jurídica análoga entre los legítimos explotadores de la heredad que autoriza a reputarlos, para los efectos del retracto, como condueños o copropietarios de una cosa común».

Igual línea sigue la Sentencia de 6 de julio de 1920 al declarar que en el aprovechamiento de hierbas y pastos en el año y en la parte no sembrada es incontrovertible reputar a ambos titulares como copropietarios de cosa común, «tanto porque el derecho de cada cual se halla adherido al terreno y separado de éste no puede subsistir, cuanto porque los derechos de los dos se relacionan y subordinan de tal modo que ni la demandada ni el demandante pueden menoscabar en nada lo primitivo de cada uno, ya que los distintos disfrutes de aprovechamiento y de labor, engendra, entre ambos dueños, relación jurídica análoga a la comunidad de que trata el artículo 392».

La de 9 de mayo de 1922 dice que «debe estimarse la existencia de condominio o comunidad de bienes no sólo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca *pro indiviso* a diferentes personas, sino también cuando el dominio a los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos de tal forma que hay entre los copartícipes algo común».

Cuando no se trata del retracto, el Tribunal Supremo se acerca más a la verdadera esencia de esta institución, tintada de una secular impronta consuetudinaria. Así, en la Sentencia de 22 de junio de 1953 entra más en el tema de su naturaleza jurídica diciendo que «entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad o diferente amplitud puede revestir el dominio, el más irregular y difícil de catalogar en nuestro Derecho es aquélla en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponden a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas

instituciones típicas no son exactamente aplicables al supuesto de dominio compartido, caracterizado en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca, que, en su ejercicio, pueden entrar en colisión por la incompatibilidad que provoca la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado».

La Sentencia de 8 de abril de 1965 dice que cuando «el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, pero sin que por esto aparezca uno como propietario y el otro titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, sino que cada uno de los dos titulares es limitado por el derecho del otro... la figura resultante no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa —terminología francesa— o de propiedad dividida, según la técnica germánica».

La última Sentencia del Tribunal Supremo que conocemos sobre el particular es la de 26 de junio de 1976, en la que se rechaza el retracto por considerarse que la facultad concreta de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos, tal como se presentaba en la litis, se había constituido como *ius in re aliena* y no como comunidad. JOSÉ MARÍA GARCÍA GARCÍA al comentarla (en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, citada en la nota 21), dice que esta sentencia tiene ocasión de ocuparse de la propiedad *pro diviso* o separada, pues aunque la niegue en el supuesto de esta litis, ello implica precisamente partir en abstracto de la posibilidad de tal figura; aunque en el penúltimo considerando se dice que el tema no fue suscitado en el período expositivo del pleito y por ello no puede tener acceso a la casación, en el considerando anterior se ocupa de la comunidad *pro diviso*, aunque tan escuetamente que se limita a nombrarla y poco más.

Las tendencias de la jurisprudencia las resume así GARCÍA AMIGO:

1.^a No hay fijeza en la denominación de nuestra figura, utilizándose variadamente las expresiones yuxtaposición de derechos, concurso de derechos, derechos recíprocamente limitados o restringidos, dominio compartido, comunidad especial, propiedad dividida, comunidad *pro diviso* y condominio limitado.

2.^a Se considera al dominio limitado como una institución *a se*, próxima a otras, pero distinta.

3.^a A efectos del retracto, el Tribunal Supremo acude a la analogía con la comunidad de bienes para aplicarlos (24).

(24) Artículo mencionado, pág. 186.

b') *De la Dirección General de los Registros y Notariado*

Bien sabido es que las Resoluciones de este docto Centro Directivo, si bien no constituyen jurisprudencia en sentido estricto, gozan, por su altura científica, de un prestigio generalmente reconocido. Se dictan como consecuencia de recursos contra las calificaciones adversas de los Registradores de la Propiedad; vistos y fallados en primera instancia por los señores Presidentes de las Audiencias Territoriales, se resuelven en segunda y definitiva por la expresada Dirección General. Este Centro, con vinculación para el Registrador en ese caso concreto, declara si existen o no los defectos señalados en la nota calificatoria que motivó el recurso y, en consecuencia, si el título es o no inscribible, de acuerdo con la legislación civil y las específicas normas hipotecarias.

En relación al tema que nos ocupa, solo conocemos la Resolución de 7 de octubre de 1963, que por no entrar directamente en el problema, sino que lo soslaya, no nos proporciona mucha luz.

Los hechos se refieren a una finca sita en el Distrito Hipotecario de Castuera, provincia de Badajoz, y en su Registro hemos tenido ocasión de ver todo el historial de la finca, que es así:

La finca registral número 1.158, que procedía de la antigua Contaduría de Hipotecas, aparece inscrita, con otras cuatro más del mismo título, en el Registro de Castuera en su primera inscripción con fecha 27 de agosto de 1880, bajo esta descripción: «Finca rústica. Aprovechamientos de yerbas y agostaderos en el año y en la parte no sembrada de un terreno o tachón llamado Gallegas y Casa Blanca, en las Rañas, sito en el término de Monterrubio y jurisdicción común de las Cinco Villas de tierra de Benquerencia»; siguen los linderos y, después, se dice que este tachón se «ha formado de trece porciones de tierra que con los nombres porque son conocidos en los sitios donde se encuentran y nombres *de los dueños de los demás derechos*». Obsérvese la expresión «demás derechos», que con el inscrito integran el dominio dividido de la finca. Pues bien, esta inscripción, que es de la herencia del antiguo titular, dice que éste había comprado estos derechos al Estado como consecuencia de la desmortización; así se inicia el folio registral de la finca, en el que se inscriben a continuación, con toda normalidad, otra transmisión hereditaria en 1886, la cancelación de la hipoteca que garantizaba el pago a la Hacienda en 1930, otra herencia en 1945 y una donación en el mismo año. De la primitiva finca 1.158 se segregan dos nuevas fincas, que abren folios registrales bajo los números 3.113 y 3.114; la primera de ellas, que luego es objeto del recurso, se describe: «Rústica. Una participación de 151 hectáreas, 36 áreas y 76 centiáreas en los aprovechamientos de yerbas y agostaderos y espigas de un tachón denominado Las Gallegas y Casa-

blanca...» y al final del asiento, con fecha 8 de octubre de 1945, el entonces Registrador de Castuera estampa y firma la frase sacramental: «*INSCRIBO la finca* de este número en cuanto a la cabida con que figura descrita, a favor de don Juan Antonio M-B y G-M... sin condiciones especiales».

Tras seis inscripciones válidas y correlativas a lo largo de casi un siglo, la dificultad aparece cuando en 1962 el titular registral solicita que se haga constar una mayor cabida, como resultado de una medición pericial de la finca. Entonces, el Registrador de Castuera a la sazón deniega el asiento solicitado por entender que no procede hacer constar «la mayor cabida de un derecho inscrito como finca en este Registro, por no ser reglamentaria la inmatriculación a causa de estar en contradicción con el artículo 7 de la Ley Hipotecaria». Este artículo, como es sabido, establece que la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio. Los interesados interpusieron recurso contra esta calificación alegando que no se trataba de un derecho sobre finca ajena, sino de un derecho de pastos que constituye un condominio sobre la finca y que, concretamente «en el Partido de Castuera existe una forma especial de copropiedad que tuvo su origen en los privilegios de la Mesta y cuya finalidad era la protección de los intereses ganaderos, consistentes en la división del dominio en un derecho de labor, siembra y recolección, por un lado, y el aprovechamiento de los pastos, por otro, para lo cual deben cederse los titulares el disfrute de las fincas objeto de los respectivos derechos en épocas determinadas; que, a veces, existen incluso dos propietarios de los pastos, según se trate de los de invierno y los de verano; que esta institución, poco conocida por circunscribirse a un rincón de Extremadura (*sic*), ha sido, sin embargo, estudiada por investigadores jurídicos, que coinciden en reconocerle carácter de condominio». Por estas razones se pide la inscripción, pues según el artículo 377 del Reglamento Hipotecario, aplicable por analogía, en el caso de hallarse separado el dominio directo y el útil, la primera inscripción puede ser de cualquiera de éstos y esto es lo que se hizo en este caso; no se pretende inscribir el exceso de cabida de una servidumbre, sino el de una finca cuyo dominio está dividido entre un titular de siembra y otro de pastos, por lo que, a juicio de los recurrentes, no hay contradicción con el artículo 7 de la Ley Hipotecaria.

El Registrador en su informe insistió en el parecer de que el derecho que motivó la primera inscripción no tenía carácter dominical, aunque abriese folio registral: a pesar de eso tenía que reconocer que el asiento debía ser respetado hasta que los tribunales no lo declarasen inexacto (según el art. 1.º de la Ley Hipotecaria); pero eso, decía, no justifica que a su amparo se haga otro asiento irregular.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Cáceres no entró en el fondo del asunto ni estudió el condominio alegado, confirmando la nota denegatoria del Registrador de Castuera.

Y, en alzada, resuelve la Dirección General confirmando la nota y el Auto de Cáceres. En uno de sus considerandos, que estimamos bastante desenfocado, se dice que «tanto la doctrina civil como la jurisprudencia se preocupan de la delimitación de las figuras de servidumbre y comunidad de pastos, entre las cuales podría situarse el derecho del recurrente; y según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de febrero de 1954, la línea divisoria se ha de fundamentar sobre la existencia de un predio ajeno de tal manera que siempre que medie cierta utilidad para una persona distinta del titular de la finca se estará en presencia del derecho real de servidumbre, que puede inferirse existente en el caso del recurso, dados los términos del título calificado, que al describir la finca afirma que la integran trece cortijos, de los cuales «solo pertenecen al causante los derechos de hierbas, agostaderos y espigas a los sitios de Las Chozas, La Lobera, El Muletero, Gallegas y Casablanca... término de Monterrubio de la Serena», puesto que si se tratase de un condominio sería necesario que constasen en el Registro otras facultades no comprendidas en el título inscrito» (25).

Dos excelentes y muy documentados Registradores criticaron severamente esta Resolución: GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO dice que esta especial copropiedad que COLLIN y CAPITANT consideran una yuxtaposición de derechos y DE DIEGO una propiedad dividida ha suscitado dudas en la doctrina y en el Tribunal Supremo; el derecho de hierbas, agostaderos y espigas había quedado inmatriculado como finca y todo asiento practicado en el Registro produce todos sus efectos a tenor del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria; si es así y dado que además podríamos estar en presencia de esa ampliación analógica del concepto de copropiedad de que habla OSSORIO MORALES, podría deducirse no ser tan anómalo tal asiento registral y al producir todos sus efectos, uno de ellos es, según la autorizada opinión de ROCA SASTRE, que el comunero, este comunero especial, pueda obtener la inscripción del exceso de cabida de la finca inmatriculada (26). Y BUENAVENTURA CAMY insiste en que la primera inscripción del derecho de pastos es totalmente válida y eficaz con todas sus consecuencias posteriores; dice que por ello huelga discutir si se estaba ante un dominio dividido o ante un derecho real en cosa ajena; el funcionario que calificó en 1880 debió entenderlo como lo primero y en base de ello realizó la inscripción inmatriculadora: y una vez firmada aquella

(25) Puede verse el texto completo de la Resolución en el *Anuario de la Dirección General* del año 1963, págs. 59 a 63.

(26) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1964, pág. 111.

inscripción su eficacia no puede ser impugnada ni discutida en un expediente gubernativo (27).

Confirmamos plenamente lo dicho. Si a lo largo de casi un siglo se ha mantenido una concatenación de asientos con toda su consistencia de dominicales, en una realidad jamás discutida, resulta anómalo afirmar que es preciso reunir «más facultades» para que se dé un condominio que ya estaba inscrito a todas luces. Y así se puede corroborar por la práctica constante de otros asientos análogos existentes en el Registro de Castuera (28).

III. CUESTIONES CIVILES

A) CONTENIDO DE ESTOS DERECHOS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1953, que antes hemos citado, nos dice que en estos supuestos de concurrencia de facultades dominicales, sin abandonar por completo el ordenamiento jurídico de las instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión, atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el Derecho positivo gobiernan el Instituto de la propiedad y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido, habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del Derecho consuetudinario, si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia.

Como especialidades existentes en la provincia de Cáceres, que serán extensibles a toda Extremadura, siguiendo a ALEJO LEAL, recogemos las siguientes:

a) *Administración*

Cuando algunos de estos aprovechamientos, cosa frecuente, se explotan por varias personas la administración interna de esa comunidad se rige en principio por el sistema de la mayoría establecido en el artículo 398 del Código Civil. Sin embargo, en algunas comarcas del partido de Alcántara, se confiere por costumbre el carácter de administrador del aprovechamiento común al mayor partícipe, aunque no represente la mayoría absoluta de intereses, el cual contrata los arriendos de la finca, cobra las rentas, paga la contribución y reparte la renta líquida entre los

(27) En *Revista de Derecho Privado*, febrero 1964, pág. 154.

(28) El autor de este trabajo, titular de dicho Registro durante tres años, de 1972 a 1974, extendió y firmó algunos asientos de este mismo tipo, de contenido evidentemente dominical.

comuneros, percibiendo como retribución de su trabajo 29 reales y fracción, pagaderos el 25 de abril o el 29 de septiembre de cada año y un cordero que se ha de entregar el Sábado Santo con cargo a los frutos de la finca. A esto se le llama derecho de «vendeduría»; por cierto guarda lejana analogía con la figura del cabezalero del foro gallego. Se halla actualmente en desuso.

b) *Facultades de los cotitulares*

La concurrencia de aprovechamientos lleva consigo el disfrute unas veces simultáneo y otras sucesivo del fundo por sus distintos titulares:

a') *Disfrute simultáneo*.—La forma más frecuente y simple se da cuando uno aprovecha autónoma y exclusivamente el arbolado y las plantas arbustivas, mientras que el otro aprovecha el suelo mediante cultivo cereal o de cualquiera otro género no forestal.

El vuelo tiene en Cáceres por principal objeto los montes, que comprenden los terrenos cubiertos de árboles, ya sean altos o bajos, sotos, plantíos, matorrales de toda especie, con tal que no sean olivares o frutales. Aquí se da una especialidad llamada el derecho de «apostar» que concede al titular del monte la facultad de entresacar, limpiar y podar las matas del monte bajo, nacido espontáneamente, para obtener una formación del monte alto más orgánica y productiva.

También se conoce la separación del vuelo recayendo éste sobre los árboles frutales de cultivo intensivo, frecuentemente en olivares o plantaciones de fruto especial. En las especies últimas no se practica el apostamiento.

Al dueño de los árboles le pertenecen todos sus frutos y productos, pudiendo recogerlos libremente y practicar oportunamente las cortas, talas o pelas que le convengan y, en general, realizar todas las operaciones necesarias para la mejor conservación y productividad del arbolado, conforme al uso del país. Como obligación especial en algunas comarcas, se debe pagar el granillo o granillera al dueño del suelo como indemnización de los daños causados durante la montanera.

b') *Disfrute sucesivo*.—Dice ALEJO LEAL que en muchas comarcas de la provincia de Cáceres el suelo es casi siempre apto para pastos, pero poco propicio para cereales y por esto no se siembra sino cada tres, cuatro, seis y aún ocho años. Como la siembra y los pastos se han de verificar en tiempos distintos, el titular de la labor disfruta de la finca con exclusión del de los pastos desde la siembra hasta que se levantan las cosechas; una vez levantadas, pasa el disfrute de la heredad al titular de

los pastos hasta que, transcurridos los años señalados, se practica la nueva siembra.

También hay disfrute sucesivo entre los titulares de los distintos pastos, que pueden ser de verano o propiamente dichos, o pastos de invierno o yerbas; entonces se turnan desde San Miguel hasta el 1 de abril, el invernadero y desde dicha fecha hasta el 29 de septiembre, San Miguel de nuevo, que es el agostadero o pasto de verano.

c) *Límites recíprocos*

Al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto a la naturaleza de esta institución, vimos que algunas sentencias procuraban contemplarla bajo el prisma de las limitaciones que inevitablemente han de existir en el ejercicio de aprovechamientos concurrentes sobre una única finca.

La de 10 de diciembre de 1962 declaró que el hecho alegado por los recurrentes que se consideraban exonerados de reparar los daños causados, porque las labores de descepe se habían hecho a uso y costumbre de buen labrador, no significa la licitud si con ello se atentaba al derecho de vuelo y de apostar o fomentar el arbolado; en este caso, su título les autorizaba solamente al «disfrute a pasto y labor del suelo» de la dehesa, pero les prohibía, en cambio, «rastrojar y sembrar al pelo» y apacentar vacas y cabras, ya que su objeto era solamente «el suelo de la finca, con exclusión expresa del monte alto, bajo, derecho de apostar y aprovechamiento del fruto de bellota, carbones y extracción de leñas, todo lo cual podrá realizar el dueño del monte con arreglo a la ley o la costumbre».

En la Sentencia de 8 de abril de 1965 se somete de nuevo al Tribunal Supremo el sugestivo problema de la delimitación de las facultades de los dueños de distintos aprovechamientos que recaen sobre una misma finca, para que puedan coexistir simultáneamente sin absorber el uno los derechos del otro hasta hacerlos desaparecer; en tales supuestos, dice, el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, de tal modo que cada uno de los dos titulares es limitado por el derecho del otro y en consecuencia se delimitan los derechos que en el pleito se discutían. Entre ellas está la obligación, que ya señalaba ALEJO LEAL, de ensortijar los cerdos en la montanera para evitar que dichos animales hocen y levanten la superficie, destruyendo los pastos.

B) EXTINCIÓN DE ESTAS SITUACIONES

El afecto a todo lo que es propio, la evidente pervivencia de esta figura secular extremeña y sus características peculiares, no son suficientes para justificar su defensa, pretendiendo su mantenimiento a ultranza, si ya no se adaptan a unos modos de vivir que también en el ámbito rural van mudando profundamente.

Las nuevas concepciones económicas y sociales del dominio y la llevanza de la tierra se reflejan en el Derecho y por eso, tanto la doctrina como la normativa van tendiendo claramente a la supresión de trabas en las relaciones jurídicas agrarias. Y ello es necesario para poder pasar de unos aprovechamientos solo admisibles en una economía de simple subsistencia a unos cultivos racionales que hagan posible una economía competitiva y de mercado.

Acordes con esta tendencia clara de suprimir cargas y divisiones dominicales, existen medios legales que, de modo directo o análogo, pueden aplicarse también a nuestra figura y que estudiaremos en esquema:

a) *Retracto*

La calificación de propiedad dividida que estamos defendiendo no excluye la posibilidad del retracto. Si bien es cierto que parece forzado hablar de dominios separados y aplicarle un retracto propio de comunidades, la jurisprudencia no ha tenido nunca duda en hacerlo así, siguiendo una línea firme y uniforme, según hemos podido ver en las sentencias antes reseñadas. Y la razón no está tanto en la supuesta «analogía» con la comunidad que a veces se aduce, sino más bien en la razón de utilidad, puesto que es lógico que cuando el propietario de un aprovechamiento enajene su derecho, se propicie la aplicación de este remedio para consolidar el dominio separado. Como bien dice CUADRADO IGLESIAS, si el retracto está justificado en la comunidad verdadera, con igual motivo lo estará en el supuesto de enajenación de alguno de los aprovechamientos ostentados a título de dueño en favor de los titulares de otros aprovechamientos concurrentes sobre la misma finca (29). Así, pues, entendemos aplicables a nuestro caso las normas establecidas en el Código Civil respecto al retracto de comuneros.

b) *Concentración parcelaria*

Como es sabido, esta mejora consiste en la reorganización de la propiedad rústica de una zona, adjudicando a cada propietario en coto redondo, o en un reducido número de fincas de reemplazo, una superficie

(29) En su tesis doctoral citada, pág. 352.

equivalente en clase de tierra y cultivo a la de las parcelas de procedencia que antes poseía (30).

Aquí no vamos a exponer todo su entramado jurídico y operacional, basado en el principio de la subrogación real, por ser bien conocido; solo tocaremos el punto que nos interesa. En la Ley de Concentración Parcelaria de 1955 se disponía que «cuando el aprovechamiento del suelo de una parcela corresponda a una persona distinta de la facultada para aprovechar el vuelo o arbolado, se considerará a ambos titulares, a efectos de la concentración, como dueños proindiviso, en proporción al valor de sus derechos, determinado conforme al procedimiento de expropiación forzosa, y la división del aprovechamiento no se trasladará a la finca de reemplazo». Con arreglo a esta norma se llevaron a cabo operaciones de concentración en muchísimas zonas, considerando a los titulares de los distintos derechos como aportantes, valorando con criterio relativo su aportación (es decir, comparándolas con parcelas o árboles considerados tipos y no por las normas de expropiación forzosa, como decía el precepto); en reemplazo, en virtud de la subrogación real, se les adjudicaba la finca o lote de fincas equivalentes, procurando borrar los derechos antes divididos para que en adelante cada propietario tuviese el goce completo e íntegro de su tierra.

A veces esto requería resolver previamente un complicado rompecabezas. Así explica uno de los ingenieros (31) estas operaciones: «Se clasificó por separado el suelo y el arbolado; en reemplazo, los propietarios que no aportaron encinas, recibieron fincas de labor libres; los que tenían tierra y encinas, fincas de reemplazo con o sin ellas, pero equivalentes; para dar mayores fincas, en los matrimonios se procuró compensar para que la atribución de monte fuese única a cada sociedad conyugal; los propietarios que solo aportaron encinas aceptaron recibir su atribución en el vuelo de fincas de masa común». Como se vé, este ejemplo nos muestra lo minucioso de la tarea. ¡Un auténtico trabajo de chinos!

Como no siempre era posible cumplirla al pie de la letra, esta norma de carácter imperativo desapareció en la redacción de la nueva Ley de Concentración Parcelaria de 1962 y tampoco ha pasado a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. Pero eso no ha significado que en las concentraciones posteriores no se haya procurado siempre seguirla en lo posible, con gran empeño y esfuerzo de los prestigiosos técnicos y letra-

(30) Puede verse nuestro trabajo «La concentración parcelaria en su consideración registral», presentado al II Congreso Internacional de Derecho Registral. Publicado en el tomo II de *Ponencias*, editado por el Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1975. pág. 637.

(31) LEOPOLDO MEDINA DEL CERRO en el *Boletín del Servicio de Concentración Parcelaria*, núm. 29, respecto a la provincia de Avila. En cuanto a Cáceres, ver en el mismo *Boletín*, núm. 12, la reseña del Ingeniero JOSÉ ANTONIO CABAÑAS COLOM.

dos del Instituto, consiguiendo realidades merecedoras de todo elogio en este punto de eliminar propiedades divididas.

c) *Expropiación forzosa*

Al tener como objeto la privación singular de la propiedad privada, alcanza tanto a las cargas como a las facultades parciales que integran el dominio, según los artículos 1 y 7 de la Ley y 2.º del Reglamento de Expropiación.

En todos los casos de actuaciones públicas que requieran esta medida y especialmente en las llevadas a cabo por el IRYDA en el Plan de Badajoz y otras obras de la antes llamada Colonización, siempre ha supuesto poner fin a la división dominical que pudiera existir en las fincas afectadas.

La dificultad más común era, naturalmente, el justiprecio de los distintos aprovechamientos, en los que no siempre hubo acuerdo, por el agravio comparativo, teniendo que resolverse a veces el tira-afloja por la vía contenciosa.

Dada la gran extensión que han ocupado en Extremadura las citadas obras del IRYDA, la expropiación ha sido un factor de relativa importancia para extinguir bastantes casos de aprovechamientos divididos.

d) *Cambios de destino de la finca*

Cuando las áreas urbanas aumentan y se extienden sobre el campo circundante de las poblaciones, originan a veces cambios sustanciales que afectan al destino de las fincas. Los planes de urbanización debidamente aprobados de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Suelo y sus Reglamentos complementarios, pueden variar la calificación de las parcelas afectadas, lo que produce las correspondientes consecuencias jurídicas que afectan a los derechos de sus titulares.

En este estudio traemos a colación este punto porque tenemos noticia de algún pueblo de la provincia de Cáceres en el que el suelo de determinada finca colindante con la población pertenece al Ayuntamiento y éste está segregando parcelas como si fuesen de su dominio pleno y las transmite a particulares con la obligación de edificarlas en determinado plazo, bajo pena de reversión. Cuando los interesados, para evitar esta nueva espada de Damocles, edifican y acuden al Registro de la Propiedad para inscribir la declaración de la obra nueva efectuada, resulta que no se puede verificar; si el suelo de la finca pertenece a otros titulares distintos, que no han consentido en la segregación y transmisión, no hay posibilidad de legitimar con la inscripción lo que supone una clara trans-

gresión jurídica, puesto que se invaden derechos de terceros que están precisamente protegidos por el mismo Registro.

La discordancia entre los asientos registrales, en los que consta la división de suelo y vuelo, y la realidad de estas enajenaciones y edificaciones es evidente y es difícil dar solución al problema planteado.

Por supuesto, el Ayuntamiento no puede actuar por vía de redención, pues para eso sería preciso un derecho dominante sobre el suelo y otros supeditados en el vuelo y aquí se parte, por el contrario, de que todos los derechos separados tienen igual categoría jurídicamente hablando.

La expropiación tampoco sería muy adecuada y desde luego es discutible, pues ni está clara la utilidad pública ni la necesidad de la ocupación; el construir chalets o viviendas particulares puede ir en beneficio de los interesados, pero no de la comunidad y además se podría realizar en otro sitio y no necesariamente en la finca en cuestión.

Si hubiese un plan de ordenación urbana no habría cuestión pues, naturalmente, al variar, con arreglo a la legislación urbanista el destino de la finca o de la parte precisa, pasando de rústica a urbana, supondría la extinción de los derechos sobre los aprovechamientos pecuarios o forestales existentes, aunque con la correspondiente compensación económica que pagarían los adquirentes o la Administración municipal.

De no haber planificación general o sectorial, por ser su elaboración lenta y costosa y no siempre al alcance de la modestia de medios de estos entes locales, una solución podría ser que el Ayuntamiento iniciase un expediente administrativo, con la debida publicidad y audiencia de los interesados, en el que se acreditase el desuso del derecho de vuelo o la conveniencia de edificar o cualquier otro motivo razonable, fijando las indemnizaciones precisas en favor de los titulares afectados. Con tales requisitos y sobre todo si los titulares consintiesen, podría la Autoridad municipal dictar el acuerdo administrativo adecuado, tomado con las debidas garantías, que podría normalizar, una vez firme, esta anómala situación que requiere perentorias soluciones.

Para el caso de que el término municipal esté incluido en una zona de ordenación de explotaciones de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, se abre otra posibilidad de solución mediante las normas de aprovechamiento del patrimonio municipal contenidas en los artículos 134 a 139 de dicha Ley. Entonces, cuando resulte conveniente (y en este caso lo sería), se podrán integrar en el oportuno proceso de reestructuración tanto los bienes de propios como los comunales y el Ayuntamiento podrá acordar que el aprovechamiento de tales bienes quede adscrito a una entidad que al efecto se constituya, de la que formarán parte las personas naturales o jurídicas que aporten bienes de cualquier clase. La aportación de bienes municipales a la entidad requiere aprobación ministerial en todo

caso y además, tratándose de comunales, el voto favorable de dos tercios de los miembros de la Corporación y exposición del acuerdo al público durante un mes para reclamaciones, quedando sin efecto dicho acuerdo si hubiere oposición de más del 20 por 100 de los vecinos. Creemos que en estos acuerdos de reestructuración caben las segregaciones, exclusiones y extinción de derechos que procedan y sean convenientes, ya que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no limita el contenido de los convenios entre el municipio y los vecinos, con tal que se respete la legislación de bienes municipales y quede a cubierto dicho patrimonio. A tal respecto, el artículo 139 de la Ley citada se preocupa de esta protección estableciendo que, aunque se adscriban a estas entidades especiales, los bienes municipales quedarán, en todo caso, inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del Municipio respectivo, precisando en la inscripción si son de propios o comunales. Para caso de disolución de la entidad creada, la Corporación municipal acordará lo que estime conveniente para la mejor explotación de los que sean de propios y se reintegrarán a sus anteriores aprovechamientos los que sean comunales.

e) *Medios no aplicables*

Dadas las especiales características de estos aprovechamientos separados que concurren sobre la misma finca, creemos que no serían aplicables los siguientes procedimientos para su extinción:

a') *La acción de división.*—En el Derecho Romano clásico la *actio communi dividundo* estaba encaminada a obtener la partición de la cosa, toda vez que la *communio* era considerada estado transitorio, siendo nulo el pacto dirigido a establecer comunidades a perpetuidad (*Digesto*, 10,3-14-2). En nuestro Código Civil, todo copropietario puede pedir la división de la cosa común en cualquier tiempo y esta acción es imprescriptible (artículos 400 y 1.965).

Pero creemos que aquí no hay posibilidad de ejercitar dicha acción, sencillamente, porque no hay comunidad. Ya hemos visto como algunas Sentencias del Tribunal Supremo han llegado a hablar de situaciones «análogas a la comunidad», solo a efectos del retracto; pero si la doctrina de estos fallos, aun resultando un tanto forzada, es admisible al darse al retracto sólo en el caso de la enajenación voluntaria de un aprovechamiento, no podría decirse otro tanto para obligar a los titulares a vender o comprar por la fuerza estos aprovechamientos que normalmente son imposibles de dividir.

b') *Redención.*—Si el artículo 603 del Código Civil da al dueño de terrenos gravados con servidumbre de pastos la facultad de redimirlos

pagando el valor de la carga, tampoco podremos aplicar esta salida para eliminar la variedad de aprovechamientos por las razones dichas al explicar su naturaleza. Aquí no hay servidumbre, ni finca ajena, ni carga; ni dentro de la concurrencia de aprovechamientos hay uno que sea prevalente o básico y otros de inferior categoría, ya que todos sus titulares gozan en principio de igualdad jurídica.

c') *Cercado de la finca*.—Tampoco creemos aplicable la posibilidad que el artículo 602 del Código Civil concede al propietario que cerca su finca con tapia o seto de liberarla de una comunidad de pastos, pues, repetimos, aquí no hay comunidad. Pero es que, además, no hay posibilidad de aislar la propia finca, puesto que cada titular está obligado a tolerar el paso a los demás cotitulares para que éstos puedan obtener los frutos de sus respectivos aprovechamientos y mal se puede compaginar esa permisión obligada de paso con el cierre de la finca.

IV. CUESTIONES REGISTRALES

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se acepte, tanto si se considera que estamos ante una propiedad especial como si es una limitación al dominio ordinario, no cabe ninguna duda de que los aprovechamientos divididos sobre las dehesas son perfectamente inscribibles en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta que son auténticos derechos reales sobre bienes inmuebles.

Como dice POVEDA MURCIA, la falta de orientación civil ha producido la natural repercusión en los libros hipotecarios, en los que sería inútil pretender uniformidad y, lo que es más grave, encontrar siempre la claridad y precisión que son las características de la institución registral. La causa de la falta de uniformidad, nos dice, es perfectamente explicable: sin una norma positiva, clara y terminante, en la que encajar estas situaciones y sin el consuelo siquiera de una corriente doctrinal uniforme a la que acogerse en cada caso concreto, los Notarios al redactar los documentos, y los Registradores al tomar razón, hubieron de resolver el problema del modo que consideraron más acertado. Y si la doctrina no estaba ni está de acuerdo en cual sea la naturaleza de estos derechos, mal podía conseguirse esa coincidencia en la práctica (32).

De todos modos, reconociendo esta dificultad, y aunque se considere esta figura en último término como atípica o innominada, tendría entrada en el Registro y la tiene en la realidad. Entre los sistemas de *numerus clausus* o *numerus apertus*, el Derecho Hipotecario español acepta más

(32) En trabajo citado, pág. 166.

bien el segundo. Así, el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, tras hacer referencia a los derechos reales enumerados en el artículo 2.º de la Ley, dice que también son inscribibles cualesquiera otros títulos relativos a derechos reales, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales.

Esto sentado, y siguiendo la sistemática usual, veremos los puntos referentes a la inmatriculación, titularidad, título y circunstancias de las inscripciones, en cuanto a las peculiaridades que presentan los aprovechamientos separados sobre las dehesas.

A) INMATRICULACIÓN

La norma principal en la inmatriculación es la establecida por el artículo 7 de la Ley Hipotecaria de que la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y por ello los titulares de derechos reales secundarios sobre la misma finca no podrán acceder al folio registral hasta que no exista el previo asiento dominical que les sirva de base.

En consecuencia, si se considerase que los derechos de pastos o arbolado pertenecientes a un titular distinto del que lo es del suelo constituyen un simple gravamen de éste, no se podrían inscribir hasta que la finca no haya causado la inmatriculación dominical que se reputa unida a dicho suelo (33).

Por el contrario, si los distintos aprovechamientos integran en total una propiedad *pro diviso* o comunidad especial, cualquiera de sus titulares podrá inmatricular la finca, pero haciendo constar, como es natural, que solo se inscribe el derecho parcial de suelo o vuelo que motive el asiento y entendemos que en este caso se debe citar a los titulares de los otros derechos de la misma finca, como determina el artículo 278 del Reglamento Hipotecario. La misma doctrina contiene el artículo 377 del citado Reglamento que nos puede servir por analogía; según él, en el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito.

Los medios o procedimientos de conseguir la inmatriculación en la actualidad serán los generales del expediente de dominio, acta de notorie-

(33) Entonces, según el artículo 7-2.º de la Ley Hipotecaria, los interesados podrán instar la práctica de la inscripción dominical previa por el procedimiento señalado en el artículo 312 del Reglamento.

dad, título público del artículo 205 y los demás que se contienen en la legislación hipotecaria. Antiguamente, tal como estaba permitido, la inmatriculación de estas fincas o de los derechos de vuelo o arbolado, se hacía generalmente en virtud de información posesoria o de certificación de posesión en favor del Estado, pero estos medios ya no son idóneos ni existen en la Ley Hipotecaria.

Una vez conseguido el asiento inmatriculador, que abre el folio registral, en él se practican todos los asientos sucesivos que vienen a constituir el registro particular de la finca, según el artículo 243 de la misma Ley.

En la práctica de los Registros extremeños, según nos informa ALEJO LEAL y hemos visto por propia experiencia, se encuentran inscripciones de arbolado y otras relativas al suelo separadamente, si bien en el folio de una misma finca. Es de observar que la primera inscripción de la finca afectada es indistintamente la relativa a uno u otro derecho; así, por ejemplo, ocurre con la finca «Canaleja de Cantos», de la que se inscribió primeramente el suelo y luego, por la inscripción 6.^a, «el monte alto de encina y alcornoque de la dehesa de este número... y consiste en tres mil árboles de la primera clase, así como el derecho de propiedad de lo que se críe y aposte en lo sucesivo»; en cambio en la finca «Barrera de San Román», se practicó como inscripción primera la del «monte alto y derecho de apostar». Y ya hemos visto que en la finca que fue objeto de la Resolución de la Dirección General, se inscribió en el Registro de Castuera como «Finca rústica: aprovechamientos de yerbas y agostaderos en el año y en la parte no sembrada de un terreno o tachón llamado Gallegas y Casa Blanca». Aunque sustancialmente son parecidas las fórmulas empleadas en los Registros distintos de Extremadura, hay cierta variedad en la designación de los derechos; así vemos que en una finca se inscriben cierto número de maravedises y la tercera parte del arbolado existente; respecto de otra, se inscribe el suelo haciendo constar que el vuelo pertenece a particulares, etc. En realidad estas variedades responden a la multiplicidad de supuestos que se presentan.

B) TITULARIDAD

De acuerdo con lo antes dicho, en el folio de la finca que pudiéramos llamar común constará el contenido de los derechos distintos que los diversos aprovechamientos implican para uno de sus respectivos titulares.

A veces estas titularidades no vienen determinadas de un modo tan sencillo, pues se complican, bien por la diversidad de personas o por la dispar situación de los distintos parajes y aun parcelas dentro de la finca

en que a veces se ejercen por separado los varios aprovechamientos posibles.

a) *Multiplidad de titulares*

Ya indicamos antes que es corriente la multiplicidad de personas en el goce de un aprovechamiento. Si se trata de una titularidad indivisa, el principio de especialidad requiere la determinación de la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente; el artículo 54 del Reglamento Hipotecario explica que no se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga. Recordando lo que nos decía ALEJO LEAL sobre las partes alícuotas llamadas maravedises o acciones o las denominaciones de medidas locales, entendemos que en los nuevos asientos que se practiquen en el Registro deberán traducirse estas participaciones a otras del sistema decimal que supriman toda posible confusión de la que deberá huirse de modo definitivo.

b) *Existencia de distintas parcelas*

El supuesto de la multiplicidad o variedad de distintas hazas o parcelas dentro de la finca puede suponer mayores complicaciones si, por ejemplo, el suelo de una dehesa está dividido en diversas suertes o trozos de labor de varia medida y situación, con pertenencia cada una a un titular distinto y aun con aprovechamientos diferentes. Y se puede complicar aún más si pensamos en la distribución a su vez entre pastos de invierno y pastos de verano. Estos casos no son imaginarios, sino existentes en la realidad, con modalidades que a veces alcanzan grados inverosímiles. Entonces podrían surgir auténticos problemas registrales; en efecto, si hay que inscribir en el mismo folio todas las mutaciones jurídicas de los distintos aprovechamientos de la finca se originará una situación de mezcla, al aparecer situaciones que se refieren a porciones diferentes de terreno, todo además bastante complicado; porque pueden acumularse hasta centenares de inscripciones en el mismo folio.

Ya señalaba POVEDA MURCIA la posibilidad de estas anomalías y apuntaba que si a esto se añadían las servidumbres de paso para el servicio de las hazas del monte, los usufructos tan frecuentes en las transmisiones *mortis causa*, nuevas indivisiones y transmisión de participaciones, el folio registral podría resultar un laberinto impracticable si no se adoptaba algún sistema a título de señalización para andar por él. Y nuestro querido compañero parecía atisbar la solución a este problema en la adopción del folio múltiple, que ya había aparecido en nuestra legisla-

ción con ocasión de la propiedad de casas por pisos, más conocida por la «propiedad horizontal»; en ella, como es sabido, hay un folio común donde aparece inscrito el edificio en su conjunto y después, folios u hojas filiales independientes para cada uno de los distintos pisos susceptibles de dominio separado, relacionados con el folio matriz. Es una práctica ya generalizada y de gran resultado en los Registros para la claridad y precisión de los derechos. Eso es lo que propugnaba POVEDA, diciendo que la inscripción principal se dedicaría a la totalidad de la finca, constando en este folio los aprovechamientos que se refieran a su totalidad, pudiendo pasar después, tanto ellos como los aprovechamientos parciales a folios distintos donde se detallase su contenido y biología jurídica, haciendo las oportunas referencias tanto en la inscripción principal como en las especiales (34).

Esta es la solución que nos parece adecuada y no creemos que en nuestra legislación hipotecaria haya nada que se le oponga y sí bastantes datos que nos animen a aceptarla por analogía. Veamos que en la reforma del Reglamento Hipotecario por el Decreto de 12 de noviembre de 1982, por el nuevo artículo 68 se autoriza la inscripción en folio separado de las cuotas de fincas de garaje que lleven adscrito el uso exclusivo de una plaza concreta, con su mismo número y marcando otro correlativo referido a esta cuota.

Y en la esfera específicamente rústica, sin necesidad de acudir a la urbana, también tenemos una norma análoga en el nuevo artículo 66 del mismo Reglamento Hipotecario. En las aguas privadas pertenecientes a comunidades, además del asiento principal o matriz en el que constan todas las circunstancias generales o comunes, se podrá inscribir en folio aparte y como finca independiente la cuota de agua que corresponda a cada partícipe y los demás bienes afectos a la misma, con referencia a la inscripción principal; y esta opción voluntaria se convierte en obligatoria cuando se inscriban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre la misma, pues entonces los folios separados son preceptivos, extendiéndose en todo caso las notas marginales de referencia.

En consecuencia, no dudamos en proponer como aceptable y aun deseable este sistema de folio principal, completado por otros folios filiales, como solución al problema de la necesaria claridad en los asientos registrales, alejando toda confusión y riesgo de litigios.

(34) *Obra citada*, págs. 166 a 169.

C) TÍTULO Y CIRCUNSTANCIAS

En cuanto a los títulos aptos para constituir, transmitir, modificar o extinguir los derechos relativos a los aprovechamientos, no existe ninguna particularidad especial en las dehesas extremeñas que los distinga de los destinados a cualquier otra finca rústica. A efectos del Registro, serán adecuados los contenidos en documentos notariales, administrativos o judiciales que se determinan en los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria y 34 de su Reglamento.

Las circunstancias que han de contener y que deben figurar en la inscripción son también las establecidas en general por el artículo 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, referentes a las personas, las fincas y los derechos de que se trate.

La especialidad en este caso podrá radicar en que debe detallarse cuidadosamente el contenido, la extensión y los plazos de ejercicio de los aprovechamientos, así como los límites y obligaciones recíprocas que afecten a los cotitulares, derivados de las peculiares relaciones que existen entre ellos. Cuanta mayor sea la claridad y el detalle que se empleen en estos títulos constitutivos para reflejar minuciosamente el contenido de los derechos que se inscriban, disminuirá la probabilidad de litigios, casi siempre originados por la oscuridad del título constitutivo en la determinación de los límites recíprocos entre los cotitulares.

V. CONCLUSION

La comunidad matrimonial de bienes del Fuero del Baylio y los aprovechamientos divididos de las dehesas son dos instituciones peculiares de Extremadura que, por carecer de normas legales específicas, han motivado discusiones doctrinales y a veces cuestiones litigiosas sobre su contenido y existencia, que de otro modo no se hubieran presentado.

Las compilaciones existentes en las regiones donde rige el Derecho Foral, en cambio, son evidentemente útiles a estos efectos, tal como hemos visto al aludir a la regulación de la corraliza o los helechales que en Navarra corren por cauces parejos a los aprovechamientos de las dehesas extremeñas.

Y aquí se nota la falta de una regulación que delimite claramente el entramado jurídico de estas instituciones peculiares, ya que ahora no hay más camino que acudir a la costumbre para suplir los frecuentes fallos de la verdadera voluntad de los constituyentes de estos derechos.

Por supuesto, siempre quedará también abierta la puerta de las resoluciones judiciales, pero éstas se producen como consecuencia de litigios, nunca deseables. Entonces habrá que considerar en todo su valor

las aportaciones de la doctrina, útiles por ser desinteresadas; éstas pueden contribuir a que se aclaren situaciones confusas, desentrañando la esencia de estas instituciones, lo que supondrá de paso contribuir a la convivencia y la paz de los labradores y ganaderos de nuestros campos.

Debemos aclarar que no se trata de descubrir fósiles, ni mantenerlos a toda costa por puro tradicionalismo o inercia. Si una institución secular permanece viva será porque rinde aun su utilidad y tiene el vigor suficiente para subsistir, pues en otro caso habría muerto irremisiblemente.

Si esta institución sigue siendo útil, merece la pena defender su existencia. Pero será más interesante aún mirar esta figura con prisma de futuro y ver como es posible acomodarla a las nuevas directrices económicas y sociales encaminadas a una competencia de mercado.

De no ser así, aun con todo el cariño que las cosas ancestrales merecen, se impondrían las reformas precisas para poner al día unas estructuras que quedarían anquilosadas si no son aptas para la época actual. Y así es como preferentemente deben ser estudiadas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Doctor en Derecho, Registrador de la Propiedad
y miembro de la Asociación Española de Derecho
Agrario

La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (Art. 1.441 C.C.) y su alteración convencional

NORMAS DE INDIVISION EN EL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE
REGIMENES ECONOMICO-MATRIMONIALES. PARTICULAR
ESTUDIO DEL ARTICULO 1.441 *

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

A) PRESUNCIONES Y REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La técnica jurídica que comportan las presunciones parece consustancial con la normativa del derecho de familia y más específicamente con la regulación de los regímenes económicos del matrimonio. La constatación de este hecho se alimenta de datos objetivos que nos facilita la historia del Derecho privado, donde se observa como la idea de presunción se encuentra profundamente incardinada en la estructura normativa de los regímenes económicos del matrimonio solventando ciertos problemas que su realidad ofrece. Tales son, fundamentalmente, los que pudieran plantearse ante la aplicación de unos principios patrimoniales, pensados para relacionar personas extrañas entre sí, sobre una realidad específica, totalmente diversa, como es el matrimonio. En esta relación tan compleja resulta principio definidor el que los implicados no son ajenos el uno al

* Trabajo realizado en la Facultad de Derecho de Poitiers con una Beca para Investigación otorgada por el Consejo de Europa, junio-julio 1983.

otro sino, muy al contrario, se encuentran vinculados por lazos íntimos cuya intensidad trasciende a menudo la esfera de lo que resulta aprehensible por el derecho.

En este sentido, y a partir de la antigua presunción muciana (1), todas las codificaciones han recurrido con frecuencia a esta especial técnica normativa para acomodar los dictados del Derecho a la realidad patrimonial del matrimonio. Las presunciones de poderes entre los cónyuges, de mandatos tácitos entre ellos, y, muy especialmente, las presunciones de indivisión respecto de ciertos bienes, han resultado pilar básico para que el legislador regulara la estructura económica del matrimonio.

No nos resulta posible efectuar en este momento un estudio global de todas estas disposiciones, pues aún no careciendo el mismo de interés, excedería los límites y posibilidades que tenemos marcados. Ahora bien, ante la necesidad de elegir, fácilmente se nos alcanza la gran importancia que tiene una aparentemente simple regla probatoria: la norma que presume la indivisión. Tal presunción de comunidad ocupa un lugar esencial en la construcción técnica y funcionamiento de los regímenes económico matrimoniales (2).

A partir de la constatación de este hecho, cuya validez parece incuestionable, creemos de gran interés intentar comprender el sentido y alcance de tal presunción en un régimen como es el de separación de bienes, donde la misma *prima facie* se revela contradictoria.

Tal premisa se asienta en la constatación de las características básicas del régimen disociativo. En principio, este régimen se opone netamente al de comunidad al no prever la existencia de una masa patrimonial común. No hay sino bienes personales sobre los que cada esposo ejerce libremente los usuales poderes de administración y disposición. Consecuentemente, en pura teoría, la separación de bienes quisiera llevar a sus últimas consecuencias el postulado de que el matrimonio deja independientes la fortuna del marido y de la mujer, resultando reveladora la afirmación de SAVATIER de que «el matrimonio de las personas no comporta el matrimonio de los bienes» (3). De manera que, pudiera pensarse, el régimen de separación no plantea aparentemente problemas específicos derivados de la confusión de bienes. La permanencia del aislamiento jurídico-patrimonial de los esposos lo impediría.

(1) POMPONIO D. L. 51, tit. *De donationibus inter virum et uxorem*, XXIX, 1.

(2) Así se manifiesta PONSARD, M.: «La presumption de communauté», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1948, pág. 390.

(3) SAVATIER, R.: *Le droit, l'amour et la liberté*, 2.^a ed., 1963, pág. 115.

Creemos haya sido este autor quien más claramente ha puesto de relieve, en su día, las contradicciones que existen en este tipo de régimen, continuando aún con gran vigencia las ideas vertidas sobre su estructura y función. Tanto en la obra citada como en el interesante estudio *Des inconvenients du régime conventionnel de separation de biens*, Dalloz hebdomaire, 1929, pág. 21.

Ahora bien, en la práctica tal independencia aparece cuestionada, pues la realidad de la vida cotidiana produce una confusión de bienes y poderes. Normalmente, los intereses de los esposos se mezclan inextricablemente haciendo necesaria, tanto durante su vigencia como a la hora de su extinción, la liquidación, o al menos precisión de ciertas titularidades. Tarea que contradice la esencia fundamental del régimen. Sin embargo, para solventar tales problemas, surgen las normas de indivisión tanto en régimen de gananciales como de separación. Será este último caso el que va a merecer nuestra atención. Tras ello, suponiendo un tema con cierta independencia, estudiaremos en el capítulo final la admisibilidad de los pactos que afectando a la titularidad de los bienes en régimen de separación no derivan de norma legal sino de la voluntad de los esposos. Pactos no sólo derogatorios del artículo 1.441, sino, como veremos, con mucha mayor trascendencia.

B) LAS NORMAS SOBRE INDIVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código sigue haciéndose eco de la larga tradición latina que establece una serie de normas presuntivas sobre la titularidad de los bienes que se encuentran en la esfera patrimonial de los cónyuges cuando éstos no pueden acreditar su exclusiva pertenencia. La presunción que, en su origen favorecía al marido, se proyecta ahora con unos perfiles distintos ante las concepciones igualitarias de marido y mujer en el ámbito matrimonial.

El Derecho romano, como hemos tenido ocasión de apuntar, parece que consagró la presunción muciana, según la cual los bienes de la mujer cuya procedencia no pueda justificar se presume que son donaciones del marido (4). Tal presunción pasó a los sistemas jurídicos influidos por el Derecho romano y, en nuestro país, tuvo gran arraigo en los derechos catalán y balear. Tan es así que la Compilación catalana continúa manteniendo la misma en el artículo 23, a pesar de que autorizadas voces, como la de DELGADO ECHEVARRÍA (5), solicitan su derogación, pues «produce desplazamientos patrimoniales sin causa en perjuicio de la mujer y a favor del patrimonio del marido» (6).

El Código francés, por su parte, no la recoge sino que, por el con-

(4) Sobre el tema de tal presunción *vid.* el completo estudio de DELGADO ECHEVARRÍA, J., en *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Ed. Tecnos, Madrid, 1974, págs. 167 a 264. Asimismo, PUIG FERRIOL, L.-ROCA TRÍAS, E.: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, tomo II: *Derecho familiar catalán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 88-104.

(5) *Op. y loc. cit.*

(6) Línea mantenida en el II Congreso Jurídico Catalán. Conclusión. 12 de la sección 3.^a

trario, establece desde un primer momento la presunción de indivisión en el régimen de gananciales —artículo 1.402— para, con ocasión de la reforma de 1965, introducirla en el régimen de separación a través del actual artículo 1.538.

Sin embargo, debe destacarse que el precedente francés no es el único en el que se fijó nuestro legislador para sancionar el actual artículo 1.441, pues también el Derecho foral había normado la presunción que tratamos estableciendo la indivisión para el régimen de separación. Concretamente, tanto el artículo 3 de la Compilación Balear como la Ley 103,3 de la Compilación Navarra establecen la mencionada regla, si bien esta última ya es posterior a la reforma francesa.

El artículo 3 de la Compilación Balear, de la misma manera que ocurrió con el artículo 1.538 del Código francés que posteriormente examinaremos, suscitó no pocas críticas entre los comentaristas más autorizados quienes, contrarios al mantenimiento de la presunción muciana, lo son asimismo de la actual regla de indivisión carente de arraigo ninguno como tampoco lo tenía en el Derecho navarro. En este sentido MASOT MIQUEL (7) habla de la «presunción de copropiedad que, con tanta ligereza como imprevisión viene a ocupar dentro de nuestro Derecho el lugar de la presunción muciana».

Por su parte, la Nota de la Recopilación Privada de Navarra comenta en relación con el párrafo 3 de la Ley 103 que «es una norma práctica para resolver la pertenencia de los bienes cuya propiedad privativa no se demuestre».

Más recientemente la Ley de 19 de mayo de 1975, que modifica todo el estatuto jurídico de la familia en el Derecho italiano, incluye también la presunción de indivisión con carácter general en el régimen disociativo, apareciendo contenida tal regla en el actual artículo 219.

Actualmente, en el Código Civil, ha de constatarse la existencia de dos normas que consagran la indivisión. Una, la primera, se recoge en el artículo 1.361, proyectándose sobre la sociedad de gananciales. Otra, más polémica, introducida por la reforma de 1981, se contiene en el artículo 1.441 instituyendo un resultado aparentemente contrario a los que inspira el régimen económico en que se incluye. Debe destacarse, asimismo, que el contenido del artículo 1.441 extiende su vigencia al régimen de participación en base a lo dispuesto en el artículo 1.413, que hace aplicables a este régimen las normas relativas a la separación de bienes cuando, como aquí acontece, no sea materia específicamente prevista en su regulación. Consecuentemente, la idea de comunidad sobre los bienes

(7) MASOT MIQUEL, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., tomo XXXI, vol. 1.º: *Compilación de Baleares*, artículos 1-65, EDESA, 1980, pág. 77.

cuya titularidad resulte falta de acreditación es principio tenido en cuenta por el legislador para todos los regímenes económico-matrimoniales que regula.

La primera observación que merecen los dos artículos citados es la muy distinta fundamentación de uno y otro, acorde en un caso con los principios inspiradores del régimen de comunidad, mientras que, en el otro, se presenta totalmente contrario a los mismos (8). Este primer dato obliga, necesariamente, a estudiar las razones que han movido al legislador para establecer tan específica norma y, de esta manera, facilitar la posterior comprensión de su significado y alcance (9).

Desde este punto de vista, la presunción de copropiedad parece más fácil de justificar en el régimen legal, ya que se revela como consecuencia lógica del principio consorcial dominante. Afirmación que apoyamos en la normal cotitularidad de los bienes familiares en este régimen donde lo anómalo resultaría la consideración de una propiedad individual de los esposos. Consiguientemente, en principio, de igual manera que parecería extraña una presunción de titularidad exclusiva en un régimen comunitario, lo es una norma determinante de la propiedad indivisa para un régimen de separación de bienes. En él, lo usual no será la confusión dominical de los bienes sino, por el contrario, el que tengan su origen en el patrimonio de uno u otro, debiendo adscribirse, en consecuencia, a la esfera del esposo que haya soportado su adquisición.

La presunción del artículo 1.361 es, de acuerdo con lo expuesto, una norma armónica con las que regulan el régimen consorcial. En este sentido expresa REBOLLEDA VARELA (10) como tal presunción «significa la armonía fundamental en un régimen en el que hay bienes comunes y privativos, en que hay normas para unos y otros, y en el que la presunción de comunidad resuelve conflictos internos del propio funcionamiento legal del régimen».

Por su parte la norma que consagra la indivisión en el régimen de separación ha sido más discutida en cuanto a su fundamentación y necesidad, pues ha de asentarse en unas bases distintas cuya precisión, como ya hemos apuntado, resulta más polémica. En el fondo el legislador ha pensado que la práctica ofrece la existencia de no pocas dificultades de

(8) En este sentido, REMY, P.: «Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux», tesis inédita realizada en Poitiers, 1971. afirma que tal presunción no tiene *vocation naturelle*.

(9) Sobre el tema de la fundamentación plantean distintas tesis LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV: *Derecho de Familia*, edición experimental, fascículo tercero, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 520), quien basa la presunción en el propio artículo 1.361, de la que resulta ser lejano eco, y REBOLLEDO VARELA, A. L. (*Separación de bienes en el matrimonio*, Ed. Montecorvo, 1983, páginas 104 y ss.), quien evita toda referencia a la norma del artículo 1.361.

(10) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 103.

prueba acerca de la titularidad de ciertos bienes pertenecientes a los esposos en régimen de separación y que tal confusión material de bienes, producto de una íntima convivencia, exigiría de manera clave y tajante la posibilidad de resolver una eventual y continua situación de duda. Por ello, se dice, establece la consecuencia de la indivisión. Sin embargo, nada hubiera impedido plantear el caso de que, en supuestos de duda, el derecho exclusivo de uno u otro esposo fuera prevalente en base a ciertos criterios o indicios (11).

Sin que pueda olvidarse la existencia previa de la norma en el Derecho balear, tan criticada por algún autor, parece de gran interés observar la génesis de la misma en el Derecho francés, a cuyo impulso da gran prevalencia nuestro legislador. Tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa veían la necesidad de la presunción pero, a la vez, se sentían obligados a dar un trato igualitario para ambos cónyuges, muy difícil de producir de no sancionarse la indivisión. Por ello la Ley de 13 de julio de 1965 acoge tal solución para el régimen de separación en su artículo 1.538, párrafo 3 de la misma manera que se refleja en nuestro artículo 1.441, y los autores franceses justifican el resultado del precepto, más que un principio de justicia distributiva, paralizado en un régimen de separación de bienes, en un criterio de prudencia ante las dificultades de decantar la presunción a favor de uno u otro cónyuge (12).

Tal explicación sirve para dar una justificación teórica a nuestro artículo 1.441. Sin embargo, resulta esencial comprobar si en la realidad esto es así. Es decir, observar si el derecho común permitía dar soluciones a todos estos casos de duda o, por el contrario, la presunción de indivisión era una necesidad exigida por la realidad de los matrimonios en régimen de separación. Esta interrogante va a latir a lo largo de nuestro estudio y su solución será uno de los primordiales objetivos perseguidos.

En cualquier caso, es importante precisarlo, la necesidad de esta regla se veía siempre subordinada a la posible acreditación de la normal titularidad exclusiva de uno solo de los cónyuges. De manera que para su exacta configuración ha de predicarse, como característica esencial, la accesoriedad respecto del sistema de bienes exclusivos en materia de separación y, consiguientemente, la accesoriedad respecto de los principios

(11) En este sentido, TROPLONG (*Le droit civil expliqué*, París, 1854-1864; *Du contrat de mariage*, tomo III, núm. 2.246) mantenía la vigencia de la presunción muciana ante el silencio del Código que, respecto del régimen de separación, no sancionó la presunción de indivisión hasta la reforma de 13 de julio de 1965.

(12) En el fondo todos los ordenamientos que consagran esta regla la justifican de manera similar en razón a esas dificultades prácticas que la convivencia común ocasiona en orden a la prueba de titularidad de ciertos bienes. Baste aludir a la ya comentada Nota de la Recopilación Navarra al explicar la necesidad del último párrafo de la Ley 103.

probatorios del derecho común. Accesoriedad que, en última instancia, pudiera ser determinante de su inutilidad si las normas comunes bastaran siempre para determinar la titularidad exclusiva de uno u otro esposo (13).

Sentados estos preliminares entendemos que la siguiente labor que debe realizarse es la de precisar la verdadera naturaleza jurídica de las normas objeto de nuestro estudio. Tradicionalmente, de una manera unánime, la doctrina cataloga todas estas reglas como presunciones. Consideración que obedece, creemos, a la falta de un estudio profundo y sistemático de esta especial forma creadora de normas jurídicas y a sus aparentemente escasas consecuencias prácticas. Sin embargo, en contra de esta línea doctrinal estimamos necesario un tratamiento profundo y riguroso de este particular para mejor comprender su fundamento, significado y alcance.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS DE INDIVISION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE REGIMENES ECONOMICO-MATRIMONIALES

Tradicionalmente, como hemos puesto de relieve, se viene considerando que las normas apuntadas, es decir, tanto la contenida en el artículo 1.361 como en el 1.441, se pueden encajar dentro de esa especial categoría de reglas constituida por las presunciones. Esta afirmación, válida incuestionablemente referida a la presunción de gananciales en el régimen legal, entendemos no lo es con respecto al artículo 1.361, siendo susceptible de una revisión crítica. Para ello, necesariamente, hemos de sentar, muy brevemente, las bases esenciales de presunciones y ficciones, normas estas últimas dentro de las cuales pretendemos encajar el dictado del artículo 1.441.

A) PRESUNCIONES Y FICCIONES EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO (14)

Presunciones y ficciones son categorías normativas existentes desde muy antiguo y cuya finalidad originaria puso de relieve IHERING (15) al

(13) Sobre este particular acertadamente intuye CAMPO VILLEGAS, E. («En torno a la transformación del régimen de gananciales en el de separación de bienes», en *Revista Jurídica Catalana*, 1977, pág. 303), que tal presunción de proindivisión produciría en la práctica un paulatino incremento de estas comunidades que, en parte, desvirtuaría el régimen querido de separación. Por ello parece necesario tener siempre muy en cuenta el carácter accesorio de la precitada norma probatoria, evitando que lo accesorio se convierta en principal.

(14) Sobre el tema, genéricamente, *vid. Les presumptions et fictions en droit*, Etudes par C. PERELMAN y P. FORIERS, Bruxelles, 1974.

(15) IHERING, R.: *L'esprit du droit romain*.

insertar en un rígido sistema una nueva regla que permita el acercamiento del supuesto a una norma admitida. En el fondo, como afirma GENY (16), suponen una reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho, siendo una especial manera de elaboración técnica del derecho objetivo.

Estas categorías, dentro de esa especialidad común a ambas al vincular apariencia y realidad, tienen unas características propias que vamos a intentar deslindar.

a) *Las presunciones*

Resulta la presunción una especie normativa que fundamenta un efecto jurídico en la probabilidad de que se haya verificado el supuesto de hecho al que el ordenamiento jurídico liga tal consecuencia. Ante ciertas dificultades, normalmente probatorias, la ley efectúa una valoración de probabilidades y atribuye preferencia a uno de los eventuales supuestos de hecho. Es decir, de entre las varias realidades que pueden haberse dado en un determinado supuesto, la ley consagra la producción de una de ellas previa valoración y estimación de que resulta la más probable (17).

El esquema de la presunción requiere, por tanto, la existencia de un supuesto de hecho confuso e impreciso, difícil de perfilar por distintas y muy variadas circunstancias. A la vista de ello el ordenamiento jurídico positiviza la presunción en base a la cual se predeterminan en una concreta dirección los hechos jurídicos cuestionables. Predeterminación que trae como necesaria consecuencia la atribución del efecto jurídico que otra norma positiva otorga a ese supuesto de hecho que ya tenemos perfilado.

De acuerdo con ello resulta muy importante destacar algo apuntado anteriormente: el dato de que la Ley fundamenta la creación de la norma presuntiva en la probabilidad. En este sentido, si observamos como ejemplo el artículo 1.361 podemos afirmar que ante un régimen de gananciales lo normal, es decir lo probable, será que los bienes acerca de los cuales se plantean dudas en cuanto a su titularidad, sean bienes comunes a ambos cónyuges. El mayor número de fuentes para crear o aumentar el caudal comunitario en relación con las que existen para modificar los patrimonios privativos (18) produce como necesaria consecuencia lógica

(16) GENY, F.: *Science et technique en droit privé positif*, Ed. Sirey, París, 1921, tomo III: *Elaboration technique du droit positif*, núm. 2.228

(17) Tales consideraciones las efectuamos básicamente referidas al Derecho privado, ya que en el ámbito del Derecho público la motivación que inspira al legislador puede ser distinta y no estar ligada a la probabilidad. Basta examinar para comprobarlo la presunción de inocencia del Derecho penal.

(18) Tengamos en cuenta lo que con gran precisión establece LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, fascículo 2.º, pág. 355) en el sentido

mayores probabilidades de que los bienes discutidos sean gananciales y no privativos.

Por el contrario, y ya podemos adelantarle, en materia de separación de bienes la norma del artículo 1.441 no está basada en la probabilidad. De manera opuesta a lo que ocurre con el régimen consorcial, es incuestionable que lo normal sería la titularidad de los bienes en uno u otro esposo, pues las fuentes de creación de un patrimonio común son teóricamente inexistentes.

1. *Presunciones iuris tantum y presunciones iuris et de iure*

En materia de presunciones la aleatoriedad que puede implicar la idea de probabilidad como factor determinante de la elección del supuesto de hecho se ve a menudo corregida por la posibilidad de la prueba en contrario. De esta manera, aparecen configuradas las denominadas presunciones *iuris tantum* en las cuales la elección que la norma efectúa entre los varios supuestos de hecho posibles puede desvirtuarse mediante la prueba en contrario. Es decir, mediante el mecanismo de que quien se siente perjudicado por la presunción acredite la realidad de un supuesto de hecho diferente al que la Ley ha elegido por considerar probable. De acuerdo con ello podemos describir como ante el supuesto de presunción contemplado en el artículo 1.361, es decir, la catalogación de los bienes como consorciales, el esposo que se considera titular exclusivo de los mismos puede impedir la efectiva aplicación de la norma presuntiva mediante la acreditación, a través de los usuales medios probatorios, de su pertenencia. Con ello el efecto jurídico de la norma no entrará en juego.

Junto con esta especie y, en cierta medida, opuesta a ella, se encuentran las presunciones *iuris et de iure*. En éstas se eleva a categoría de axioma indiscutible esa valoración de probabilidades que la Ley, internamente, realiza. El resultado de esa valoración es considerado inatacable por la norma que así lo establece. De tal manera que una vez producido el supuesto necesario para que entre en vigor la presunción ya no es posible que el perjudicado por ella evite la consecuencia prevista en la regla presuntiva acreditando que el supuesto de hecho fue otro diferente

de que el patrimonio personal conserva su posición inicial sólo modificada por nuevas adquisiciones a título gratuito, por la transformación de los bienes que primitivamente lo integraban en otros que ingresan a cambio y reciben la misma cualificación patrimonial (subrogación real) y por los deterioros, pérdidas y gastos improductivos que lo disminuyen o accesiones que lo aumentan. Todas las demás mutaciones patrimoniales afectan a la masa común, y toda vez que los frutos y ganancias, aun de bienes privativos, pasan a engrosarla, es fácil pensar en la preponderancia de su importancia al tener prácticamente cegadas sus fuentes de acrecimiento las masas patrimoniales privativas.

al establecido por la Ley. Consecuentemente la distorsión entre la efectiva realidad y la apreciación que de la misma hace el derecho objetivo puede existir. La presunción *iuris et de iure* establece y concreta que en ciertas situaciones existe un determinado hecho jurídico, sea o no cierto, por estimarse muy probable que así haya ocurrido, no admitiéndose la prueba en contrario de que la realidad no es tal. Sería el caso de establecerse imperativamente que, en un régimen legal de gananciales, todos los bienes sobre los que no existiera un título material y escrito de propiedad exclusiva se considerarían comunes. Sin que fuera posible acreditar por otros medios la falsedad de tal presupuesto.

En la práctica no son frecuentes las presunciones *iuris et de iure*, y las que existen se asemejan a las presunciones *iuris tantum*. Tal semejanza deriva de que si bien, teóricamente, no admiten prueba en contrario, ocurre que su supuesto de hecho incluye las formas de evitar las consecuencias de la presunción. Así, por ejemplo, el artículo 541 del Código Civil (19) supone presumir la existencia de un convenio para la creación de la servidumbre, y para evitar que nazca no es posible utilizar cualquier medio probatorio que acredite la inexistencia de tal acuerdo sino únicamente expresar «lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas» o hacer «desaparecer aquél signo antes del otorgamiento de la escritura» (20). De esta manera, en realidad, muchas de las presunciones absolutas implican únicamente una restricción de medios probatorios, pues si bien no admiten la prueba en contrario con carácter general, incluyen en su supuesto de hecho los medios probatorios capaces de desvirtuar su conclusión.

En el fondo, de acuerdo con lo expuesto, cabe afirmar que uno y otro tipo de presunción no presentan grandes diferencias, si bien, en pura teoría, la presunción absoluta puede legitimar lo falso mientras que la presunción relativa hace esto más difícil al admitir genéricamente la prueba en contrario.

b) Las ficciones

En la línea según la cual la norma puede ir distanciándose cada vez más de la realidad encontramos esta categoría de las ficciones. Es decir, la ficción supone una última etapa en este *iter* en el que realidad y derecho se van alejando paulatinamente.

En esta especie normativa el ordenamiento jurídico, conscientemente, legitima, dada su capacidad para ello, lo que resulta falso para de esta

(19) Dice este artículo 541 que «la existencia de un signo aparente de servidumbre... se considerará como título...».

(20) Sobre este tema *vid.* mi trabajo sobre *Constitución de servidumbres voluntarias en el Derecho español*, Ed. Montecorvo, 1984.

manera poder atribuir a un determinado supuesto unas consecuencias jurídicas que no son las que normalmente produciría tal hecho. Así entendidas, las diferencia entre presunción y ficción no es difícil de establecer a nivel teórico, pues mientras que la presunción juega sobre el supuesto de hecho, fijándose en uno u otro sentido para posteriormente atribuirle el efecto jurídico que al mismo corresponda, la ficción juega sobre la consecuencia en cuanto que atribuye un efecto distinto al que según el derecho objetivo común correspondería.

Lógicamente la ficción no atribuye la consecuencia jurídica en base a la probabilidad de que se haya producido un hecho jurídico determinado. Ya hemos enunciado que al proyectarse su especialidad sobre la consecuencia y no sobre el supuesto de hecho las probabilidades de que éste sea uno u otro son irrelevantes para la norma ficticia. La ficción atribuye el efecto o resultado jurídico atendiendo a otras razones: fundamentalmente porque se cree necesario tutelar un interés o resultado distinto del que el normal juego de las normas positivas ocasionaría.

En este sentido la ficción supone una regla con una estructura muy similar a las presunciones y al resto de normas jurídicas. Existe un supuesto de hecho y, a partir de él, se establece un efecto jurídico. Sin embargo, y aquí radica su especialidad, tales consecuencias no son normales como ocurre en materia de presunciones, sino que instituyen un efecto al que no hubiera podido llegarse de ninguna forma de no existir la ficción.

Ahora bien, en materia de ficciones, también puede ocurrir algo similar a lo ya referido respecto de las presunciones *iuris et de iure*. Así, aunque utilizamos otra terminología, la ficción juega bien como norma principal, bien como regla accesoria, es decir, desempeña su función independientemente o, únicamente, con carácter subsidiario. Ejemplos típicos de una y otra son la ficción del artículo 334-4 y, ya lo adelantamos, la que resulta objeto de nuestra atención contenida en el artículo 1.441 (21).

Concretamente, el artículo 334 considera como inmuebles a las estatuas, vasos, utensilios, etc., objetos que, por sí mismos, aplicando el derecho común, nunca pudieran ser catalogados como tales. Ocurre, sin

(21) En todo caso debe destacarse que las categorías dogmáticas establecidas no tienen más valor que el de ayuda para explicar ciertas normas. Así, la idea de subsidiariedad podría aplicarse también a las presunciones absolutas.

En materia de ficciones diremos que la independencia o autonomía plena se dará cuando no haya posibilidad de alterar el supuesto de hecho mediante prueba en contrario, como ocurre con el artículo 334, mientras que la accesoriadad absoluta existirá cuando se posibilite todo tipo de prueba para precisar el supuesto de hecho. Prueba que, de no existir, llevará a la entrada en vigor de la consecuencia ficticia y a la atribución de un efecto jurídico diferente al que se daría respecto de los supuestos potencialmente planteados.

embargo, que el ordenamiento jurídico estima necesario otorgar a estas cosas un régimen similar al estatuido para el inmueble en que se encuentran. Para ello recurre a la ficción: es decir, conscientemente legitima lo que resulta falso dando lugar a una consecuencia jurídica que normalmente no podría producirse.

Por el contrario y de una manera general, decimos que en el artículo 1.441 se contempla una ficción (cosa que a continuación justificaremos) subsidiaria o accesorio. Únicamente se establece la indivisión en los casos en que no se pueda acreditar por cualquier medio probatorio la titularidad de los bienes.

Interesa, por último, dentro de este estudio genérico, destacar y subrayar, a la vista de lo expuesto, las diferencias entre presunciones y ficciones. La principal estriba en que mientras la presunción atribuye la normal consecuencia que el ordenamiento institucionaliza para un determinado supuesto de hecho, esto no es así en la ficción. En este sentido podemos decir que de no existir una concreta regla presuntiva se llegaría, posiblemente, si bien por otras vías más complicadas, a la consecuencia sancionada por la presunción. Así, en principio, ante el supuesto de hecho que contempla una «presunción *iuris tantum*» siempre se aplicará la consecuencia normalmente prevista en la Ley. Nunca se da la distorsión realidad-derecho porque la prueba en contrario lo evita. La presunción de gananciales ocasiona que si los bienes son gananciales se les aplique su régimen y si no lo son, a lo cual se puede llegar mediante la prueba en contrario, se aplique el régimen de los bienes privativos. Por lo tanto, básicamente, busca dirigir en uno u otro sentido la carga de la prueba.

Las presunciones *iuris et de iure* se asemejan más en este sentido a las ficciones. Especialmente cuando no sean accesorias, es decir, cuanto el supuesto de hecho no pueda verse mediatizado por ningún tipo de prueba en contrario (22). De esta manera, al no admitirse la misma, o admitirse muy parcialmente, puede ocurrir que la consecuencia jurídica que se atribuye al supuesto de hecho no sea la que en realidad debiera consagrarse, pues se ha apreciado la existencia de una base fáctica que no es la real. Sin embargo, en razón fundamentalmente de ciertas dificultades probatorias y para favorecer a quien pudiera resultar perjudicado por ello (finalidad asimismo patente en toda presunción relativa), se arbitra la determinación y concreción del supuesto de hecho en un cierto

(22) En el fondo, la diferencia entre la presunción *iuris tantum* e *iuris et de iure* radica en que la primera admite todo tipo de prueba en contrario y la segunda no. Sin embargo, toda vez que estamos ante categorías jurídicas sin concreción legal, no habría excesivos problemas para catalogar como presunciones *iuris tantum* aquellas que admiten algún tipo de prueba en contrario, y como presunciones *iuris et de iure* las que no lo hacen así. Con ello, en la práctica, esta última categoría quedaría muy disminuida.

sentido. La base de esta operación radica en una valoración de posibilidades de que así sea y, cuantas mayores sean, menor será la accesoriedad o subsidiariedad (es decir, las pruebas admitidas en contrario) de tal presunción. Por lo tanto ante una presunción *iuris et de iure* pura o independiente se produce no una inversión de la carga probatoria, sino dispensar de la misma a quien pudiera verse perjudicado por la dificultad de practicarla, pero a quien se cree necesario tutelar. Con tal esquema la posible distorsión realidad-derecho es más fácil que se produzca en comparación con el otro tipo presuntivo.

La ficción, por último, va más lejos: la consecuencia jurídica que sanciona no podría darse de no existir la norma ficticia. Así, ante el supuesto del artículo 334, no sería posible nunca establecer el carácter inmobiliario de una estatua al faltar la mencionada norma que así lo establece. En este sentido la ficción considera necesario atender a ciertos intereses reales y para tutelarlos sanciona un régimen jurídico distinto al que configuran las normas comunes. De manera que, necesariamente, toda ficción supone la derogación de alguna otra de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico. Es aquí donde verdaderamente se encuentra su esencia y la base para atribuir al artículo 1.441 la categoría de ficción.

B) EXAMEN DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1.361 Y 1.441

a) *El artículo 1.361*

A la vista de cuanto acabamos de exponer, pocas dudas se pueden plantear respecto de la regla contenida en el artículo 1.361. El legislador se limita a establecer una presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes que, estando en la órbita conyugal, no puede acreditarse su pertenencia exclusiva a uno u otro cónyuge. Es decir, impone a quien invoca el carácter propio de un bien la carga de la prueba dispensando de la misma a quien puede aprovecharse de su existencia, siendo éste el papel habitual de las presunciones legales (23).

Tal presunción es en cierta medida inútil, ya que en la mayoría de los casos ni tan siquiera implica una inversión de la carga de la prueba (24). En este sentido, normalmente, de acuerdo con el artículo 1.214 del Código Civil y en armonía con el resto de principios procesales apli-

(23) Así lo afirman PLANIOL, M.-RIPERT, G.: *Traité pratique de Droit civil français*, tomo VIII, 2.^a ed., par J. Boulanger, núm. 162.

(24) Díez PICAZO, L. (*Sistema de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 238), estima en sentido contrario que invierte la carga de la prueba de la condición privativa del bien hacia quien esto afirma. De cualquier forma no creemos necesario entrar en una polémica un tanto vana y en la que el papel desempeñado por la posesión del bien discutido sería factor de gran importancia para su resolución.

cables, es claro que quien pretende accionar respecto de algo debe probarlo (25). De todas formas en el régimen ganancial y a falta de otros títulos, las normas posesorias no bastarían siempre como título suficiente para acreditar la propiedad común de los bienes por lo cual, si bien el artículo 1.361 reafirma las normales consecuencias del fenómeno poscorio en materia de régimen legal, nunca está de más la regla indicada cobrando gran importancia en muchas situaciones. Concretamente, sin necesidad de más indagaciones, permite cumplir una de las principales funciones del régimen consorcial: facilitar el crédito de los esposos, pues supone un instrumento de inspirar a los acreedores la confianza necesaria (26). En este mismo sentido afirma LACRUZ (27) que «la presunción de ganancialidad es de extraordinario alcance práctico: al amparo del beneficio de la duda reconduce a la masa común una multitud de bienes muebles cuyo origen privativo no es posible demostrar, aunque lo tenga, pues los cónyuges no suelen guardar justificantes de sus adquisiciones particulares».

En otro orden de cosas, debemos insistir en que la base de la norma se apoya en la probabilidad de que los bienes resulten gananciales (28). Dato que nos permite configurar la regla como una presunción y, paralelamente, afirmar como sin ella, utilizando el derecho común en materia probatoria, se llegaría al resultado de ganancialidad en la mayoría de los supuestos en que hoy se aplica el artículo 1.361. Como dice REMY (29), esta presunción tiene *vocation naturelle*.

Por otro lado, la propia literalidad del precepto permite la catalogación de tal presunción como relativa al invocar expresamente la referencia a la posible prueba en contrario sin establecer cortapisa alguna. En resumen, estamos ante una presunción lógica y consustancial con el régimen de gananciales basada en la probabilidad de que los bienes tengan tal consideración consorcial. Regla con la que el legislador reafirma

(25) Así el viejo aforismo *actori incumbit probatio* es recogido desde antiguo por el Tribunal Supremo, donde ya aparece en la Sentencia de 28 de enero de 1898.

(26) Sobre el tema es de gran interés el trabajo de DAVID. I: «Observations sur l'ingerence maritale en régime legal», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1974, págs. 2 y ss., especialmente págs. 38 y ss.

(27) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Op. cit.*, tomo V, pág. 378.

(28) En este sentido, CATTANEO, G. («Commentario a los arts. 215-219 del Codice civile italiano», en *Commentario sulla riforma del diritto di famiglia*, tomo I, parte prima, Padova, 1977, pág. 485), afirma que en el caso de la comunidad la presunción parece fundarse sobre la consideración de que la propiedad común constituye la regla, mientras que la naturaleza privativa de un bien sólo puede resultar de las circunstancias específicas señaladas por la Ley.

Asimismo se pronuncia LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, pág. 355), como ya hemos tenido ocasión de comentar.

(29) REMY, P.: *Op. cit.*, pág. 468.

en gran medida, si bien con una proyección específica, las normas probatorias de derecho común y que ayuda en muchos casos a disipar dudas que pudieran plantearse sobre la titularidad de ciertos bienes. El beneficio de la duda, como ya aparecía en el antiguo derecho castellano (30), favorece a la masa consorcial, si bien puede destruirse por el juego de todo tipo de pruebas (31).

b) *El artículo 1.441*

La cuestión, como ya hemos tenido ocasión de adelantar, se plantea radicalmente distinta cuando se acomete el estudio de esta norma que resulta una novedad en nuestro derecho, careciendo de antecedentes históricos tanto en el territorio de derecho común como en los territorios forales. En estos últimos, si bien la norma existe con anterioridad, tampoco responde a una tradición jurídica sino que, al instaurarse supuso también una regla totalmente nueva. De aquí la importancia que hemos dado a sus raíces en el Derecho francés, pues, inequívocamente, nuestro legislador se ha hecho eco de la reforma gala de 1965 para estatuir la presunción de indivisión del artículo 1.441, sin que podamos olvidar nunca la existencia anterior del artículo 3 de la Compilación Balear, así como la norma paralela del Derecho navarro. En suma, acertadamente o no, el derecho foral llevaba muchos años de ventaja en este concreto punto al Derecho común, habiéndose hecho eco de las corrientes imperantes en la doctrina europea e incluso como ocurre con el derecho balear, siendo precursor de las mismas. El que su fundamento y naturaleza resulten totalmente diferentes respecto de la presunción de indivisión en el régimen legal es algo intuitivo y reafirmado por la doctrina, tanto nacional, aún escasa (32) como extranjera (33), siendo significativas las palabras de CATTANEO (34) al indicar que el planteamiento para fundamentar la presunción de indivisión respecto del régimen consorcial no es válido para el régimen de separación «el cual no prevé la constitución de una

(30) Ley 203 de Estilo y artículo 1.407 en la redacción inicial del Código Civil.

(31) Siendo objeto fundamental de nuestro estudio el artículo 1.441, no entramos en más amplios debates sobre el artículo 1.361. En todo caso debe señalarse la profundidad con que la doctrina francesa ha estudiado el tema, destacando, entre otros, PONSARD, M. A.: *Op. cit.*, 1948; SAVATIER, R.: *La communauté conjugale nouvelle en droit française*, Dalloz, 1970; CORNU, G.: *Les régimes matrimoniaux*, en collection Themis, ed. Presses Universitaires de France, 2.ª edición, París, 1977, págs. 277 a 285; SIMLER, P.: «Le conflit des présomptions en régime de communauté», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1970, págs. 478-525, y muy especialmente el trabajo de REMY, P., Poitiers, 1971, págs. 210-426.

(32) *Vid.*, como ejemplo, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 102.

(33) *Vid.* SAVATIER, R.: *La separation de biens en droit français*. Dalloz-Defrenais, París, 1973, pág. 13.

(34) CATTANEO, G.: *Op. cit.*, pág. 485.

copropiedad sobre las adquisiciones realizadas separadamente no ofreciendo motivo alguno para considerar que la propiedad común sea más probable que la exclusiva».

Consecuentemente, tal y como vamos a intentar precisar, su estructura responde a otras necesidades y por ello ha de enmarcarse en una categoría normativa diferente, no siendo posible identificar esta norma con una presunción *iuris tantum*, como tradicionalmente se ha hecho, sino que resulta algo distinto: una ficción si bien con un acusado carácter subsidiario. Y ello a pesar de que la generalidad de los autores que se han ocupado del tema (35) no lo han considerado así, ni aún en la doctrina francesa, con una mayor tradición científica sobre el particular. En este sentido el párrafo 2.º de su artículo 1.538, paralelo a nuestro artículo 1.441, ha sido tradicionalmente catalogado como una norma presuntiva. Catalogación que, entendemos, obedece a un estudio falto de detalle sobre su naturaleza jurídica, en los términos que, a continuación y modestamente en cuanto a los resultados a obtener, pasamos a acometer.

1. *El criterio de la probabilidad como determinante del resultado*

Ya hemos tenido ocasión de significar como en materia de presunciones uno de los elementos que las caracterizan es el fundamentar la elección que realizan en una valoración de probabilidades. De tal manera que se determina un concreto efecto jurídico en razón de la probabilidad de que se haya producido realmente el supuesto de hecho al que tal consecuencia corresponde porque puede resultar de difícil probanza. Elemento que juega, en mayor o menor medida tanto en las presunciones *iuris tantum* como en las presunciones absolutas. En la práctica, ante la imposibilidad de prueba en contrario que predicamos de las presunciones absolutas, es imaginable que las probabilidades de que se haya dado el supuesto de hecho que la norma elige serán mayores que en las presunciones relativas.

Aplicando esta idea al artículo 1.441 cabe observar que el legislador no ha tenido en cuenta el criterio de la probabilidad en orden al establecimiento de la consecuencia de indivisión dominical (36). Ciertamente REMY indica como *in sede* del régimen disociativo la presunción de indivisión no puede fundarse en la probabilidad. Desarrollando esta idea,

(35) Refiriéndonos a nuestra doctrina resulta cita obligada la de ALBALADEJO, M. (*Curso de Derecho civil*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 196), quien, aun hablando de presunción, parece poner de relieve uno de los elementos característicos de las ficciones al indicar que «el artículo 1.441 habla de que corresponderá a ambos por mitad, pero es claro que correspondiendo en realidad a quien corresponda, como no se demuestra se presume que es de los dos...».

(36) Así, CATTANEO (*op. y loc. cit.*) al advertir que no hay motivo alguno «para considerar que la propiedad común sea más probable que la exclusiva.».

afirmamos que lo probable no va a ser que los bienes, desde el punto de vista de su adscripción dominical, se encuentren confundidos por haberse adquirido con dinero proveniente de uno y otro patrimonio, sino lo contrario. Tal presunción, afirma REMY, no tiene una vocación natural sino subsidiaria a la vista de los principios que rigen la separación de patrimonios.

De la misma manera lo intuye REBOLLEDO VARELA (37) al indicar que «tal presunción de copropiedad es ajena al régimen de separación de bienes donde el principio fundamental que lo informa es el de separación de patrimonios y donde, de haber alguna presunción, tendría que haberla en favor de la privatividad del bien en beneficio de cualquiera de los cónyuges».

En resumen (38) la presunción de copropiedad atenta contra la esencia del régimen de separación de bienes. Máxime si tenemos en cuenta que, en Derecho español, el mencionado régimen disociativo no viene impuesto por la Ley sino que, expresamente, los esposos han de manifestar su deseo por medio de las oportunas capitulaciones de regir su vida económica matrimonial por un régimen que propugne la total separación entre los patrimonios de uno y de otro.

De esta manera, si bien en un régimen consorcial lo normal será considerar la indivisión dominical, esto no ocurrirá en el régimen de separación. En éste se tiende, en base a su propia esencia y finalidad, a la independencia patrimonial de cada uno de los cónyuges. Por ello, y a salvo de ciertos aspectos en que necesariamente ha de jugar la idea de comunidad (39) toda la vida económica del matrimonio ha de disociarse ante la existencia de dos patrimonios separados e independientes entre sí. Consecuencia de ello será que todos los bienes que se encuentran en su esfera patrimonial han de tener su origen en una u otra de las masas patrimoniales existentes. La simple lectura del artículo 1.437 del Código Civil bastaría para comprobar como la norma que estamos analizando, el artículo 1.441, no fundamenta su consecuencia en el hecho de la probabilidad; lo normal, ante un régimen de separación puro y simple, será que el bien discutido haya sido adquirido por uno u otro cónyuge si bien el paso del tiempo junto con la convivencia matrimonial, habrá borrado las señas de identidad de tal adquisición.

Por tanto, desde una perspectiva teórica, en la cual debemos movernos exclusivamente para determinar la naturaleza jurídica de un instituto, hemos de imaginar que todos los bienes detentados por los cónyuges

(37) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 102 y 103.

(38) Seguimos en este punto ideas de CAMPO VILLEGAS (*op. cit.*, pág. 303).

(39) Relacionados fundamentalmente con el contenido del artículo 1.308 y siguientes.

en régimen de separación de bienes pertenecen a uno u otro por existir dos patrimonios perfectamente aislados sin posibilidad de convergencia entre sus titulares. Estos son, en principio, extraños entre sí y tales masas patrimoniales van modificándose independientemente, siendo esencial en tal consideración no sólo la idea y operatividad de la subrogación real (40), sino también, muy especialmente, la lógica preferencia adquisitiva que, respecto de los patrimonios privativos, impone el artículo 1.437-1.º al hablar de los bienes que «después adquiera por cualquier título» (41).

Con todo ello, y en conclusión, lo que intentamos resaltar es el hecho negativo de que la norma de indivisión recogida en el artículo 1.441, no resulta una consecuencia derivada de la realidad, es decir del normal juego de los principios que informan el régimen de separación de bienes. Por el contrario, lo normal será la titularidad exclusiva y no la copropiedad de los bienes que se encuentran en la esfera matrimonial.

Para una mejor comprensión de todo este planteamiento, hemos de resaltar, pues pudiera originar ciertas dudas, que estamos estudiando un régimen de separación puro y, esencialmente, teórico. Tal advertencia es necesaria, ante la frecuencia con que, en nuestra realidad jurídica, nacen ciertos regímenes de separación, constante matrimonio, que pudiéramos denominar patológicos. En efecto, no es raro encontrar este tipo de regímenes que no son sino regímenes comunitarios desvirtuados formalmente y en los que prima la intención de evitar las trabas sobre el patrimonio familiar. De esta manera, ante supuestos de crisis económica, se acude a las capitulaciones estableciendo este nuevo régimen con el único fin de conseguir, en la medida de lo posible, defraudar a los acreedores. Estos, ante tal conducta, se ven en la necesidad de hacer efectivo el contenido del artículo 1.317 —o acudir a la vía penal, indudablemente más económica—, lo cual no siempre resultará posible por la facilidad

(40) Sobre el tema *vid.* el interesante trabajo de MARÍN PADILLA, M. L.: «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, págs. 717 a 773.

(41) Estima MARÍN PADILLA que la subrogación real carece de utilidad teórica y práctica en los regímenes de separación de bienes o en los de comunidad absoluta (*op. cit.*, pág. 717). Tal afirmación resulta cierta con carácter general, pero referida al régimen de separación de bienes necesita ser matizada. Efectivamente, se fundamenta tal idea en el hecho de que la subrogación real es un medio subsidiario que sólo se da cuando no hay otro remedio para mantener los bienes en su individualidad y afectación. Esto es absolutamente cierto en materia de gananciales en base a la norma del artículo 1.361, que consagra la ganancialidad sin necesidad de acudir al remedio de la subrogación real. Sin embargo, no puede efectuarse una norma tan tajante en materia de separación, pues el artículo 1.441 conduce a una solución distinta a la que se originaría a través del mecanismo subrogatorio. Este mantendría el carácter privativo de los bienes, aquélla establece, ante la falta de prueba, la titularidad común de los mismos.

de mutaciones patrimoniales, especialmente de bienes muebles potenciada por el actual artículo 1.323 (42).

En conclusión, del estudio de este inciso, obtenemos un dato inicialmente favorable a la catalogación del artículo 1.441 como una ficción. La presunción, vimos, descansaba sobre la probabilidad. La ficción, por el contrario, no. Indudablemente, en este sentido, deducimos que la norma estudiada se asemeja a una ficción en lugar de a una presunción.

2. La prueba en contrario del artículo 1.441

La posibilidad de una prueba en contrario, no sólo latente, sino expresamente referida en la norma cuestionada, pudiera parecer que, *prima facie*, inviste a dicha regla de una de las principales características de la presunción: la posibilidad de acomodar la situación contemplada en la norma a la propia realidad verificada.

Sin embargo, examinando detenidamente este artículo se observan ciertas especialidades respecto de tal planteamiento.

En primer lugar hemos de destacar que esta prueba es un presupuesto de la premisa fáctica. Consecuentemente, su importancia para considerar si nos encontramos o no ante una ficción es muy relativa. La especialidad de la ficción deriva de esa distorsión conscientemente realizada una vez que se da el supuesto normativo. Es decir, la ficción sanciona un efecto jurídico anómalo tras fijar el elemento de hecho (43).

En este sentido la premisa de la norma ficticia que analizamos va a ser la imposibilidad de prueba, siendo esencial destacar que no va a serlo la prueba en contrario a la copropiedad. Es diferente la falta de prueba sobre una titularidad exclusiva que la prueba en contrario a la indivisión. Por ello, tal ausencia de prueba es, en un orden lógico, previa a la declaración de indivisión. Si existe acreditación de una titularidad individual falta el presupuesto de hecho de la norma ficticia y, entonces, no entra en juego la consecuencia de indivisión en base al ya conocido carácter subsidiario del artículo 1.441 sobre el que tendremos ocasión de reincidir.

El supuesto de hecho de esta norma se compone en esencia de dos elementos. Uno de ellos, obviamente, será la existencia material de una

(42) Sobre el tema, genéricamente, *vid.* MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, páginas 47 y ss.

(43) En este sentido resulta mucho más clara la dicción de la Ley 103 de la Compilación Navarra al decir que «se presumirán la copropiedad del marido y mujer sobre aquellos bienes muebles cuya pertenencia privativa no conste». Es decir, el supuesto de hecho aparece configurado como la falta de constancia de una propiedad privativa, sin que hable para nada de una prueba en contrario.

serie de bienes incardinados en la esfera patrimonial de los esposos. El otro, la imposibilidad de prueba por su parte de una titularidad exclusiva.

Junto con esta primera idea hay otra que es preciso subrayar y que estimamos de gran importancia en orden a la configuración de la naturaleza jurídica de este instituto. Es el hecho de que la imposibilidad de uno de los cónyuges, que se pretende propietario de un bien, para acreditar su titularidad exclusiva, determinaría la necesidad de atribuir la propiedad al otro. De esta manera, de acuerdo con las normas usuales del derecho común, habría de considerarse que si uno de los cónyuges no prueba su pertenencia exclusiva sobre un bien que se discute y que, previsiblemente, estará siendo poseído por el otro, será éste quien deberá ser catalogado como propietario. Es decir, el derecho común no ofrece base ninguna para estimar la comunidad, salvo que se pruebe que en realidad existe tal (en cuyo caso la norma del artículo 1.441 no tiene, obviamente, virtualidad alguna), sino que habría de atribuirse la propiedad al otro cónyuge para no considerar la cosa *nullius*. Es cierto que el artículo 393 del Código Civil autoriza a presumir la igualdad de cuotas en una comunidad, pero también lo es que, en ningún caso, da pie para presumir la existencia de tal comunidad que, en principio, especialmente en nuestro régimen de comunidad de tipo romano, se considera antinatural.

Inciendo sobre este particular, acertadamente ha puesto de relieve REMY (44) como la recta aplicación de los principios probatorios conduciría, en materia de separación de bienes, a declarar que el objeto sobre el cual uno de los cónyuges no consiga probar su derecho pertenece al otro. De esta manera, ante las reglas procesales en materia probatoria, la duda aprovecharía a quien hubiera tenido la suerte de resultar demandado, normalmente el esposo detentador de la cosa.

En virtud de estas instituciones, entendemos que el derecho común no bastaría, en principio, por sí solo, para sancionar la solución de indivisión a salvo de las matizaciones que proyectan sobre el tema las presunciones posesorias y que luego examinaremos. Por esta razón, el legislador, tomando conciencia de las dificultades probatorias que una dilatada convivencia puede motivar, recurre a una ficción para alterar las consecuencias que la falta de prueba de un esposo produciría en el supuesto contemplado. De esta manera, sancionando la indivisión, evita que la duda aproveche al demandado contra quien no se ha conseguido acreditar una titularidad exclusiva. Por ello decimos que el artículo 1.441 supone una ficción en cuanto establece la indivisión respecto de unos

(44) REMY, P.: *Op. cit.*, págs. 466 y 467.

bienes que en teoría y como resultado de la prueba fallida de un esposo, debieran considerarse exclusivos del otro.

Pudiéramos hablar de presunción si en dicha regla en lugar de establecer la indivisión se atribuyeran al marido o a la mujer los bienes disputados, con base en ciertos datos que reflejaran la posibilidad de que así fuera. Sin embargo no se ha hecho así porque las dificultades para elegir entre uno y otro son insuperables desde el momento en que se encuentra consagrado como principio general la total igualdad entre los cónyuges. En este sentido el propio artículo 14 de la Constitución reflejado en la órbita económico-familiar por el artículo 1.328 respecto de las convenciones entre esposos, vetaría cualquier norma discriminatoria salvo que se diera preferencia, indistintamente, a uno u otro cónyuge con base en ciertos indicios. Indicios necesariamente mínimos, pues no debieran bastar para probar la titularidad de uno u otro ante los Tribunales y que no son en realidad imaginables ante la amplitud probatoria que nuestro derecho procesal contiene.

Por todo ello cabe pensar que estamos ante una norma que en un plano teórico se presenta necesaria. Necesaria porque el legislador se ve precisado a distorsionar la adecuación del derecho a la realidad creando una ficción al no existir posibilidad de presumir la preferencia de uno u otro cónyuge cuando ninguno acredite la titularidad exclusiva de un bien. Para evitar que la mera situación procesal de demandado favorezca a quien lo es, se establece la comunidad sobre los bienes indicados.

III. LA JUSTIFICACION Y ALCANCE DE LA FICCION DE INDIVISION CONTENIDA EN EL ARTICULO 1.441

Uno de los aspectos discutidos en la todavía escasa doctrina que en nuestro País se ha ocupado del tema, es el de la necesidad o no de la norma reflejada en el artículo 1.441. La polémica se encuentra abierta desde el momento en que REBOLLEDO VARELA la considera innecesaria mientras que otros autores, como por ejemplo LACRUZ, la estiman útil sobre la base de que, a menudo, las presunciones posesorias no bastarán para acreditar la titularidad exclusiva de uno de los esposos (45).

El tema resulta sugestivo y merece un pormenorizado análisis distinguiendo su posible aplicación en dos campos perfectamente diferenciados: el de las relaciones entre esposos por un lado y, respecto de terceros, por otro.

(45) Sobre el tema, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 105 a 108; LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, fasc. 3.º, pág. 520, y ALBALADEJO, M.: *Op. cit.*, tomo IV, página 196.

Asimismo hemos de significar como el tratamiento efectuado por REBOLLEDO, al estar incluido en un estudio monográfico, resulta más amplio y minucioso. Sin embargo, entendemos, no tiene en cuenta una serie de normas trascendentes y, a la vez, parece posible y necesario llevar a sus últimas consecuencias las enunciadas posibilidades de prueba en contrario. Es decir, las modalidades con que se pueden plantear ante el organismo jurisdiccional las eventuales pruebas contrarias a las presunciones posesorias. Temas todos ellos que pasamos a analizar.

A) LA NORMA DE INDIVISIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE LOS ESPOSOS

Uno de los supuestos de posible aplicación del artículo 1.441 hace referencia a la polémica entre esposos acerca de la titularidad sobre un determinado bien. Duda que puede plantearse tanto durante la vigencia del régimen como a la hora de su extinción. La cuestión resulta diferente respecto de terceros por distintas causas que veremos entre las que debe destacarse el diferente juego de las presunciones posesorias en uno y otro caso.

REBOLLEDO VARELA entiende que es en este campo donde primordialmente podría tener vigencia la norma de indivisión pero, a la vez, especifica que «su introducción en el Código Civil no obedece más que a una finalidad de aclarar titularidades dudosas cuando ambos cónyuges estén coposeyendo un bien, y ninguno de ellos pueda demostrar su titularidad exclusiva. Siendo éste el sentido del artículo 1.441, su inclusión era totalmente innecesaria porque a igual solución se llega con la aplicación de las normas de Derecho común: los artículos 448 y 464. Se presume que ambos cónyuges son copropietarios en base a tales presunciones y, conforme al artículo 393, por mitad, evitándose una norma como la del artículo 1.441...» (46).

Ahora bien, prescindiendo de su eventual acierto, que no es momento de prejuzgar, entendemos que tales afirmaciones no tienen en cuenta una serie de elementos normativos que es preciso traer a colación.

Por un lado siempre han de tomarse en consideración las relaciones con terceros, que si bien REBOLLEDO VARELA trata posteriormente con detalle, no puede obviarse su valoración a la hora de efectuar la conclusión definitiva sobre la norma cuestionada.

Pero, por otro lado, parece posible diferenciar los supuestos de coposesión de aquellos otros en que ésta no exista, y hacerlo con claridad porque creemos que las normas aplicables en uno y otro caso son diferentes. De cualquier forma, en el sentido que afirma LACRUZ, hemos de

(46) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 106.

pensar cómo existe la posibilidad de que las reglas posesorias aún en casos de posesión exclusiva, no basten para evitar la aplicabilidad del artículo 1.441. Son frecuentes las situaciones posesorias que no sirven como título dominical presunto, pues no cumplen las exigencias requeridas por los artículos 448 y 464. Para resolver esta cuestión, creemos necesario atender a otras normas, así por ejemplo el artículo 434, en los términos que más tarde precisaremos.

Paralelamente, los supuestos de coposesión, en los que primordialmente centra su tratamiento REBOLLEDO VARELA, son también susceptibles, entendemos, de una revisión crítica en la que deberá ser tenida en cuenta, con rango preferente, la norma del artículo 445 referida a las contiendas posesorias. Artículo éste que enuncia un principio de gran importancia que debidamente analizaremos: «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión».

a) *Los supuestos de posesión exclusiva por uno de los cónyuges*

Antes de centrarnos en el estudio de este supuesto cabe efectuar una serie de advertencias generales, pues son previas al detalle de las cuestiones verdaderamente polémicas.

Así, en primer lugar, debe destacarse el hecho de que las dudas sobre la adscripción de un bien a uno u otro patrimonio no es frecuente que se susciten sobre la propiedad inmobiliaria. La mayor complejidad y garantías que exige su tráfico da lugar a la existencia habitual de títulos, normalmente inscritos, que permiten adscribir dicho bien al patrimonio de uno u otro esposo. Además, el juego de las presunciones legales que derivan de las inscripciones registrales sería siempre decisivo para eludir la aplicación del artículo 1.441.

Ahora bien, nada impide que el problema se plantee en similares términos a los que pasamos a exponer y —las soluciones tendrían las mismas vías con la salvedad de que el artículo 464— exclusivamente referido a los bienes muebles, no gozaría de virtualidad ninguna.

Obviamente, la cuestión es mucho más frecuente en materia mobiliaria ante su típica facilidad de tráfico y a la falta de una publicidad registral que se ve suplida por la apariencia posesoria. Por ello el hecho posesorio será remedio necesario, en múltiples ocasiones, para determinar la pertenencia a uno u otro esposo. Sin embargo, como queda apuntado, los artículos 448 y 464, cuya entrada en juego evitan la aplicación del artículo 1.441, exigen una posesión cualificada que, *a priori*, hemos de estimar no se dará siempre.

Por otro lado, lógicamente, todo el problema de la eventual legitimación que deriva del fenómeno posesorio se encuentra subordinado a

la inexistencia de otros datos que acrediten una pertenencia individualizada. Fundamentalmente hemos de pensar en la ausencia de títulos que reflejen la titularidad de un solo esposo y que, si bien su aptitud a tales fines deberá ser valorada en cada caso, tendrán inicialmente preferencia sobre el hecho posesorio. La existencia material de un título de dominio hace innecesaria la búsqueda de eventuales datos que le sustituyan. En este sentido resultan significativos tanto el artículo 448 como el artículo 464. Más este último en cuanto establece que la posesión equivale al título.

El tema de la eficacia probatoria de tales títulos excede los límites de nuestro trabajo y, por otra parte, supondría una reiteración de los acertados conceptos vertidos por REBOLLEDO VARELA (47). Todo ello, especialmente la segunda consideración, nos releva de su análisis, así como de otra cuestión que sería preferente a la prueba posesoria: la confesión de un cónyuge atribuyendo la titularidad al otro, expresamente recogida en el artículo 1.324. Su existencia será decisiva en los supuestos de duda que se plantea entre esposos, teniendo una virtualidad muy diferente, como tendremos ocasión de contemplar, respecto de terceros (48).

En consecuencia, queda clara nuestra intención de tratar exclusivamente el juego de la posesión y su eficacia probatoria, pues entendemos es el punto más cuestionable. Con ello no olvidamos la eficacia probatoria de otros datos que, hay que reiterarlo, siempre tendrán eficacia y aplicación preferente a las presunciones posesorias.

En otro orden de cosas debe indicarse que, *a priori*, será más fácil, planteando menos problemas, acreditar adquisiciones exclusivas realizadas a título gratuito tanto *inter vivos* como *mortis causa*. El problema se reducirá, en la mayoría de los casos, a demostrar la liberalidad y la identidad del bien en el patrimonio del donante respecto del que ahora está en el del donatario. Las adquisiciones a título oneroso, por el contrario, serán normalmente más difíciles de acreditar ante las razones ya apuntadas: la dilatada vida en común, la normal falta de diligencia en la conservación de justificantes para hacerlos valer frente al otro cónyuge. En todo caso la existencia de facturas expedidas a nombre de un esposo no siempre debiera ser decisiva de manera opuesta a lo que debe pensarse cuando sea posible acreditar el pago de tales bienes por uno solo de los cónyuges (49). Por otro lado, insistimos, si bien resulta imaginable

(47) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 91 a 117.

(48) El tema también es tratado con detalle por REBOLLEDO VARELA (*op. cit.*, páginas 129 a 137).

(49) Esta cuestión se encuentra relacionada con la de la adquisición de bienes por un cónyuge con fondos pertenecientes a otro. Tema de gran complejidad que excede los límites de este trabajo y nos remitimos a los estudios de REBOLLEDO VARELA (*op. cit.*, págs. 108 y ss.), así como al citado de MARÍN PADILLA, por la gran trascendencia del principio de subrogación real para resolver la cuestión.

la existencia *ab initio* de todos estos títulos, una dilatada vida en común llevará frecuentemente a su desaparición y a la consiguiente necesidad de acudir a la publicidad posesoria como medio de evitar, entre esposos, la aplicación de la norma de indivisión contenida en el artículo 1.441.

Sentados estos precedentes, que de darse obviarían la aplicación de cuanto a continuación se detalla, podemos entrar ya de lleno en el juego del hecho posesorio a efectos de prueba referido exclusivamente a la órbita de las relaciones entre esposos. Es decir, cuando la polémica se centre en la relación interna sin que intervenga para nada un tercero con interés en aclarar la situación dominical de ciertos bienes.

Tal y como recogíamos en el encabezamiento, vamos a contemplar aquellos supuestos, faltos de título material, en que la posesión del bien litigioso no resulta compartida por ambos cónyuges. Se hace necesario entonces comprobar, si bien muy someramente para no exceder los límites de nuestro trabajo, las cualidades exigidas para que la posesión de un bien mueble sirva como prueba de la titularidad del mismo o, más concretamente, sirva para obviar la aplicación del efecto de indivisión sancionado por el artículo 1.441 (50).

Para determinar la aptitud posesoria, a los efectos que nos interesan, parece decisivo el concepto de buena fe. En este sentido se manifiesta el artículo 464 al hablar de que la posesión adquirida de buena fe equivale al título. Por su parte también nos valdría, con el fin de obviar la aplicación del efecto indivisorio sancionado en el artículo 1.441, el contenido del artículo 448 determinante de la identidad entre justo título y posesión en concepto de dueño. En todo caso, ya que la buena fe supone un *minus* respecto de la posesión en concepto de dueño, pero sirve por sí sola a los efectos previstos en el artículo 464, vamos a centrar nuestro estudio en ella para no desvirtuar la pretendida claridad de este trabajo con complicadas disquisiciones posesorias ajenas a su objetivo primario. En este punto es donde nos vemos obligados a disentir, o, al menos, matizar las afirmaciones de REBOLLEDO VARELA, quien centra todas las posibilidades de desvirtuar la norma de indivisión en la presunción del artículo 448, es decir, en la posesión en concepto de dueño. De tal manera que cuando hace referencia al artículo 464 no le concede una autonomía normativa en este terreno, sino que su cita es incidental y unida en todo caso a la del artículo 448 (51). En contra de todo esto consideramos que la buena fe posesoria, por sí sola, permite la entrada en juego de una importantísima presunción de legitimidad dominical como es la

(50) La cuestión aparece minuciosamente tratada, quizá con un excesivo ca suísmo, por SAVATIER, R. (*La separation*. ., págs. 70 a 79, núms. 130 y ss.).

(51) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op cit*, págs. 119 a 128.

consagrada en el artículo 464 (52). Es más, el campo de aplicabilidad de esta presunción será mucho mayor al verse beneficiada siempre por la que se establece en el artículo 434 del Código Civil, presunción de buena fe basada en la denominada prerrogativa de probidad: se supone que las personas son honestas mientras no se pruebe lo contrario. Idea que además en el terreno jurídico se mezcla con otra de carácter práctico, como es el pensarse más fácil destruir la eventual buena fe que exigir *ab initio* y en todo caso su probanza (53).

De acuerdo con esta línea argumental habría de pensarse que cuando no estemos ante una posesión adquirida de buena fe por el cónyuge detentador sería necesario aplicar automáticamente la presunción de indivisión (ha de tenerse siempre presente que partimos de la inexistencia de un título material que atribuya la propiedad exclusiva a uno de los esposos), pero esto no parece deba ser así como a continuación veremos, máxime cuando el esposo que intenta hacer valer su derecho exclusivo acuda al organismo jurisdiccional intentando la tutela de su derecho. Para llegar a esta conclusión es necesario tener en todo momento presente, antes de plantear los concretos supuestos el indicado artículo 434. Norma de gran trascendencia y que articulada con el artículo 464 impide la aplicabilidad del artículo 1.441 en las relaciones entre esposos. De acuerdo con ella, en principio resulta indudable que toda posesión exclusiva de un esposo, mientras no se pruebe lo contrario, es una posesión de buena fe que equivale al título en base al artículo 464 e impide la entrada en juego del artículo 1.441, con la necesaria salvedad de los supuestos coposorios a los que luego haremos referencia.

Consiguientemente se trata de proyectar ahora la normativa aludida sobre la realidad práctica para comprobar si el principio teórico se distorsiona o no al ser aplicado.

En este sentido, por ejemplo, puede darse que la posesión esté en manos de uno de los esposos por habérsela arrebatado violentamente al otro. Lógicamente a falta de restitución voluntaria, el desposeído acudiría al correspondiente procedimiento posesorio para recuperar la posesión. Procedimiento que si se dan los presupuestos que la Ley exige triunfará pasando a sus manos la posesión de la cosa y viéndose así favorecido por las presunciones de los artículos 448 y 464. Si por el contrario no se acredita tal violencia será el detentador quién mantendrá una posesión apta para obviar la aplicación del artículo 1.441.

Más problemas pueden plantear otros eventuales vicios posesorios.

(52) Obviamente no podemos entrar en el análisis de esta compleja norma que consagra para unos la irreivindicabilidad mobiliaria de las adquisiciones *a non domino* y para otros únicamente la presunción de justo título

(53) Díez PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 493.

Fundamentalmente cuando estemos ante una posesión equívoca, término éste que utilizamos en un sentido vulgar y amplio pudiendo tener su origen en muy distintas causas. En general la equivocidad derivará de que la cosa poseída le ha sido dejada por el otro cónyuge, propietario de la misma, para cumplir ciertos fines. Es decir, la está poseyendo precariamente en el sentido de posesión que se tiene por un concepto distinto al de dueño: así en virtud de un mandato realizado por el otro cónyuge, de un préstamo, etc. En estos casos el cónyuge precarista puede caer en la tentación de considerarse propietario y lógicamente poseedor de buena fe frente al otro cónyuge que se la reclama, siendo a éste a quien corresponderá la prueba de tal ausencia de posesión a título de dueño y paralelamente de la falta de la necesaria buena fe. Si lo consigue mediante el correspondiente procedimiento se verá favorecido por las presunciones de los artículos 448 y 464, mientras que, caso contrario, habrá de seguir presuponiéndose, al menos, la buena fe en el otro cónyuge que le permitirá seguir beneficiándose de la consecuencia del artículo 464.

Por tanto, en los distintos supuestos examinados llegamos a la conclusión de que cuando una cosa sea detentada por uno de los dos cónyuges, producirá la inviabilidad de la ficción de indivisión. Si llega a producirse el litigio posesorio porque en él se atribuirá tal posesión a uno u otro, si no se llega a tal extremo porque la presunción de buena fe y la equivalencia entre ésta y título favorecerán siempre al detentador de la cosa obviando la indivisión. Todo ello a expensas de que por el perjudicado no se insten las correspondientes acciones declarativas del dominio que en todo caso permanecerán abiertas (54).

Para dar claridad a todo este discurso lógico hay que tener presente, por último, algo que quizá pudiéramos haber puesto de relieve en primer lugar. Es el hecho de que en la solución de estos problemas hemos dado preferencia a las presunciones posesorias sobre la presunción, o como estimamos nosotros ficción, del artículo 1.441. La cuestión merece alguna justificación que entendemos no resulta difícil. Para ello es necesario aclarar una vez más, el *iter* lógico y estructura de la norma contenida en el artículo 1.441. Ya hemos visto que, al igual que toda regla jurídica, contiene un supuesto de hecho al que, posteriormente, una vez precisado, se otorga un efecto jurídico: la indivisión. Pues bien, las presunciones posesorias son preferentes a la consecuencia de indivisión porque desempeñan su papel en ese primer momento lógico, es decir, a la hora de precisar el supuesto de hecho de la norma del artículo 1.441. Las presunciones posesorias son medios de concretar el elemento fáctico

(54) Posteriormente, al tratar las relaciones con terceros, plantearemos con detalle las consecuencias de un eventual procedimiento petitorio, las cuales resultan aplicables *mutatis mutandis* a lo que en este momento se trata.

en un determinado sentido y, únicamente, cuando no fueran capaces de hacerlo permitirían el juego del efecto jurídico ficticio que descansa, precisamente, en la ausencia de prueba. Sin embargo, como hemos visto, el artículo 434 impide de raíz la posibilidad de evitar el efecto probatorio de la posesión siempre y cuando estemos ante una posesión detenida por uno sólo de los cónyuges, tanto si se entabla un procedimiento posesorio, como si no se lleva a efecto.

b) *Los supuestos de posesión común de los cónyuges*

Parece en principio que siendo éste el fenómeno normal planteará, además, problemas de mayor entidad, pues habrá más facilidad para la duda cuando los bienes respecto de los cuales los esposos polemizan, estén siendo detentados por uno y otro indistintamente. Así, será frecuente que esto ocurra con los muebles y objetos que existan en la vivienda conyugal, electrodomésticos, incluso vehículos, etc. Casos como vemos con una cierta importancia y entidad económica. En otro orden de cosas podemos significar que el problema no se dará cuando, como es frecuente, la separación de bienes obedezca a una separación convivencial de hechos (55), donde la confusión de bienes normalmente no existirá.

Es en todos estos supuestos donde, para REBOLLEDO VARELA, entra fundamentalmente en juego la presunción de indivisión del artículo 1.441. Sin embargo, matiza este autor, tal presunción resulta inútil porque mediante los mecanismos probatorios y presuntivos consagrados para la posesión en el Derecho común, se llegaría a las mismas soluciones. Es decir, los artículos 448 y 464 en relación con el 393 de nuestro Código Civil llevarían fatalmente a idéntica consecuencia. Sin adelantar aún conclusiones, que dejamos para más tarde, lo que sí debemos afirmar desde este primer momento es la imposibilidad de olvidar el papel que en estos supuestos ha de jugar el artículo 445 del Código Civil. Al menos, en cualquier caso, si se piensa que no tiene virtualidad alguna, resulta necesaria la justificación de tal afirmación. *Prima facie* parece que debería estudiarse la posible aplicabilidad de tal norma, expresamente referida a la coposesión.

Lógicamente la vida conyugal común producirá como consecuencia,

(55) En este sentido, y como en su momento apuntamos de una manera parcial, debe destacarse que junto con los supuestos en que la separación de bienes obedece a un detrimento de la economía familiar con la finalidad de evitar la acción de terceros acreedores, otra destacada fuente de regímenes disociativos tiene su origen en las situaciones de ruptura afectiva que conllevan frecuentemente pactos estableciendo la separación económica. Papel, el de este régimen, eminentemente patológico en nuestro país y con muy distinto juego al que, por ejemplo, desempeña en Francia. Sobre el tema *vid.* LACRUZ-SANCHO: *Elementos*, tomo IV, fascículo 3.º, pág. 518 *in fine*.

casi necesaria, el que sobre determinados bienes exista de hecho una detentación común o indistinta de uno y otro cónyuge. El fenómeno resulta fácilmente imaginable en el ámbito del derecho de familia y pone de relieve la eventual contradicción de un régimen de separación de bienes en que, teóricamente, existen dos patrimonios con unos titulares totalmente extraños entre sí y, paralelamente, una íntima comunidad de vida entre tales personas. Por ello, uno de los campos en que más fácilmente se pueden producir contiendas posesorias, reguladas en cuanto a su solución por el artículo 445, es el del matrimonio con un régimen de disociación patrimonial. En efecto, si bien no es normal que se produzca un conflicto posesorio entre dos personas totalmente ajenas entre sí, cuanto mayor sea el grado de afinidad, en todos los sentidos, entre una y otra, más probabilidades de contienda posesoria existirán. El matrimonio en régimen de separación de bienes (siempre y cuando la misma no sea consecuencia de una separación de hecho) ocasiona que la disociación entre los esposos sea estrictamente económica o patrimonial, pero las situaciones posesorias pueden reflejar lógicamente la imagen de esa convivencia que llevan a efecto los esposos.

En otro orden de cosas se hace necesario advertir que ha de marginarse del objeto de nuestro estudio todos aquellos bienes que pueden considerarse comunes al amparo del artículo 1.319 del Código Civil. Sin entrar en mayores detalles sobre el alcance de esta norma es preciso poner de relieve como por tal vía se posibilita la existencia de una masa común de bienes, incluso en el régimen de separación, toda vez que estamos en presencia de una regla referida al régimen económico matrimonial primario, común a todas sus especies. De esta manera, sin cuestionar su contenido, hay que destacar como los bienes afectados por los artículos 1.318 y 1.319 deberán considerarse comunes por imperativo legal sin necesidad de acudir al artículo 1.441 para establecer tal efecto. Fuera del ámbito de tales artículos el citado 445, cuya trascendencia y efectos, como es sabido, resultan muy discutidos, parece de gran interés en el supuesto que venimos considerando (56).

Al estudiar el artículo 445, en cuanto resulta de utilidad en esta sede, lo primero que ha de tenerse en cuenta es la referencia a la indivisión. En efecto, la citada norma habla en primer lugar de que, «fuera de los casos de indivisión, la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas». Términos que han de interpretarse adecuadamente para no conducir a ciertos errores. En este sentido, si se

(56) Tal norma tiene gran trascendencia a la hora de determinar la posible vigencia en nuestro Derecho positivo de la polémica acción publiciana. Por ello nos remitimos a la monografía realizada por DE LA CUESTA, J. M.: *La acción publiciana*, Ed. Montecorvo, 1984, donde se tratan con detalle todas estas cuestiones.

invierte el orden lógico del razonamiento, pudiera pensarse, tal y como hace REBOLLEDO VARELA, que una vez consagrada la indivisión dominical en el artículo 1.441, la contienda posesoria no tiene razón de ser, pues estamos ante una situación de comunidad que acarrea la coposesión del bien objeto de la misma.

Sin embargo, como ya antes hemos podido argumentar, el orden lógico de este razonamiento no es acertado. Efectivamente el artículo 1.441 consagra la indivisión, pero de una manera subsidiaria. Es decir, el supuesto de hecho de su aplicación exige la previa imposibilidad probatoria de su pertenencia. De esta forma, antes de considerar la indivisión, es necesario comprobar si cabe presumir la titularidad exclusiva de un bien que, todavía, por definición, no hay razón alguna para pensar indiviso, especialmente en un régimen de separación de bienes. Y es sobre esta primera fase donde debemos proyectar los efectos del artículo 445. Es decir, en un momento en el que no puede jugar todavía, por definición, la consecuencia de indivisión y donde, efectivamente, existe esa contienda sobre el hecho posesorio, pues los dos esposos pretenden su exclusividad. Pretensión que, normalmente, no se proyectará sólo sobre la detentación posesoria del bien sino sobre su titularidad dominical.

Los ejemplos de la situación propuesta son imaginables en múltiples ocasiones. Así el vehículo utilizado indistintamente por ambos, pero puesto a nombre de un hijo, o de un familiar. Tanto en éste como en cualquier otro caso similar, haciendo una interpretación estricta de la legalidad contenida en el citado artículo 445 hay que llegar a la conclusión de que ante la imposibilidad de reconocer una situación posesoria equivalente en dos personalidades distintas, como a estos efectos son los esposos, no podría entrar en juego la norma del artículo 1.441, ya que imperativamente sería necesario determinar a quién corresponde la posesión de la cosa antes de efectuar la operación lógica que llevaría a la indivisión. De tal manera que si el artículo 445, prescindiendo de los problemas procesales que plantea y que luego veremos, sirviera siempre para determinar y aclarar las situaciones posesorias, una vez que así hubiera ocurrido entrarían posteriormente en juego las presunciones de los artículos 448 y 464, quedando sin posible contenido. también en este caso, la ficción de indivisión consagrada por el artículo 1.441.

Sin embargo, la práctica procesal del artículo 445, es decir, las dificultades para su viabilidad efectiva, ofrecen importantes correcciones a esta idea aparentemente diáfana. En efecto, junto con otras muchas dudas que presenta, una de las principales consiste en determinar el marco procesal que haga viable la solución, es decir la elección que a nivel teórico impone el artículo 445. Sin entrar en la difícil problemática de la acción publiciana, toda vez que en el fondo no afecta esencialmente a

nuestro discurso lógico, vamos a seguir (57) en este punto la tesis de DÍEZ PICAZO (58), para quien esta norma puede jugar en cualquier caso, sin ningún límite específico, ya que éstos no aparecen en su literalidad, pero, sin pretender solventar de una manera definitiva ni el problema de los derechos de fondo que, obviamente, habrán de dilucidarse en el correspondiente juicio petitorio ni tampoco los problemas estrictamente posesorios. Interpretación que, en contra de la minuciosa tesis de VALLET DE GOYTISOLO (59) se base en la propia letra de la ley en cuanto establece que sus soluciones tienen vigencia «mientras se decida sobre la posesión o propiedad por los trámites correspondientes».

A la vista de ello se nos plantea a continuación el tema de buscar el marco de aplicación procesal de esta norma. Ahora bien, tal cuestión no nos afecta específicamente. Lo importante para nosotros es la declaración literal del precepto que hace imposible mantener, ni aún provisionalmente, la situación de coposesión que, si se plantea, ha de ser resuelta. De esta forma, tanto si se estima que el cauce procesal adecuado es el de las medidas cautelares o de aseguramiento (DÍEZ PICAZO) como si se piensa viable la acción publiciana en cuanto acción independiente, el resultado va a ser el mismo. En uno y otro caso, más o menos provisionalmente, el juzgador se vería obligado a determinar la posesión en uno de los cónyuges o, en última instancia, acudir al depósito o guarda judicial de la cosa (art. 445 *in fine*).

Tal conclusión es más fácil de asimilar si se piensa, en la línea de DÍEZ PICAZO, que el contenido del artículo 445 sólo puede hacerse valer como medida cautelar, previa a otro procedimiento definitivo bien posesorio o petitorio. Entendido en este sentido, el juez determinaría previamente la atribución posesoria, teórica, a uno u otro, con el efecto de alterar la carga probatoria en el posterior y definitivo litigio. Este sería el auténticamente relevante, pues el juzgador, tratándose de un procedimiento posesorio, debiera atribuir la posesión a uno de ellos ante la prohibición del artículo 445. que impide hacerlo conjuntamente y en virtud, asimismo, del mandato del artículo 1.7 del Código Civil. Por otro lado, la imposibilidad de considerar la copropiedad en tal juicio posesorio, de lo que luego hablaremos, evitaría siempre la posible decisión sobre la coposesión debiendo aplicar antes, en todo caso, la solución de guarda judicial prevista en el último inciso del artículo 445.

(57) Sin que ello suponga tomar partido por esta tesis en cuanto a la posible vigencia de la acción publiciana.

(58) DÍEZ PICAZO, L. (*Fundamentos* ..., tomo II, núms. 542 a 545, págs. 551 y siguientes).

(59) Sobre el tema *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, segundo semestre, págs. 577 y ss.

Por otro lado las reglas decisorias que establece el artículo 445 no servirían de mucho en orden a la solución de conflictos posesorios como los que nos ocupan. Así, en primer lugar, se otorga la preferencia al poseedor actual cuando, para nosotros, ocurrirá que siempre han de existir dos poseedores actuales: ambos esposos. La antigüedad, segundo criterio normativo, tampoco será válido pues, normalmente, la posesión indistinta arrancará de la misma fecha: la de adquisición del bien. Por último, respecto de la posible existencia de un título tampoco será elemento a tener en cuenta, pues de existir el mismo entrarían en juego las otras presunciones posesorias sin que fuera necesario acudir a este recurso. Ahora bien, *a priori*, no pueden marginarse, siendo posible su aplicación en algún supuesto.

En conclusión, antes de replantear la relación entre esta norma y la ficción del artículo 1.441, el hecho que ha de destacarse, por encima de todo, es la prohibición que establece el artículo 445: la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. En consecuencia el hecho posesorio y las funciones legitimadoras que el mismo cumple no pueden atribuirse a los dos esposos cuando surja contienda de este tipo salvo que, previamente, esté acreditada la copropiedad, cosa que aquí no ocurre: si estuviera previamente acreditada la copropiedad no sería necesario acudir al artículo 1.441.

1. *Los procedimientos posesorios*

Junto con la posibilidad de acudir a un procedimiento petitorio, cuestión que analizaremos en el siguiente epígrafe, puede el esposo que se sienta con derecho a la posesión exclusiva acudir a los correspondientes juicios posesorios.

La interrogante lógica radicará entonces en cuáles sean éstos. Indudablemente, en primer lugar, deben destacarse las acciones interdictales. Junto a ellas puede hablarse de la discutida acción publiciana, o de mejor poseedor, siempre y cuando se la otorgue sustantividad y, por último, pensar en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Respecto de este último no hacemos ningún tipo de consideración, pues, refiriéndose a inmuebles, exige un título inscrito, supuesto que queda por definición fuera del que nos ocupa (60).

La posibilidad de la acción publiciana, de la que ya hemos apuntado algunas observaciones, resulta complicada por múltiples motivos que aconsejan no hacer en esta sede un tratamiento de la misma. Parece, por ello,

(60) Tampoco analizaremos el posible desahucio por precario que pudiera tener alguna virtualidad.

que pueda centrarse el estudio del tema en las acciones interdictales, por otra parte procedimientos básicos y definidores de la protección posesoria.

Consecuentemente el supuesto normal (con independencia, insisto, de las acciones petitorias a las que luego me refiero) será que el esposo que pretenda la posesión exclusiva frente a la detentación indistinta vigente hasta entonces, acuda a un procedimiento interdictal (61).

Sin embargo para el esposo que se pretenda con derecho a una posesión exclusiva va a ser difícil acometer con éxito la vía interdictal frente al otro cónyuge. Afirmación que basamos en el hecho de que para justificar su derecho a poseer exclusivamente la única vía imaginable es la de probar en el juicio posesorio su propiedad individualizada.

Esto, como es sabido, resulta imposible en el procedimiento interdictal en el cual impera la idea de separación entre cuestiones posesorias y petitorias. Es decir, se encuentra prohibida la acumulación de ambos planteamientos de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial que tiene su base en los artículos 1.656, párrafo 2.º, y 1.652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo no siempre ocurre así y la posesión conjunta pudiera obedecer a otras razones discutibles por vía interdictal. Por ejemplo, cuando el título en el cual fundamenta su detentación el cónyuge demandado cesara de tener efecto (título condicionado, título sometido a término, etc.), situación indudablemente con posibilidad de ser teóricamente contestada a través del interdicto de recobrar.

En todo caso la realidad pudiera ofrecer otras muchas posibilidades de acción interdictal entre cónyuges que siempre deben ser resueltas por el juzgador en uno u otro sentido y en las cuales no cabe dictaminar la coposesión salvo que el juez necesariamente atribuya la posesión en concepto de dueño a uno de los cónyuges, reconociendo, paralelamente, una posesión inferior en el otro. Pero nunca una coposesión en el sentido de poder de hecho equivalente para ambos por impedirlo el artículo 445 y también el principio de acumulación de las cuestiones posesorias y petitorias. Otra cosa es que el juez, en la práctica, invierta el orden lógico del artículo 1.441 y considere sin más, como pre-existente a la prueba en contrario, la consecuencia de indivisión. Pero esto, ya lo hemos puesto de relieve, supone alterar la esencia de la norma del 1.441: supone desvirtuar la prueba sobre la pertenencia exclusiva del bien que deja de ser el elemento fáctico o supuesto de hecho anterior a la producción del efecto de indivisión, para convertirse en una posterior prueba en contrario una vez que se ha consagrado esa consecuencia jurídica.

(61) Estas cuestiones, si bien no las hemos tratado con detalle en los supuestos de posesión exclusiva, pueden proyectarse también sobre ellos.

2. *Los procedimientos petitorios*

Hasta ahora hemos obviado expresamente el estudio de las consecuencias que sobre estos temas pueden proyectar los fallos que recaigan en un juicio petitorio. Es decir, tanto en el supuesto de que exista una posesión exclusiva de uno de los esposos (62) como ante una posesión o detentación conjunta, hemos estudiado la posibilidad de que el esposo perjudicado acudiera a los mecanismos procesales de defensa posesoria sin tener en cuenta la otra e importante vía como es la reclamación petitoria sobre su titularidad exclusiva. Y hemos observado también que la solución judicial que se dé ante el planteamiento de los correspondientes procedimientos posesorios, conjugada con las presunciones de los artículos 448, 464 y 434, se muestra suficiente en todo caso para obviar la aplicación del efecto previsto en el artículo 1.441. Conclusión en la que desempeñaba un importante papel la prohibición contenida en el artículo 445. Artículo éste que, en materia petitoria, no tiene virtualidad ninguna.

Sin embargo, lo más normal va a ser que el esposo que se siente perjudicado por esa detentación exclusiva del otro, o bien conjunta de ambos, acuda no a un posible procedimiento posesorio cautelar con base en el artículo 445 o estrictamente interdictal, sino que, directamente, intente atajar la situación mediante el correspondiente juicio petitorio destinado a la declaración definitiva de su titularidad dominical exclusiva.

Y es en estos supuestos donde parece que el artículo 1.441 puede tener virtualidad, como pasamos a exponer.

En tal juicio petitorio el actor buscaría la declaración de su dominio. El otro cónyuge, quien resultaría demandado, tendría varias opciones defensivas. Una primera, bastante simple y a menudo recomendable, limitarse a negar el dominio de su hoy contrincante. Otra segunda, oponerse alegando la pertenencia exclusiva de la cosa por vía reconventional. Una última, fundamentar su contestación en la existencia de una situación de copropiedad basada en la adquisición conjunta del bien debatido. En este supuesto el fallo nos evita ulteriores problemas. Tanto si el juez atribuye la titularidad exclusiva al actor como si considera la existencia de una comunidad sobre el bien litigioso, no se podrá producir la situación de duda en que se ampararía el efecto del artículo 1.441.

El planteamiento intermedio es, sin embargo, más problemático. En principio, el juzgador debiera decidir la propiedad a favor de uno u otro, ya que el *petitum* de demanda y reconvencción iría dirigido a ello. Ahora bien, no sería en absoluto incongruente la estimación parcial de ambas

(62) Expresamente advertimos en tal momento que dejábamos para más tarde el eventual tratamiento de la polémica petitoria. *Vid. supra* pág. 332, nota 48.

pretensiones con el resultado de establecer una comunidad cuyas cuotas serían las que estimara acreditadas o en último caso las que presuntivamente fija el artículo 393. De cualquier manera parece que tampoco debiera entrar en juego en estos casos la presunción de indivisión del artículo 1.441, sino la realidad acreditada en los autos.

Por último, cabe examinar el primer caso planteado, y en el cual sí que podría tener relevancia la ficción del artículo 1.441. Concretamente, ante el planteamiento procesal que hemos expuesto, el juzgador tiene dos exclusivas opciones. Una primera, aceptar las alegaciones del actor y, estimando su demanda, declarar la pertenencia exclusiva del bien en su patrimonio. La otra sería desestimar la demanda, sin más pronunciamientos, ya que el demandado no los insta, en base a la falta de prueba de tal titularidad exclusiva. Este fallo produciría el cumplimiento exacto del supuesto normativo exigido en el artículo 1.441. Es decir, el cónyuge no ha probado una titularidad exclusiva que ha sido simplemente contestada por el otro. Hecho negativo y que produce instantáneamente, si bien atendiendo a un orden lógico esto acontece con posterioridad, la consecuencia de indivisión establecida en la norma que venimos comentando.

3) *La ausencia de un planteamiento judicial de la polémica*

Si hasta aquí hemos venido considerando las posibilidades de entrada en vigor de la indivisión sancionada por el artículo 1.441 ante eventuales y previos litigios posesorios o petitorios, el hecho de que la cuestión no llegue a plantearse ante el organismo jurisdiccional supone una clara vía de aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 1.441.

En este sentido vemos que, salvo contadas excepciones, un tanto marginales, el planteamiento judicial obvia el supuesto de hecho previsto para el efecto de indivisión.

Sin embargo, como queda apuntado, si no se acude a la defensa, bien petitoria o posesoria, del interés que se estima perjudicado, la ficción tiene un campo de aplicación diferente, indudablemente mucho más amplio.

En principio, ante la falta de acción por parte de los cónyuges en defensa de su interés, hay que pensar en la imposibilidad de prueba de su derecho exclusivo y, consecuentemente, en que existe el supuesto de hecho que favorece la aplicación de la indivisión. Tal situación únicamente se ve perjudicada por las presunciones posesorias que hemos indicado y que operan *per se* con preferencia a la norma del artículo 1.441. En este sentido, la preferencia es indudable cuando estemos ante una posesión exclusiva de uno de los cónyuges, aun siendo la misma equívoca

o viciosa, pues en tanto no se destruya la presunción de buena fe posesoria amparada por el artículo 433 creemos que la misma prevalece sobre el supuesto normativo del artículo 1.441.

Sin embargo, en casos de detentación conjunta, la cosa cambia evidentemente. Aquí la ficción de indivisión tendrá lugar porque efectivamente lo establece el artículo 1.441. Por lo tanto, discrepamos, al menos desde un punto de vista dogmático, de la visión que hace REBOLLEDO VARELA. Es decir, con base en una situación de codetentación, sin que previamente se haya dictaminado la indivisión, no es posible aplicar los artículos 448 y 464, en relación con el 393. Entendemos que el artículo 445 impide que, moviéndonos en el ámbito estrictamente posesorio, pueda hablarse de una coposesión sin previa indivisión (y, no lo olvidemos, la indivisión es un efecto consagrado posteriormente), y la razón por la que puede establecerse la misma deriva directamente del artículo 1.441, que, de esta manera, no resulta ni inútil ni innecesario. De forma que si no existiera tal norma no podría llegarse a consagrar una coposesión sobre un bien sin haber establecido previamente la naturaleza indivisa del mismo. Por el contrario, la mera detentación conjunta de un bien, sin que ninguno de los esposos acuda ante el organismo jurisdiccional para atacarla, produce *per se* la consecuencia de la indivisión dominical de la que, posteriormente, nunca antes, cabe derivar la coposesión como fenómeno jurídico individualizado.

c) Conclusiones finales en cuanto a las relaciones entre esposos

Parece momento adecuado para efectuar una breve exposición sistemática de los resultados obtenidos, diversificando las posibles hipótesis.

1. *Detentación por uno solo de los cónyuges.*—Esta situación consideramos que siempre producirá la inexistencia del supuesto de hecho en que se fundamenta la consecuencia del artículo 1.441, toda vez que resultan preferentes las presunciones combinadas de los artículos 434 y 464.

De tal manera que tanto si el perjudicado acude ante el órgano jurisdiccional, como si no lo hace, siempre resultaría una declaración posesoria favorecida por el artículo 434, y que permite beneficiarse de la presunción dominical del artículo 464.

Afirmación ésta que debe hacerse teniendo en cuenta la salvedad que hemos expuesto (si bien referida a los casos de detentación común) de que el perjudicado acuda al correspondiente procedimiento petitorio, en el que, con determinadas particularidades, puede llegar a sancionarse la

falta de prueba de la titularidad exclusiva del actor, con la consiguiente vigencia del efecto de indivisión (63).

2. *Detentación conjunta por ambos.*—En estos casos la cosa cambia ante el principio enunciado en el artículo 445 y que impide aplicar *a priori* los beneficios de las presunciones posesorias a ambos cónyuges. De esta manera, si el cónyuge perjudicado acude a un procedimiento posesorio, difícil de articular en los términos expuestos al no poder alegarse la titularidad dominical exclusiva, el juzgador deberá determinar la preferencia posesoria de uno u otro, entrando en juego las conocidas presunciones, o bien colocaría la cosa en depósito o guarda judicial (artículo 445), obligando a las partes a acudir a un litigio petitorio para evitar la consecuencia de indivisión del artículo 1.441.

Si el esposo o esposa acuden a un procedimiento declarativo las consecuencias, como en el apartado anterior, están íntimamente relacionadas con el contenido del *petitum* de las partes en los términos que tuvimos ocasión de exponer.

Por el contrario, ante una situación de detentación posesoria indistinta, que no llegue a contestarse judicialmente, se está dando el supuesto de hecho del artículo 1.441, a la vez que entendemos la irrelevancia de los artículos 448 y 464, en relación con el artículo 393, párrafo 2.º, ya que la acción de estas normas se encuentra paralizada por la prohibición del artículo 445, en tanto no se haya acreditado la indivisión. Por ello cobra plena vigencia y utilidad en este caso la consecuencia sancionada por el artículo 1.441.

Por otra parte, es momento de destacar una importantísima función que puede desempeñar la norma discutida y ha sido olvidada por los tratadistas. Así, con independencia de su teórico acierto, la norma existe. Y su propia existencia conlleva un efecto que contribuye, paradójicamente, a mantener la puridad del régimen de separación: obliga a los esposos a ordenar adecuadamente su vida patrimonial de manera que cada uno de ellos pueda acreditar en todo momento la titularidad de los bienes que le pertenecen. La falta de esta mínima diligencia puede acarrearles el perjuicio que consagra la norma del artículo 1.441: la indivisión. Por ello decimos que coadyuva al mantenimiento de la esencia del régimen, ya que motiva a los esposos para fijar con precisión los límites de sus respectivos patrimonios y así obviar la duda que sobre los mismos pudiera plantearse.

En este sentido ha sido muy contestada la famosa afirmación vertida

(63) Debe destacarse aquí lo que ya hemos enunciado al tratar la naturaleza jurídica de la norma de indivisión: la falta de prueba de una titularidad exclusiva del actor no determina la titularidad exclusiva en el demandado, como sería normal, sino la cotitularidad de ambos.

en su día por SAVATIER de que la separación de bienes, más que un régimen, es la ausencia del mismo (64). Sin embargo, entendemos que tal idea es acertada, y el artículo 1.441 nos lo confirma al comprobarse con él que las normas de este régimen, si bien existen, están previstas para cuando el mismo funcione incorrectamente. Y así ocurre con esta regla, cuya aplicabilidad presupone la falta de la necesaria diligencia en los esposos para determinar sus respectivas esferas patrimoniales.

Consiguientemente, el aspecto inicial que hemos destacado es uno de los más importantes de la norma de indivisión. Evita tener que iniciar el estudio del régimen de separación con el conocido planteamiento de que «normalmente la convivencia de los esposos separados de bienes motiva que ciertos bienes muebles se encuentren confundidos...» De esta manera es fácil imaginar cómo el artículo 1.441 llevará en la práctica a que tal planteamiento patológico no sea necesario. Llevará, paradójicamente, al mantenimiento de la propia esencia y normal funcionamiento del régimen de separación de bienes.

d) *La problemática de los bienes adquiridos mediante potestad doméstica*

Indudablemente, cuanto hemos expuesto se encuentra al margen de la posible existencia de bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges en virtud de la potestad doméstica consagrada en el artículo 1.319. Tal norma, así como las que resultan complementarias, aparece dentro del capítulo destinado a disposiciones generales, y da lugar a una comunidad de activos y pasivos aun dentro del régimen de separación de bienes.

Consiguientemente, respecto de los bienes adquiridos para atender a las necesidades ordinarias de la familia, no tienen razón de ser las afirmaciones vertidas, ya que su consideración como comunes deriva de normas legales específicas que evitan tener que acudir a otros remedios.

En cualquier caso, su necesario destino de levantamiento de cargas familiares pone de relieve la importancia del aspecto pasivo o de responsabilidad de tal núcleo patrimonial. Tema que excede los límites de este trabajo y que ha merecido la atención de los tratadistas. A nuestros efectos únicamente interesa poner de relieve la copropiedad sobre estos eventuales bienes adquiridos para levantar las cargas matrimoniales, sin

(64) SAVATIER, R. (*Le droit, l'amour et la liberté*, 1937), al afirmar: «... la separation de biens est moins un régime matrimonial qu'une absence de régime matrimonial. Le prope de tout régime matrimonial n'est-il pas, en effet, de marier les biens pour parfaire le mariage des personnes, tandis que la separation de biens, c'est, au contraire, le principe d'indépendance des fortunes, donc la negation meme d'un régime matrimonial. Negation qui ne peut tout de meme pas etre complete...».

que sea preciso acudir al artículo 1.441 para atribuir tal consideración (65).

B) LA NORMA DE INDIVISIÓN EN RELACIÓN CON LOS TERCEROS

En relación con los terceros la institución que tratamos presenta indudables novedades, fundamentalmente derivadas de la introducción en el supuesto planteado de esa tercera persona, en la mayoría de las ocasiones acreedor de uno de los cónyuges (66), y a quien para nada habíamos tenido en cuenta hasta ahora. Consecuentemente, ante un planteamiento fáctico diferente, las soluciones, en principio, también habrán de serlo.

Hasta aquí todas las dudas se resolvían entre uno y otro esposo. Tales dudas, por otra parte, se referían necesariamente a la disputa sobre la titularidad de los bienes. Así, partiendo del hecho de que no podría haber ningún otro propietario de las cosas discutidas, la norma de indivisión, idealmente, se tenía en cuenta como remedio subsidiario de atribución de titularidad.

Sin embargo, cuando el tercero acreedor entra en juego, ya no le interesa tanto el problema teórico de la titularidad de los bienes, en el cual, por principio, no participa, sino la posibilidad de trabarlos para hacer efectivo el crédito que mantiene contra uno de los esposos. De esta manera, respecto de terceros, la indivisión no juega para atribuir, a falta de otro medio probatorio, una propiedad de manera equitativa, sino que busca evitar la defraudación del tercero ante la facilidad con que pueden transferirse los bienes patrimoniales mobiliarios de uno a otro esposo en el régimen de separación. En consecuencia, normalmente, el litigio no se da ya entre dos partes que se encuentran en un plano de igualdad (marido y mujer lo están), sino en una órbita diferente, pues el tercero no puede conocer la realidad patrimonial de unos bienes cuya titularidad no suele trascender del hogar familiar. Por ello resulta necesario atribuirle una mayor protección y *prima facie* parece que así acontece al estatuirse la indivisión.

Efectivamente, la norma de indivisión se nos presenta con grandes

(65) Sobre el tema *vid.* ALBALADEJO, M.: *Curso...*, tomo IV, págs. 148 y siguientes; Díez PICAZO-GULLÓN: *Sistema...*, tomo IV, págs. 188 y ss., y con más detalle LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, fasc. 2.º, págs. 293-296.

(66) No hay que olvidar, sin embargo, la posibilidad de que los problemas surjan de una eventual adquisición del tercero que se pretende por uno de los esposos, precisamente el que no ha vendido, sea una adquisición *a non domino*. La aplicabilidad al caso de multitud de normas (arts. 71, 464, 1.322, 1.441...) hace su solución verdaderamente compleja, por lo que sólo apuntamos tal problemática.

posibilidades de desempeñar un importante papel en las relaciones de los esposos deudores con sus respectivos acreedores. Si hasta ahora hemos visto cómo, respecto de los esposos, es difícil de imaginar la efectiva aplicación de la ficción, toda vez que, por los medios expuestos, si éstos tienen interés en ello, pueden obviar su consecuencia jurídica, la situación es distinta en la relación con terceros. En este sentido, signifiquemos que la indivisión juega ahora en un ámbito diferente, posterior, pues el vínculo que relaciona al acreedor con el cónyuge deudor ha pasado ya su fase contractual normal y se encuentra en vías de ejecución por los medios que el Ordenamiento concede.

De acuerdo con lo anterior, y respecto de terceros, la indivisión se proyecta básicamente sobre la posibilidad de traba que aquél tiene contra el esposo deudor. Y la idea del legislador, no parece difícil intuirlo, radica en evitar que se vea defraudado en este trance ante las posibilidades que en tal sentido ofrece una disociación económica de patrimonios, pero, a la vez, la íntima convivencia de sus titulares. De no ser así hubiera bastado al legislador con excluir la aplicabilidad de la presunción en las relaciones con los terceros, como se hace en el artículo 1.324.

Por otro lado, la norma de indivisión del artículo 1.441 no cumple esa función previa que vimos si se daba ante la paralela regla del régimen consorcial: la de potenciar la capacidad de crédito del esposo frente a los terceros, sino todo lo contrario ante el diferente sistema de responsabilidades (67). El tercero es consciente de que sólo puede dirigirse contra los bienes de su deudor, y la norma del artículo 1.441 no amplía su esfera de acción, sino que más bien la reduce al obligarle a conocer exactamente los datos que acreditan el dominio sobre los elementos patrimoniales de su deudor, pues en otro caso la norma indivisoria le impediría la traba de la totalidad de los bienes exclusivos.

A partir de la constatación de este hecho cabe advertir que si *prima facie* pudiera pensarse que la indivisión en el régimen de separación favorece al acreedor, quien así podrá trabar la mitad de ciertos bienes que fácilmente, mediante negocios simulados, se pudieran sustraer a su aprehensión, un análisis más detallado de los mecanismos de embargo que posee el acreedor nos llevará a conclusiones diferentes.

En efecto, la auténtica realidad procesal de los medios coercitivos que se otorgan a los acreedores muestra la prepotencia de su postura en el momento de la traba en relación con la posición que ocupa el deudor. Aspecto que posteriormente justificaremos, no tenido en cuenta por el

(67) Sobre esta cuestión *vid. supra* pág. 320, nota 22, en relación con las observaciones efectuadas por DAVID, J. (*op. y loc cit.*)

legislador, que se ha limitado a copiar la normativa francesa, cuya realidad era muy distinta, como pasamos a exponer.

a) *El alcance de la indivisión en relación con los terceros en el Derecho francés*

Ya hemos puesto de relieve cómo el legislador español ha tenido muy en cuenta el modelo francés a la hora de establecer en el régimen de separación la norma de indivisión. Si bien únicamente se ha admitido el último párrafo del artículo 1.538, es indudable que la paternidad de nuestro artículo 1.441 ha de buscarse originariamente en la Ley de 13 de julio de 1965, modificadora, en el país vecino, de los regímenes económico-matrimoniales, así como en el artículo 3.º de la Compilación Baelear y Ley 113 de la Navarra.

Por esta razón parece interesante conocer las razones que movieron al legislador francés a instaurar tal presunción de indivisión para, posteriormente, valorar el acierto de la norma respecto de nuestro Derecho, en el que no existía precedente alguno, al menos en el territorio común.

Como queda apuntado, antes de 1965 tampoco el Derecho francés conocía esta regla. Tal ausencia, y en contra de alguna opinión aislada (68), produjo la creación de una presunción jurisprudencial que buscaba el beneficio de los acreedores y cuyo fundamento se ha intentado reflejar posteriormente en el artículo 1.538: evitar su defraudación por los esposos. En base a esta presunción se consideraban en todo caso exclusivos del cónyuge deudor los bienes trabados, incumbiendo la prueba de que esto no era así al otro esposo que se pretendiera propietario.

El cambio introducido por la Ley de 1965 produjo no pocas dudas en la doctrina francesa sobre la persistencia de la antigua presunción. Así, la mayor parte de la doctrina, ateniéndose a la letra de la Ley, estimó que la nueva norma hacía caduca la anterior jurisprudencia, de manera que, como indica RAYNAUD (69), la presunción de indivisión, en tanto no sea refutada, paraliza el derecho de persecución de los acreedores.

Sin embargo, no pocas voces se levantan en contra de esta interpretación, conscientes de que lo normado no supone favorecer a los acreedores, sino todo lo contrario. En este sentido, estima SAVATIER (70) que la antigua línea jurisprudencial ha de seguir manteniéndose, porque su fundamento sigue vigente: la necesidad de evitar a los terceros todo:

(68) Así, TROPLONG (*Le droit civil expliqué*, loc. cit.), quien consideraba la persistencia de la vieja presunción muciana.

(69) MARTY, G.-RAYNAUD, P.: *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, par P. Raynaud, Ed. Sirey, París, 1978, núm. 446, págs. 348 y 349.

(70) SAVATIER, R.: *Op. cit.*, núm. 145, pág. 78.

estos fraudes que se ven amparados por la permeabilidad de los patrimonios conyugales. De esta manera recurre SAVATIER a la posible vigencia de una especie de acción pauliana ampliada que justificaría la acción de los acreedores. Acción que, por otra parte, pudiera explicarse teniendo en cuenta que el traspaso patrimonial de un esposo a otro implicará normalmente una donación. Y aunque el donatario haya obrado de buena fe el acreedor podría invocar en todo momento el fraude de que ha sido objeto por parte del donante y así trabar íntegramente los bienes objeto de la liberalidad.

Por su parte, REMY (71) llega a idénticas conclusiones: antes, como ahora, se trataba de no sacrificar al acreedor de uno u otro esposo ante el conflicto que pudiera plantear su cónyuge. Por ello el fraude de los esposos separados económicamente, respecto de sus acreedores personales, sigue siendo rechazable en las mismas hipótesis que antes de la Ley de 13 de julio de 1965.

La justificación que sobre tal afirmación da este autor encuentra sus raíces en los propios principios generales que informan el Derecho positivo. Y así, considera que la norma de indivisión no sería obstáculo para esta otra presunción jurisprudencial que haría de los bienes muebles detentados por los esposos una reserva de crédito análoga a la que ofrece la comunidad en el régimen de gananciales. Añade REMY, posteriormente, que tal similitud de regímenes pudiera resultar criticable para «mentes geométricas». Sin embargo, para los demás, mostraría cómo las presunciones legales, instrumento de adaptación de los diversos mecanismos matrimoniales de la sociedad conyugal, pueden enfrentarse parcialmente a lo que, con los principios de fondo de cada régimen, sería demasiado contrario a los imperativos naturales de esta sociedad entre hombre y mujer unidos por el matrimonio.

Ocurre que los Tribunales franceses no han tenido ocasión de manifestarse sobre este concreto punto, si bien, incidentalmente, existe cierta jurisprudencia, perjudicial para los terceros (72), que admite en contra de ellos la virtualidad de ciertas presunciones de indivisión establecidas convencionalmente. Sin embargo, los autores citados (SAVATIER, REMY, etc.) consideran que el caso no es análogo al de la presunción legal de indivisión, toda vez que las presunciones convencionales son expresamente oponibles a terceros en base al párrafo 2.º del artículo 1.538, lo cual entendemos no obsta para que pueda pensarse, al amparo de di-

(71) REMY, P. (*op. cit.*, págs. 474 y ss.), seguido en este punto por PATARIN, J.: *Course de doctorat sur le rôle et portée de la question de la preuve dans le droit des régimes matrimoniaux et des sucesions*, París, 1975.

(72) Por ejemplo, una Sentencia de la Corte de Casación de 29 de enero de 1974.

chas sentencias, en un cambio respecto de las soluciones admitidas antes de la reforma de 1965 (73).

En resumen, podemos extraer de este breve discurso la *ratio* de la norma de indivisión respecto de los terceros. El legislador ha pensado era necesaria una regla que, de alguna manera, sirviera como garantía del eventual crédito que pudieran tener los acreedores frente a un esposo. Sin embargo, ante la presunción jurisprudencial preexistente, parece que la nueva norma no ha supuesto un refuerzo para las garantías de los terceros, sino más bien lo contrario. Conclusión que, desgraciadamente, parece imponerse también en nuestro Derecho en los términos que pasamos a analizar.

b) *La situación de los terceros acreedores en nuestro Derecho*

Volviendo de nuevo a la realidad de nuestro Derecho positivo, hemos de preguntarnos qué representa efectivamente, y no sólo en un plano teórico, la norma de indivisión. Más concretamente, si supone una ventaja o desventaja para los terceros acreedores de uno de los esposos, si bien la respuesta a esta interrogante ya hemos tenido ocasión de adelantarla.

Indudablemente, en la línea apuntada por cierta doctrina francesa que, como hemos visto, propugna el mantenimiento de las soluciones anteriores, hay que pensar en lo segundo. Ahora bien: si a nivel teórico resultan válidas las afirmaciones tanto de SAVATIER como REMY, a la vez que deseables, su consecuencia, entendemos, será muy difícil de aplicar a nuestra concreta realidad normativa. La existencia material del artículo 1.441 parece impedirlo máxime cuando en nuestra jurisprudencia no existía consagrada la presunción sancionada por los Tribunales franceses.

Ahora bien: aun no existiendo tal, la práctica procedimental producía unas consecuencias al menos tan beneficiosas para el acreedor como las consagradas en el Derecho francés.

En este sentido, entendemos que si la ficción de indivisión no existiera, el tercero acreedor se iba a ver favorecido porque podría, sin más, embargar cualquiera de los bienes que estuvieran en la órbita familiar, correspondiendo a los cónyuges, o a uno de ellos, la prueba del dominio exclusivo del no deudor o incluso la prueba de la copropiedad, si esto fuera así. De esta manera la práctica procesal daba lugar al mismo re-

(73) Sobre tal cuestión *vid.* GOUBEAUX, G.-BIHR, P.: *L'application jurisprudentielle de la loi du 13 juillet 1965*, Ed. Repertoire du Notariat Defrenois, París, 1978, núms. 237-252, págs. 196 a 212.

sultado que en el país vecino había consagrado una específica presunción jurisprudencial.

Reincidiendo sobre este punto diremos cómo la realidad de nuestros mecanismos de traba revela la posibilidad de que quien embarga designe los bienes de su deudor que estima convenientes, aun en contra de las alegaciones, incluso presentación de títulos del embargado, especialmente en el campo de los bienes muebles. Posteriormente, será el eventual perjudicado quien deberá acreditar la improcedencia de la traba, para lo cual, hasta el momento de la adjudicación, tiene abierto el remedio procesal que comporta la tercería (74).

Ahora bien: ante la existencia del artículo 1.441, parece que el acreedor de uno de los esposos no va a poder operar así, salvo que, previamente, acredite la titularidad exclusiva del deudor. Y en este sentido la norma le perjudica, como también acontece en el Derecho francés (75), porque se le exige una prueba previa que le va a resultar muy difícil. De esta manera el supuesto de hecho de la ficción se dará siempre que en el momento del embargo el acreedor no acredite ante el Juez (en la práctica, ante quien materialice el embargo) la prueba de la titularidad exclusiva de su deudor respecto de los bienes que traba (76). Fuera de esta posibilidad, y de alguna otra que pueda imaginarse, deberá contentarse con embargar la mitad indivisa de los bienes que encuentre.

c) *Las posibilidades del tercero para evitar la indivisión*

Hemos puesto de relieve las dificultades que normalmente tendrá el tercero para acreditar la titularidad exclusiva de un bien en el patrimonio de su deudor. Dificultades originadas por la connivencia de los esposos para conseguir que bienes exclusivos de quien resulte deudor pasen a quien no lo es o, al menos, no sea posible acreditar esa titularidad exclusiva desempeñando su papel, como mal menor para ellos, la norma de indivisión (77).

(74) Sobre el tema *vid.* artículos 488 y 1.532 a 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(75) Son interesantes las afirmaciones de CHEVALIER DUMAS, F. («Le fraude dans les régimes matrimoniaux», *Rev. Trim. Droit Civil*, 1979, pág. 70), al considerar que con el nuevo artículo 1.538 los acreedores se han sacrificado en beneficio de los esposos. Pero ocurre que esto se vuelve frecuentemente contra ellos porque el acreedor, para evitar riesgos, exige que se obliguen solidariamente ambos esposos.

(76) Un supuesto en que pudiera imaginarse esto sería el de que el acreedor embargara los bienes de los que resultó vendedor y que dieron origen a la existencia del crédito contra un esposo.

(77) Reiteramos lo ilustrativo que sobre este tema es el trabajo de CHEVALIER DUMAS (*op. cit.*, págs. 40 y ss.), especialmente págs. 68 a 70, específicamente referidas a las situaciones fraudulentas que por esta vía pueden producirse para los terceros.

La cuestión, por otra parte, tiene un planteamiento muy diferente al de las relaciones entre esposos, pues al tercero se le exige la prueba que destruirá la indivisión en el momento de la traba, sin que sea normal la posibilidad de juicios posesorios o petitorios previos, como ocurre entre esposos. Estos quedarían reservados para un momento posterior, corriendo de su cargo la prueba, siempre difícil, de la exclusividad dominical en el esposo deudor.

Sin embargo, estas ideas reflejan un planteamiento práctico de la cuestión (que ha de tenerse muy en cuenta), pues, en teoría, las posibilidades legales de acreditar la titularidad exclusiva del cónyuge son iguales para los terceros que las relatadas en las relaciones internas del matrimonio. Sin olvidar que el tercero acreedor se ve favorecido por una serie de posibilidades que le ofrece el Ordenamiento jurídico. Aspectos todos estos que pasamos a detallar.

1. *Las presunciones posesorias.*

Indudablemente, y a nivel teórico, el tercero podrá verse beneficiado de las presunciones posesorias cuando con ellas quepa considerar la titularidad exclusiva de ciertos bienes respecto de su deudor. Ahora bien: en la práctica, tal eventualidad parece ilusoria, pues si hemos observado la facilidad de traspasar el dominio a uno u otro patrimonio conyugal los posibles cambios en el hecho posesorio son aún mucho mayores.

Por otra parte, en cambio, si pudiera verse perjudicado por tales presunciones posesorias en cuanto que, al intentar la traba, se alegue una posesión exclusiva y de buena fe por el otro cónyuge. Para evitar esto, entendemos que hay que considerar las presunciones posesorias de una manera muy restrictiva cuando favorezcan al esposo no deudor en perjuicio de acreedores del otro. Restricción que ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias en el sentido de que sólo ha de considerarse válida si se apoya en un título indubitado.

En resumen, cabe atribuir al hecho posesorio una importancia probatoria mínima en las relaciones con terceros, de modo que el acreedor pueda, al menos, trabar la mitad indivisa de todos los bienes poseídos por los cónyuges, con independencia de la alegación de posesiones exclusivas en la órbita del no deudor, siempre y cuando no coadyuven a su credibilidad otros medios probatorios. De no hacerse así, la total ausencia de dificultades para la transmisibilidad del hecho posesorio, que no requiere sino la materialidad de la *traditio*, podría impedir la acción de los acreedores, planteándoles obstáculos casi insuperables.

2. *La confesión sobre la catalogación de los bienes.*

Si bien, como hemos visto, las normas comunes presuponen normalmente una situación de evidente inferioridad para el tercero acreedor, existen a la vez ciertos mecanismos normativos que pueden favorecerle específicamente y que, recogidos en otras partes del Código Civil, inciden sobre la norma indivisoria del artículo 1.441, alterando en alguna medida su configuración y resultado.

En primer lugar, directamente relacionable con el artículo 1.441, se encuentra el artículo 1.324, que ya hemos tenido ocasión de comentar. En el aspecto que ahora interesa produce como consecuencia la imposibilidad de impedir la traba de la mitad indivisa aportando la confesión realizada por uno de los cónyuges, lógicamente el propio deudor, en la cual se atribuya al esposo que no lo es la propiedad exclusiva de un determinado bien (78).

La norma que estudiamos revela cómo el legislador es consciente de la difícil posición en que se encuentra el acreedor, pues normalmente los cónyuges, económica, pero no afectivamente separados, estarán plenamente de acuerdo para evitar su acción. Por ello, en este artículo, lo que se hace es limitar los medios probatorios de que gozan los esposos para liberarse de posibles trabas que se produzcan como consecuencia de la regla que prevé el artículo 1.441. Indudablemente, el artículo 1.324 tiene una proyección más amplia, pero, en lo que a nosotros se refiere, la consecuencia indicada es la que resulta de interés.

Profundizando en el espíritu de esta regla hay que pensar que, de acuerdo con ella, la prueba de la titularidad exclusiva del cónyuge no deudor habrá de tenerse en cuenta muy estrictamente por quien aplique el derecho, no bastando una mera prueba indiciaria, sino muy cualificada. Toda vez que únicamente se permite al acreedor hacer presa sobre la mitad de la cosa, hemos de pensar que, al menos, la posibilidad de liberarse de tal traba sea compleja para el cónyuge que así lo pretenda. Caso contrario, los medios defraudatorios, ya de por sí amplios, se verían enormemente potenciados.

En otro orden de cosas, la norma que cuestionamos permite, por fin, una interpretación plenamente favorable para los acreedores (79). Así, de igual forma que la confesión de un cónyuge no puede perjudicarle, ocurrirá que, por el contrario, sí puede favorecerles. En este sentido, cuando exista tal prueba de que el bien dudoso pertenece al cónyuge deudor, el acreedor podrá fundar su embargo sobre la totalidad de la

(78) El tema aparece ampliamente tratado por REBOLLEDO VARELA (*op. cit.*, páginas 182 y ss.), quien recoge además la bibliografía más interesante.

(79) En similar sentido *vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 185.

cosa en tal dato. Es más, pensamos que tal confesión, a la que se refiere el artículo 1.324, deberá entenderse en un sentido muy amplio que abarque cualquier acto de los cónyuges, especialmente si es el deudor, encajable en la doctrina y efectos de los actos propios admitida de lleno en el espíritu del actual artículo 7.º, 1, del Código Civil (80). De existir algún acto que pudiéramos considerar propio, de uno u otro cónyuge (reconocimiento escrito, relación inventariada, etc...), no entraría en vigor la consecuencia del artículo 1.441, de modo que el acreedor podría efectuar la traba unitaria y total de los bienes reconocidos como exclusivos de su deudor (81).

3. *El juego de la potestad doméstica respecto de los terceros.*

Aunque pueda parecer obvio, no está de sobra destacar cómo sobre las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges al amparo de la facultad concedida por el artículo 1.319 tampoco puede operar la indivisión. Su aplicabilidad no tendría sentido alguno y perjudicaría a tales acreedores específicos, quienes es claro que pueden dirigirse contra los bienes de uno u otro esposo, en los términos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 1.319. Siendo deudores, en todo caso, ambos cónyuges, no tiene razón de ser el artículo 1.441 para estos supuestos.

De la misma manera, cuando el acreedor haya conseguido obligar a ambos esposos por prever las posteriores dificultades con que pudiera encontrarse, tampoco habrá problema alguno ni necesidad de recurrir a la norma del artículo 1.441. El acreedor podrá trabar en este caso todo lo que encuentre, sin límite alguno, y de acuerdo con la genérica responsabilidad universal del artículo 1.911.

Esta forma de actuar los acreedores será usual y pone de relieve algo que ya hemos manifestado: el que la excesiva protección que el Ordenamiento jurídico otorga a los esposos en régimen de separación de bienes en relación con los terceros se vuelve frecuentemente contra ellos al exigir éstos la responsabilidad solidaria de ambos patrimonios. De esta manera la práctica produce una lógica desvirtuación de los principios y finalidades que se perseguían al pactarse un régimen de separación.

(80) Sobre esta cuestión sigue teniendo gran actualidad la monografía de Díez PICAZO, L.: *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, con las naturales correcciones necesarias para acomodar sus resultados al nuevo Título Preliminar.

(81) LACRUZ BERDEJO detalla otras cuestiones directamente relacionadas con este artículo 1.324. Vid. LACRUZ SANCHO: *Op. cit.*, tomo IV, fasc. 2.º, págs. 379 a 383.

4. *La aplicabilidad de la acción pauliana.*

Sin entrar en ulteriores precisiones, cabe mencionar también la eventual protección que el acreedor puede obtener en base a la facultad que le confiere el artículo 1.111 del Código Civil.

Ya hemos significado la posibilidad de mutaciones patrimoniales entre cónyuges, defraudatorias del interés de los terceros, y para las que el artículo 1.441 supone una escasa protección. Por ello, merece especial atención la norma apuntada, así como otras que buscan las mismas finalidades, concretamente la acción rescisoria contenida en el art. 1.291, 3. Por las razones expuestas estimamos que ha de potenciarse su aplicación en este campo ante la particularmente débil posición del tercero acreedor. Esta intencionalidad, por otra parte, late expresamente en el artículo 1.442, donde el legislador presume la existencia de traspasos fraudulentos entre esposos cuando uno de ellos haya sido declarado en quiebra o concurso (82).

C) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 1.441 ANTE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

Teóricamente la extinción del régimen de separación no lleva aparejada la necesidad de practicar operación liquidatoria alguna. Sin embargo, la práctica puede resultar diferente, pues, normalmente, es en este momento en el que se plantean las dudas sobre la adscripción de los bienes a uno u otro patrimonio. En este sentido se ha llegado a decir, si bien faltando una base cierta para ello, que tal norma —la del artículo 1.441— sólo juega «en el momento liquidatorio del régimen de separación ante las dificultades que pudieran surgir y que la Ley disipa atribuyendo la propiedad por mitad» (83). En todo caso, parece preciso analizar las diferentes causas que pueden acarrear la extinción del régimen de separación, comprobando en cada una el papel que desempeña el artículo 1.441.

La primera de ellas será el pacto en capitulaciones de un nuevo ré-

(82) En relación con este tema hay que hacer referencia a los eventuales negocios simulados entre los cónyuges, minuciosamente tratados por REBOLLEDO VALERA (*op. cit.*, págs. 186 a 211) en sus diversas alternativas y a cuyas consideraciones nos remitimos.

(83) Así se pronuncia VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 407). En contra y a favor de la interpretación que sostenemos se manifiesta la totalidad de la doctrina: SAVATIER, R.: *La separation de biens*, pág. 127; AUBRY et RAU: *Op. cit.*, núm. 356, pág. 590; REBOLLEDO VALERA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 178; CERDÁ GIMENO, J.: «La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pág. 633, etc.

gimen económico-matrimonial distinto al de separación. En este caso los problemas que pueden derivar del artículo 1.441 son los ya relatados, referidos a las relaciones entre esposos, únicos afectados por el cambio (84).

Lo mismo puede concluirse cuando la liquidación del régimen esté motivada por la disolución *inter vivos* del matrimonio mediante el divorcio, o bien cuando se produzca la separación legal que también hará necesaria la definitiva independencia patrimonial de uno y otro cónyuge. Tales situaciones, lógicamente, son susceptibles de originar mayores disputas sobre la titularidad de ciertos bienes que habrán de resolverse, como hemos puesto de relieve, de acuerdo con las pautas marcadas para las relaciones entre esposos.

La última causa que puede motivar la liquidación del régimen de separación es la que deriva de la extinción del matrimonio por muerte de un esposo. En este supuesto la cosa cambia, pues la eventual polémica ya no se restringe a los cónyuges, sino que intervendrá otra persona: el heredero o legatario. Prescindiendo de este último, pues nos llevaría a tratar el tema del legado de cosa ajena, es claro que inicialmente diremos que su posición se asemeja más a la de su causante que a la de un tercero, y de esta manera aplicar las soluciones expuestas para las relaciones entre esposos. En este sentido parece que, de acuerdo con los artículos 659 y 661, el heredero adquiere una posición similar a la de su causante, el cónyuge fallecido.

Ahora bien: habrán de tenerse muy en cuenta las especiales características que derivan de su condición de heredero, fundamentalmente respecto del hecho posesorio y las posibilidades de acreditar por este medio la titularidad exclusiva de su causante. Las dificultades con que se encontrará para ello harán frecuente la entrada en vigor de la ficción de indivisión, ya que, normalmente, el heredero, aun siendo realmente su causante propietario exclusivo de los bienes, no acudirá a la prueba de su derecho en vía judicial, salvo que posea un título material que lo acredite. Fuera de esta eventualidad sus medios probatorios serán meramente indiciarios y, a menudo, el conocimiento de ciertas realidades patrimoniales surgidas a lo largo de la vida conyugal, escaso. De tal forma que el heredero estará en este sentido en una posición inferior a la del cónyuge sobreviviente.

Concluida esta exposición, no nos queda sino destacar algo que ya

(84) Otra cosa es la finalidad defraudatoria que puede perseguirse con tal mutación. En estos casos, y con relación a los terceros, es preciso ver el trabajo citado por MAGARIÑOS BLANCO sobre «Cambio de régimen económico-matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 47 a 115.

hemos tenido ocasión de significar: en todos los casos en que la indivisión tenga operatividad estaremos ante una comunidad dominical ordinaria (85), regida por las normas de los artículos 392 a 406; su régimen no tiene nada que ver con el estatuido para los bienes que se integran en la sociedad de gananciales, cuyas normas carecen de virtualidad alguna.

IV. LAS CLAUSULAS CONVENCIONALES SOBRE PROPIEDAD DE LOS BIENES EN EL REGIMEN DE SEPARACION

Uno de los temas tratados con más profusión en la doctrina francesa, reflejo indudable de una práctica frecuente, fue, y sigue siéndolo aún, el de la validez de las cláusulas incluidas en el contrato matrimonial para adscribir a uno u otro esposo la propiedad de los bienes existentes en la esfera patrimonial de ese matrimonio o bien alterar el régimen probatorio establecido en el Derecho común para acreditar tales titularidades. Cuestión que cobra especial relieve ante el régimen económico-matrimonial de separación de bienes por las especiales características del mismo, como tendremos ocasión de matizar.

Si bien, a menudo, se habla globalmente de presunciones convencionales de propiedad, entendemos que tal terminología resulta imprecisa para referirse con ella a todas las eventuales cláusulas que los esposos pueden convenir (86). El uso de tales términos implica necesariamente la consideración de dichas cláusulas como presunciones cuando, frecuentemente, su naturaleza puede ser otra. Así ocurre ante lo que denominaremos pactos atributivos de la propiedad (87), que no tienen encaje en la categoría de las normas presuntivas, ya que mientras éstas tienen una naturaleza eminentemente probatoria, aquellos pactos afectan al derecho sustantivo. Por otro lado, pudiera darse que la naturaleza de estos convenios se asemejara a las ficciones, si bien no resulta fácilmente imagi-

(85) Asimismo, ALBALADEJO, M.: *Op. cit.*, tomo IV, pág. 196, y DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema...*, tomo IV, pág. 285, etc.

(86) Entiendo que el uso de esta terminología tiene su origen en el Derecho francés, donde tales presunciones se estudian en base a que el artículo 1.538 regula conjuntamente tanto la denominada presunción de indivisión legal como las presunciones que alteran el régimen legal referido.

Así, *vid.* MORIN, G.-MORIN, M.: «La réforme des régimes matrimoniaux», *Repertoire du Notarial Defrenois*, París, 1967, págs. 490 y ss.; SAVATIER, R.: *La séparation...*, págs. 13 y ss., etc.

Sin embargo, en nuestro Derecho, no hay razón alguna para identificar siempre tales pactos con las presunciones, ya que, como veremos, fácilmente exceden de su ámbito.

(87) *Vid. infra* págs. 362 y ss. sobre la distinción entre pactos declarativos y atributivos.

nable ante la dicción del artículo 1.253, que parece excluir la virtualidad de las ficciones convencionales (88).

Tras esta advertencia terminológica preliminar, y justificado con ella el encabezamiento del capítulo, podemos iniciar su exposición analizando la estructura de tales pactos convencionales. Básicamente, consisten en instituir un supuesto de hecho que, en general, supondrá la indicación de que ciertos hechos (inscripción en algún registro, posesión en exclusiva, tenencia en un inmueble propio de uno de los esposos, existencia de título de propiedad a nombre de uno de ellos, etc.) serán decisivos a la hora de configurar la adscripción dominical de determinados bienes a uno u otro cónyuge (pactos atributivos) o bien darán lugar a una presunción favorable al esposo que se encuentre en tales condiciones (pactos presuntivos o probatorios).

En uno y otro caso, la norma convencional se complementa con un efecto jurídico que consistirá en que cuando exista la base fáctica pactada el bien pertenecerá o se presumirá su atribución a quien se ve favorecido por la cláusula convenida. Nos movemos, por lo tanto, en el campo de las normas convencionales, basadas en el principio de autonomía de la voluntad de los esposos para regular los aspectos económicos de su matrimonio y que en última instancia tienen su fundamento legal en el artículo 1.091 del Código Civil.

JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE SU ESTUDIO

Quizá la proyección práctica de estos pactos no tenga aún excesivo relieve en nuestro país. Consecuencia obligada de la aún escasa implantación del régimen de separación, donde con mayor abundancia se presentan estos convenios, pues hasta hace muy poco, quizás aún hoy, se ha visto en tal régimen disociativo una situación un tanto incompatible con los fines del matrimonio, socialmente desaprobada. Sin embargo, actualmente, la estadística comienza a mostrar un claro aumento de los matrimonios regidos por el sistema de separación de bienes al haber desaparecido gran parte de las trabas sociales que dificultaban su implantación. Por esta razón no parece arriesgado prever que en el futuro, al igual que aconteció en Francia, tal tipo de clausulado se irá haciendo cada vez más frecuente en las capitulaciones matrimoniales que establezcan la separación de bienes.

(88) Toda vez que el artículo 1.253 exige en materia de presunciones no legales la vinculación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, parece inadmisibles la existencia de una ficción convencional en que, por definición, tal vinculación no puede darse, pues la consecuencia de tal norma no es la que se daría según las normas comunes que hubieran de aplicarse al supuesto de hecho.

Como queda apuntado, tal realidad ha producido que en el vecino país la doctrina haya sentido la necesidad de estudiar a fondo la cuestión. Necesidad intuita a partir del primer tercio de este siglo y que ha originado no pocas páginas sobre el tema. Y así, si inicialmente (89) lo que se pretendía era colmar las lagunas que presentaba un tratamiento legal incompleto de la materia, hoy, tras la reforma de 1965, la cuestión se dirige hacia distintos derroteros, ya que el legislador ha tenido muy en cuenta el desarrollo dogmático de la figura, completando, de acuerdo con los esquemas doctrinales, la parca regulación anterior.

En efecto, como ya ocurría antes de la reforma de 1965, y más hoy ante la dicción del artículo 1.538, que establece como sabemos una norma paralela, si bien ampliada, a nuestro artículo 1.441, es frecuente el que para prevenir dificultades de prueba, cuya consecuencia sanciona la norma citada con la indivisión, Abogados y Notarios inserten en los capítulos matrimoniales que establecen el régimen disociativo una serie de cláusulas presuntivas o atributivas de la propiedad de los bienes que en el futuro posean los esposos, especificándose, de acuerdo con ellas, quién será el propietario de los mismos.

Esta práctica parece razonable estimar que en el futuro se produzca en nuestro país y, seguramente, también por la vía de la denominada jurisprudencia cautelar. Tal afirmación no puede tildarse de gratuita o aleatoria, pues no es la realidad francesa el único dato que permite llegar a ella, sino que en el Derecho balear, donde la norma de indivisión en el régimen de separación tiene cierta antigüedad (90), también se ha producido el mismo fenómeno. Si bien con menor proyección ante lo reducido de su ámbito de aplicación territorial. Por desconocer la concreta realidad balear nos permitimos apoyarnos para efectuar tal apreciación en el testimonio de CERDÁ GIMENO (91), Notario ibicenco, quien parece manifestar la existencia en dicha región insular de una práctica en este sentido con el fin de prevenir litigios y con evidente trascendencia para los usos forenses. Este dato, unido al proporcionado por la realidad francesa, facilita una eventual visión de futuro de una situación que puede plantearse a la vuelta de muy poco tiempo en los matrimonios que, sujetos personalmente al Derecho común, tienen pactado el régimen de di-

(89) En este sentido cabe ver los trabajos de SAVATIER, R. («Des clauses de presumption de propriété dans le régime de separation de biens», *Rep. Defrenois*, 1934, artículo 24.006, pág. 741), y ROSSIGNOL (*Presomption de propriété*, *ibíd.*, 1953, art. 27.192), muy anteriores ambos a la regulación de 1965.

(90) Recordemos que la Compilación Balear, donde aparece legalmente sancionada la indivisión, es anterior a la Ley francesa, concretamente del año 1961.

(91) CERDÁ GIMENO, J.: «La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pág. 634.

sociación patrimonial. Todo ello, entendemos, hace necesario, a la vez que legitima sobradamente, el estudio de estas cláusulas y su viabilidad de acuerdo con la normativa vigente.

Para acometer tal tarea dividiremos el objeto de este capítulo en cuatro cuestiones básicas.

La primera, lógicamente, consistirá en describir las variantes contractuales que pueden los esposos insertar en sus capitulaciones. Parece que, antes de analizar jurídicamente una figura, cuya realidad no es aún conocida con precisión en nuestro Derecho, es preciso fijar las modalidades que su utilización ofrece. Será ésta una cuestión ajena a la discusión jurídica, que se limitará a comprobar la existencia de las diferentes cláusulas que pactan los esposos con la intención de regular el destino futuro de sus bienes. Para solventar el tema parece necesario acudir a la realidad social francesa, donde existe consagrada una reiterada práctica en este sentido.

Con esta base fáctica, necesaria para la posterior discusión del instituto, pueden ya abordarse las cuestiones polémicas desde el punto de vista jurídico, y para empezar, inevitablemente, todo lo referido a la validez de tales pactos de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico vigente. La eventual eficacia de estas cláusulas habrá de referirse, por otro lado, a las distintas modalidades que las mismas ofrecen.

En otro orden de cosas diremos que el tema de la aptitud jurídica de estos convenios habrá de plantearse inicialmente como cuestión general, pero de inmediato, como ya nos ha ocurrido en muchas de estas cuestiones, habrá de diseccionarse su tratamiento en la doble vertiente de las relaciones internas del matrimonio, por un lado, y por otro, de la eficacia de tal clausulado en las relaciones de los esposos con terceros, cuyo crédito puede verse indudablemente influido por el juego de este tipo de pactos matrimoniales.

Por último, la contemplación de la doctrina francesa da pie para suscitarnos en nuestro Derecho un interesantísimo problema que presupone responder afirmativamente a la cuestión de la validez de este tipo de cláusulas. Nos referimos a si tales normas contractuales pueden ver alterada su consecuencia por el hecho de la prueba en contrario. Es decir, refiriéndonos a la mecánica de la norma presuntiva, cuando ello sea posible, analizar si cabe configurar las mismas como presunciones *iuris et de iure* o incluso pactos con efectos inmediatos excedentes de la naturaleza probatoria y, por tanto, sin que para nada pueda hablarse en ellos de la prueba en contrario, o, por otra parte, estimar necesaria la consideración de todas estas cláusulas como presunciones *iuris tantum* sus-

ceptibles de ver destruida la consecuencia que establecen en base a la contraprueba de su supuesto de hecho.

A) LAS DISTINTAS VARIANTES DE CLÁUSULAS CONVENCIONALES

Dentro de los eventuales pactos que pueden incluirse en las capitulaciones matrimoniales, también fuera de ellas, si bien entonces sus efectos quedarán en todo caso reducidos a la mera relación interna entre los esposos, se suele distinguir (92) entre presunciones o pactos declarativos, por un lado, también denominados presuntivos o probatorios, y, en segundo lugar, pactos atributivos. Distinción que tiene gran importancia a la hora de dar validez y encajar sistemáticamente los distintos supuestos que la realidad ofrece, si bien, lógicamente, carece de base positiva alguna para establecerla.

Moviéndonos en el campo de la teoría diremos que los pactos probatorios tienen una función estrictamente probatoria, en el sentido de dirigir en una determinada dirección el régimen de prueba de la situación planteada acerca de la titularidad en uno u otro esposo de una serie de bienes que se encuentran en su esfera patrimonial. Básicamente, suponen el establecimiento, modificación o supresión de las reglas legales probatorias contenidas tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente, en la mayoría de los casos, ello se producirá a través de la creación de una presunción *iuris tantum*. Es decir, ante la existencia de determinados supuestos se presumirá que el bien pertenece al cónyuge a quien tal presunción favorece. Por ello diremos que a menudo este tipo de pactos se identifican con las presunciones convencionales en las que es posible *a priori* la prueba en contrario.

Junto con este tipo de cláusulas, cabe hacer referencia a las que suponen expresamente una atribución directa de titularidades dominicales sobre determinados bienes, excediendo en consecuencia de la mera presunción o convención sobre el régimen probatorio de una situación de hecho. Implican la común intencionalidad de favorecer a uno u otro cónyuge o, frecuentemente, a ambos de una manera indistinta. Esto se concreta en la adscripción al patrimonio del beneficiado de una serie de bienes cuando se den los requisitos o supuestos de hecho previstos. Estas —cláusulas, afirmó, un tanto confusamente, SAVATIER— (93) implicarán a menudo una auténtica donación entre cónyuges. Cuestión ésta que más adelante intentaremos aclarar (94).

(92) Así, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 144.

(93) SAVATIER, R.: *La separation*.... núm. 18, pág. 17.

(94) *Vid. infra* págs. 366 y ss

La diferencia entre ambas es, al menos desde el punto de vista teórico, tajante. En el supuesto de pactos atributivos se hace necesaria una clara manifestación de los contratantes en el sentido de dotar de efectos inmediatos y reales a la producción del supuesto de hecho al que se ligan los mismos. Así, habrá que incluir en este tipo todos aquellos pactos que hablan de que «pertenerán a uno u otro esposo los bienes que...» Dicción diferente a la que se reflejará en los pactos probatorios, donde se dirá que «se presumirán —o considerarán— de uno u otro esposo los bienes que...» Parece, por lo tanto, decisivo llegar a conocer la real intención de los contratantes al verificar el convenio y deducir de su manifestación de voluntad, debidamente interpretada, el alcance de los pactos, ya que, *a priori*, fácilmente se nos alcanza la mayor relevancia de los pactos atributivos respecto de los probatorios. Todo ello a salvo del juicio que sobre su admisibilidad nos formaremos a continuación y del que no adelantamos ahora conclusiones.

El propio SAVATIER, quien acogió en su día la distinción que hemos reflejado, nos ofrece una serie de ejemplos de uno y otro tipo.

Así, entre los primeros, es decir, las normas aclaratorias de la propiedad de los bienes, hace referencia a aquellos pactos en los que se indica el que se presumirá la propiedad en el esposo que tenga en su posesión los bienes muebles, o que se presumirá la propiedad de las joyas y valores encontrados en una caja fuerte para el esposo que resulte titular de la misma, o la del mobiliario que se encuentre en el apartamento de uno de los esposos, o que ha alquilado individualmente, etc.

En todo caso, hay que tener muy presente que frecuentemente este tipo de presunciones no van a gozar de un tratamiento específico, por ser una mera reiteración de las que ya se encuentran recogidas en el Derecho positivo, por ejemplo, en los artículos 434, 464, etc., los cuales a menudo subsumirán en su normativa muchos de los pactos relatados, careciendo, en consecuencia, de especificidad alguna respecto de las presunciones legales apuntadas.

Dentro de las convenciones a incluir en las que hemos denominado atributivas enuncia SAVATIER aquellas destinadas a presumir, más bien atribuir a uno de los esposos, la propiedad de los bienes que usa personalmente. Suponen un reforzamiento de la eficacia probatoria de la posesión y a menudo serán más fácilmente encajables en lo que hemos denominado presuntivos.

Entre los pactos atributivos ocupan un lugar relevante los destinados a favorecer al cónyuge sobreviviente, justificables plenamente en base a un sentimiento afectivo. Propiamente suponen una liberalidad *mortis causa*, ya que sus efectos no se proyectan sino hasta el momento de la muer-

te de uno de los esposos y, en consecuencia, dada la naturaleza de tales pactos, no podrán suponer un quebrantamiento del régimen legitimario establecido imperativamente para los herederos forzosos en el Código Civil. Asimismo, digamos que su estudio y eficacia se encuentran relacionados con el derecho de sucesiones más que con las normas que estamos tratando.

Es posible imaginar, en este mismo apartado de los pactos atributivos, aquellos en los que se establece la pertenencia de ciertos bienes al marido o a la mujer cuando se dé un determinado supuesto de hecho. En este caso cabe la configuración como una estipulación unilateral a favor de uno u otro esposo, pudiendo entonces fácilmente chocar con el contenido del artículo 1.328, o cabe que favorezcan indistintamente a ambos, supuesto que será el más frecuente.

Por último, es posible insertar cláusulas estableciendo la indivisión de ciertos bienes siempre y cuando las mismas supongan una alteración de los términos del artículo 1.441, ya que, caso contrario, como hemos tenido ocasión de significar, no implicarían novedad alguna respecto del régimen legal. Así ocurriría cuando se concretara a determinados medios probatorios la posible prueba de la titularidad exclusiva de los bienes, sancionando la indivisión de no producirse la misma. Una variante de este supuesto sería la de establecer que entrara en juego, con sus presupuestos normales, la consecuencia de indivisión, pero en proporciones desiguales, favoreciendo en concreto a uno de los esposos.

B) LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE TALES PACTOS

a) *Planteamiento general*

Es un tema largamente debatido en la doctrina el de la validez de todas aquellas cláusulas convencionales que de una u otra forma alteran el régimen probatorio establecido en las leyes procesales o incluso en las propias leyes sustantivas (95). Sin entrar aún en la concreta proyección de este tipo de pactos sobre el régimen económico disociativo, cabe significar la existencia de dos tendencias contrapuestas. Una primera partiría de afirmar la validez de los mismos, imperante en la doctrina francesa, si bien con ciertas limitaciones. Otra, reflejada por nuestra doctrina procesal clásica, en los términos que relatamos, aboga por la idea denegatoria de la eficacia de tales convenios.

(95) Genéricamente *vid.* GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, tomo I, Introducción y Parte General, 3.ª ed., Madrid, 1968, y SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XVI, volumen 2.º, EDESA, 1981, págs. 28 y ss.

En todo caso, parece importante advertirlo, el tema excede de la alteración convencional del régimen contenido en el artículo 1.441, e incluso de las normas sobre el régimen de separación. Ahora bien: el hecho de que el artículo 1.538 del Código francés, paralelo de nuestro artículo 1.441, regule con amplitud este tipo de pactos con ocasión del régimen de separación, revela, como ya expusimos, la importancia del tema en la práctica de este sistema económico-matrimonial donde son muy frecuentes los pactos analizados. Tal situación es imaginable se trasplante poco a poco a nuestra realidad social y de aquí su tratamiento justificado en esta sede, si bien, de modo general, el tema excede no sólo el régimen matrimonial de separación de bienes, sino el propio Derecho civil, impostándose en los fundamentos del Derecho procesal. Ante este dato se hace necesario advertir que no se trata ahora de analizar el complejo tema de la validez genérica de los pactos derogatorios de normas probatorias, sino, únicamente, de ver la proyección de la cuestión en el sistema de separación de bienes. Ello no obsta para realizar un breve planteamiento global del tema antes de entrar en la eficacia de las concretas cláusulas pactadas por los esposos en régimen de separación de bienes.

Como queda apuntado, en el Derecho francés, y bajo la reserva de los casos en que están en juego derechos cuyos intereses no pueden ser objeto de convención por las partes (básicamente se habla de derecho dispositivo por oposición a derecho imperativo), se estima permitido estipular la derogación de las reglas legales sobre la carga de la prueba o las que autorizan o prohíben el empleo de determinados modos probatorios (96), tesis con gran raigambre jurisprudencial. Por su parte, la jurisprudencia italiana, aun en contra de la opinión doctrinal mayoritaria (97), ha llegado a admitir, con cierta uniformidad de criterios, el que las partes pueden lícitamente convenir la admisión de uno solo de entre los medios de prueba previsto por la Ley, o la exclusión de concretos medios probatorios en razón de que, siendo posible disponer de ciertos derechos privados, las partes pueden libremente transigir sobre ellos, con lo cual podrán también alterar su régimen probatorio.

De modo general, la más reciente doctrina procesalista española, expuesta por SERRA DOMÍNGUEZ (98), estima que para resolver sobre la licitud o ilicitud de los pactos probatorios ha de partirse del carácter dispositivo o no del derecho material debatido en el proceso y, paralela-

(96) Sobre el tema *vid.* AUBRY et RAU: *Droit civil français*, 6.^a ed., par P. Esmein, tomo XII, ed. Libr. Techniques, París, 1958, págs. 81 y ss.

(97) Opinión que arranca de LESSONA, T.: *Teoría de las pruebas en el Derecho judicial italiano*, trad. por Aguilera de Paz, Madrid, 1942, pág. 277.

(98) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, pág. 29.

mente, del carácter indisponible de las normas procesales probatorias, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De tal manera que habrá de distinguirse hasta qué punto afectan únicamente al derecho material o tienen su razón de ser exclusivamente en el ámbito del proceso, supuesto este último en el que han de considerarse ineficaces.

b) *Los límites a la validez de las concretas cláusulas estipuladas en la relación interna de los esposos*

El enunciado que antecede marca con precisión el objetivo de las siguientes páginas que vamos a dedicar a analizar pormenorizadamente la eficacia de los convenios expuestos. Eficacia que, por ahora, referimos estrictamente a la relación entre esposos. Ello implica prescindir de momento, lo dejamos para un momento posterior, de la eventual validez de tales pactos respecto de terceros.

Hemos señalado cómo, de una manera genérica, los límites que se imponen a este tipo de pactos provienen de dos fuentes. Así, en primer lugar, se dice que tales pactos no han de afectar a normas de carácter imperativo sobre las que la autonomía de la voluntad no tiene relevancia ninguna. En segundo lugar, hay que pensar en la invalidez de cláusulas que supongan una alteración del propio Derecho procesal, pues siendo una cuestión de orden público suponen también derecho imperativo inmodificable por los esposos. En consecuencia, si bien pudieran refundirse en uno solo, parece acertado examinar ambos límites en su concreta proyección sobre los pactos suscritos por los esposos en régimen de separación de bienes, con el fin de preestablecer y evitar las posibles dudas que se susciten acerca de la titularidad de los bienes que se encuentran en la órbita patrimonial de la pareja.

1. *El límite de las normas imperativas*

Parece claro que todo pacto, establecido en sede del régimen disociativo de patrimonios y dirigido a presumir, probar, acreditar o atribuir la titularidad de los bienes en favor de uno u otro esposo, no puede ir contra las normas que, con carácter imperativo, instituye el Código Civil en esta materia.

Sin embargo, ocurre que tales reglas serán muy escasas, fundamentalmente desde el momento en que las donaciones entre cónyuges, para las que ésta pudiera ser una vía de fraude, se admiten plenamente y sin cortapisa alguna en el artículo 1.323. La ausencia de este precepto podría cuestionar la validez de alguno de estos pactos, especialmente los que hemos denominado atributivos, pues pudiera pensarse que a través de

ellos se producen donaciones entre cónyuges. Admitido el posible tras-paso gratuito de bienes entre cónyuges, hay que pensar que siendo válido lo más también lo será lo menos. De manera que todas aquellas cláusulas que pudieran entrañar, en última instancia, una donación entre esposos han de admitirse plenamente en cuanto no chocan con precepto imperativo alguno y a salvo que puedan verse afectadas por otras limitaciones, como son las que a continuación, en el siguiente epígrafe, trataremos (99).

En otro orden de cosas, debe subrayarse que no existe norma alguna dentro de las destinadas a regular la separación de bienes que imponga con carácter imperativo el régimen de adscripción de la titularidad de aquellos a uno u otro esposo. Teniendo en cuenta la conocida afirmación de que la esencia de este régimen consiste, precisamente, en la ausencia de régimen, con más razón cabe afirmar la falta de disposiciones imperativas.

Sin embargo, dentro del denominado régimen primario del matrimonio, integrado por todas aquellas disposiciones aplicables con carácter general a esta institución, sí que es posible encontrar una serie de preceptos que, afectando al tema, se encuentran sustraídos a la voluntad negocial de los esposos y que, en consecuencia, pueden suponer un límite a los pactos cuestionados. Concretamente, el artículo 1.528 estipula, refiriéndose a las capitulaciones matrimoniales, que no es posible la inclusión en las mismas de pactos contrarios a las leyes, a las buenas costumbres o que resulten limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Esta norma refleja, en su última parte, si bien con evidente desacierto, el principio constitucional de igualdad de los esposos consagrado genéricamente en los artículos 14 y 32 de nuestra Constitución y que, asimismo, se refleja en otros lugares del articulado del Código Civil.

Dejando a un lado la referencia que en dicho artículo se contiene a las leyes, cuyo tratamiento puede subsumirse en la segunda de las limitaciones que hemos enunciado, y que luego analizaremos, podemos detenernos en su último inciso, de contenido claramente imperativo y susceptible de verse afectado por alguno de los pactos anteriormente descritos. Concretamente, por todos aquellos que suponen el favorecimiento de uno solo de los cónyuges, al no proyectar las eventuales consecuencias favorables del pacto indistintamente, sino sobre uno de ellos. Pacto que pudiéramos catalogar como *in tuitu personae*.

Antes de analizar la cuestión cabe indicar que si bien otras normas,

(99) Vid epígrafe siguiente sobre el límite de las normas procesales de orden público. *Infra* págs. 368 y ss.

de las incluidas en el régimen primario, han de considerarse también imperativas (art. 1.320, por ejemplo), no parecen ser susceptibles de alteración mediante los convenios que examinamos.

La literalidad del artículo 1.328, un tanto desconcertante por otra parte en cuanto parece prohibir el que los cónyuges «puedan autolimitar sus derechos, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro ciudadano» (100), choca frontalmente con los referidos convenios unilaterales, tanto presuntivos como atributivos, cuando no se apliquen indistintamente sus efectos a ambos esposos. Sin embargo, prescindiendo de la gramaticalidad del precepto, no parece haya inconveniente en justificar tales pactos cuando el esposo designado haya aportado la mayor parte de los bienes que componen la esfera patrimonial de la pareja o cuando los productos de su trabajo conformen la generalidad de los recursos con que se atiende a las cargas familiares. Por ello, nos resulta válida la afirmación que efectúa LACRUZ (101) al interpretar el precepto y que, en muchos de estos supuestos, evitará la invalidez de tales cláusulas. Expresamente afirma este autor que el artículo 1.328 no impide a cada cónyuge limitar sus facultades cuando el plan de la economía familiar parte de una desigualdad inicial en sus bases o cuando uno de los esposos proporciona a la familia la totalidad de sus medios de sustento.

En resumen, si bien el artículo 1.328 supone un límite a la eficacia de los pactos que establezcan un régimen probatorio o atributivo de la propiedad de los bienes, en distintos términos que los del Derecho positivo, hay que indagar la situación real subyacente para ver si implican o no una sumisión de uno a otro cónyuge o una manera de limitar, sin causa alguna que los justifique, su propia capacidad económica. Fuera de estos casos, parece que la interpretación gramatical del precepto debe rechazarse en beneficio de la admisibilidad de los pactos destinados a favorecer, en los términos expresados, a uno u otro esposo.

2) *El límite de las normas procesales de orden público*

Ya hemos manifestado que el supuesto podría subsumirse también en el artículo 1.328, en cuanto que la prohibición de pactos contra la ley incluye, según la interpretación que estimamos más correcta, la de ir contra las normas de orden público, como genéricamente se califican las procesales. Sin embargo, nos ha parecido expositivamente más acertado disociar el tratamiento de ambos límites.

A nivel general, como concepto no discutido, cabe expresar como todas aquellas convenciones que afecten exclusivamente al Derecho proce-

(100) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, tomo IV, fasc. II, pág. 327.

(101) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Op. cit.*, pág. 329.

sal, también en materia probatoria, deben considerarse cuestiones de orden público sustraídas a la autonomía de la voluntad. En este sentido, al apuntar la cuestión, DÍEZ PICAZO (102) afirma que el argumento en contra de los contratos de prueba es el de que las normas de Derecho procesal deben ser consideradas como de orden público.

Sin entrar en el complejo debate que ocupa a los procesalistas acerca de la naturaleza de las distintas normas procesales y su relación con la autonomía de la voluntad, creemos que el planteamiento abstracto y general que se ha indicado ha de matizarse al aplicarse sobre nuestro campo de trabajo. Hay que tener en cuenta que los conceptos generales son a menudo susceptibles de variación para acomodarlos a concretas realidades. Por ello, con base en las afirmaciones de SERRA DOMÍNGUEZ (103), y marginando de nuestra intención el fin de justificar planteamientos globales, vamos a centrar la polémica en los concretos pactos que venimos analizando. Y para ello han de traerse a colación, separadamente, los pactos atributivos, por un lado, y, posteriormente, examinar la validez de los convenios declarativos o presuntivos que parecen plantear mayores dificultades.

c) *Los pactos atributivos*

Hemos calificado como tales aquellos que implican la intencionalidad manifestada de favorecer a uno u otro esposo, o a ambos indistintamente, a través de la adscripción de los bienes que se encuentren en determinadas condiciones respecto de ellos.

El tratamiento de esta cuestión se encuentra un tanto mediatizado, y creemos que desvirtuado, a partir de la equiparación que efectuó SAVA-creemos que desvirtuado, a partir de la equiparación que efectuó SAVA-la cláusula suponga una ventaja aparentemente gratuita para el esposo favorecido. Tal conceptualización carece de rigor científico, a pesar de lo cual ha sido acogida y llevada hasta sus últimas consecuencias por REBOLLEDO VARELA (105). Para este autor, la validez y eficacia de las presunciones atributivas excede de su eventual catalogación como cuestión de prueba, en lo cual estamos plenamente de acuerdo, encuadrándose en

(102) DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho civil*, tomo IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 289.

(103) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. y loc. cit.*, *vid. supra* pág. 66.

(104) SAVATIER, R.: *La separation...*, pág. 17.

(105) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 166 y 167.

Puede ocurrir que los bienes fueran pre-existentes en el matrimonio a la hora de concertar el pacto, lo cual no será frecuente si el régimen de separación se pacta *ab initio*. Ahora bien, la situación es la misma, pues, como veremos, desde que comienza el matrimonio los efectos del régimen que se convenga sustraen a la consideración de donaciones o contratos onerosos a todas las transferencias patrimoniales que se produzcan como efecto del mismo.

el específico marco de las donaciones y constituyendo, por lo tanto, típicos negocios gratuitos, de lo cual disintimos. Ello conlleva la aplicación de su régimen contractual —el de la donación— y la invalidez de tales pactos en la práctica totalidad de los supuestos en base al artículo 635, en cuanto sanciona la nulidad de las donaciones sobre cosa futura que aquí se produciría. Tal invalidez se refuerza, además, por la dificultad de cumplir ciertas formalidades esenciales exigidas en materia de donaciones, especialmente tratándose de bienes inmuebles que precisan de su inscripción registral.

Sin embargo, estimamos que la cuestión ha de replantearse totalmente, pues la tesis de SAVATIER, secundada por REBOLLEDO VARELA, no tiene razón de ser en materia de regímenes económicos matrimoniales. Para obtener luz sobre el tema nada mejor que acudir a la esencia y eficacia del estatuto que regula un determinado régimen económico-matrimonial. Estima LACRUZ (106), quien expone con meridiana claridad estos conceptos, que el régimen matrimonial, y por lo tanto todas las normas legales o convencionales que conforman su estatuto jurídico, produce sus consecuencias desde el momento de la celebración del matrimonio, tanto se trate de un régimen legal como convencionalmente pactado. Y, como consecuencia de ello, los cambios de titularidades a que dé lugar se producen automáticamente, *ipso iure*, sin necesidad de particulares contratos traslativos de la propiedad de los bienes, cuyo régimen se altera respecto del que pudiéramos denominar común. Es el llamado «efecto real de los regímenes económicos del matrimonio». Tal efecto, tratándose de un régimen convencional, se produce en virtud de las normas fijadas por los esposos que han de producirse sustitutivas de las normas legales y cuya virtualidad deriva de la dicción y contenido de numerosos artículos, como son el 1.325, 1.315 y 1.316, entre otros. Estas reglas convencionales gozan de la misma eficacia que poseía el régimen sancionado por el Código Civil, suponiendo una normativa delegada cuyos límites hemos de encontrar en el ya conocido artículo 1.328.

La consecuencia de todo ello, en cuanto al tema que nos interesa, resulta ser algo incidentalmente apuntado también por LACRUZ y que aparece ampliamente desarrollado en el Derecho francés, donde, además, goza de un tratamiento legal específico. En este sentido, ocurre que cuando los efectos del régimen matrimonial dan lugar a una serie de atribuciones patrimoniales en beneficio de un esposo, éstas no se reputan nunca adquiridas a título gratuito. Es la cuestión de las ventajas matrimoniales —*avantages matrimoniaux*— del Derecho francés, minuciosamente tratadas por su Código y doctrina y reguladas como institución espe-

(106) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*., tomo IV, fasc. II, pág. 281.

cífica en el artículo 1.527 de aquél: Tal artículo, si bien se incluye dentro de los destinados a regir los regímenes de comunidad convencionales, es indudable su aplicabilidad al régimen de separación, pues tiene el mismo fundamento. El caso más típico, revelador de la falta de gratuidad sancionada ante las ventajas matrimoniales, es el establecimiento de una comunidad universal entre un cónyuge de gran fortuna y otro que nada tenga. Acto que, como queda dicho, aparece expresamente sancionado en el artículo 1.527 como no gratuito.

En todos estos supuestos, afirma también LACRUZ, no sólo debe hablarse de que falta la liberalidad y, por tanto, la condición de gratuidad en tal acto, sino que tampoco puede hablarse de onerosidad en un sentido típico. Lo que se está produciendo es una atribución «que deriva directamente de las normas hipotéticas de régimen matrimonial, pues éstas, en sí, no pueden ser actos a título oneroso o gratuito, tratándose de actos del legislador o de actos calcados de los del legislador y destinados precisamente a sustituir a la legislación, en los que nunca puede haber correspondiente». No creemos necesario añadir nada a tal exposición, pues entendemos aclara perfectamente, por remisión a la esencia y efectos del régimen matrimonial, la imposibilidad de encajar las eventuales atribuciones que se originan mediante los pactos analizados dentro de la distinción en actos a título oneroso y gratuito.

Toda esta problemática se plantea minuciosamente en el Derecho francés con ocasión del análisis de su artículo 1.527. Antes de hacer una breve referencia al mismo y a la doctrina que lo desarrolla es preciso reiterar el objetivo y fundamento de todo este discurso lógico: se trata de justificar la falta de aptitud para equiparar tales convenios, fundamentalmente los atributivos, con las donaciones de cosas futuras. Tema que se proyecta no sólo sobre el régimen de separación, sino sobre cualquier otro que imaginemos.

Exponiendo brevemente el Derecho francés diremos que las ventajas matrimoniales se configuran como aquellos provechos particulares que el régimen económico-matrimonial ocasiona para uno de los esposos (107). La cuestión se intuye más fácilmente respecto de los pactos destinados a favorecer a uno solo de los esposos que cuando afectan indistintamente a ambos, de manera que tanto el uno como el otro puedan verse favorecidos. Ahora bien: la doctrina francesa considera e incluye en el régimen de las ventajas no sólo las que se confieren *ad personam*, sino las que resultan producto de una determinada situación en la que puedan encontrarse ambos esposos.

(107) Sobre el tema *vid.* CORNU, G.: *Les régimes matrimoniaux*, Ed. Presses Universitaires de France, 2.ª ed., 1977, págs. 546 y ss., con cita de abundante bibliografía.

Una vez que la atribución se produzca, el artículo 1.527 sanciona con precisión lo que LACRUZ intuye y predica con claridad aun a falta de disposición legal: el que tales ventajas matrimoniales «ne sont point regardés comme des donations». Norma de la cual, en sentido contrario, extraen los autores franceses otra interpretación que no compartimos (108): la de que las ventajas matrimoniales son onerosas en todo caso. Para nosotros, siguiendo a LACRUZ, no son de una ni otra categoría, pues el pacto inicial que da lugar a ellas no puede encajarse en ese tradicional esquema de los actos onerosos y gratuitos. En todo caso, la discusión no plantea especial interés, ya que el objetivo que perseguimos es rechazar la catalogación como acto gratuito, la cual parece indudable, aunque posteriormente se afirme que es un pacto oneroso o se indique que por las propias especialidades del estatuto económico-matrimonial no quepa su encaje ni en una ni en otra categoría.

En concordancia con todo cuanto queda expuesto entendemos imposible hablar de donación, tanto si el pacto favorece específicamente a uno como a ambos esposos. Así, todo convenio incluido en el marco económico-matrimonial (109), aun comportando una ventaja para uno de los cónyuges, no es nunca una donación, sino la resultante del propio régimen del cual el cónyuge aventajado se aprovecha como copartícipe. Consecuentemente, al no ser una donación, escapa de las normas prohibitivas ya citadas que pudieran acarrear su invalidez. De la misma manera, en el régimen jurídico de tales pactos no ha de incluirse la aplicabilidad del artículo 620 ni tampoco del artículo 622. A propósito de este último creemos que tampoco pueden equipararse estos convenios a las donaciones onerosas que llevarían a la virtualidad del genérico régimen contractual previsto en el Código Civil, sino que sus reglas serán siempre las específicamente dirigidas a normar los regímenes económico-matrimoniales. En resumen, estamos ante un convenio o pacto con ocasión del matrimonio que se proyecta, en general, sobre los bienes futuros de los esposos y que, si bien pudiera considerarse oneroso, toda vez que es claro nunca lo será gratuito, parece mejor su catalogación como neutro al no ser encajable en ninguno de los dos términos de una distinción que por las circunstancias del caso resulta inaplicable. Son pactos atípicos sobre cosas futuras cuyo efecto será la adscripción a uno u otro patrimonio de los objetos y bienes que se encuentran en la esfera del matrimonio.

Todos estos convenios, como afirmaba REBOLLEDO VARELA (110), ex-

(108) CORNU, G.: *Op. cit.*, pág. 552.

(109) No debe equivocarnos la idea de que el régimen de separación supone la ausencia de régimen. Tal afirmación, como sabemos, no se hace en sentido técnico y, por tanto, es indudable que también este régimen posee un estatuto legal o convencional.

(110) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, pág. 166 *in fine*

ceden plenamente de ser una cuestión probatoria y no puede verse afectada su validez por el límite que en materia contractual suponen las normas probatorias estimadas unánimemente como de orden público. Son pactos sustantivos que para nada afectan a eventuales reglas procesales. Convenios sujetos a la disciplina del artículo 1.328 y que, en principio, no van ni contra ley alguna ni contra las buenas costumbres. Si bien no cabe descartar la eventualidad de que así pueda suceder.

Continuando con el análisis de estas cláusulas cabe destacarse que los esposos desde un primer momento en que las suscriben conocen el que determinados hechos implicarán la atribución de una titularidad dominical de los bienes a aquel de ellos que se encuentre en esa posición. De esta manera el régimen común de adscripción de los bienes al esposo que soporta su adquisición se transforma y sustituye por un régimen convencional distinto, en el que la atribución de la titularidad del bien va a venir determinada por un hecho distinto: el de estar, por ejemplo, tal cosa registrada a su nombre, en su vivienda exclusiva, etc. Este pacto, y otros similares expuestos, resultan plenamente aptos para conseguir, en el sistema de separación de bienes, el que no llegue a producirse esa normal confusión sobre la titularidad de ciertas cosas y los consiguientes litigios que ello ocasionaría. Razón por la cual difícilmente podría alegarse que van contra las buenas costumbres.

En otro orden de cosas, cuando uno de los esposos tenga interés en evitar la consecuencia establecida convencionalmente, pondrá en cada momento y situación los medios necesarios con el fin de que no llegue a existir el supuesto fáctico para el que convencionalmente han establecido el efecto de atribuir la propiedad de los bienes. Y es este momento de poner de relieve otra importante cuestión, como es la de que tal convenio, en base a conocidas normas del Código Civil, tiene fuerza de ley entre las partes. En el presente caso la norma convencional que vincula a los esposos está constituida, como cualquier otra, por un supuesto de hecho (la puesta a nombre del esposo de determinado bien, la ubicación de los mismos en vivienda privativa de uno de ellos, etc.) y una consecuencia o efecto jurídico como es la atribución de la cosa al patrimonio del cónyuge en quien concurren las condiciones del supuesto fáctico normativo. La convención implicará, por tanto, una norma de derecho sustantivo que vincula plenamente al Juzgador, no incidiendo para nada en cuestiones procesales que pudieran invalidarla.

Asimismo, debe destacarse que la referencia a una eventual prueba en contrario no tiene razón alguna de ser en el sentido de que sea posible demostrar que el bien, aun estando por ejemplo a nombre de un esposo, ha sido adquirido con bienes del otro. Los pactos atributivos no son por definición meras presunciones en las que pudiera hablarse de prueba en

contrario, no son medios para facilitar la prueba de la titularidad de los bienes de acuerdo con el régimen común, sino que son una manera de alterar el mismo, estableciendo un supuesto de hecho distinto para la atribución de los bienes privativos. Lo cual, en los términos expuestos, resulta plenamente válido, siempre y cuando el pacto no choque con el principio de igualdad instituido en el artículo 1.328. Consiguientemente, la prueba en contrario lo será de que no se da el supuesto fáctico exigido por el convenio, ley entre las partes. Y esto no causaría indefensión procesal alguna, pues los medios de prueba quedarían intactos, si bien para acreditar un hecho distinto al instituido con carácter general. Tal indefensión, que pudiera acarrear también la nulidad del pacto, no existe, ya que dándose un supuesto como el imaginado, en que el bien adquirido figura a nombre de quien no soportó su adquisición, sin causa que lo motive, el perjudicado, para evitar la consecuencia convencionalmente pactada, podrá acudir ante el Tribunal alegando y probando a través de cualquier medio un eventual dolo, error, mala fe, etc., o asimismo, caso de que la posesión sea el supuesto de hecho determinante, instar las acciones oportunas para obviar tal consecuencia, demostrando la existencia de vicios que puedan desvirtuar la misma.

Por último, para finalizar con el tema, a salvo de los eventuales efectos respecto de terceros que más adelante examinaremos, entendemos que la función de estos pactos no es meramente legitimadora del tráfico, como afirma REBOLLEDO VARELA (111), sino que, en la línea de CERDÁ GIMENO (112), si bien en base a consideraciones algo diferentes parece que deba afirmarse que su campo de aplicación es eminentemente procesal, en el sentido de que vinculan plenamente al Juez como ley aplicable al caso que se le plantee. Es decir, no se agota su función en la posibilidad de que el cónyuge favorecido actúe en el tráfico sin tener que acreditar su titularidad exclusiva, cuestión, como veremos, íntimamente ligada con la de la eficacia de tales pactos frente a terceros, sino que suponen una norma sustantiva directamente aplicable por el Juzgador y que encuentra su apoyo, en la relación *inter partes*, en los ya citados artículos 1.323, que consagra la plena libertad contractual de los esposos, y el apartado 1.º del artículo 1.271, en cuanto permite la contratación sobre cosas futuras.

d) *Los pactos aclaratorios de la prueba*

El presente tema parece más polémico que el anterior desde el momento en que la vinculación de este tipo de cláusulas con los convenios

(111) REBOLLEDO VARELA, AL L.: *Op. cit.*, págs. 168 y ss.

(112) CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, pág. 634.

sobre la prueba parece evidente. Con la subsiguiente consecuencia de declarar apriorísticamente su invalidez por afectar a materias generalmente consideradas como de orden público.

Sin embargo, existen poderosas razones que nos obligan a rechazar, o al menos matizar, ese planteamiento absoluto y que vamos a tratar de exponer a continuación.

Los pactos que incluimos en este epígrafe genérico —pactos aclaratorios, declarativos o presuntivos— pueden ser de dos tipos fácilmente diferenciables y en los que, como veremos, se dan límites distintos para su eventual validez.

Unos, los más frecuentes, los identificamos con el concepto típico de presunción. En virtud de ellos, y para asegurar permanentemente la independencia patrimonial de los esposos en régimen de separación de bienes, se suele especificar por éstos en su contrato económico-matrimonial que «se presumirán del marido o de la mujer los bienes que estén registrados en cualquier Registro público a su nombre, o los que se encuentren en inmueble propio de uno de ellos, etc.». Los otros, por el contrario, no suponen la creación convencional de una presunción sobre la titularidad de los bienes, sino que implican la alteración del régimen probatorio sancionado en el Código y en la Ley adjetiva. Así, por ejemplo, se conviene el que la prueba de la titularidad exclusiva de los bienes inmuebles se producirá únicamente a través de la existencia de título a favor de uno de los esposos y caso contrario se considerarán de ambos, o se excluye la prueba testifical para acreditar la titularidad de los inmuebles, etc.

Antes de continuar con el análisis de la eventual validez de ambos tipos convencionales hemos de reiterar que restringimos por ahora nuestras conclusiones a las relaciones entre esposos, dejando para más tarde su eficacia en relación con los terceros.

En principio, como queda apuntado, parece que, por tratarse de convenios que afectan a una cuestión de orden público, debieran rechazarse. Tesis sustentada por REBOLLEDO VARELA (113) al afirmar que «en nuestro Derecho no parece posible, como se realiza en las presunciones convencionales de propiedad, el establecer un medio de prueba como decisivo para demostrar la titularidad de un bien; el prohibir la prueba en contrario o el dar valor de prueba a presunciones que no cumplen los requisitos del artículo 1.253, por no existir un enlace preciso y directo entre el hecho presumido y el hecho que se presume; o, simplemente, invertir la carga de la prueba». Tales ideas son parcialmente aceptables en los términos que aclararemos, pero, en todo caso, en virtud de distintos

(113) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 158 y ss.

razonamientos y nunca en base al principio general de que van contra el orden público y por ello han de rechazarse.

En efecto, continúa REBOLLEDO VARELA, respecto de las cláusulas conteniendo presunciones de propiedad que tienen una mera finalidad de facilitar la prueba de las titularidades, sólo serán válidas y eficaces cuando se remitan a las normas que, de modo general, rigen en esta materia. De donde concluye su inutilidad. Ahora bien: esta última afirmación parece un grave error, pues es claro que si tales presunciones no se establecen por los esposos no existirán; de donde hay que concluir su gran utilidad: no son presunciones legales, sino convencionales.

Esta tesis negatoria, enunciada por REBOLLEDO VARELA, ha de verse atemperada por una serie de datos que aconsejan revisarla.

En primer lugar, observamos que, en la línea indicada en el epígrafe anterior, los esposos pueden alterar el derecho sustantivo al que se liga la titularidad de los bienes, es decir, el supuesto de hecho que produce tal efecto, siempre y cuando ello no vaya contra los términos del artículo 1.328, y muy especialmente que no se altere la igualdad entre los cónyuges. De acuerdo con ello, parece que quien puede efectuar lo más también podrá hacerlo con lo menos. Y los pactos que analizamos actualmente es claro que suponen un *minus* respecto de los que hemos denominado atributivos. Aquí los esposos no pretenden variar convencionalmente la norma que regula la atribución de la titularidad de los bienes, sino sólo modificarla a través de un cambio en su régimen probatorio (114).

Por otro lado, un importante sector doctrinal, entre los que cabe destacar a PÉREZ JOFRE (115), CAMPO VILLEGAS (116), GARRIDO PALMA (117), CERDÁ GIMENO (118) e incluso LACRUZ (119), afirman en base

(114) Debe insistirse en la importancia que ha de darse a la voluntad de los esposos y a su interpretación para configurar los pactos como atributivos de la propiedad o meramente probatorios en los términos expresados. Ello por la diferencia de régimen aplicable a unos y otros.

(115) PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, J.: «La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges», *Revista de Derecho Notarial*, 1975, julio-diciembre, pág. 243.

(116) CAMPO VILLEGAS, E.: «En torno a la transformación del régimen de gananciales en el de separación de bienes», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, página 297, quien basa tal conclusión en el antiguo artículo 1.315, hoy artículo 1.325.

(117) GARRIDO PALMA, J.: «El matrimonio y sus regímenes económicos», *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 428 y 429.

(118) CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, págs. 635 y 636.

(119) LACRUZ BERDEJO, J. L., entiende que «los cónyuges pueden convenir que las propiedades exclusivas de uno de ellos se considere demostrada a partir de ciertos hechos... Mas es dudoso que estas presunciones convencionales produzcan efectos respecto de terceros» (LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, tomo IV, fasc. 3.º, página 522).

a unas u otras razones y con mayor o menor universalidad la validez de dichos pactos.

No parece tampoco despreciable el ejemplo que nos suministra el Derecho comparado, concretamente el Derecho francés y también, incidentalmente, el italiano. Dice al respecto el artículo 1.538, 2, del Código francés, cuyos términos actuales provienen de la reforma operada por la Ley de 13 de julio de 1965, que las presunciones de propiedad establecidas en el contrato de matrimonio tienen efectos frente a terceros, al igual que en la relación entre esposos si no se ha pactado otra cosa. Por su parte, el artículo 2.698 del vigente Código italiano sanciona la validez de los pactos sobre la carga de la prueba siempre y cuando se trate de derechos disponibles y además que la inversión o modificación no haga excesivamente difícil el ejercicio del derecho por la otra parte. Sobre este particular estima SERRA DOMÍNGUEZ (120), postura que hacemos nuestra, que también en nuestro Derecho los pactos invirtiendo la carga de la prueba pueden considerarse válidos mientras no exista prohibición legal expresa y siempre y cuando no se produzca la ruptura del equilibrio contractual, estableciendo una verdadera exoneración de responsabilidad para alguna de las partes.

De acuerdo con todo ello parece que la formulación *in genere* de la invalidez de todos estos pactos en base a su contradicción con las normas procesales de orden público ha de matizarse y restringirse en cuanto a su alcance. Fundamentalmente, además, porque choca con otro principio que tras la reforma operada en nuestro Derecho positivo por las leyes de 1981 tiene gran importancia: la plena libertad y reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los esposos para regular la economía de su matrimonio. Tales pactos se mueven entre uno y otro principio y, por lo tanto, no parece adecuado aplicar a rajatabla las consecuencias de uno u otro.

Asimismo, la indudable trascendencia y beneficios que estos convenios ofrecen en un régimen de separación al facilitar la prueba de la titularidad de unos bienes que, aplicando las normas de Derecho común, puede resultar difícil y originar no pocos litigios (121), nos hacen decididamente partidarios de la validez de los mismos.

Para justificar de una manera global la eficacia de estas cláusulas que afectan en alguna medida al régimen probatorio de la titularidad de los bienes, creemos de interés acudir a los conceptos vertidos por SERRA DOMÍNGUEZ (122), quien establece, dicho en pocas palabras, el rechazo de

(120) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, pág. 74.

(121) El propio legislador intuye esta eventualidad y para subsanarla sin tener que acudir al régimen probatorio común, a menudo de difícil acreditación, instaura la consecuencia de indivisión en el artículo 1.441.

(122) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, pág. 29.

los convenios que afecten exclusivamente al Derecho procesal, mientras que si se proyectan también sobre el derecho material cabe su admisibilidad.

Aplicando esta idea sobre los pactos que venimos analizando vemos que sólo serían rechazables aquellas cláusulas que nada tengan que ver con la adscripción de la titularidad de los bienes y la forma de acreditar su pertenencia. Así ocurriría si, por ejemplo, se pacta que el cauce procesal a seguir ante eventuales litigios fuera, en todo caso, el de los incidentes. O la alteración de plazos probatorios, de emplazamiento, etc. Sin embargo, cuando el pacto se proyecte, como ocurre en casi todos los supuestos vistos, sobre la manera de atribuir las titularidades de bienes conyugales para evitar posibles litigios, e incluso la aplicabilidad del artículo 1.441, o para aclarar sin necesidad de tal planteamiento judicial de la cuestión la atribución de los bienes, constante el régimen disociativo, creemos debe afirmarse inicialmente su validez.

Dentro de este marco general han de establecerse otros límites a la admisibilidad de estas convenciones probatorias. Así, en los términos que exponía el Código Civil italiano —art. 2.698—, es claro que han de afectar a normas de derecho dispositivo; y esto, en sede de regímenes económicos, especialmente el de separación parece la regla absoluta. Por otro lado, tampoco será posible la alteración convencional de normas probatorias si éstas vinieran imperativamente tipificadas por la Ley, lo cual tampoco se produce en el sistema disociativo.

Por último, y este límite parece más importante, tales pactos no han de suponer un desequilibrio en la relación de equilibrio conyugal, por lo que han de mirarse con sumo recelo cuando favorecen a uno de los esposos solamente. Ello iría contra los principios generales del derecho obligatorio y especialmente contra el ya conocido artículo 1.328. También es claro que la existencia apriorística de una eventual indefensión procesal en una de las partes acarrearía la nulidad del pacto, principio acertadamente formulado en el comentado precepto del Código italiano.

En base a cuanto queda expuesto, debemos afirmar la validez en materia de régimen de separación de cuantos pactos estima SERRA DOMÍNGUEZ (123) válidos de modo general: pactos prohibitivos de un medio de prueba, en general la testifical (124); establecimiento de un único medio de prueba cuya inexistencia, sin necesidad de litigio alguno, pro-

(123) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Op. cit.*, págs. 30 y 31.

(124) No resulta claro uno de los supuestos enumerados por SERRA DOMÍNGUEZ. Concretamente el pacto excluyendo algún medio probatorio, como, por ejemplo, la prueba testifical. Cabe pensar que tal pacto afecta estrictamente al Derecho procesal, pues al instituir un supuesto de hecho negativo es difícil considerar que se proyecte sobre el Derecho material aplicable. Cuestión no muy clara y que permite una interpretación en uno y otro sentido acerca de su validez.

duzca la consecuencia de indivisión del artículo 1.441; inversión de la carga de la prueba, si bien este pacto no es fácilmente imaginable en el campo que tratamos; o incluso la admisión de medios de prueba no admitidos por el hecho, aunque la cuestión también parece difícil de prever ante la amplitud probatoria sancionada por nuestras leyes.

En el campo de las concretas presunciones, junto con las limitaciones vistas, debe citarse una nueva restricción impuesta por el artículo 1.253, norma inderogable por la voluntad de los esposos y que nos hace coincidir parcialmente con REBOLLEDO VARELA. Es decir, tales presunciones convencionales serán válidas siempre y cuando entre la base fáctica de la presunción y la consecuencia sancionada exista una ligazón lógicamente admisible. No sería, por lo tanto, válida la presunción de que los bienes puestos a nombre de un esposo pertenecieran al otro.

Y creemos que, con los límites expresados, todos estos pactos tienen eficacia en orden a la configuración del derecho sustantivo aplicable en un proceso, siendo, por lo tanto, plenamente vinculante para un Juzgador. Este, por ejemplo, si bien podrá recabar y admitir cualquier medio de prueba en el proceso, aun habiéndose pactado la necesidad de que exista título escrito para acreditar la titularidad de los bienes, debería desestimar una demanda en que faltara la constancia de tal título aunque por otros medios pudiera haberse acreditado la pertenencia del bien. Es decir, deberá sancionar que no procede la declaración de titularidad exclusiva por no darse el presupuesto probatorio al que las partes ligaban tal consecuencia jurídica (125). Distinto será el tema en las relaciones con terceros, que más adelante examinaremos.

Como conclusión de todo ello, consideramos que los pactos referentes al régimen probatorio de la titularidad de los bienes en régimen económico-matrimonial de separación son válidos siempre y cuando no vengán exclusivamente referidos al derecho procesal aplicable, sino que se proyecten sobre normas de derecho material, como son las que rigen la pertenencia de los bienes a uno u otro cónyuge. Afirmación basada en que no alteran norma imperativa alguna y con la limitación de no implicar la desvirtuación del necesario equilibrio obligacional entre los esposos en los términos impuestos por la ponderada exégesis del artículo 1.328. Y si tales pactos consisten específicamente en una presunción, surge como nuevo límite el que deriva del artículo 1.253, en cuanto obliga a que entre el hecho base de la presunción y la consecuencia sancionada haya un enlace preciso y directo. Todo lo cual hace que los convenios así establecidos vinculen plenamente al Juez como derecho sustantivo aplicable a la hora de resolver un conflicto entre esposos.

(125) En el mismo sentido, CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, pág. 636.

Y como razón última que justifica estas conclusiones se encuentra no sólo el principio de libertad contractual de los esposos en orden a regular la economía de su matrimonio, sino la incuestionable importancia de tales pactos para evitar dudas y litigios sobre la titularidad de ciertos bienes a los que no resulta fácil aplicar los principios probatorios del Derecho común pensados para aclarar dudas entre personas que no se encuentran afectivamente unidas por el vínculo que el matrimonio supone.

C) LA POSIBILIDAD DE LA PRUEBA EN CONTRARIO

Ya hemos tenido ocasión de incidir sobre el tema en alguno de los supuestos planteados. Ocurre que las especialidades de cada uno de ellos hacen que la cuestión deba o no plantearse según los casos. Por ello debe distinguirse, a estos efectos, entre pactos atributivos y pactos probatorios. A su vez, en el segundo término de esta distinción habremos de diseccionar el análisis de aquellos convenios que suponen únicamente la alteración genérica del régimen probatorio común, y aquellos otros que llegan a tal consecuencia a través de la implantación de una presunción convencional de titularidad de los bienes. Es aquí, en este último caso, donde el tratamiento de la prueba en contrario goza de virtualidad.

a). *Pactos atributivos*

Ya subrayamos en su momento cómo ante la convención de los esposos acordando que determinados actos o hechos jurídicos impliquen la adscripción de la titularidad al esposo en quien concurren esas condiciones no tiene razón de ser el que se plantee la posibilidad de prueba en contrario (126). Esta sólo cobra virtualidad frente a normas presuntivas en sentido estricto que preestablezcan la prueba en una u otra dirección. Nunca ante normas materiales o sustantivas. En estos casos la prueba irá encaminada a acreditar la existencia del supuesto de hecho al que se liga la adscripción de la titularidad del bien, mientras que el otro esposo dirigirá la suya a negar la constancia de tal supuesto fáctico.

b) *Pactos probatorios*

Acabamos de exponer la necesidad de distinguir entre los que implican una alteración del régimen probatorio común y los que pueden encajarse en la típica categoría de las presunciones, si bien establecidas convencionalmente:

(126) *Vid. supra* pág. 373 *in fine*.

1) *Pactos que implican la alteración del régimen probatorio común*

Al igual que en el caso anterior, tampoco aquí tiene razón de ser la referencia a la prueba en contrario. Esta sólo se dará cuando la alteración provenga de un convenio que establezca una presunción sobre la titularidad de los bienes (127), tema sobre el que incidimos a continuación.

2) *La prueba en contrario de las presunciones convencionales*

Era una cuestión tradicionalmente debatida en la doctrina francesa anterior a la reforma de 1965 la de si las presunciones convencionales de propiedad podían configurarse como presunciones absolutas o, en todo caso, habían de ser susceptibles de prueba en contrario. Esta interrogante se planteaba fundamentalmente en la relación entre esposos, pues, respecto de terceros, se admitía unánimemente la posibilidad de la contra-prueba (128).

La cuestión quedó inequívocamente resuelta por la actual redacción del artículo 1.538, al disponer que la prueba en contrario será siempre de derecho tanto entre esposos como respecto de terceros. Dejando a un lado esta última cuestión, vamos a centrar nuestro estudio en averiguar si la misma solución es trasplantable a nuestro Derecho, donde no existe norma positiva que expresamente regule el supuesto.

La única regla que pudiéramos pensar afecta a cuestiones similares aparece contenida en el artículo 1.251: las presunciones establecidas por ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente la prohíba. Tal norma nos va a servir, a pesar de no ser posible su aplicación ni tan siquiera analógica al caso, para rechazar la solución impuesta por el artículo 1.538 del Código francés.

En este sentido, entendemos que la norma apuntada, el artículo 1.251, es trasplantable a las presunciones convencionales con la misma posibilidad de que las partes pueden o no establecer la virtualidad de la prueba en contrario a la presunción sancionada. De esta manera, diremos que las presunciones convencionales que venimos tratando admiten la contra-prueba, salvo que expresamente se pacte por los esposos lo contrario. Y ello porque hemos señalado que el pacto es ley entre las partes y, por tanto, sus limitaciones son las de ésta, no habiendo razón alguna para alterar el régimen sancionado legalmente en relación con el estipulado convencionalmente que le sirve de sustitutivo. El propio artículo 1.091, en relación con los ya citados 1.315 y 1.325, ampara, creemos, la posi-

(127) *Vid. supra* págs. 374 y ss.

(128) En este sentido *vid. MORIN, G.-MORIN, M.: La réforme...*, pág. 115.

bilidad de excluir la prueba en contrario de igual forma que el artículo 1.251 lo prevé para las presunciones legales.

Ahora bien: lo que en la práctica ocurriría es que cuando se convenga la imposibilidad de prueba en contrario no estaríamos ante un pacto de los que hemos denominado presuntivos, sino atributivo de la propiedad, si bien atemperado por el artículo 1.253, cuyos límites también parece han de regir en aquéllos. Una vez que hemos considerado acertada la validez de los pactos atributivos no existen dificultades para justificar la posibilidad de excluir la prueba en contrario de las presunciones convencionales.

D) LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS PACTOS SOBRE PROPIEDAD DE LOS BIENES

A lo largo de la exposición precedente hemos manifestado nuestra idea de exponer separadamente la cuestión de la validez de estos pactos frente a terceros que se relacionan patrimonialmente con los esposos. En este sentido, han de considerarse terceros a todas aquellas personas que se vinculan de una u otra manera con los esposos mediante relaciones jurídico-patrimoniales. No olvidemos que nos movemos en el campo de la economía del matrimonio, sin que deban interferirse ahora otros vínculos ajenos al régimen económico del matrimonio, ligados con los efectos personales que éste puede producir.

Antes de nada ha de subrayarse que la cuestión no plantea problema alguno si las eventuales cláusulas acordadas no tienen reflejo registral. Es decir, no se han suscrito al otorgarse las capitulaciones matrimoniales que establecen la disociación económica, ni se han incorporado posteriormente al Registro al amparo del artículo 1.333. Tal falta de publicidad los hace ineficaces para trascender del orden interno matrimonial.

Sin embargo, la cuestión resulta más compleja cuando tales pactos aparecen inscritos, al igual que las capitulaciones a las que complementan. Ante tal situación el Derecho francés ofrece una clara solución al establecer la eficacia de los mismos frente a terceros, en los mismos términos que respecto de los esposos. Así se desprende de los términos literales del artículo 1.538, sobradamente conocido.

Ahora bien: en nuestro Derecho, ante la falta de una norma expresa con tal contenido, la solución no parece tan clara. En este sentido, autores decididamente partidarios de la eficacia de los pactos en el orden interno de la pareja, como son, por ejemplo, LACRUZ y CERDÁ GIMENO, intuyen las dificultades que plantea la admisibilidad de su eficacia frente a

terceros. Concretamente, este último (129) habla de que una cosa «es la eficacia frente a terceros, lo cual es tema de responsabilidad por deudas conyugales, al cual me remito, y otra es la eficacia *inter partes* en los pactos estableciendo la presunción», la cual admite plenamente. En parecidos términos expresa LACRUZ (130) sus dudas acerca de la eficacia de tales convenios frente a terceros.

Las opiniones reflejadas nos parecen plenamente acertadas, a falta, insistimos, de norma que expresamente sancione la oponibilidad de estos pactos frente a terceros. El fundamento de tal tesis no parece difícil de encontrar. Concretamente se desprende del artículo 1.091 del Código Civil, en cuanto afirma que las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, complementado por el artículo 1.257, al especificar que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (131). Es claro que tales normas cobran plena vigencia en esta materia en cuanto que no existe regla específica que, en sede de régimen económico-matrimonial, altere tal estatuto común a toda relación obligatoria. Ante esta ausencia, y en contra del Derecho francés, en que específicamente se sanciona un régimen derogatorio del derecho común obligacional, su validez es incuestionable, quedando, en consecuencia, al margen de su eficacia los terceros. Mas no los herederos de uno u otro esposo a quienes habremos de aplicar todo cuanto ha quedado expuesto respecto de la validez de los pactos entre cónyuges (132).

Estas afirmaciones acerca de la ineficacia respecto de terceros entendemos, por otra parte, han de aplicarse indiscriminadamente a las diferentes variantes que estos pactos pueden presentar, sin que sea posible establecer diferencias entre pactos presuntivos o atributivos, pues el fundamento de su ineficacia frente a terceros es igual para todos ellos.

En otro orden de cosas, hemos de confirmar parcialmente lo que dice REBOLLEDO VARELA (133) al especificar que dichas cláusulas serán válidas y eficaces «en cuanto que los medios de prueba a que se remiten son válidos y eficaces, aunque no estén expresamente establecidos en las ca-

(129) CERDÁ GIMENO, J.: *Op. cit.*, pág. 635

(130) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Op. cit.*, tomo IV, fasc. 3.º, pág. 522.

(131) Por otro lado, pudiera en algún supuesto parecer que el pacto entre esposos contuviera alguna estipulación en favor de terceros, entendida ésta en sentido amplio, lo cual posibilitaría su eventual aceptación por éstos y la entrada en vigor del último párrafo del artículo 1.257. Interpretación un tanto forzada de esta norma, que en última instancia significaría que el tercero puede admitir el pacto de los esposos si con ello resulta favorecido y rechazarle en los demás supuestos.

(132) Por otro lado, el Código, en materia de relaciones con terceros y economía del matrimonio, prevé la posibilidad de que ciertos hechos tengan distinta relevancia en la relación interna y respecto de terceros. Ejemplo de ello es el artículo 1.324 que refuerza la tesis que defendemos.

(133) REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Op. cit.*, págs. 159 y 160.

pitulaciones matrimoniales. La validez y eficacia de tales cláusulas vendrá dada por la aplicación de las normas generales de prueba y no por voluntad de los cónyuges que los han incluido en sus capitulaciones. Ahora bien: mientras que REBOLLEDO VARELA refiere tales afirmaciones tanto a la relación interna como a la externa, creemos que ha de restringirse su virtualidad a esta última solamente.

Por otro lado, la tesis que sustentamos se asienta en razones de pura equidad que aconsejan la defensa de los intereses de los acreedores, terceros en relación con los esposos. Estos difícilmente pueden evitar, en condiciones normales, el juego defraudatorio que la connivencia de los esposos es susceptible de acarrear a sus legítimas expectativas. Pues bien: la admisibilidad de la eficacia *erga omnes* de estos pactos sería una nueva traba a la ya de por sí difícil posición de los acreedores. Es claro que, a través de sencillas operaciones, los esposos pueden alterar la titularidad de los bienes o el juego de las presunciones de uno a otro según sus conveniencias. Y todo ello sin necesidad de efectuar negocio traslativo alguno ante la conocida eficacia real de los pactos contenidos en el estatuto jurídico-matrimonial. De esta manera se haría aún más difícil el ejercicio de ciertas acciones que el Ordenamiento concede al tercero para atacar las enajenaciones fraudulentas que le perjudican.

En resumen, entendemos que, ante la falta de norma legal expresa que lo autorice, los pactos sobre propiedad de los bienes de los esposos en régimen de separación únicamente tendrán eficacia entre ellos mismos. En cuanto a los terceros, habrán de aplicarse en todo momento los principios generales en materia probatoria, así como las normas que rigen la adscripción de los bienes a uno u otro patrimonio en orden a la eventual responsabilidad de cada uno por deudas frente a terceros.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Profesor titular de Derecho Civil

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

Por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SERÍA INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL POR VIRTUD DE LA CUAL SE VINCULA «OB REM» LA TITULARIDAD DE UN LOCAL DESTINADO A RAMPA DE ACCESO CON LA DE OTRO LOCAL DESTINADO A GARAJE, SITO EN EDIFICIO CONTIGUO, SI EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE ESTE ÚLTIMO Y LA CERTIFICACIÓN HABILITANTE DEL INTERVINIENTE HUBIERAN PREVISTO ESPECÍFICAMENTE ESA COMBINACIÓN JURÍDICA QUE NI CONSTITUYE UN DERECHO REAL ATÍPICO NI ENVUELVE UNA PROHIBICIÓN DE DISPONER, SINO QUE VIENE EXIGIDA POR RAZÓN DE LA DEPENDENCIA FÍSICA Y DE DESTINO DE LAS RESPECTIVAS FINCAS. COMUNIDAD INDISOLUBLE AÚN POR UNANIMIDAD DE SUS INTEGRANTES.

Resolución de 3 de septiembre de 1982 (B. O. del E. del 5 de octubre).

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villena, don José María Suárez Sánchez-Ventura, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villena a inscribir determinadas normas de comunidad de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal en virtud de apelación del funcionario calificador.

Resultando que por escritura autorizada por el Notario de Villena, don José María Suárez Sánchez-Ventura, de fecha 20 de septiembre de 1980,

don Vicente Martínez Irles, actuando en nombre y representación de la Caja Rural de Alicante, procedió a la declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio situado en Villena; que, según resulta de dicha escritura, la Caja Rural Provincial de Alicante es dueña asimismo de un local comercial de la planta de sótano de un edificio colindante con el anterior; que de los diversos elementos de que se compone el edificio objeto de la escritura está el número seis con la siguiente descripción: «Local en rampa a sótano, destinado a paso de vehículos y personas al sótano de la casa número catorce de la calle...»; que en la citada escritura se establecen determinadas normas de comunidad, y entre ellas la siguiente:

«5. Del régimen aplicable a la titularidad del elemento individual número seis.—La titularidad en pleno dominio —exclusivo o compartido— del elemento individual número seis de la propiedad horizontal que se ha dejado constituida, corresponderá siempre a la persona o personas que, en cada momento, ostentan la del componente descrito en el antecedente III, finca 39.577, consistente en un local destinado a garaje y cuyos huecos para aparcamiento de vehículos se encuentran todavía sin determinar. Una vez hecha esta determinación y conforme se vayan transmitiendo por la Caja los diferentes espacios en que se divida el citado local, en favor de terceras personas, sea cual fuere el sistema que se adopte para ello, cada una de éstas adquirirá con la propiedad de su plaza de garaje una cuota indivisa sobre el local objeto de esta norma estatutaria, cuyo porcentaje será equivalente al que represente dicha plaza de garaje adquirida, en relación al local donde está ubicada. Y esto mismo se observará en las sucesivas transmisiones que se verifiquen, sin que, por tanto, en ningún momento puedan quedar deslindadas las titularidades sobre ambos locales.—A estos efectos, y para que se haga constar así en el Registro de la Propiedad, la Caja Rural, por medio de su representante, afecta con carácter real las titularidades de los dos locales mencionados, en la forma antes consignada, quedando condicionada la eficacia de esta afección real al momento de la formación de las plazas de garaje y de su transmisión a terceras personas.—La comunidad, que en su día se forme, sobre el local número seis de la propiedad horizontal constituida por esta escritura, no podrá ser objeto de división, a instancia de cualquiera de los condueños o de todos ellos por unanimidad, por concurrir el supuesto del artículo 401, 1.º, del Código Civil»;

Resultando que, presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

Inscrito el precedente documento donde los cajetines puestos al margen de las descripciones de las fincas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se deniega el apartado 5 de las normas de comunidad por observarse los defectos siguientes:

1.º Se establece en él una inadmisibles vinculación entre dos fincas, que infringe el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, porque establece una prohibición de disponer no admitida en el mismo que es implícitamente contraria a la doctrina de la Dirección General de los Registros contenida en la Resolución de 19 de diciembre de 1974 y, especialmente, en la de 20 de

diciembre de 1973, que sólo admitió dicha vinculación en un supuesto muy singular, en el que:

- a) Se configuró sólo como norma estatutaria y no además como constitución de derecho real;
- b) Se estableció entre un departamento privativo y otro procomunal, y
- c) Sobre todo, se constituyó entre departamentos de un mismo edificio.

2.º Al decirse en dicho apartado y con petición de constancia expresa que se «afecta con carácter real las titularidades de los dos locales» parece que se está configurando como un derecho real atípico, siendo así que en ese supuesto debe establecerse fuera de las normas de comunidad que se deben limitar a ser estatuto privativo del inmueble en los términos del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y que en todo caso tampoco sería inscribible como tal derecho real por las siguientes razones:

a) Porque, aunque se admita el sistema de *numerus apertus* en la creación de derechos reales, es más bien para supuestos en que el Derecho positivo no da respuesta a los intereses de los particulares, situación que no se produce en el presente caso en que la servidumbre voluntaria de paso ofrece la figura jurídica adecuada.

b) Porque, aunque se admitiera la creación de un derecho real innominado por considerar que había causa perpetua justificativa de tal vinculación, éste se considera, tal como está constituido en la escritura, insuficientemente perfilado en su extensión y contenido, en contravención de los artículos 9-2.º de la Ley Hipotecaria y 51-6.º de su Reglamento, y contrario al principio de libertad del dominio, al establecer la imposibilidad de división de uno de los locales, incluso por unanimidad, con desacertada interpretación del artículo 401-1.º del Código Civil.

c) Porque, en el presente caso, el compareciente carece de facultades para dicha constitución, a tenor de la certificación unida a la escritura.

3.º Subsidiariamente, y para el caso de que dicha afección se interpretase como una titularidad *ob rem* inserta dentro de los estatutos, éstos sólo pueden referirse al edificio del que son norma privativa, pero nunca a otro edificio, aunque sea del mismo dueño, so pena de conculcar el principio de especialidad ínsito para este supuesto, en el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal y, con carácter general, entre otros, en los artículos 7.º y 243 de la Ley Hipotecaria. Considerando los defectos insubsanables, no se ha tomado anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.

Se observa un error material en la referencia a la registral número 39.577, que en realidad es la número 39.877.—Villena, 4 de marzo de 1981.—El Registrador (firma ilegible);

Resultando que por el Notario autorizante se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando: Que, a modo de introducción, el problema que se plantea en el presente recurso consiste en determinar si la unificación objetiva provocada por el juego de las titularidades *ob rem* entre dos locales pertenecientes a edificios distintos, aunque colindantes, y constituidos en régimen de propiedad horizontal, puede tener su origen en la autonomía de voluntad; que este problema fue ya resuelto afirmativamente por la Resolución de 30 de diciembre de 1973, si bien se trataba de un supuesto de una sola propiedad horizontal, y debiendo ser también afirmativa la solución para el supuesto de dos propiedades hori-

zontales diferentes en razón a la idea de que lo que se puede conseguir por vía indirecta podrá obtenerse por la vía directa; que respecto al primer defecto, al estar en sede de propiedad horizontal no deben manejarse ciertos conceptos jurídicos —como el de las prohibiciones de disponer— de una manera abstracta, sino en íntima conexión con la realidad física de los edificios sujetos a aquel régimen, lo cual obligará en muchos casos a imponer ciertas limitaciones en su ordenación en función de su configuración especial, y sin que ello suponga una infracción del artículo 348 del Código Civil, observándose que el propio artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal nos señala que «el título podrá contener, además..., disposiciones no prohibidas por la ley»; que los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria no están pensados para situaciones de propiedad horizontal, por lo que deben ceder ante las exigencias de éstas; que, dada la situación y especial configuración del local número 6 de la propiedad horizontal constituida, se le asigna al mismo como destino único y exclusivo el paso de vehículos y personal al sótano del edificio colindante, por lo que la instrumentación del caso podría tener lugar a través de una de las siguientes posibilidades:

1.ª La constitución de una servidumbre de paso, aunque con esta figura se crearía una imposibilidad material de disponer por parte del propietario del local, además de que la afección de titularidades tiene un alcance mayor en cuanto que los titulares se incorporan como miembros de pleno derecho en ambas comunidades.

2.ª Segregación del local destinado a paso de vehículos y personas del edificio al que pertenece, y posterior agrupación del mismo al edificio colindante con ampliación de la propiedad horizontal y remodelación de cuotas, postura que podría tener su apoyo en la Resolución de 11 de mayo de 1978, y

3.ª La fórmula que se ha adoptado en la escritura calificada, y a la que no pueden oponerse las Resoluciones de 19 de diciembre de 1974 y 20 de diciembre de 1973, puesto que al contemplar un supuesto diferente no se pronuncian ni a favor ni en contra; que, respecto al segundo defecto, la cláusula discutida en modo alguno supone constitución de un derecho real, sino que trata de afectar, con carácter real en la esfera de la titularidad, dos derechos reales diferentes, en este caso dos derechos de dominio, que así figuran inscritos en el Registro de la Propiedad; que la figura de la titularidad *ob rem* cumple y satisface necesidades jurídicas y económicas que no se puedan llenar por la vía de la servidumbre, además de que esta vinculación *ob rem* no es extraña al ámbito de la propiedad horizontal, como lo demuestra la figura del anejo; que también se objeta en este defecto el no ser viable la indivisión que se establece, y que se fundamenta en el artículo 401-1.º del Código Civil, pudiéndose alegar en contra el que si bien tratándose del caso de un solo edificio hubiera sido conveniente configurar este local como un departamento procomunal, tratándose de dos edificios diferentes el mismo resultado práctico se consigue haciendo descansar la indivisibilidad en el artículo 401-1.º del Código, que prescribe —igual que el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal— el efecto de la indivisibilidad por razón del uso o destino de la cosa; que, respecto a la cuestión de las facultades del otorgante de la escritura, hay que señalar que la afección de titularidades persigue sólo el modalizar el régimen de dominio de uno de los locales de la propiedad horizontal, por lo que ha de entenderse incluida esta facultad dentro de las otorgadas para verificar la

división horizontal de dicho edificio; que, respecto al tercer defecto, en la escritura se transcribe la cláusula de los estatutos del edificio colindante, y por virtud de la cual la Caja Rural se reserva la facultad de comunicar el sótano destinado a garaje, y que, en definitiva, es una norma de remisión que se ha hecho efectiva ahora en la cláusula discutida, y cuyo contenido es asumido automáticamente como propio del otro edificio; que, por último, se reconoce el error material que se apunta en el último inciso de la nota calificatoria;

Resultando que el Registrador de la Propiedad emitió el preceptivo informe, en el que alegó: Que, en relación a lo manifestado por el recurrente a modo de introducción del recurso, debe afirmarse que el argumento de que lo que puede obtenerse por vía indirecta puede conseguirse por la directa, es un argumento en el que se utiliza la técnica del fraude de ley y con una respuesta fácil: Al no ser posible utilizar la vía directa —agrupar los dos locales de edificios diferentes—, se utiliza la indirecta agrupando las titularidades de los locales; que, respecto al primer defecto, hay que resaltar que estamos en presencia de una prohibición de disponer o restricción del *ius disponendi*, ya que no se puede adquirir ni transmitir una finca sin que al mismo tiempo se adquiera o transmita otra; que la aplicación del artículo 27 de la Ley Hipotecaria viene sancionada por las Resoluciones de 4 de mayo de 1968 y 19 de diciembre de 1974, y sólo se excluye su aplicación en la Resolución de 20 de diciembre de 1973, en razón de que la prohibición de disponer se configuró dentro de los Estatutos de la propiedad horizontal, a la que ambos departamentos pertenecían; que, a diferencia del supuesto contemplado por la Resolución de 20 de diciembre de 1973, en el presente caso estamos en presencia de dos fincas independientes que forman parte de edificios también independientes, por lo que resulta irrelevante el que cada edificio esté regulado por su propio régimen de propiedad horizontal; que la fórmula de la servidumbre de paso es la que el propio Notario y el otorgante de la escritura pensaron en la del edificio contiguo al reservarse la Caja Rural la facultad de comunicar el sótano constituyendo las servidumbres precisas para la mejor efectividad del derecho; que la figura de la servidumbre de paso es corrientemente utilizada para resolver supuestos más complicados que el presente, y sin que pueda aceptarse el argumento de la imposibilidad material de disponer de la finca gravada, ya que no sería una prohibición jurídica; que la figura propuesta en la escritura lleva consigo infinidad de problemas, tales como el aumento del número de propietarios, difícil solución para el caso de embargo o expropiación de una sola de las fincas, concurrencia de créditos sobre una de ellas, etc.; que, con relación al segundo defecto de la redacción de la escritura, no resulta clara la figura jurídica que se ha pretendido crear, sin que en la misma se utilice la expresión «titularidad *ob rem*», y, por el contrario, se emplean los términos de «afectar con carácter real», dando más bien la impresión de que se está creando un tipo jurídico híbrido en el que se combinan los caracteres de los derechos reales en general, los de las vinculaciones *ob rem* y los del derecho de servidumbre inicialmente pensado; que actuando los comuneros por unanimidad pueden extinguir el condominio, aunque sea transmitiendo la cosa a uno solo de ellos o a un extraño, sin que sea preciso el acuerdo de la Junta de Propietarios, el cual sólo se exigiría en el supuesto de cambiar el destino del departamento, y todo ello para el supuesto de que se aceptase que la

mera declaración del constituyente del régimen sea suficiente como para considerar a determinada finca «esencialmente indivisible»; que, habiendo sido autorizado el compareciente para constituir y aceptar cualquier servidumbre sobre el solar y el edificio construido, el realizar una vinculación *ob rem*, sea o no de mayor trascendencia que una servidumbre, es un acto distinto de los autorizados y, por tanto, hay extralimitación, resultando además evidente que carece de facultades para vincular al edificio colindante; que, respecto al tercer defecto, de una parte, resulta claro que la posibilidad de comunicar el garaje con otros edificios colindantes debe referirse a una comunicación de tipo físico que no incluye el establecer una vinculación *ob rem*, y de otra parte, se evidencia una infracción del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que los Estatutos son normas de cada edificio y vienen referidos al «uso o destino del edificio» y de «sus diferentes pisos o locales»;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto revocando la nota calificatoria, alegando, entre otras razones, que la aplicación de las normas ha de llevarse a cabo tratando de adaptar las mismas a la realidad social del momento en que se han de aplicar; y que no se infringe el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, pues la prohibición estatutaria tiene su base en el artículo 401-1.º del Código Civil;

Vistos los artículos 400 y 401-1.º del Código Civil; 9-2.º, 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, y 51-6.º del Reglamento para su ejecución; 4, 5 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960; la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1976, y las Resoluciones de este Centro de 20 de diciembre de 1973, 19 de diciembre de 1974, 11 de mayo de 1978 y 21 de octubre de 1980;

Considerando que la cuestión primordial que plantea este expediente es la de si puede inscribirse un derecho dominical sobre un inmueble en el que su titular o titulares vienen determinados mediatamente, por ostentar la titularidad, también dominical, sobre otra finca en la que se da la circunstancia de pertenecer a otro edificio distinto y constituido también en régimen de propiedad horizontal;

Considerando que, aun cuando la frase de la escritura calificada «afecta con carácter real la titularidad de los dos locales», recogida en el defecto segundo de la nota, puede prestarse a diversas interpretaciones, por no ser lo suficientemente definitiva, completada esta frase con el resto de la regulación que se establece en la propia escritura, revela que no se está tratando de crear un derecho real atípico, que llevaría a encuadrar la cuestión dentro de la admisión del sistema de *numerus clausus* o *apertus* en nuestro Derecho, y que ha sido objeto de estudio por la Jurisprudencia de este Centro;

Considerando, por el contrario, que la figura jurídica encaja dentro de las «titularidades *ob rem*» —de las que constituye un ejemplo típico la servidumbre predial—, que exige que entre las fincas cuyas titularidades se conectan deba existir, como causa económica y a la vez jurídica que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio, circunstancias todas ellas que se dan en el supuesto fáctico, origen de la figura calificada;

Considerando que la admisibilidad de las «titularidades *ob rem*» no puede ser cuestionada en nuestro sistema, dado el juego de la autonomía de la voluntad, al igual que sucede en las servidumbres voluntarias —ar-

título 536 del Código Civil—, y, como antes se indicó, la relación física entre los inmuebles o correlación de destino, por su necesidad, utilidad o comodidad, inclusive, justifica la conexión de titularidades entre ellos, y aunque las fincas no estén consideradas en un mismo plano, ya que por su importancia y respectivo destino una esté al servicio de la otra, lo mismo sucederá con la titularidad de los derechos sobre una y otra;

Considerando que son los propios titulares —o el constituyente de la propiedad horizontal en este caso— quienes han de juzgar acerca del vehículo jurídico más idóneo dentro de los permitidos legalmente, para alcanzar el fin propuesto, máxime si el local ocupa toda una planta —lo que aquí no sucede—, y aunque acaso, como indica el funcionario calificador, en este supuesto hubiera bastado la constitución de una servidumbre de paso, que, por otra parte, era para lo que estaba autorizado el compareciente en la escritura, es indudable que a los particulares no les puede ser impuesto un determinado criterio, cuando en base a determinadas razones estiman oportuno elegir un sistema diferente;

Considerando que no parece justificada la infracción del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, alegada en la nota, ya que no se establece prohibición de disponer alguna, sino que por razón de la dependencia física y de destino de las fincas objeto de los respectivos derechos dominicales, la disposición ha de ser conjunta, como ya declaró la Resolución de 20 de diciembre de 1973, y así lo exige el juego establecido para las titularidades de uno y otro derecho conectadas entre sí;

Considerando que, en cambio, aparece fundada la objeción del Registrador al analizar el aspecto formal —y, en cierto modo, sustantivo— de la inclusión del tema de la titularidad *ob rem* solamente en el título constitutivo de uno solo de los edificios en régimen de propiedad horizontal, ya que el establecimiento de una titularidad de este tipo, por exceder del contenido propio de los Estatutos, debe tener su sede en el título constitutivo de la misma propiedad horizontal, y si esa titularidad especial se predica respecto de fincas pertenecientes a edificios diferentes, cada uno de ellos constituido en régimen de propiedad horizontal, hay que estimar que la titularidad creada debe quedar establecida en el título constitutivo de ambos, ya que no es posible que a través de la regulación de uno solo de ellos, se pretenda inmiscuirse en la normativa del otro que ya tiene su propia regulación;

Considerando que aun cuando es indudable que en el título constitutivo del primer edificio en régimen de propiedad horizontal también se contiene una, más que regulación, previsión a este respecto, a través de una norma que remite al contenido del título de constitución del segundo edificio por la que se asumiría automáticamente la regulación aquí contenida, hay que tener en cuenta que tanto aquella norma comunitaria como el acuerdo adoptado por la Entidad propietaria de este segundo edificio a favor de su representante —compareciente en la escritura calificada— solamente le autorizan para la constitución y aceptación de cualquier tipo de servidumbre, por lo que, al elegir el mandatario una figura jurídica distinta de la ordenada, ha habido una extralimitación por su parte de la actuación debida;

Considerando, por último, que dada la afección del local destinado a servir de rampa de comunicación al otro local, aparece justificada la indivisión pactada en base al artículo 401-1.º del Código Civil y 4.º de la Ley de Propie-

dad Horizontal, en cuanto que de hacer la división resultaría inservible para el uso a que se destine.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente el auto apelado, procediendo a confirmar el defecto segundo, c), de la nota del Registrador y revocarla en cuanto al resto.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 3 de septiembre de 1982.—El Director general, Fernando Marco Baró.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia.

SUMARIO: 1. *Perspectiva jurisprudencial de la Resolución.*—II. *Presupuesto sociológico sobre el que opera: los complejos inmobiliarios. El problema de los garajes. Soluciones teóricas para el caso:* 1. Agrupación de los edificios contiguos.—2. Conexión sólo de sus departamentos subterráneos: A) Mediante servidumbre de paso. B) Mediante agrupación como enclave o mediante agrupación excepcional. C) Mediante vinculación *ob rem* de sus titularidades.—III. *Extremos del debate Notario-Registrador: Prohibición de disponer, derecho real atípico y principio de especialidad estatutario.*—IV. *Examen de la figura de la vinculación ob rem de titularidades establecida voluntariamente:* 1. Doctrina—2. Legislación.—3. Notas que suministra la presente Resolución.—4. Observaciones propias.—V. *¿La comunidad a formar en el presente caso era disoluble por unanimidad de sus futuros componentes?*

I. La precedente Resolución se inserta dentro de la progresiva línea del Centro Directivo, que por ahora ha dado luz verde a todas las fórmulas que la práctica notarial ha ido elaborando para resolver los arduos problemas que suscitan los complejos inmobiliarios (1).

Esa línea se inicia, a mi juicio, con la Resolución de 11 de mayo de 1978, que autorizó la agrupación de dos edificios íntegros e independientes, aunque uno de ellos estuviese sujeto a eventuales cargas propias (2); se con-

(1) Sigo aquí la terminología acuñada por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ en su magistral conferencia «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», publicada, junto con las demás integrantes del «Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas», por el C.E.H. del I.C.N.R.P.E., Madrid, 1973, págs. 33 a 211. Conforme a su esquema, aún no superado, procede distinguir tres tipos de construcciones: el edificio simple, que «constituye una unidad arquitectónica independiente, perfectamente deslindado de los límites, con todas sus instalaciones y servicios ubicados dentro del mismo», el edificio complejo, «compuesto por varios cuerpos de fábrica, cada uno de los cuales constituye una unidad arquitectónica diferenciada materialmente de las demás, pero sin que gocen de autonomía total», y el grupo de edificios o «edificaciones arquitectónicamente independientes, pero que gozan de una zona de terreno dotada de instalaciones de índole diversa dispuesta para ser utilizada por todos los copropietarios». Ahora bien, de la misma manera que la Naturaleza nunca opera *per saltum*, advierto que la moderna realidad arquitectónica ofrece una tan variada gama de combinaciones constructivas que los señalados constituyen sólo prototipos o paradigmas de una categoría conceptual, cuyos confines se difuminan bastante en presencia de supuestos híbridos que sería arduo calificar de edificio simple o complejo, o de esto último o de grupo de edificios.

(2) En concreto, en dicha Resolución se declaró posible la agrupación de dos fincas registrales colindantes pertenecientes a un mismo propietario, sobre las cuales se habían construido: en una un edificio de ocho plantas, constituido —e inscrito— en régimen de propiedad horizontal, y en la otra un edificio compuesto de solo planta baja y sótano, comunicados arquitectónicamente con los correlativos del primer inmueble, sin que se considerasen obstáculos para ello: a) ni el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal que al contemplar sólo la posibilidad de agrupación de los departamentos independientes de una misma propiedad horizontal, nada resuelve sobre la hipotética agrupación de dos edificios íntegros e independientes, perfectamente posible ex artículo 44 del Reglamento Hipotecario; b) ni el dato de que una de las dos fincas agrupadas formase parte de un polígono urbanístico distinto con cargas propias (posible reversión al entonces I.N.V.), ni c) el hecho

tinúa con las Resoluciones de 2 de abril de 1980, que suministró pautas para la inscripción de los grupos de edificios (3); de 21 de octubre del mismo año, que avaló la fórmula de la servidumbre recíproca como cauce regulador del entramado a construir (4), y con la presente, que respalda el mecanismo de la vinculación *ob rem* entre departamentos de diferentes propiedades horizontales, y concluye, por ahora, con la Resolución de 27 de mayo de 1983, que viabiliza la agrupación «excepcional» de cinco fincas urbanas subterráneas que de hecho constituían un solo y único garaje, pero tres de las cuales eran locales integrados en sendos edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal (5).

No estaría bien visto oponerse un ápice a esa tarea de creación pretoriana del Derecho por la que tanto han abogado conspicuas plumas, máxime cuando en ningún tiempo —no más en éste que en otro, esa es la verdad— los juristas de «a pie» hemos considerado vocados a nuestros legisladores-políticos para el cometido de legislar con fortuna en materias iusprivatísticas, pero sí parece lícito, por lo menos, destacar las insuficiencias de aquel método de gestación normativa, pues tras admitirse una figura controvertida, en nuestro caso la vinculación *ob rem* de tipo voluntario, no se perfila del todo su naturaleza, caracteres, efectos y consecuencias, ni siquiera se marcan, a diferencia de lo que acaeció con la citada Resolución de 2 de abril de 1980, pautas uniformes para su tratamiento instrumental y registral.

Bien es verdad que la llamada jurisprudencia hipotecaria no está obligada más que a declarar la inscribibilidad o no de la concreta mutación jurídico real ante ella ventilada, pero tampoco debe olvidarse la misión

de que no se alterasen las cuotas de los departamentos integrantes del edificio de ocho plantas, por cuanto el propietario único era soberano para fijar las del conjunto resultante, manteniendo para la planta baja y el sótano, aun acrecidos físicamente, la misma que tenían en uno de los dos inmuebles primitivos

(3) En ella, como es sabido, sobre una extensa parcela de terreno se declaró la obra nueva de un primer bloque de viviendas de los nueve que estaba proyectado construir en aquélla. Dicho primer bloque se constituyó en régimen de propiedad horizontal y se donó *sub conditione* uno de sus departamentos privativos a la Diócesis de Ciudad Rodrigo. Posteriormente, la Cooperativa todavía propietaria de todos los departamentos del primer bloque (salvo el donado) y del resto de la parcela sobre la que se edificó, declara la obra nueva de los ocho bloques restantes, regulando los derechos de éstos y del primitivo en el resto de la superficie de la parcela y en los demás elementos comunes de todo el complejo. Frente a la exigencia del Registrador de que se segregasen previamente de la finca matriz los solares sobre los que se asentaban los ocho bloques, la Dirección, amén de otros problemas marginales, resuelve el capital de la inscribibilidad de estos conjuntos arquitectónicos integrados por diferentes bloques aislados, compuestos a su vez de distintos departamentos privativos. Como pautas para su inscripción sugiere, al margen de lo que hubo que hacer en su caso singular, la apertura de un folio para la inscripción separada de cada bloque y la subdivisión horizontal de éstos en la forma ordinaria, todos debidamente conectados con las oportunas referencias.

(4) La Resolución de 21 de octubre de 1980 contempla el caso de un complejo inmobiliario que se integraría de varios edificios-torre unidos en la base por planta baja y semisótano para usos comerciales y por una planta sótano destinada a garaje. El cauce elegido por el Notario autorizante y recurrente para normar ese proyectado complejo fue el de aprovechar una escritura de segregación y descripción de resto de una de las fincas sobre las que se habría de asentar el conjunto inmobiliario para imponer sobre las dos fincas resultantes de la segregación y sobre las demás afectadas por el futuro trazado una compleja servidumbre recíproca pendiente para su nacimiento de la condición de enajenación a tercero de cualquier fracción de los inmuebles involucrados, de modo semejante a lo previsto en el artículo 541 del Código Civil. La Dirección acepta el planteamiento notarial, tanto en lo que se refiere a la aplicación de la llamada servidumbre por destinación del padre de familia, en la que aquí el signo aparente físico vendría simbolizado por la inscripción del título, cuanto en la inserción dentro de las limitaciones dominicales que toda servidumbre implica de las reglas cuasi-estatutarias que habrían de regular el uso del proyectado complejo. Tan sólo no admitió el Centro Directivo la indeterminación del contenido de las servidumbres del caso entonces sometido a su consideración por cuanto estaba fácticamente condicionado al resultado de la construcción futura que no se definía suficientemente.

(5) Es demasiado reciente y conocida esta Resolución como para que precise «refrescar» una mayor noticia sobre ella. Puede verse en el *Boletín Oficial del Estado* del 8 de julio siguiente y en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 192, de 1983, págs. 598 a 604.

que le encomendara la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de ser *el complemento necesario del precepto escrito por el legislador*, y la que le reconocen unánimemente los tratadistas de unificar la práctica registral, todo lo cual acaso debiera haber conducido a la Dirección a ser más explícita, por lo menos respecto de la ulterior mecánica notarial y registral sobre los departamentos vinculados *ob rem*.

II. Como decía, la presente Resolución opera sobre el presupuesto sociológico de los complejos inmobiliarios y, en concreto, sobre la sencilla realidad de dos edificios que necesitaban unirse parcialmente para la cabal utilización del sótano de uno de ellos.

AZPITARTE, en un acabado estudio sobre el fenómeno (6), ha centrado muy bien el reto que la realidad lanza al Derecho en esta parcela de la vida. *«Dijimos antes —escribe— que para el óptimo aprovechamiento de un local destinado a garaje se exigía bajo rasante de solar una superficie en la que sobre rasante caben varios edificios, arquitectónicamente hablando, con lo cual se presenta una fatal alternativa. o se da preferencia al garaje y surge entonces una propiedad horizontal compleja, o se da preferencia a lo edificado sobre rasante y surgirán entonces varios edificios, jurídicos y arquitectónicos, cuyos garajes habrán de unirse material y jurídicamente en uno solo»* (7).

En nuestro caso, el planteamiento es más modesto por cuanto el local que en el título calificado se «afectaba con carácter real» al sótano del edificio contiguo estaba sólo destinado a rampa de acceso a este último, sin que en aquél se proyectase ubicar ninguna plaza de aparcamiento. Pero salvado ese importante matiz de no encontrarnos ante la conexión de dos fincas igualmente principales desde el punto de vista económico, sino ante dos locales en relación de subordinación o accesoriedad uno respecto del otro, la dicotomía de que habla AZPITARTE se abre ante nosotros con toda su crudeza: O se conectaban los dos inmuebles, uno de ellos ya constituido en propiedad horizontal y el otro en trance de serlo, en un superior complejo inmobiliario, y entonces se le aplicaba al garaje y a su rampa un tratamiento unitario dentro de los esquemas legales, o, por el contrario, se intentaba conectar tan sólo los dos departamentos controvertidos a través de alguna combinación jurídicamente admisible, porque, desde luego, lo que no resultaba aconsejable era mantener perpetuamente inconexos y a riesgo de disociar anómalamente su respectiva titularidad, dos fincas que arquitectónicamente constituían una sola.

1. La primera alternativa, agrupación de los dos edificios, es la que, sin duda, imagina el Notario recurrente cuando en su escrito de interposición arguye que lo que se puede obtener por la vía indirecta (agrupación de los inmuebles) debe poder obtenerse también por la vía directa. A ese razonamiento objeta certeramente el calificador que a su amparo puede consumarse un fraude, pues, invirtiendo los términos, también cabría afirmar que al no ser posible la vía directa —agrupar los dos locales de edificios diferentes (8)—, se utiliza la indirecta agrupando las titularidades

(6) RAFAEL AZPITARTE CAMY: «Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», Ponencia del I Congreso Nacional del Notariado Español, celebrado en Valencia en octubre de 1978, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, correspondiente a enero-marzo de 1979, págs 7 a 299.

(7) *Ob cit.*, pág. 41.

(8) La Resolución de 27 de mayo de 1983 todavía no había disipado los escrúpulos que para una tal operación despertaba la espezística expresión «mismo edificio» del artículo 8º, 1, de la Ley de Propiedad Horizontal que presidió en no escasa medida la discusión habida en la de 11 de mayo de 1978.

de los locales; y aunque la premisa mayor de esta réplica hoy se halla jurisprudencialmente derrumbada, demuestra la extrema fragilidad de los argumentos *a pari*. Medítese si no en el ejemplo que siempre aduce frente a ellos cierto competentísimo colega de que no siendo causa automática de disolución de una sociedad anónima o limitada la reunión transitoria de todas las acciones o participaciones en una sola mano, debería admitirse entonces la constitución unipersonal *ab initio* de aquellas entidades.

En todo caso, esa primera combinación posible hubiera resultado costosa, sobre todo fiscalmente, al sujetarse a tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados tanto la agrupación como la subsiguiente constitución en régimen de propiedad horizontal del conjunto. Eso sin contar con que acaso podían haber sido enajenados algunos de los departamentos de la primera propiedad horizontal y entonces se hubiera requerido, parece, el concurso de todos sus propietarios para efectuar un acto de riguroso dominio, cual es la agrupación del total inmueble con otro contiguo (sería dudoso que ese concurso pudiera obtenerse en Junta vía artículo 16-1.ª de la ley especial, es decir, sería dudoso si puede bastar la unanimidad presunta o se requiere la real) (9).

2. Resultaba palmario que se imponía la otra alternativa, la de ligar escuetamente los departamentos afectados, y es el propio Notario recurrente el que analiza con brillantez las tres posibilidades bajo las que podía haberse instrumentado el caso:

A) La constitución de una servidumbre de paso, fórmula sugerida por el Registrador en el apartado 2.º, a), de la nota y reiterada luego en el Informe (10). El Notario le encuentra dos inconvenientes: a) Se crearía una imposibilidad material de disponer, seguramente porque no se hallaría adquirente autónomo para un local tan absorbentemente gravado, y b) se mantendría una situación artificial, por cuanto el local afectado por la servidumbre pertenecería al promotor o persona que se hubiese reservado la propiedad del local, el cual sería el titular formal, integrante de la Junta y responsable directo frente a ella (cfr. art. 20 de la Ley de Propiedad Horizontal) de los gastos que le correspondiesen dentro de los generales del inmueble de que forma parte aquel local, siendo así que los titulares reales, los que agotaban toda o la principal utilidad material de la finca, se mantendrían ajenos a la comunidad sobre el edificio gravado, a diferencia de lo que ocurre con la fórmula de la vinculación *ob rem* escogida.

El Registrador, tras subrayar que éste, el de la servidumbre, fue el cauce que inicialmente se pensó en el título constitutivo de la primera propiedad

(9) Vide el trabajo de ENRIQUE LUIS BRIOSO ESCOBAR «Los estatutos, reglamentos y juntas de la propiedad horizontal», en la *Revista de Derecho Notarial*, núms. 119 y 120, correspondientes a enero-marzo y a abril-junio de 1983, págs. 7 a 128 y 13 a 122, especialmente págs. 83 a 90.

(10) Solución perfectamente viable ante la elasticidad legal del concepto (cfr. art. 594 del Código Civil) y que cuenta con prestigiosos valedores doctrinales. RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE «La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas» (ponencia), I Congreso de Derecho Registral, Madrid, 1965, págs. 73-112; AZPITARTE *Ob cit.*, págs. 260 a 272; JOAQUÍN SAPENA TOMÁS «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», conferencia pronunciada en la A M N el 23 de mayo de 1966, separata, Reus, S. A., Madrid, 1968, págs. 13-14; JOSÉ M.ª DE MENA Y SAN MILLÁN: «Inscripción de garajes en edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal», ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral, separata editada por el C.E.H. del I.C.N.R.P.E., págs. 16-17; Acta de las Sesiones de trabajo celebradas por las comisiones de estudio del I Simposio sobre propiedad horizontal, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante, Valencia, octubre de 1972, séptima comisión: «Urbanizaciones y otros complejos de edificación en propiedad horizontal», págs. 98 y ss., etcétera. Ya he destacado que la servidumbre fue el cauce que se utilizó en el complejo inmobiliario objeto de la Resolución de 21 de octubre de 1980.

horizontal y en la certificación habilitante del compareciente —extremo que casualmente será el único triunfante en su apelación—, y tras ponderar las excelencias de la servidumbre como instrumento de conexión *inter praedia*, sólo replica adecuadamente a la primera objeción del Notario. La imposibilidad de disponer del local-rampa —redarguye— sería material o comercial, pero no jurídica. Yo entiendo que el segundo inconveniente también se desvanece si la titularidad del predio sirviente se enajena a las mismas personas (y normalmente en la misma proporción) que la del dominante. Por supuesto que entonces la servidumbre se hubiera debido constituir bajo condición suspensiva de alienidad —arts. 530 y 541 del Código Civil— (y yo estimo que la hay cuando en cualquiera de las fincas dominante o sirviente, máxime en las dos, surge una cotitularidad, aunque sea de idéntica composición y cuantía) y que hubiera debido superarse en función de las circunstancias del caso el obstáculo, también dogmático, de que el gravamen de paso parecía absorber toda la utilidad económica del predio sirviente haciendo difícilmente distinguible el *ius in re* elegido (la servidumbre) del derecho de usufructo, nítidamente diferenciados en el moderno Derecho español (11).

La Dirección, en su considerando quinto, apunta que acaso en este supuesto hubiera bastado la constitución de una servidumbre de paso, pero, en definitiva, respetuosa con la autonomía privada, concluye que *«es indudable que a los particulares no les puede ser impuesto un determinado criterio, cuando en base a determinadas razones estiman oportuno elegir un sistema diferente»*. Yo, por mi parte, sólo quiero destacar, para concluir el análisis de esta primera fórmula o posibilidad, que tan certera es esa conclusión de la Dirección General sobre la libertad de cauces negociales, como cierto era que el Notario autorizante no se encontraba absolutamente imposibilitado de usar el mecanismo de la servidumbre, situación no desesperada que siempre debe pesar a la hora de abrir nuevos meandros en el río del Derecho.

B) *«Segregación del local destinado a paso de vehículos y personas del edificio al que pertenece y posterior agrupación del mismo al edificio colindante con ampliación de la propiedad horizontal de éste y remodelación de cuotas»*.

El Notario, en su escrito de interposición del recurso (12), opinaba al respecto que *«la viabilidad de esta alternativa, a fuer de ser dudosa, en atención al texto del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin embargo, con base, de un lado, en la doctrina emanada de la citada Resolución de 11 de mayo de 1978, que al realizar la interpretación de aquel artículo deja un portillo abierto a la admisión de esta fórmula, y de otro, en la insuficiencia normativa que padece la Ley de Propiedad Horizontal, unida a la necesidad imperiosa que se siente de reglar del modo más conveniente las situaciones que se presentan en la vida real obligando al intérprete a forzar al máximo las posibilidades que tiene la autonomía de la voluntad en la Ley de 21 de julio de 1960, hay que postular una actitud abierta en la solución de este problema»*.

Como ni el Registrador ni la Dirección opinan nada sobre la anterior

(11) Véase al respecto FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Murcia, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, 1962, págs. 19 y siguientes.

(12) Copia íntegra del cual, como de todos los básicos del expediente, obraba en mi poder, antes de que se me asignase este comentario, por gentileza de uno de sus intervinientes

posibilidad teórica, me limitaré a destacar que a una situación parecida alude MENA bajo el rótulo «enclave» (13). *«Muchas veces —escribe— por cuestiones de construcción se concede a un edificio la planta baja del colindante, como ampliación de su garaje, o se compra el derecho de construir una planta baja en el solar vecino para ampliación del garaje en la casa que se construye. Así, cuando se llega a construir, la casa del solar vecino tendrá una planta baja que le es completamente ajena porque no tiene salida a un elemento común o a la vía pública, sino que comunica con el edificio vecino y de él depende. No se puede, conforme al artículo 396 del Código Civil, estimar que existe una unidad inmobiliaria entre este garaje y la casa superestante, y no podrá asignarse cuota de cargas y beneficios en ella al viejo garaje».*

La operación que hipotiza el Notario no se corresponde exactamente con la que describe MENA, por cuanto para el primero es el local enclavado el que absorbería, vía agrupación, al local-rampa, mientras que en el planteamiento del segundo parece que sucede lo contrario; pero con uno u otro enfoque, lo cierto es que abocaríamos a lo que FUENTES LOJO y otros autores (14) denominan casas «a caballo» y casas «empotradas», que tantos problemas suscitan, sobre todo en el medio rural.

Creo que es a la constitución de un enclave o local empotrado a lo que literalmente se refiere el Notario recurrente cuando imagina, como fórmula posible, una segregación del local, su subsiguiente agrupación (o agregación) al edificio contiguo y la obligada remodelación de cuotas (tanto del inmueble fagocitante como del fagocitado, hay que entender). Pero para que ese plantamiento fuera acertado sería preciso que el local enclavado realmente lo fuese, es decir, que no tuviese ningún acceso al resto del inmueble en que se ubica, ni tampoco salida propia a la vía pública. Todo ello no parece probable dentro de los modernos hábitos constructivos: ni es lógico pensar que la primera propiedad horizontal de nuestro supuesto tuviese la planta sótano completamente aislada del resto del edificio, porque no proporcionaría cómodo servicio a sus presentes o futuros propietarios, ni, desde luego, carecía de salida propia el local-rampa dada su misma noción. Reservemos, pues, los enclaves para las situaciones pretéritas en que resulta inevitable y congratulémonos de que la arquitectura y el urbanismo actuales difícilmente consienten la construcción de recintos estancos, comunicados sólo a través de los inmuebles contiguos.

Quizá a lo que realmente quería referirse el Notario recurrente es a la agrupación excepcional que ha consentido, como dije, la Resolución de 27 de mayo de 1983, y que se establecería entre dos locales independientes de diferentes propiedades horizontales, sin cierre definitivo de sus folios originales ni acumulación de sus cuotas (15). Por más que nos movamos en temas de «enclaves», «agrupaciones», «vinculaciones *ob rem*» y simila-

(13) Ponencia citada, págs. 17-18.

(14) JUAN V. FUENTES LOJO *Suma de la Propiedad por apartamentos*, 3ª ed., tomo I, Bosch, Barcelona, 1978, págs. 933 a 936, donde analiza la parca jurisprudencia sobre el tema, en general contraria, como parece lógico, a la existencia entre los estratos arquitectónicos de una genuina propiedad horizontal. Vide también MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, 3ª ed., Editorial R D P-Edersa, Madrid, 1983, págs. 222-223, y el Acta del I Simposio, cit. pág. 103.

(15) Por esa posibilidad ya había apostado AZPITARTE en su magnífico trabajo antes citado, parte duodécima págs. 275 a 290, si bien honestamente reconoce en la pág. 276 que cuando lo redactó ignoraba que la fórmula expuesta había sido aceptada en diversos Registros de la Propiedad, especialmente de Madrid, y que no se había planteado el problema de su posibilidad legal hasta que se lo suscitaron en el coloquio ulterior a la exposición de dicha ponencia diversos colegas de aquella capital, no obstante lo cual son muy enjundiosas y sugerentes las páginas que dedica al tema.

res, no corresponde a este comentario invadir el que se deberá efectuar en su día sobre esa reciente Resolución de indudable trascendencia; por eso me limitaré a destacar, en este repaso de posibilidades teóricas sobre el adecuado encauzamiento del supuesto de nuestro expediente, que desde el ángulo de la mecánica registral resulta más segura la fórmula ahora consagrada (agrupación excepcional) que la empleada por el Notario de Villena en la resolución que comento (vinculación *ob rem*). En efecto, en la de 1983, basta con efectuar una agrupación ordinaria, con arrastre de cargas y notas de mera conexión (que no de cierre), para a continuación poder inscribir, aplicando en su caso el nuevo artículo 68 del Reglamento Hipotecario, la transmisión de cuotas sobre el local agrupado que conlleven derecho a la utilización de plazas de garaje determinadas (16).

(16) Esa estructuración como condominio ordinario con pacto de adscripción de uso de la planta agrupada es la única que parece imaginar la Resolución de 1983 a tenor de los apartados b) y c) del considerando octavo de la misma. Me llama la atención que en casi ninguna de las monografías que conozco sobre las diversas posibilidades de articulación jurídica de los garajes en la propiedad horizontal, ni en las de AZPITARTE y MENA ya citadas, ni en la pionera de FERNANDO MONET ANTÓN «Los garajes en comunidad. Variantes de su tratamiento jurídico ante la Ley de Propiedad Horizontal», separata editada por el I. C. N. de Valencia, 1973, ni en la de ELVINO SILVA FILHO: «As vagas de garagem nos edifícios de apartamentos (propriedade horizontal)», São Paulo, 1977, ponencia presentada igualmente al III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico en 1977, ni tampoco en la mayoría de los tratados generales o particulares sobre la materia de propiedad horizontal, se considere la posibilidad de que la planta o plantas destinadas a garaje, configuradas éstas como departamentos independientes de un edificio parcelado, sean a su vez objeto de una subdivisión horizontal. Quiero decir que, por supuesto, todos los autores citados y muchos otros que cabría recordar contemplan el que *ab initio* se estructuren las plazas de aparcamiento, enjauladas o grafiadas, como departamentos independientes de la general propiedad horizontal, numeradas correlativamente dentro de ella al principio o tras los locales y viviendas; pero lo que me parece que no imaginan es que sea el total sótano, usualmente departamento número uno de cualquier propiedad horizontal, el que, contemplado como edificio cuyas características lo permiten (cfr. art. 401, 2, del Código Civil) y dotado siempre de acceso autónomo a la vía pública, sea a su vez objeto de una subdivisión horizontal, bien inmediata a la anterior, bien efectuada cuando las circunstancias lo aconsejen. En apoyo de la construcción descrita cabe invocar la opinión de FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, quien, a diferencia de los antes citados, sí contempla específicamente la posibilidad de subcomunidades horizontales en la planta o plantas destinadas a garaje [*ob cit.*, 3.ª edición, pág. 373, fórmula 4.ª, c)] y hasta dentro de las macrocomunidades surgidas de la ahora denominada «agrupación excepcional» (págs. 374-5, fórmula 7.ª), hipótesis esta última, insisto, que en ningún momento aflora en el contexto de la Resolución de 27 de mayo de 1983. (Véase también el trabajo anterior del propio FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: «Los garajes y la Propiedad Horizontal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, marzo de 1978, págs. 233 y ss.) Con la fórmula que, con la excepción indicada, echo en falta en la generalidad de los autores, fórmula a mi juicio admisible dada la elasticidad del término «edificio» del artículo 396 del Código Civil, se disparan todas las dudas sobre la posibilidad de subcomunidades de propietarios y sobre la existencia de elementos comunes de titularidad —no simple uso— parcial (posibilidad esta última recientemente negada sobre la débil base del adjetivo «restantes» del art. 3, b), de la Ley de Propiedad Horizontal por JOSÉ POVEDA DÍAZ en su tesis doctoral «Los elementos precomunes en la Propiedad Horizontal», editada por el C.E.H., Madrid, 1983, págs. 59 y ss., bien que su negación se efectúa dentro de un planteamiento de división horizontal única y no de subdivisión horizontal como el que aquí suscito) Se me dirá que la parcelación horizontal de segundo grado ofrece alguna particularidad en cuanto al suelo y al vuelo, que únicamente serán comunes en la medida en que están comprendidos dentro de los límites de la planta o plantas subdivididas y fuera de las proyecciones cúbicas de las plazas de aparcamiento privativas. Pero se trataría de una singularidad similar a la que afecta a todas las divisiones horizontales efectuadas sobre edificaciones habitables, cuya base o cuyo vuelo resultan ajenos: v. gr., propiedad superficial, propiedad subterránea por expropiación para viales de solo la superficie exterior, propiedad sobre pasajes afectados a vía pública, construcciones a caballo o empotradas, etc. Desde luego, la fórmula me parece absolutamente avilada por la citada Resolución de 2 de abril de 1980, porque aunque referida a nueve bloques autónomos, el suelo y el vuelo de todos ellos era común al conjunto inmobiliario, de manera que sus elementos comunes singulares se ceñían sólo a los comprendidos dentro de su perímetro cúbico. En mi planteamiento la existencia de cuotas y subcuotas definirían la cotitularidad sobre esos elementos comunes (y sobre el conjunto todo) en una escala que reproduce el esquema de la composición corpuscular de la materia o de la estructura del Universo, y así como dentro de la molécula se distinguen los átomos y dentro de éstos las partículas creadas simples (como antes aquéllos), o dentro de los conjuntos galácticos se descubren las galaxias simples y, por lo menos en una de ellas, se distingue el sistema planetario y, en su seno, los satélites, así también pueden estructurarse los modernos complejos arquitectónicos aunque ni lo imaginasen siquiera los perfectamente superables artículos 4.º y 14, 2, de la Ley de Propiedad Horizontal. No creo descubrir ningún Mediterráneo a los prácticos que me lean si afirmo haber operado sobre complejos inmobiliarios compuestos de hasta

En cambio, en la Resolución de 1982 se admite conectar estatutariamente dos fincas cuya independencia es dudoso precisar hasta dónde llega desde entonces, pese a que mantienen su descripción y folio propios. Ciertamente; a la vista de ello cabe preguntarse, ¿deben transmitirse las dos (o sus fracciones) simultáneamente distinguiendo un precio para cada una?, ¿o basta con enajenar una advirtiendo que conlleva la titularidad (o cotitularidad) sobre otra sin precisar más precio que el correspondiente a la principal? Registralmente, ¿deben practicarse sendos asientos de inscripción en cada finca conectada o basta con uno en la principal y nota de referencia en la subordinada o ni siquiera esto último? En caso de hipoteca, ¿debe distribuirse la responsabilidad entre las dos fincas siamesas o basta con proyectarla sobre la principal?

Todas estas perplejidades que me suscita la fórmula de la vinculación *ob rem* aquí bendecida no son fruto de una lucubración desoída de rechazar innovaciones ni de una mente enfermizamente aporética, sino, por el contrario, hijas de la vulgar práctica cotidiana: No hace mucho me correspondía inscribir una miniurbanización compuesta de cinco parcelas segregadas, destinadas a otras tantas viviendas unifamiliares, y de un resto en forma de ele que serviría para asentar el vial común de acceso a aquéllas; el competente Notario autorizante acudió presuroso al ingrediente que le proporcionaba la presente resolución, de manera que la titularidad de cada parcela segregada se vinculó *ob rem* a la de una quinta parte de la finca resto, sin que registralmente (disciplina urbanística aparte) hallara obstáculo la operación. Pero luego vinieron las ventas, y a poco, una hipoteca, y en los correspondientes títulos, como parece natural, sólo se destacaba la parcela principal objeto del negocio, aludiéndose sólo como apéndice y a modo de complemento descriptivo, al hecho de que las parcelas transmitidas (*idem* la hipotecada) conllevaban la cotitularidad de una fracción de otra. Se había consumado la postergación de una finca registral —la finca resto—, en principio de idéntica categoría libraria que las parcelas edificables, hasta el punto de que se la marginaba del expositivo instrumental y se la despreciaba a los fines del artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Y fue en ese trance calificatorio cuando más sentí la cierta orfandad práctica y conceptual en que nos había dejado la presente Resolución, ya antes reprochada y sobre la que aún he de insistir.

C) Y, en fin, la tercera fórmula que imagina como posible el Notario recurrente (17) es la adoptada en la escritura calificada, y que consiste en

cinco estratos, dotados de otros tantos niveles de comunidad y cuotas sobre una gran parcela surgida de un proyecto de compensación por el que se estructuró un Centro de interés turístico, se hallaba levantado un grupo de edificios, uno de los cuales era a la vez un edificio complejo, cuya construcción principal era un bloque simple con planta sótano parcelada horizontalmente. Por supuesto, se trataba de un pintoresco caso extremo.

(17) Y que acaso no son las únicas concebibles. Por ejemplo, me viene a la memoria la que hace unos años analizó ISIDORO DELGADO ROLLÁN. «Fincas independientes, elemento común de otras», en esta misma Revista, núm. 482, correspondiente a enero-febrero de 1971, págs. 121 a 137. Admitía DELGADO en ese trabajo que una finca independiente *no edificada* pudiese ser configurada como elemento común de otras sobre la base de ciertas alusiones a esa posibilidad que se contenían en el artículo 134 del Decreto 4026, de 3 de diciembre de 1964, que desarrolló la Ley especial del Municipio de Barcelona de 23 de mayo de 1960, y en el artículo 24 (1, II), del Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966, no permitía, en cambio, que se diese aquella catalogación de elemento común de otros inmuebles a fincas que ya estuviesen edificadas o que fuesen parte material o espacio delimitado de otra finca, pero sólo sobre el argumento principal de la literalidad «a contrario» de aquellos preceptos urbanísticos, verdaderamente escorizados en orden a nuestro tema. Precisamente bajo la última posibilidad apuntada por DELGADO ROLLÁN (espacio delimitado de una finca, elemento común de otra) se habría podido cobijar también, en teoría y de admitirse su viabilidad, la *fatispecie* de nuestro expediente. Yo creo que una parte material susceptible de aprovechamiento independiente de un edificio constituido en propiedad horizontal sólo podría situarse en una posi-

una cláusula estatutaria por la que la titularidad en pleno dominio —exclusivo o compartido— del local-rampa de la segunda propiedad horizontal correspondería siempre a la persona o personas que en cada momento ostentasen las del local-sótano de la primera, para lo cual y con carácter indefinido conforme se vayan transmitiendo los diferentes espacios en que se divide este último local en favor de terceras personas, cada una de éstas **ADQUIRIRA CON** la propiedad de su plaza de garaje una cuota indivisa sobre el local-rampa, cuyo porcentaje será equivalente al que represente dicha plaza de garaje adquirida, en relación al local donde está ubicada, **AFECTANDOSE CON CARACTER REAL** las titularidades de los dos locales mencionados en la forma consignada (18).

III. La estrategia del calificador frente a la compleja cláusula que se le venía encima se me antoja excelente y me evoca las adoptadas en otros campos, como el de batalla (con la alineación sucesiva de la artillería, la infantería y la caballería) o el del balompié (con la popular táctica del cuatro-dos-cuatro). En efecto, de entrada lanza su andanada más fuerte montada sobre la proscripción tabular de las prohibiciones onerosas de disponer, argumentación que había contenido con fortuna en lides anteriores (Resoluciones de 4 de noviembre de 1968 y 19 de diciembre de 1974) (19); en segundo lugar, y sin demasiada convicción, saca a la palestra

ción «ancillar» respecto de la contigua (dejando aparte la fórmula de la Resolución que analizo en el texto) de constituir lo que MENA calificaba de «enclave» o espacio incomunicado del resto del edificio en que se inserta, y entiendo también que, en todo caso, con el recurso a esa configuración como elemento común sólo se perseguía por la doctrina alcanzar el efecto de la vinculación perpetua entre aquél y la finca principal. Consentido esto último en general por la presente Resolución sin necesidad de acogerse a disciplinados esquemas conceptuales, resulta ya innecesario plantearse la admisibilidad de la construcción de DELGADO ROLLÁN ampliada a espacios edificados, salvo que también se desee que el elemento subordinado carezca de cuota en el edificio en que se ubica, lo cual, en principio, parece *contra natura* (arts 3º y 5º de la Ley de Propiedad Horizontal).

(18) Por supuesto que esta fórmula también tiene inconvenientes teóricos y prácticos que el informante bien se encargó de destacar en este jugoso párrafo que me complace transcribir «En cambio —decía, contrastándola con la de la servidumbre—, detengámonos por unos instantes en los peligros y problemas que se derivan de la construcción pretendida en la escritura calificada. ¿Cómo se haría constar la conexión inter fincas si los títulos constitutivos fuesen autorizados por Notarios distintos y distantes? (el Informe lleva fecha fehaciente de 25 de junio de 1981) ¿No es fácil que al operar con fincas singulares, en orden a su tráfico, se pueda olvidar su conexión con otras y se transmitan aisladamente, con los problemas consiguientes? ¿Qué ocurriría si en un Juzgado se embarga una finca y no la otra? ¿Y si se expropia una sola de varias fincas vinculadas? ¿Dónde termina la posible conexión ob rem? ¿En edificios contiguos? ¿En edificios de la misma manzana, de la misma calle, de la misma ciudad? ¿No estaremos redescubriendo así el folio personal o viabilizando la transmisión universal inter vivos de los patrimonios conectados? ¿Se podrían conectar aun perteneciendo a distintos propietarios o a distintos patrimonios, v. gr., ganancial y privativo? ¿Cuál sería el derecho supletorio de la nueva figura? En determinado párrafo del recurso parece señalarse para la construcción seguida la ventaja de que los gastos que origine el departamento-rampa se podrían exigir directamente de los comuneros ob rem, sin intermediación del promotor. Pues bien, ¿es que el especial privilegio concedido en orden al cobro de los gastos de hasta las dos últimas anualidades por el artículo 9, 5ª, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal se va a extender a la planta de garaje situada en otro inmueble y viceversa? ¿Cuál de las dos comunidades tendría preferencia si en ambas se impagaran los gastos? ¿Quizá si sólo sobre una de las fincas conectadas confluyera, junto con el crédito privilegiado de este artículo, otros créditos igualmente privilegiados —por ejemplo, débitos de urbana, primas de seguro sobre el inmueble art 1923, 1º y 2º, del Código Civil—, de manera que sólo sobre una hubiera que resolver la concurrencia y prelación y sobre la otra no? Estas y otras preguntas que podrían surgir —concluye con cierto humor— demuestran que si el señor Notario quiso dejar bien asegurado que quien sacara el coche del garaje lo podría meter y quien lo metiera lo podría sacar, eligió un camino equivocado».

(19) La primera de esas Resoluciones se aduce por el Registrador en su Informe, incurriendo, sin duda, en involuntario error en la cita del mes (indica mayo en lugar de noviembre), motivo por el que acaso no se hace eco de ella la Dirección en el Vistos. En dicha Resolución de 1968 una sociedad constructora vendió a un particular un piso, un local despacho y una participación indivisa en la planta de sótanos destinada a garaje, sitos todos en un mismo inmueble. En la cláusula 7ª de la escritura se pactó que «la participación indivisa de garaje objeto de esta venta no podrá enajenarse si no es conjuntamente con otra vivienda de la misma casa o a favor de quien ya fuere propietario de otra vivienda de dicho edificio, y no dará lugar a derecho de retracto alguno de condueños, todo ello por tratarse de una comunidad de fin, establecida sobre este garaje, destinada

el razonamiento más endeble, pero con el que cubría un flanco que era conveniente guarecer: el de que se considerase constituido un derecho real atípico infranqueable a los libros: *a)* por hallarse insuficientemente perfilado, y *b)* por carecer el constituyente de facultades *ad hoc*. Finalmente, y por si se superaban las anteriores trincheras, articula un último defecto, alternativo del anterior, montado sobre el principio de especialidad en general (arts. 7 y 243 de la Ley Hipotecaria), y de especialidad estatutaria en particular (art. 5 de la Ley de Propiedad Hipotecaria), por cuanto al ser la vinculación *ob rem* de titularidades un fenómeno bipolar, afectante por hipótesis a dos fincas, no es admisible establecerla sólo en el estatuto regulador de la propiedad horizontal de una de ellas.

El Notario, sin embargo, no se arredra frente a táctica tan sólida y acepta los embates por el mismo orden con que los lanza el Registrador, anteponiendo sólo una introducción general, allanatoria de su avance, acerca de la admisibilidad jurídica de la vinculación *ob rem* originada en la autonomía de la voluntad y consagrada ya en la Resolución de 20 de diciembre de 1973, cuya doctrina —dice— simplemente había que extrapolarla del ámbito del edificio simple.

El primer obstáculo —el derivado del artículo 27 de la Ley Hipotecaria— lo minimiza sobre la base de hallarnos en sede de propiedad horizontal, donde las limitaciones a las propiedades privativas se multiplican hasta el punto de devenir institucionales, todo ello sin perjuicio del prestigio doctrinal en que ha caído la doctrina de aquel precepto hipotecario (20). La Dirección se rinde ante ese planteamiento en su considerando sexto, estimando que no hay prohibición de disponer alguna, sino dispo-

a que los propietarios de las distintas viviendas de la misma casa puedan tener en ella el garaje para sus propios coches». Objetada, entre otros defectos que no hacen al caso, infracción del artículo 27 de la Ley Hipotecaria por parte de la anterior cláusula (que el Notario recurrente afirma registrada en todas las anteriores transmisiones de participaciones del mismo garaje), la Dirección confirma el cierre de los libros para un pacto —dice— que sólo puede entrañar una obligación personal

Por su parte, la Resolución de 19 de diciembre de 1974 accedió a cancelar vía artículo 98 de la Ley Hipotecaria el pacto contenido, no en los estatutos del inmueble, sino en una escritura de adjudicación de piso a un cooperativista por virtud del cual la Entidad adjudicante le prohibía realizar acto alguno de disposición *por separado* de la vivienda y de las dos participaciones en los locales en planta sótano destinados a garaje, considerando que dicha cláusula, indebidamente registrada, envolvía una prohibición de enajenar inserta en un acto a título oneroso ininscribible conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria

Y, en fin, por no dejar sin resumi en una u otra nota toda la jurisprudencia relacionada en el Vistos, permitásemme añadir aquí que en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 25 de mayo de 1976 (Aranzadi 2363) se casa la de la Audiencia y se confirma la de primera instancia en el sentido de que el adquirente de tres bajos comerciales pertenecientes a otros tantos edificios contiguos y con previsión estatutaria de poderlos agrupar para convertirlos en una nave diáfana, puede sin permiso de las comunidades de propietarios de los tres inmuebles —actoras— comunicarlos fácilmente formando una galería de alimentación, distribuirla en treinta y siete tiendas y arrendar éstas posteriormente, ya que de no poderse formar unilateralmente estas nuevas unidades se limitaría el alcance del artículo 3.º, párrafo *a)*, de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el artículo 348 del Código Civil; lo que no le hubiera sido posible —parece afirmar *incidenter tantum* el Supremo— era convertir las treinta y siete tiendas en fincas jurídicamente independientes. Como no pasó de tolerar una comunicación puramente fáctica, robustecida a lo sumo con la previsión también del establecimiento unilateral de servidumbres entre los locales contiguos, el supuesto de hecho que se le planteaba a esta Sentencia resulta mucho menos audaz que el de la Resolución de que me ocupo. Véase el fino comentario, algo desbordado por la última jurisprudencia, que a esta Sentencia hizo JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en esta misma Revista, núm. 526, correspondiente a mayo-junio de 1978, págs. 535 a 541, y recogido también ahora en su libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecario*, editado por el I.C.N.R.P.M.E., C.E.H., Madrid, 1982, páginas 170 a 179.

(20) Tanto, indico yo, que se ha sublevado contra ella, como es sabido, la Ley 482 de la Compilación navarra que, partiendo de la eficacia obligacional de la prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso hecha a favor de persona actualmente determinada, le abre mediante convención expresa las puertas del Registro, con eficacia entonces real, durante el plazo máximo de cuatro años.

sición conjunta motivada por LA DEPENDENCIA FISICA Y DE DESTINO DE LAS FINCAS OBJETO DE LOS RESPECTIVOS DERECHOS DOMINICALES, frase clave, junto con otras de los considerandos tercero y cuarto, para discernir bajo qué presupuestos puede admitirse la figura de la vinculación *ob rem* de titularidades.

El primer aspecto del segundo obstáculo, el de encontrarnos ante un derecho real de indefinidos perfiles, lo vadea con seguridad afirmando que lo único que se ha pretendido es afectar en la esfera de la titularidad dos derechos de dominio inscritos en el Registro. En vano invocará el Registrador en su Informe el significado semántico que el Diccionario de la Lengua atribuye al verbo «afectar»; en vano subrayará su parentesco gramatical con las afecciones fiscales, y en vano destacará dos síntomas sospechosos en la cláusula controvertida: la petición de inscripción expresa y el también innecesario condicionamiento de la afección al doble evento de la formación de las plazas de garaje y de su transmisión a terceras personas. La Dirección dirime la polémica sobre este particular con ponderación y equilibrio, inclinando la balanza, en definitiva, del lado del Notario.

En cuanto al otro aspecto de este segundo obstáculo, a saber, carencia de facultades del compareciente, a tenor de la certificación unida a la escritura, llama la atención que el Registrador sólo lo objetó en orden a la constitución de un derecho real atípico. El Notario también intenta sortearlo hábilmente afirmando que, *«desde el punto de vista del derecho sustantivo, la afección de titularidades representa un acto de menor relevancia jurídica que el hecho de constituir una servidumbre, pues busca tan sólo modalizar el régimen de dominio de uno de los locales que integran la propiedad horizontal»*, por lo que ha de entenderse incluida esta facultad dentro de las otorgadas para verificar la división horizontal del edificio. Insiste el Registrador en su Informe en que aunque fuera un acto de menor relevancia es distinto de los autorizados y, por tanto, hay extralimitación; pero obsérvese que la insuficiencia no se aprecia ahora en orden a la constitución de un derecho real desdibujado, sino en orden al establecimiento de una vinculación *ob rem* entre locales; en otras palabras, se ha aprovechado el Informe para reproducir el defecto 2.º, c), pero transportándolo a la sede de los defectos 1.º y 3.º, que son los que contemplaban la alternativa de una genuina conexión *ob rem*. Y remacha este giro argumental concluyendo el Registrador esta parte del Informe con las siguientes palabras: *«Y a mayor y definitivo abundamiento, al vincular la rampa al garaje, vincula éste a aquélla y para eso sí que está claro que carece de facultades, pues nada se le ha autorizado a hacer sobre fincas pertenecientes al otro edificio»*.

El Centro Directivo, como ya avancé, sólo se detiene ante esta objeción con una prudencia que contrasta con su audacia en la aceptación del nuevo instituto. Por lo pronto asume el giro argumental del informante y la insuficiencia de facultades la refiere a la vinculación *ob rem* y no a la constitución de un derecho real atípico, enfoque éste que había repudiado desde el considerando segundo. Pero es que, además, mezclando este transmutado defecto con aspectos del tercero, reconoce en sus considerandos penúltimo y antepenúltimo que aunque las facultades hubiesen sido suficientes, hubiera habido que interpretarlas circunscritas a la segunda propiedad horizontal y no a la primera. Y concluye que *«aun cuando es indudable que*

en el título constitutivo del primer edificio se contiene una, más que regulación, previsión a este respecto (21), a través de una norma que remite al contenido del título de constitución del segundo edificio, por la que se asumiría automáticamente la regulación aquí contenida, hay que tener en cuenta que tanto aquella norma comunitaria como el acuerdo adoptado por la Entidad propietaria de este segundo edificio a favor de su representante..., solamente le autorizan para la constitución y aceptación de cualquier tipo de servidumbre, por lo que al elegir el mandatario una figura jurídica distinta de la ordenada ha habido una extralimitación por su parte de la actuación debida».

Incidentalmente, aquí cabría preguntarse ¿cómo se había de enmendar la insuficiencia de facultades a la vista de lo anterior? No parece que fuera bastante un nuevo acuerdo del órgano ejecutivo de la Entidad propietaria dirigido sólo a ampliar los poderes del compareciente en orden a la constitución en propiedad horizontal del segundo edificio; se requeriría también quizá un acuerdo que le autorizase para ensanchar los términos de la reserva contenida en el título constitutivo del primer inmueble, pues mientras se mantuviese intacta la previsión de comunicación sólo mediante servidumbre aquel estatuto regulador se volvía contra la misma Entidad que lo estableció (22). No obstante, se me antoja un poco formalista esta última conclusión, que podría ser uno de los escasos efectos del otorgamiento del título constitutivo y de su inscripción con anterioridad a la formación de la comunidad de propietarios por enajenación de los departamentos singulares. Quizá lo más acertado sería interpretar que cualquier extralimitación estatutaria en que incida el constituyente único del régimen, mientras conserve esa condición de propietario exclusivo (singular o plural), debe considerarse como alteración implícita de los estatutos, con tal que se instrumente bajo la forma adecuada al efecto.

Pero, en fin, como no creo que sea éste de la suficiencia o no de facultades el aspecto más relevante del fallo, concluyo el examen de la contienda Registrador-Notario diciendo simplemente que el tercer obstáculo, el de la infracción del principio de especialidad estatutaria, ínsito en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, en parte analizado ya, lo elude el fedatario acogido a la cláusula de remisión reproducida en la nota 21, que el Registrador al informar intenta circunscribir a una comunicación de tipo físico y que la Dirección ciñe equilibradamente a la conexión física y jurídica, pero sólo a través de servidumbres (23).

(21) En los estatutos del primer edificio se contenía esta literal cláusula «La Caja Rural Provincial de Alicante también se reserva la facultad de comunicar en la realidad física el componente número uno, con cualquier otra propiedad colindante, constituyendo en los términos y condiciones que estime convenientes las servidumbres precisas para la mejor efectividad del derecho» (el subrayado es mío).

(22) Por supuesto, sobre la premisa probable —por cuanto sólo habían transcurrido unos meses desde la anterior declaración de obra nueva— de que el primer edificio siguiese perteneciendo únicamente —y no sólo *ex tabulis*— a la Caja Rural de Alicante, pues de haber surgido ya una comunidad de propietarios, ni que decir tiene que la alteración, por nima que fuese, de los términos del título constitutivo habría debido ajustarse al artículo 16, 1.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal.

(23) Esta incidencia del debate me suscita el problema de la posibilidad de estatutos «abiertos» en los que el constituyente del régimen se reserva la facultad de «completarlos» a través de los estatutos de otro edificio, contiguo o no, o de cualquier instrumento de otra índole. Desde luego, la posibilidad me parece inadmisibles por envolver un eventual fraude de ley imperativa (art. 5.º, 3, de la Ley Hipotecaria) y un hipotético perjuicio a terceros adquirentes. En ese sentido el escrúpulo de la Dirección, ateniéndose a los términos literales de la cláusula estatutaria, me parece bastante justificado. En todo caso no parece que estemos ante unos estatutos «abiertos» en las frecuentes normas de reservas de derechos o de actuaciones fácticas que se contienen en muchos títulos constitutivos que no pueden descender al detalle extremo sobre los caracteres del derecho a constituir o del comportamiento a desarrollar: v. gr., reserva del derecho de vuelo (cfr. Resolución de 7 de abril

IV. En llegando a este punto, estimo que procede ya, postergando el debate dialéctico de gran altura mantenido entre Notario y Registrador, analizar la figura a la que el Centro Directivo ha dado carta de naturaleza en esta Resolución.

Desde luego que la titularidad *ob rem* no constituye ninguna novedad en nuestra doctrina ni en nuestra legislación.

1. Los tratadistas de la parte general es cierto que no suelen pasar del concepto de titularidad sin más. Así, DE CASTRO (24) define la titularidad como «la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen», pero dentro de su variada tipología (básica o «en propiedad» y subordinada; compartida, de mera posesión, aparente y provisional) no alude para nada a la titularidad *ob rem*. En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO y GULLÓN (25) tampoco van más allá de definir la titularidad como «la cualidad que a la persona le confiere el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo» y de exponer sus múltiples clases sin incluir entre ellas la titularidad *ob rem* o *propter rem*. Algo más explícito se muestra ENNECCERUS (26) dentro de la doctrina alemana, cuando al referirse a la conexión del derecho subjetivo con la persona afirma que, «por regla general, los derechos están directamente unidos a la persona, de modo que pertenecen a una determinada persona en cuanto tal. Pero la conexión puede también ser indirecta, toda vez que ciertos derechos están unidos, en primer lugar, con otro derecho o con una relación de hecho, correspondiendo siempre a aquel que se encuentra en esa relación de hecho». Señala como ejemplos de esta conexión indirecta, además de las servidumbres prediales, el crédito derivado del título al portador perteneciente siempre al que sea propietario del mismo, y a la inversa, la propiedad del documento en que consta una obligación, que corresponde siempre al acreedor, extendiéndose, finalmente —pág. 295—, en otras consideraciones de menor interés.

Igualmente, suelen limitarse a la posibilidad teórica de la vinculación *ob rem* los hipotecaristas que, como LACRUZ-SANCHO (27), abordan el consabido tema del titular registral, que tanto debe a la influencia de JERÓNIMO GONZÁLEZ (28).

Otros autores aún se han detenido más en el borroso fenómeno de la titularidad mediata u *ob rem*. En concreto, DÍEZ PICAZO, en una obra de mayor densidad que la antes citada (29), dedica casi tres páginas a los derechos subjetivamente reales o titularidades *ob rem*. Describe aquéllos

de 1970), del de dividir o segregar unilateralmente los bajos (Resolución de 31 de agosto de 1981), del de comunicar (como aquí) o agrupar (como en la de 27 de mayo de 1983) éstos con los contiguos, la de instalar rótulos o marquesinas o chimeneas interiores, etc.

(24) FEDERICO DE CASTRO y BRAVO *Derecho civil de España*, Parte General, tomo I, 3ª edición, I E P., Madrid, 1955, págs. 630 a 632.

(25) LUIS DÍEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1977, págs. 477-8.

(26) ENNECCERUS-NIPPERDEY *Derecho civil*, Parte General, vol. 1º, traducción y notas de Pérez González y Alguer, 2ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 294-295.

(27) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 115: «No es supuesto de indeterminación —escriben—, sino de determinación mediata, el de las titularidades *ob rem* o por razón de la cosa, a la que van de tal modo unidas que no pueden enajenarse independientemente de ella. Es fundamentalmente el caso de las servidumbres prediales, cuya titularidad registral compete a quien el Registro señale como dueño del fundo dominante».

(28) JERÓNIMO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ: «El titular», en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, 1948, I, págs. 458 y ss.

(29) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II: «Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión», Madrid, 1978, págs. 108 a 111.

como los *derechos que corresponden a quien en cada momento sea propietario de una finca o de una cosa, de manera que se puede decir que el titular del derecho, más que la persona, es la cosa*; enumera como ejemplos las servidumbres prediales, las cargas reales y algunos derechos de adquisición preferente; y, finalmente, se zambulle en el tema de su aplicación a la propiedad horizontal, repasando la doctrina de la Resolución de 20 de diciembre de 1973. «A nuestro juicio —concluye—, la vinculación «*ob rem*» entre dos derechos reales es lícita en la medida en que se mueva dentro del ámbito reconocido a la autonomía privada..., y en especial en la medida en que en relación con los adquirentes, se cumplan los presupuestos de publicidad y exista una causa idónea y suficiente para establecer la vinculación».

Y, en fin, por supuesto que se ha manejado el concepto de las titularidades *ob rem* entre los monografistas sobre propiedad horizontal, no ya sólo al analizar la relación entre partes privativas y comunes y entre aquéllas y sus anejos, y hasta entre el inmueble todo y sus estatutos, sino, sobre todo, dentro de la debatidísima noción del departamento procomunal. En efecto, desde que MONET (30) alumbrara la existencia de esta última figura en los recovecos del artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, hay una opinión, quizá mayoritaria (31), que lo caracterizaba, entre otras notas, porque la cuota sobre el elemento procomunal se halla conectada *ob rem* con la titularidad de un departamento privativo, por lo menos *ab initio*. Y se considera sancionada esa conclusión por la Resolución de 20 de diciembre de 1973, suscrita por el entonces Director General JOSÉ POVEDA MURCIA, para la cual esa *conexión establecida estatutariamente no hace sino reiterar una limitación institucional del régimen de la propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3.º de la ley y en el mismo artículo 4.º, «in fine», al negar la acción divisoria... (32).*

Desde hace bien poco contamos con un nuevo dato para ese debate suministrado por JOSÉ POVEDA DÍAZ en su meritada y meritoria tesis doctoral (33). Me refiero a la explicación que dio el informe de la Ponencia de

(30) *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado, Estudios de Derecho Notarial, tomo I, págs. 243 y ss.

(31) Puede verse un resumen de las opiniones de SAPENA, ALVAREZ ALVAREZ, CÁMARA, GARRIDO, SOTO, BLANQUER, CARRETERO, PÉREZ PASCUAL, III Comisión del Simposio sobre Propiedad Horizontal de Valencia, etc., en el trabajo de AZPITARTE, antes citado, págs. 230 a 255; e igualmente las de ENRIQUE RUBIO y MASA ORTIZ en la *Suma* de FUENTES LOJO, también referida, tomo I, págs. 564 a 567. Cabe añadir la de MARCOS JIMÉNEZ MARTÍN: «Elementos comunes, procomunales y anejos: caracteres diferenciales y disposición de los mismos», en esta misma Revista, núm. 518, enero-febrero de 1977, págs. 131 a 150. MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, Ed. Trivium, Madrid, 1982, págs. 85 a 88, no registran ninguna opinión más sobre el problema en su exhaustiva y reciente obra, toda vez que la de POVEDA es todavía posterior.

(32) En el planteamiento ante ella debatido y en relación con la planta sótano, *configurada como departamento independiente y procomunal*, se pretendió incluir en los estatutos del edificio una regla por la que se prohibía a los titulares de las catorce viviendas que tenían derecho al uso reglamentado de aquel sótano transmitir perpetuamente su indicado derecho de uso con independencia de la propiedad sobre la respectiva vivienda. La Dirección General da su *placet* a la cláusula estatutaria afirmando que «*aquellas limitaciones que saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas (en el caso había un número mayor de éstas que de plazas) prohíben la transmisión de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietario a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la Propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3.º de la Ley, y en el mismo artículo 4.º in fine al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código Civil ni se está ante uno de los supuestos que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impride su acceso al Registro*».

(33) *Ob. cit.*, pág. 29.

la Comisión de Justicia de las Cortes de entonces, para añadir el torturante último inciso del artículo 4.º de la ley especial: «... se adopta una nueva redacción (para dicho artículo) —rezaba el citado informe, según POVEDA— recogiendo la posibilidad de que alguna parte del edificio habitable o utilizable para local de industria, profesión o negocio hubiese quedado sin atribuir a propietario singular pensando en obtener un beneficio para la comunidad, en cuyo caso no se podrá dividir». Sobre el débil argumento, fundamentalmente, de que dicho informe habla de «parte del edificio» y no de piso o local, expresión que el legislador reserva para referirse al departamento privativo (y así una vez más, observo yo, en el art. 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal), reverdece POVEDA la tesis de ALVAREZ (34) y, en cierto modo, de BARRENECHEA (35) de que en realidad el departamento procomunal es, por definición, un elemento común accidental y explica desde ella (36) la decisión de la Resolución de 1973 que, según POVEDA, falló con el pie forzado e inmovible de que en el caso allí debatido el procomunal se había configurado como departamento privativo dotado de cuota.

Por supuesto que no voy a terciar en la polémica sobre la naturaleza (común o privativa) y caracteres (vinculada, libre o mixta *ad libitum*) de una figura, el departamento procomunal, que si antes ya la consideraba innecesaria PÉREZ PASCUAL (37), acaso ha recibido los golpes de gracia que la relegarán al olvido por confusa e inútil, tanto con la presente Resolución (que admite la vinculación *ob rem* voluntaria) como, sobre todo, con las de 18 y 27 de mayo de 1983 (que autorizan la exclusión de la acción de división y del retracto de comuneros en las que denomina «comunidades funcionales»). Sólo me interesaba destacar que con la interpretación de POVEDA (que, con todo, no me acaba de convencer) podía reducirse el alcance de la Resolución de 1973, de manera que hasta la presente cabía seguir negando la posibilidad no sólo legal, sino también jurisprudencial, de conexiones prediales voluntarias efectuadas a través de la unión de sus titulares. De esta suerte, hasta la que comento, la aceptación de las titularidades voluntarias *ob rem* podría defenderse que no pasaba de ser un buen deseo de la doctrina (38) sin respaldo oficial.

(34) JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ. *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, Estudios de Derecho Notarial, vol. II, Madrid, 1965, págs. 429 a 582, especialmente págs. 468-9.

(35) BARRENECHEA MARAVER. «Estatutos y ordenanzas de la propiedad horizontal. Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos», en *Estudios de Derecho Privado*, I, Ed. Reus, Madrid, 1962, cit. por POVEDA en la pág. 56 de su libro.

(36) *Ob. cit.*, págs. 38 y ss., y 107 y ss.

(37) EDUARDO PÉREZ PASCUAL: *El Derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Valencia, 1974, págs. 86 y ss.

(38) En esta línea eufórica, junto a la opinión positiva de Díez PICAZO, antes reproducida, cabe recordar estos dos fragmentos de la referida ponencia de AZPITARTE: «La vinculación *ob rem* entre la propiedad del departamento y la cuota indivisa del local o departamento en condominio e incluso la prohibición de disponer de que antes se habló, no pueden pretenderse con absoluta posibilidad de éxito ante una calificación registral adversa, salvo que el departamento en condominio reúna los requisitos que antes hemos asignado para la acepción estricta del departamento procomunal. Sin perjuicio de que confiamos y deseamos una futura decisión jurisprudencial en que fundar y apoyar tal pretensión, pues, a nuestro juicio, la vinculación *ob rem* no merece la enemiga de que es objeto y podría dar óptimos frutos en el campo de la propiedad horizontal y del urbanismo en general.» (página 243) «Estimamos que tal vinculación o unificación de titularidades (se refiere a la que se estableciera entre los varios locales-garaje de otros tantos edificios colindantes, es decir, la misma que la consentida ahora por la Resolución de 27 de mayo de 1983, pero efectuada no objetiva, sino subjetivamente) es posible en Derecho español cuando sea el medio adecuado de conseguir un interés digno de protección, de conformidad con el llamado principio del número abierto en orden a la creación de los derechos reales, que prevalece hoy entre nuestros autores. Y si es posible en derecho sustantivo, posible ha de ser su reflejo en el Registro de la Propiedad; donde cada local tendría su inscripción, en la que constaría la vinculación de titularidades de que tratamos, pero se procuraría evitar la repetición inútil de inscripciones mediante las oportunas notas de referencia» (pág. 288).

2. Porque, en efecto, conexiones *ob rem* autorizadas legalmente existen en nuestro Derecho desde tiempo inmemorial. No ya sólo el ejemplo arquetípico de las servidumbres prediales (art. 534 del Código Civil y Ley 395 de la Compilación navarra), del que la Dirección aquí no acierta a salir, sino muchos otros: el de los anejos (art. 3.º, a), de la Ley de Propiedad Horizontal); el de los elementos comunes (arts. 396, 2, del Código Civil, y 3, *in fine*, de la Ley de Propiedad Horizontal); el de los retractos de colindantes, comuneros, enfitéutico y algún otro del mismo tipo (arts. 1.522, 1.523 y 1.638 del Código Civil, y 1.618, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil); el de las «pertenencias comunes» a varias fincas de la Compilación navarra (Ley 376, 1); el de las hipotecas y la propiedad de los títulos en garantía de cuya obligación incorporada se hubiesen constituido (art. 150 de la Ley Hipotecaria); el del «agro» gallego (art. 92 de la Compilación de Galicia), etc.

Pero la permisón de que se puedan conectar dos titularidades por razón de la cosa con carácter voluntario y sin la existencia de una específica previsión legal es quizá ahora la primera vez que se establece (39), y en ello estriba, sin duda, la trascendencia de la Resolución que comento.

3. La Dirección, consciente de ello, nos suministra para delinear la figura algunos datos, pocos, es cierto, pero de la mayor importancia: la causa económica —dice—, a la vez que *jurídica*, que justifica la conexión consiste en una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio entre las fincas cuyas titularidades se conectan (considerando tercero); el fundamento remoto de la operación se cimenta en la autonomía de la voluntad, y el próximo estriba en la necesidad, utilidad o comodidad que proporciona respecto de los inmuebles de destino correlacionado (considerando cuarto), y, finalmente, el tema de la titularidad *ob rem*, por exceder del contenido propio de los Estatutos, debe tener su sede en el título constitutivo de la misma propiedad horizontal y, en su caso, en el de aquella otra que también se vincule (considerando séptimo).

Nada más se arriesga a precisar el Centro Directivo, confiando acaso en que los demás estudiosos y aplicadores de las normas continúen la decantación que él, desde su privilegiado promontorio, simplemente ha comenzado. Aunque, bien pensado, aún puede decirse que nos proporciona otra pauta en orden a la naturaleza jurídica del nuevo instituto: la de que no constituye un derecho real ni siquiera atípico (considerando segundo).

4. Con tan escasos mimbres bien difícil resulta urdir el cesto y, desde luego, un simple comentarista no está obligado, creo, a ir más allá. Pero aun así, y a riesgo de pecar de ligereza, no me resisto a reflejar las ideas que, en torno a la nueva categoría, me suscita todo lo escrito hasta aquí:

1.º Por lo pronto parece que la vinculación *ob rem* es el efecto de una declaración de voluntad, es decir, de un negocio jurídico. Quizá ese negocio jurídico no tenga necesariamente que consistir, pese a lo que parece sugerir la Dirección, en el establecimiento de un título constitutivo sobre propiedades, al menos en el sentido habitual que se le da a la expresión

(39) Todo depende, repito, de la concepción que se tuviese del departamento procomunal y de la interpretación que se diese en consecuencia a la Resolución de 20 de diciembre de 1973, y aun entonces, la autorización para una conexión *propter rem* entre departamento privativo y cuota en el departamento procomún se intentaba extraer de la *ratio* del inciso final del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, con lo que implícitamente se partía de la premisa de que la vinculación de titularidades había de contar siempre con un respaldo más o menos explícito de la Ley.

«título constitutivo», aunque probablemente ése será su campo más frecuente de aplicación, tanto el de los títulos configuradores de los complejos inmobiliarios como el de los conformadores de las urbanizaciones privadas.

2.º Aceptando la causa (sin profundizar ahora en esa evanescente noción) y el fundamento que nos da la Dirección, cabe añadir, en otro orden no distante de ideas, que dando a la expresión *ob rem* todo su sentido etimológico, la vinculación de que me ocupo sólo puede establecerse entre dos derechos subjetivos de tipo real, es decir, entre dos derechos que se proyecten o incidan (*inhaerent*) sobre una cosa, y en especial entre dos derechos de propiedad. Pues únicamente en relación con ellos cabe hablar de objetos reales que sirvan de conexión y que la justifiquen.

3.º Por buscarle algún parentesco con figuras conocidas puede situarse al negocio vinculativo al lado de aquellos otros negocios o declaraciones de voluntad que inciden sobre el poder de disposición de los derechos subjetivos; así, cabe relacionarlo con la reserva de la facultad de disponer (art. 639 del Código Civil) y con las prohibiciones de disponer (arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria y Leyes 481 y 482 del Fuero Nuevo de Navarra) (40). Mientras éstas, que bien pueden circunscribirse a un solo derecho subjetivo, implican la disociación o el aletargamiento del *ius disponendi* respecto del resto de las facultades integrantes de aquél, la vinculación *ob rem*, que presupone *ex necesse* la presencia de, por lo menos, dos derechos subjetivos, implica la conexión de sus respectivas facultades dispositivas. Cierto que al conectar *ob rem* dos titularidades indirectamente se están vinculando todas las facultades integrantes de los derechos subjetivos sobre los que aquéllas se proyectan y no sólo sobre el *ius disponendi*. Por ejemplo, en nuestro caso se soldaba también indisolublemente el *ius utendi* de la plaza de garaje privativa y el de la cuota parte de la rampa. Pero también es cierto que en otros planteamientos imaginables, v.gr., en determinada vinculación entre vivienda y garaje escaso, lo que primordialmente se persigue evitar es la disociación dominical entre los elementos vinculados, no la hipotética disgregación de sus respectivos disfrutes. De ahí que la única facultad que siempre resulta conectada, por la misma noción del instituto, sea el *ius disponendi* de los derechos en juego, y de ahí el lejano parentesco que le encuentro con las figuras al principio señaladas.

4.º Es dudoso si la conexión de titularidades constituye el efecto de una decisión unilateral del único sujeto que ostente aquéllas, o si pueden confluir las de los diversos sujetos a quienes correspondan. En otras palabras, para conectar titularidades, ¿deben pertenecer todas a una misma persona o puede establecerse por diversos individuos a quienes pertenezcan por separado? Yo creo que aunque la declaración unilateral será la fuente ordinaria del fenómeno, no se puede prohibir que dos titulares hasta entonces autónomos en sus derechos, conexionen éstos de modo indisoluble. Lo

(40) No se desconoce la tendencia doctrinal que niega la posibilidad teórica de tales negocios sobre el *ius disponendi*, al que se ha querido ver no como una de las tradicionales facultades integrantes del contenido de los derechos subjetivo-reales, sino como algo superpuesto a los mismos, sea como cualidad suya, sea como mera manifestación de la capacidad de obrar de la persona de titular (véase un resumen de sostenedores de esta tendencia en RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo III, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 590 a 598), y es verdad que como aquél, el *ius disponendi*, equivale —para mí— al cerebro y espina dorsal del derecho subjetivo, cuando se opera sobre él con independencia del resto de dicho derecho surgen problemas delicados y aforas casi insolubles que justifican toda la prevención que se postula, aunque quizá no la interdicción de trepanaciones.

delicado será precisar si esa unión se puede circunscribir sólo al *ius disponendi*, o sea, si, apurando símiles ya utilizados (*vide* nota 40), pueden ser viables jurídicamente siameses unidos sólo por el sistema nervioso, o si, por el contrario, el negocio vinculativo conlleva implícitamente una comunicación total de los derechos subjetivos íntegros, de modo semejante a lo que, a mi juicio, acontece en las agrupaciones de fincas pertenecientes a distintos propietarios (que autorizó inicialmente la Resolución de 16 de mayo de 1979 y ahora ha consagrado el art. 45, 3.º del Reglamento Hipotecario, reformado por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre). En todo caso, el «monstruo» resultante de la operación con pluralidad de sujetos no sería muy distinto de la «comunidad en mancomún» de la Ley 377 de la Compilación navarra, no proscriba explícitamente (a diferencia del condominio solidario: Resolución de 26 de diciembre de 1946) del ámbito del Derecho común. De admitirse la comunicación implícita intersubjetiva sería preciso, parece, el establecimiento de cuotas en el híbrido resultante.

5.º Precisamente de la solución que se dé a la cuestión precedente depende la capacidad necesaria para el negocio vinculativo: si sólo se admite el unilateral parece que el acto se catalogaría entre los de riguroso dominio de alcance administrativo, es decir, de los que sólo puede realizar el titular dominical de los derechos afectados, pero sin necesidad de los consabidos complementos de capacidad en el caso de que él o sus representantes sólo estén habilitados para actos de ordinaria administración; en cambio, si se admite el negocio vinculativo bilateral y hasta el plurilateral, al suponer en el fondo un acto de comunicación de derechos que sustrae a sus titulares el poder dispositivo *exclusivo* que hasta entonces ostentaban sobre ellos, su alcance sería el de un negocio dispositivo con todas sus consecuencias (41).

6.º En cuanto a clases, la más interesante distinción que acaso pudiera establecerse es la que distinguiría entre «vinculación *ob rem*» de titularidades sobre cosas igualmente principales, pero unidas por su destino común, y «vinculación *ob rem*» de titularidades sobre cosas interdependientes de las que una sea principal y la otra accesorio. Esa distinción me parece trascendente en orden al recomendable tratamiento notarial y registral de la vinculación, como en seguida aclaro.

7.º En efecto, en el primer caso (para el que cuesta encontrar algún supuesto lícitamente fundado), los dos derechos principales conectados deben ser objeto de los negocios dispositivos y de sus instrumentos envolventes con el mismo rango y tratamiento, y en el Registro deben motivar sendas inscripciones ordinarias en sus respectivos folios; en el segundo, en cambio, podría sustentarse que el tratamiento notarial debe ser similar al aplicable al que en sede de propiedad horizontal se da al departamento privativo y al edificio en que se integra: se dispone sobre aquél, pero se describe también éste (cf. Resolución de 28 de mayo de 1971) de modo parecido a lo que, según antes referí, sucedió en la «miniurbanización» de mi caso. Registralmente sería harto aconsejable también, aunque por audaz

(41) La segunda posibilidad me recuerda la superada —entiendo— polémica sobre la naturaleza jurídica de la aportación a sociedad mantenida por ROCA SASTRE y MARTÍNEZ ALMEIDA, dirimida por LÓPEZ JACOSTE (véase la reseña de sus trabajos al respecto en la nota 6, del que escribí hace unos años sobre «El artículo 1701 del Código Civil. La imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 897 a 978), y me hace meditar sobre la diferente trascendencia que, al menos en Navarra, tienen los actos de aportación a una comunidad ordinaria pro indiviso (Leyes 372 a 375), a una comunidad en mancomún (Ley 377) y a una comunidad solidaria (Ley 378).

se hubiera agradecido su respaldo oficial, prescindir de practicar operación alguna sobre la finca «ancillar» o subordinada y operar sólo sobre la finca principal. La similitud que la Dirección invoca respecto de las servidumbres da pie para ello, pues en la práctica cada vez que se transfiere el predio dominante nada se indica en el folio del sirviente. Facilitaría, desde luego, la decisión la fórmula conforme a la que se inscriba la finca accesoria, que bien podría hacerse a favor del constituyente de la vinculación, en cuanto dueño del predio principal (como solemos hacer con las servidumbres), o a favor de aquél y de los sucesivos adquirentes de las fincas principales conectadas, de modo semejante a lo que la ley ordena efectuar en las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (artículo 154, 2, de la Ley Hipotecaria y Resolución de 2 de septiembre de 1983). Si no estamos dispuestos al «sacrificio» de un folio que, eso sí, en modo alguno cabe calificar de muerto, su historial acabaría siendo tan confuso como el de las aguas y garajes por cuotas que el reglamentarista ha tenido que venir a remediar en sendas ocasiones (art. 71 —hoy 66— y actual art. 68 del Reglamento Hipotecario). Ni siquiera caben actitudes tibias de estampación de simples notas marginales de referencia porque acabaría agotándose y complicándose también el lateral del folio.

8.º Tiene razón DÍEZ PÍCAZO en que elemento consustancial a las vinculaciones *ob rem* es una adecuada publicidad que destaque *erga omnes* la conexión; de ahí que probablemente el fenómeno quede en la práctica circunscrito a los bienes registrables, si bien la de los libros no es la única publicidad imaginable al respecto (podría *inter partes* y frente a terceros no hipotecarios bastar la instrumental).

9.º Resultaría así que la concatenación de predios inscritos se va a poder efectuar mediante dos artificios, uno objetivo y otro subjetivo. Objetivamente, mediante el tradicional mecanismo de la agrupación libraria (incluso excepcional) de fincas colindantes (art. 44, primero, del Reglamento Hipotecario y la repetida Resolución de 27 de mayo de 1983), integrantes de una unidad orgánica de explotación (art. 44, segundo, tercero, cuarto y quinto del Reglamento Hipotecario) o constitutivas de una explotación familiar agraria (arts. 10 y ss. de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre), etc.; subjetivamente, mediante la vinculación de sus titularidades publicada convenientemente. En el primer caso, se concentran las fincas en un único folio, sea nuevo o antiguo (agregación); en el segundo (42), se mantienen separadas librariamente, con las oportunas indicaciones sobre la conexión, y se continúa el doble historial o se posterga uno en función del factor ya expuesto.

10.º Tras la admisión a Registro de los grupos de edificios (Resolución de 2 de abril de 1980) y de las agrupaciones excepcionales (Resolución de 27 de mayo de 1983) raramente va a ser necesario «en tema de genuina propiedad horizontal» volver a hacer uso en la práctica de las titularidades *ob rem*, que continúan sin convertirse en una categoría absolutamente diáfana, como creo haber patentizado; pero, por contra, pueden dar un interesante juego en sede de urbanizaciones privadas, ya que frente a la

(42) Y también, por excepción, en el caso de las explotaciones familiares agrarias actuales y pretéritas (cfr. el título II del Libro II de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 y disposición derogatoria de la citada Ley 49/81); pero este singular fenómeno de la unificación de los elementos, sobre todo inmobiliarios, de las empresas agrícolas en orden a su tráfico *inter vivos* y *mortis causa* casi puede decirse que constituye también un supuesto de vinculación subjetiva en torno a la persona del titular de la explotación.

conexión interpredial por servidumbres presentan la ventaja registral de mantener estático el folio de los elementos comunes no cedibles al municipio, y frente a la aplicación directa de la fórmula de la Resolución de Ciudad Rodrigo (la de 2 de abril de 1980) ofrece la pseudoventaja de una mayor baratura fiscal y arancelaria, pues no sería preciso otorgar un título constitutivo del conjunto parcelándolo horizontalmente (en desarrollo o no de un proyecto de compensación o de un acuerdo de reparcelación), sino que bastaría operar con la execrable táctica cotidiana de la segregación y venta sucesivas, reservando los elementos comunes para la finca resto vinculada *ob rem* con las filiales. Desde luego, si no se acelera la tramitación de ese sempiterno anteproyecto de ley sobre régimen jurídico privado de las urbanizaciones particulares, verdadera «serpiente de verano» de estos últimos años, va a resultar casi innecesaria el día que llegue a aflorar a las páginas del *Boletín Oficial*, salvo, a lo sumo, para establecer un privilegio en orden al cobro de los gastos generaes (peculiaridad fuera del alcance de la autonomía privada) y para algunos otros extremos de importancia secundaria. En efecto, las facetas primordiales, como la conexión entre los predios, entes personificados con titularidad sobre los elementos comunes (43) y hasta garantías de ejecución para la fase de prehorizontalidad (44), etc., van a poder quedar suplidias con la aplicación habilidosa de legislaciones adyacentes o de resoluciones audaces, como la que me ocupa.

V. Finalmente, no quedaría completo este comentario si no me refiriese para concluirlo a un problema que no sé si ha quedado resuelto satisfactoriamente. Aludo a la discusión mantenida entre Notario y Registrador acerca de si la comunidad indivisible pactada sobre el local-rampa podía o no ser objeto de división por unanimidad de sus partícipes.

El calificador en el defecto 2.º, b), interpreta que resulta contrario al principio de libertad del dominio el que ni siquiera por unanimidad pueda salirse de la comunidad constituida, «*con desacertada interpretación* —afirma— *del artículo 401, 1, del Código Civil*».

El recurrente, en un apartado de su escrito, no recogido en el resumen que hace la resolución, replica con estas dos conclusiones: «*a) Mientras el local número 6 (la rampa) siga afecto al destino que consta en su descripción, la comunidad sobre él constituida no podrá ser objeto de división, ni siquiera por unanimidad de los comuneros, debido a que esa comunidad en esta fase de afección al destino fijado, para dividirse requerirá la aprobación de la Junta de Propietarios del edificio donde se ubica el citado*

(43) Pienso en las Entidades Urbanísticas Colaboradoras, en especial las de conservación cfr. artículos 24 y ss del Reglamento de Gestión Urbanística, véase también el privilegio establecido por sus artículos 126 y 178, desbordando al artículo 223 de la propia Ley del Suelo, aunque sólo respecto de los gastos de urbanización y no de los de conservación de los elementos comunes no cedibles.

(44) Si en todos los ordenamientos autonómicos cunde el ejemplo de la Ley catalana sobre «protección de la legalidad urbanística» de 18 de noviembre de 1981 y de lo que en ella se denomina «garantías» a prestar por el promotor-urbanizador con el fin de asegurar la obligación de urbanizar cfr. los artículos 6º y ss. de la misma y 13 y ss de su Reglamento, aprobado por Decreto del Consejo ejecutivo de aquella Comunidad de 26 de agosto de 1982. Un excelente comentario a la primera de dichas disposiciones a cargo del infatigable JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA («El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981») puede encontrarse en la *Revista Jurídica de Cataluña*, correspondiente a julio-septiembre de 1982, núm. 3 de ese año, págs. 531 a 615. El tema se completa ahora con la Ley, siempre autonómico-catalana, de 9 de enero de 1984 de «medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico de Cataluña» y, ya en fase de corrección de pruebas, con la drástica Ley sobre medidas de disciplina urbanística de la Comunidad Autónoma madrileña de 10 de febrero de 1984, de la que se refieren a las garantías los artículos 5.º a 8.º

local, adoptada por el sistema de unanimidad del artículo 16, párrafo 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, por significar dicha división una modificación del título constitutivo y de los estatutos. b) Una vez que la misma Junta de Propietarios, por el mismo sistema, haya aprobado la desvinculación entre el local número 6 y el número 1 de la propiedad horizontal colindante, y sea confirmada por la Junta de este edificio, al desaparecer la relación de dependencia entre ambos locales, la comunidad sobre el departamento número 6 podrá ser objeto de división, conforme a lo dispuesto en el artículo 400, párrafo 1.º, del Código Civil».

El Registrador en su Informe duplica, a través del siguiente párrafo, este sí aludido en el resumen: «El artículo 401, 1.º, del Código Civil dice que en el supuesto de hecho por él contemplado, no puede ejercitarse la «*actio communi dividundo*» otorgada a cualquier comunero por el artículo 400, 1.º, del mismo Código. Pero por unanimidad, está claro que pueden hacer los comuneros lo que quieran empezando por extinguir el condominio, aunque sea transmitiendo la cosa a uno solo de ellos o a un extraño. El señor Notario aduce que no sería suficiente para deshacer la comunidad, la unanimidad de los comuneros, por cuanto se precisaría, además, el acuerdo de la Junta de Propietarios donde se ubica el local (art. 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal); pero con tal aserto quizá está confundiendo entre cambio de destino del departamento, que sí implica modificación del título constitutivo, y división de la comunidad (que no de la cosa común), que por ser un fenómeno interno entre los cotitulares de la finca no puede ser impedido por ningún órgano ajeno a ellos, siquiera deba llevarse a efecto a través de la fórmula que proporciona el artículo 404 del Código Civil».

Y, por último, la Dirección zanja el debate con un anodino postrer considerando, que nos deja en la duda sobre si ha calado realmente en los términos (indivisión aun por unanimidad) en que había quedado centrada la discusión.

Personalmente, me sitúo en la polémica más cerca de la postura del Registrador en este aspecto marginal, pues, tras él, entiendo que una cosa sería destinar la rampa a otro cometido que no fuere el acceso de vehículos y personas al garaje contiguo, lo que, de acuerdo con los artículos 5.º, 3.º, y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, requeriría acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, y otra distinta el que absolutamente estuviese vedado el cesar en el futuro condominio sobre la rampa ni siquiera por acuerdo unánime, que afectaría, *manente conexione*, al propio local de garaje principal. El Registrador quizá yerra al señalar los cauces del artículo 404 del Código Civil, que, en defecto de acuerdo sobre adjudicación de la cosa común, abre la senda de la venta forzosa, aun solicitada minoritariamente; pero salvo en esa cita inoportuna, su respeto a la voluntad general merece, a su vez, el general respeto de cualquier observador imparcial (45).

(45) Repárese en que hasta las cláusulas de indivisión examinadas en las Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983 dejaban a salvo la divisibilidad acordada unánimemente por el ciento por ciento de los comuneros.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º DERECHO CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PARA QUE SE PUEDA APLICAR EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL, EN CASO DE DELITOS O FALTAS, HA DE QUEDAR PREVIAMENTE EXTINGUIDA LA ACCION PENAL (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Cuando se trata de una infracción penal por falta, y no de acto u omisión ilícito no penados por la ley, el Código Civil se remite al Código penal, regulador de las obligaciones civiles derivadas del acto ilícito penal (delitos y faltas) y de su determinación, tanto en su aspecto material como procesal; y, por tanto, no puede intentarse la aplicación pretendida en el recurso del artículo 1.903 del Código Civil, ya que solamente en los casos de extinción de la acción penal por no poder declararse un hecho delictivo (absolución, sobreseimiento, muerte, rebeldía o indulto) queda expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles, pues en otro caso quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas de infracción penal, ya que la competencia de los Tribunales penales para conocer de la acción civil derivada del hecho punible, aunque al mismo tiempo sea acto ilícito civil, excluye, sobre todo en el supuesto de sentencia condenatoria en la que se resuelve sobre la acción civil, la competencia de los Tribunales de este orden, porque entonces la acción civil ha quedado consumida o agotada.

NO TIENE NECESIDAD EL DEMANDANTE DE EXPRESAR LA CLASE DE ACCION QUE EJERCITE (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que son distintas la acción de resolución y la de nulidad, no es menos cierto que, según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que debe contener toda demanda es una exposición sucinta y numerada de los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con claridad y precisión lo que se pide y la persona contra quien se proponga, sin necesidad de expresar la clase de acción que se ejercite, lo que sólo se requiere, a tenor del párrafo segundo, cuando por ella se determine la competencia, de acuerdo con lo cual la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, como por los hechos alegados y lo pedido en la súplica, no siendo preciso determinar la acción, bastando que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, sin que vincule al Juzgador la calificación de las acciones que haga el litigante, pues aquél es competente para precisar en cada caso la utilizada, pudiendo dar al contrato litigioso una configuración jurídica distinta, basándose en los hechos presentados por las partes, todo ello como consecuencia del principio *iura novit curia*.

UNICAMENTE ES TERCERO HIPOTECARIO EL ADQUIRENTE CONTEMPLADO POR EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El recurso reposa en el tema de si son o no terceros hipotecarios los recurrentes; cuestión que debe resolverse negativamente, pues, en efecto, siquiera sea obvio que los recurrentes son terceros respecto de los contratos invocados, ello es cierto en el orden puramente civil y en el sentido de que son los recurrentes extraños a la formación de las relaciones jurídicas dimanantes de dichos contratos, pues parte, en el sentido contractual del término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta el contrato, y por exclusión, todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser herederos de alguno de los sujetos del contrato tienen con relación al mismo la consideración de tercero; pero no es ése el sentido que merece el concepto dentro del régimen hipotecario, pues tercero hipotecario, destinatario y razón de ser de la fe pública registral lo es únicamente el adquirente, contemplado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

CARACTER DE LA NOVACION EN EL DERECHO ESPAÑOL (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—En el Derecho español, la novación tiene un concepto amplio y original que ni responde exactamente a la noción romana, que se limitaba a reconocerla cuando se producía en la obligación una alteración de importancia, ni refleja tampoco con pureza el sistema germá-

nico, que posibilita la modificación de un crédito sin destruir su identidad, pasando a ser una concepción amplia con base en la libertad contractual, sancionada en el artículo 1.255 del Código Civil, para modificar las obligaciones variando su objeto o sus condiciones principales, que permite incluir dentro de la novación no sólo la figura tradicional de la extintiva, también llamada propia, que se traduce en una extinción de la deuda existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta que ocupaba el lugar de aquélla, sí que también la modificativa, denominada doctrinalmente impropia, que surge de la mera modificación de un crédito existente sin destruir su identidad, o sea, siempre que por razones especiales no se justifique la hipótesis del efecto más fuerte, lo que puede emanar bien por la modificación de la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo o condiciones (contrato de modificación), ya por transmitir el crédito a un nuevo acreedor (cesión de crédito), ora por asumir la deuda un nuevo deudor (asunción de deuda).

EL PLAZO PREFIJADO PARA LA COBERTURA DE LA FIANZA NO SEÑALA LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL ACREEDOR A HACERLA EFECTIVA (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La noción de la caducidad como instituto por el cual y con el transcurso del tiempo fijado por la ley o los particulares para el ejercicio de un derecho, éste se extingue, nada tiene que ver con la fianza por la que, según el artículo 1.822 del Código Civil, se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste, y que entre los efectos que le son propios y que crea y establece entre el fiador y el acreedor, inscribe el de que el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, según el artículo 1.834, aunque quede a salvo siempre el beneficio de excusión cuando se dé sentencia contra los dos, sin que el plazo prefijado para la cobertura de la fianza señale la extinción del derecho del acreedor a hacerla efectiva.

NO HAY LUGAR A CASACION CUANDO LA SENTENCIA A DICTAR CONTenga EL MISMO FALLO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—No puede darse lugar a la casación de una sentencia cuando la que hubiera de dictarse habría de contener el mismo fallo, aunque lo fuera por distintos fundamentos, como ya tuvo ocasión de establecer este Alto Tribunal en sus Sentencias de 30 de septiembre de 1976, 25 de marzo de 1981 y 15 de febrero de 1982.

LA TRANSMISIÓN DE UNA RELACIÓN CONTRACTUAL ESTA ADMITIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La transmisión o cesión de la relación contractual, que pasa a ligar a personas distintas de quienes originariamente

la contrajeron, figura admitida por algún ordenamiento foráneo (Código Civil italiano), es posible en el patrio, como la doctrina científica entiende, a la luz del principio de la libertad de pactos proclamado en el artículo 1.255 de Código Civil, y así lo tiene admitido la jurisprudencia, declarando que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión.

Institución recogida en la Ley 513 de la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, según la cual todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo, siempre que medie la anuencia previa o posterior del otro sujeto del negocio, y es efecto característico de tal figura que el cedente resulta desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar.

EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL PUEDE CONDICIONARSE AL PAGO POR EL DEUDOR (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Esa complejidad en la denuncia o requerimiento del vendedor, que ha servido a la doctrina científica para sostener encontradas tesis en torno a la naturaleza jurídica y efecto del acto del requerimiento, para unos constitutivo de una intimación al pago, con resolución *ex lege* si éste no se produce; para otros notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimidación para que éste se produzca, que es la doctrina legal de esta Sala; la circunstancia de que en el caso aquí propuesto el requerimiento resolutorio vaya precedido de una conminación última al pago, no desprovee al acto de su verdadera naturaleza y fin esencial.

No hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento *ex* artículo 1.504 como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se condicione (en su sentido técnico-jurídico) o se subordine a cumplimiento de un acto (el pago por el deudor comprador); esa posibilidad de condicionar el requerimiento resolutorio tampoco choca contra ningún postulado, bien particular, tocante a la licitud de las condiciones, bien general referido al ejercicio normal de los derechos o conforme a las exigencias de la buena fe, cuando, como es evidente, no se hace con ello sino dar al deudor una última oportunidad para el cumplimiento del contrato, es decir, una posibilidad para evitar la resolución.

LA ANOTACION PREVENTIVA NO PREVALECE SOBRE ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que

otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación, pero *sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos*.

OPCION DE COMPRA: DEBE CONSIDERARSE RECIBIDA LA DECLARACION DEL OPTANTE CUANDO NO ESTABA EN SU POTESTAD CONSEGUIR EL CONOCIMIENTO DEL OFERENTE (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La perfección del contrato de opción de compra depende de modo exclusivo de la aceptación del optante, que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al oferente al cumplimiento y fija definitivamente las obligaciones recíprocas que sobre su base han de ser posteriormente exigidas, pero no precisamente en el plazo establecido, que es únicamente atinente a la necesidad de formalizar la aceptación durante su transcurso, si bien tal declaración de voluntad del optante tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, a fin de ser conocido por este último, pero bien entendido que lo que con la notificación se pretende es tan sólo el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante, debiendo considerarse recibida tal declaración aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y si del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento.

RESPONSABILIDAD AQUILIANA: EVOLUCION DEL SISTEMA SUBJETIVISTA (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—En materia de responsabilidad aquiliana tiene declarado esta Sala con reiteración, que si bien nuestra legislación no tiene admitido de modo expreso el sistema objetivista como determinante de la responsabilidad de los daños recibidos por un tercero, exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, no es menos cierto que el sistema subjetivista viene evolucionando en la jurisprudencia, unas veces invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia precisa para evitarlos, por entender que no sólo lo contrario a la ley es ilícito, sino que debe ir acompañado de la diligencia, y otras veces exigiendo esa misma diligencia en acciones legítimas, llegando a declarar que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que falta algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

EL PRIMORDIAL OBJETIVO DE UN SINDICATO ES LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE UNA DETERMINADA PROFESION (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1982).

Hechos.—El Supremo declara no conforme a Derecho la constitución de una pretendida «Asociación Sindical de Trabajadores en Paro».

Doctrina de la sentencia.—Es la representación y defensa de los intereses profesionales lo que constituye el primordial objetivo del sindicato, y dado que el principio de profesionalidad informa todo el campo de esta manifestación asociativa, hasta el punto de que se pueda afirmar que los sindicatos encuentran su razón de ser y su fin en la solidaridad profesional; obligado es concluir que el ejercicio del derecho de sindicación, creando la persona jurídica que es sustrato de ellos, exige como presupuesto indeclinable el efectivo ejercicio de una actividad, pues los móviles asistenciales (la protección a los parados entre éstos) siempre constituirán objetivos de menor rango que el más característico de la representación y defensa de los intereses de una determinada profesión.

LA APLICACION DEL ARTICULO 1.598 DEL CODIGO CIVIL REQUIERE PACTO EXPRESO DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La aplicación del artículo 1.598 del Código Civil requiere como elemento ineludible, como se infiere de su sentido literal, de la redacción de la Ley 24, título 2.º, libro 19 del *Digesto*, que le sirve de antecedente («*si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus approbatur*»), y de la interpretación dada por la jurisprudencia al mismo, el pacto específico de las partes conviniendo expresamente que la obra debe hacerse a satisfacción del propietario, habiendo de ser justo el arbitrio del propietario, pues, como expresaba el texto clásico *ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset*, nunca podría escudarse la comitente para negar el pago del precio en pretendidos defectos de que adolece la ejecución de la obra, que la Sala *a quo* tiene por no demostrados.

LA CESION DE CREDITOS PUEDE HACERSE CONTRA LA VOLUNTAD DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, sancionada, entre otras, en sus Sentencias de 27 de febrero de 1891, 28 de octubre de 1957 y 5 de noviembre de 1974, la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho en favor del cedente.

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión ha de fundarse en una de las causas que, en elenco cerrado, ofrece el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y cuando se apoya en la causa 4.ª y submotivo de haberse ganado la sentencia por maquinación fraudulenta, precisa, para su prosperabilidad, la concurrencia de los siguientes requisitos: Primero, que la maquinación consista en la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida, que mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante tienda a conseguir una lesión a quien pretende ampararse en este recurso. Segundo, que esa conducta haya efectivamente conducido a la obtención de una sentencia firme favorable al que, para ganarla, utilizó semejante modo de proceder. Tercero, que tal maquinación, que puede consistir en la ocultación del domicilio, o del nombre de los demandados, a pesar de no ignorarlos, o en el empleo de cualquier ardid que impida a éstos el conocimiento de la existencia del pleito que contra ellos se pretende tramitar, sea de influencia notoria en la decisión judicial que le puso fin y cuya rescisión se intenta obtener a través de este recurso. Y, finalmente, cuarto, que se haya interpuesto dentro del plazo establecido por el artículo 1.798 de la ley, plazo que es de caducidad.

LA FALTA DE PERSONALIDAD RESULTA DE LA INCAPACIDAD PARA LITIGAR (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La falta de personalidad no es la que puede resultar del derecho con que litiga una persona, lo que constituye falta de acción, sino de su absoluta o relativa incapacidad para litigar, sin que pueda en modo alguno confundirse con la falta de título o derecho para demandar o ser demandado, aunque éste proceda de haberlo transmitido un tercero, porque esto en nada afecta a la personalidad del litigante.

LA SANCION DEL PARRAFO 4.º DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ES DE ANULABILIDAD (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La sanción del párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no es de nulidad radical o de pleno derecho, sino de anulabilidad o nulidad relativa, pues se trata de un contrato que reúne todos los requisitos que, para su validez, señala el artículo 1.271 del Código Civil, y el acto realizado no es contrario a una norma imperativa, como exige el apartado 3 del artículo 6 del mismo, lo que no debe confundirse con la dicción legal de «serán nulas», que emplea el legislador, porque con ello se alude al modo de expresarse los preceptos legales, que lo es con mandatos, no con meras admoniciones, independien-

temente del contenido interno comprensivo de dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa) en el decir tradicional de nuestro sistema, cuya falta de rigor técnico, bien conocida, se constata en el propio Código, donde la titulación del capítulo 6.º del título segundo del libro cuarto es la de «nulidad de los contratos», único nombre que allí figura para comprender también los casos propios de anulabilidad del artículo 1.300 y concordantes.

SOLO CONSTITUYEN «LEY» A LOS EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY, LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación por infracción de ley ha de alegar como infringidas leyes o doctrinas legales referidas a cuestiones debatidas en el pleito, constituyendo «ley» a los efectos del mismo recurso extraordinario únicamente las normas de Derecho sustantivo, material o privado, ya se hallen en alguno de los códigos de Derecho privado o incluso en leyes procesales o especiales, cuando el precepto invocado tenga el carácter de norma de Derecho sustantivo, toda vez que el recurso de casación carece de viabilidad cuando las disposiciones que se citan en el mismo «no tienen el carácter de leyes del Reino definidoras de derechos civiles»; y en aplicación de esta doctrina no puede fundarse el mismo recurso en infracción de preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyas normas sean de carácter puramente procesal.

J. Q. S.

LOS FUNDAMENTOS SENTADOS POR LA RESOLUCION IMPUGNADA QUEDAN INCOLUMES EN CASACION AL NO HABER SIDO ATACADOS POR LA VIA ADECUADA AL EFECTO DEL ORDINAL 7.º DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY PROCESAL CIVIL.

INCONGRUENCIA: LA SENTENCIA QUE ESTIMA LA ACCION EJERCITADA EN LA DEMANDA Y CONDENA AL DEMANDADO, DES-ESTIMA IMPLICITAMENTE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS POR EL MISMO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—a) Por contrato de venta a plazos de bienes muebles, de junio de mil novecientos setenta y siete, la entidad actora «M., S. A.», vendió a «Ex., S. A.», un conjunto de estanterías y accesorios por el precio de dos millones doscientas noventa y nueve mil noventa y seis pesetas, de las que quedaron aplazadas un millón ochocientas treinta y nueve mil doscientas setenta y siete pesetas, pactándose que la falta de pago de dos de los plazos podía dar lugar al vencimiento de lo adeudado. b) La obligación de pago fue afianzada por el demandado y por otra persona ajena a este juicio, solidariamente entre sí y con igual carácter solidario respecto al deudor principal. c) El deudor principal adeuda a la actora, aquí recurrida, la cantidad de un millón cuatrocientas noventa y cuatro mil cuatrocientas

setenta pesetas, cuyo pago es exigible a tenor de lo pactado al dejar de pagar más de los dos plazos. *d)* Respecto a la identificación de los bienes vendidos con reserva de dominio por «M., S. A.», no podía negarse que había especificación comercial minuciosa de las características y número, dimensiones, propiedades, etc..., de los muebles vendidos, desarmables o no, y sobre los cuales no se prueba se convirtieran en inmuebles por incorporación, sino «arriostados», y la designación del lugar y número de registro de la operación de la vendedora en sus libros ayudaba, sin duda, a identificarlos, no pudiendo ni mucho menos declararse su ineficacia en el caso de que la vendedora hubiera hecho valer dicha reserva dominical, y menos sin cita a juicio de todos los pasivamente legitimados. *e)* En lo que hacían referencia a la extinción de la fianza por agravación de sus condiciones o alargamiento del plazo, si bien con arreglo a la preceptiva contenida en el artículo mil ochocientos cincuenta y dos del Código Civil, la fianza podía quedar extinguida si por algún hecho del acreedor no pudieran los fiadores quedar subrogados en los derechos, hipotecas o privilegios del mismo, en el caso de la litis, en primer lugar, el demandado fiador contradice su propio criterio, ya que si era imposible ejercitar su reserva de dominio porque lo vendido era inidentificable, no podía hacer dejación de tal derecho al acreedor, y si, abandonando la tesis de esta inidentificabilidad, entiende el demandado que la entidad actora debió y pudo hacer valer su reserva evitando o haciendo levantar incluso el embargo, debió asimismo probar el fiador demandado su imposibilidad de intervenir en los procedimientos de ejecución de bienes seguidos contra la entidad deudora, «conocido formalmente por el fiador el impago de las 'letras' por él avaladas en complemento de la operación, calificada como de 'arrendamiento de obras'».

Este resumen de hechos se toma del primer considerando de la sentencia que resumimos, que lo formula como presupuestos fácticos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declaró haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que en el primer motivo del recurso, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de violación, en el concepto negativo de inaplicación de los artículos primero y segundo del Decreto de doce de mayo de mil novecientos sesenta y seis, dictado en desarrollo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y cinco, en relación con el artículo veinte de la misma, imponiendo la desestimación del motivo, con el que se pretende llegar a la conclusión de que el contrato origen de la litis no podía tener la naturaleza jurídica de los normados como venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio por inidoneidad del objeto, y porque la reserva de dominio pactada en el mismo carecía de la más mínima virtualidad, la circunstancia de que los fundamentos fácticos sentados al respecto por la resolución impugnada y a que se hace concreta referencia en el apartado *d)* del razonamiento que antecede, quedan incólumes en casación al no haber sido atacados por la vía adecuada al efecto del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, procediendo por idéntico razonamiento el rechazo del segundo motivo, en que, también por la vía del número primero del artículo mil seis-

cientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se denuncia la violación, por falta de aplicación del artículo mil doscientos sesenta y seis, en relación con el mil doscientos sesenta y uno y mil doscientos sesenta y cinco del Código Civil, con fundamento en que el demandado, hoy recurrente, incurrió en error al creer afianzar un contrato de venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio que, atendida la naturaleza de la cosa objeto de la convención no podía tener eficacia, derivando, en su consecuencia, el alegato por el que el motivo se desarrolla de circunstancia fáctica afecta ante el objeto referido, o sea, a la «sustancia de la cosa» a que en concreto se contrae la preceptiva contenida en el párrafo primero del artículo mil doscientos sesenta y seis del Código Civil, con olvido de que, como esta Sala ha sancionado con reiteración en sus Sentencias, entre otras, de diez de octubre de mil novecientos sesenta y dos y veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, el error en las condiciones de la cosa por carecer de alguna de las que se le atribuyeron y que ésta fue la que principalmente motivó su celebración, constituyen temas que, como cuestión de hecho, la una, y de interpretación de negocios jurídicos, la otra, corresponde apreciar y enjuiciar al Tribunal sentenciador en la instancia.

Considerando que en el motivo tercero del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el recurrente infracción, por interpretación errónea, del artículo mil ochocientos cincuenta y dos del Código Civil, enfrentándose con las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida consignadas en el apartado e) del primer razonamiento de esta resolución, al entender que la entidad acreedora, al entablarse los procedimientos judiciales contra los bienes del deudor principal, debió hacer uso de la reserva de dominio, para luego poder reclamar frente al presunto fiador, más resultando la certeza del hecho de que el mencionado fiador, aquí recurrente, al haber también avalado las letras de cambio origen de aquellos procedimientos conoció la existencia de los mismos, es obvio que al margen de su posibilidad o imposibilidad de intervenir en ellos en calidad de tercerista, pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que, al menos, quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba, razón por la que no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el «hecho» determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía que para el saldo de la deuda la reserva de dominio significaba, pues, como ya sancionaron las Sentencias de esta Sala de siete de octubre de mil novecientos treinta y tres y nueve de octubre de mil novecientos sesenta y dos, citadas por el recurrente, la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia, correspondiendo, de otra parte, al Tribunal sentenciador en la instancia, al enfrentarse con el caso concreto en que está en juego la fijación del alcance de una cláusula contractual, la facultad de interpretarla y decidir las oportunas consecuencias en orden a que por la calificación del hecho de que trata ha de derivarse la aplicación de determinado precepto legal, lo que hace procedente el rechazo del motivo.

Considerando que igual suerte desestimatoria corresponde al motivo cuarto del recurso, por el que, al amparo del número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia impugnada de haber incurrido en incongruencia al no conte-

ner su fallo declaración sobre alguna de las pretensiones deducidas en el pleito, concretamente por no haber resuelto sobre la extinción parcial de la fianza por prórroga concedida por el acreedor al deudor principal sin consentimiento del fiador, extinción parcial que en el hecho séptimo de la contestación a la demanda fue planteada como excepción, procediendo el rechazo del motivo habida cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia, la sentencia que estima la acción ejercitada en la demanda y condena al demandado, desestima implícitamente las excepciones opuestas por el mismo —Sentencias de dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, doce de abril y catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta, cinco de julio de mil novecientos cincuenta y uno y treinta de septiembre y ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho—, doctrina legal de evidente aplicación al caso concreto aquí debatido, en que el demandado postuló simplemente su absolución de la demanda, y tanto la sentencia recurrida como la del Juzgado no desconocieron los hechos en que fundamentó su oposición, como resaltan los alegatos que sirven de desarrollo al motivo.

Considerando que en el motivo quinto y último del recurso, por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo mil ochocientos cincuenta y uno del Código Civil, con fundamento en la alegación de que operó una extinción parcial de la fianza por haber concedido la entidad acreedora una prórroga a la deudora para el pago de determinados plazos, al admitir el saldo de algunos de los vencidos y en descubierto mediante la entrega de un talón de doscientas sesenta y seis mil cuatrocientas sesenta y nueve pesetas que no fue atendido a su vencimiento, procediendo la estimación del motivo, ya que al aceptar el acreedor, sin intervención del fiador, un talón bancario en pago del saldo está concediendo implícitamente al deudor una prórroga, con señalamiento de nuevo plazo, por lo que no puede ya dirigirse contra el fiador si no logró hacerlo efectivo, encontrándonos ante supuesto análogo al que fue decidido en el mismo sentido por la Sentencia de esta Sala de dieciocho de junio de mil novecientos catorce, aunque en éste lo que aceptara el acreedor como pago del saldo fueran letras de cambio no hechas efectivas a sus vencimientos.

Considerando que la estimación del quinto motivo del recurso determina la casación de la sentencia recurrida respecto al extremo concretado en el mismo.

Considerando que la casación parcial de la sentencia impugnada hace improcedente una especial imposición de las costas del recurso, así como la procedencia de la devolución al recurrente del depósito que constituyó.

Doctrina de la segunda sentencia:

Considerando que probado que el acreedor concedió al deudor principal, sin consentimiento del fiador, hoy recurrente, una prórroga para el saldo de plazos vencidos de la obligación por importe de doscientas sesenta y seis mil cuatrocientas sesenta y nueve pesetas, se impone la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Zaragoza, y en su lugar dictar otra estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado a que haga efectiva a la actora la cantidad de un millón doscientas veintiocho mil una pesetas, los intereses legales de las cantidades recogidas en las letras de cambio protestadas, con excepción

de los correspondientes a las cambiales de noviembre y diciembre de mil novecientos setenta y siete, y por el resto desde el veintidós de febrero de mil novecientos setenta y nueve.

Considerando que no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en primera y segunda instancia.

SOCIEDAD CIVIL PARTICULAR. BENEFICIO INDUSTRIAL EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRA. BENEFICIO EN EL CASO DE SOCIEDAD (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1983).

Hechos.—El actor, don Juan Francisco M. Ch., alegó que se pactó, en documento privado, una asociación privada como asociación civil universal de todos los bienes presentes, dedicada a la construcción, con los demandados don Manuel L. A., don Miguel L. D. y don Buenaventura M. O. Que en dicha sociedad le correspondía percibir la cuarta parte de todas las pertenencias de la sociedad, otro tanto de los beneficios habidos al final de cada año, el cinco por ciento en el beneficio neto de la obra de Pobla de M. y un sueldo de doce mil pesetas semanal a partir de la fecha desde que fue dado de alta por enfermedad, también convenido. Pidió se declarara la validez del contrato, la disolución y liquidación de la sociedad y se condenara a los demandados al pago de todas las indemnizaciones indicadas y daños y perjuicios causados, así como a las costas.

Los demandados negaron la existencia del contrato de sociedad. Sólo estimaban la existencia de una colaboración para la ejecución de ciertas obras. Reconviniéron alegando que la negativa del actor a formar parte de la sociedad dio lugar a solicitar créditos y a girar letras para la obra de Pobla de M. invirtiéndose una importante cantidad de dinero, por lo cual se debe condenar al reconvenido a pagar la cuarta parte de un millón ochenta mil pesetas, que es lo que debe computarse como gastos de la sociedad y tuvo que abonarse por los socios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelta la sociedad civil particular, condenó a los demandados a abonar al actor la cantidad de sesenta mil pesetas en concepto de jornales y un millón trescientas ochenta y una novecientas cuarenta y ocho pesetas con noventa céntimos, en concepto de participación de las ganancias, absolviéndoles de las demás peticiones; y desestimó la demanda reconventional.

La sentencia de la Audiencia confirmó sustancialmente la de Primera Instancia, pues sólo varió la cantidad a pagar referida en segundo lugar.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó íntegramente la sentencia de Primera Instancia, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, basándose en lo siguiente:

Considerando que en las actuaciones del que el presente recurso trae causa se reconoce, tanto por la sentencia del Juzgado como por la de la Audiencia, recurrida, que entre actor y demandados medió un contrato de sociedad civil de carácter irregular plasmado en documento privado por todos autorizado —el actor y los tres demandados— con fecha dos de noviembre de mil novecientos setenta y siete, contrato de sociedad civil particular que tenía por objeto la realización por los intervinientes en el mismo de una obra de construcción de viviendas en Pobla de M., recono-

ciendo ambas sentencias —las de primero y segundo grado— plena virtualidad y eficacia a las estipulaciones en dicho contrato convenidas y llegando a la idéntica conclusión de, con estimación parcial de las pretensiones de la demanda, declarar disuelta la meritada sociedad civil particular, pero discrepando en las consecuencias de orden pecuniario de lo que, al llevar a efecto tal disolución, correspondía a cada socio como resultancia de las ganancias obtenidas por la actividad desarrollada por el ente social en relación con la obra ejecutada.

Considerando que partiendo de los antecedentes fácticos consignados en el razonamiento que precede, la sentencia del Juzgado, habida cuenta de la resultancia del oportuno dictamen pericial, fija el coste de la obra ejecutada por la sociedad durante su actuación, concretándolo en la suma de veintidós millones ciento ochenta y ocho mil ochocientos cuarenta y dos pesetas con cincuenta y ocho céntimos, y estima asimismo el valor en venta que corresponde a la obra referida en la cantidad de veintisiete millones setecientos dieciséis mil seiscientas treinta y ocho pesetas con veinte céntimos, señalando, en su consecuencia, una suma o haber partible entre los cuatro socios, en el momento en que la sociedad se disuelve, de cinco millones quinientas veintisiete mil setecientas noventa y cinco pesetas con sesenta y dos céntimos, correspondiendo, por ende, a cada uno de los socios, y entre ellos al actor, la cantidad de un millón trescientas ochenta y una mil novecientas cuarenta y ocho pesetas con noventa céntimos, cantidad ésta que en concepto de participación en las ganancias condena a los tres demandados a que la hagan efectiva al demandante, apareciendo, por el contrario, que la sentencia de la Audiencia, con base en datos también contenidos en el dictamen de los peritos referidos al valor inicialmente presupuestado de la obra de construcción de viviendas a ejecutar, entiende que debe señalarse únicamente como beneficio obtenido por la sociedad que se liquida el representado por lo que en la práctica de los contratos de ejecución de obra se denomina «beneficio industrial», y que es tal beneficio industrial lo que ha de conceptuarse como haber partible entre los cuatro socios, prescindiendo en absoluto de que en la realidad las ganancias de la sociedad, o sea, las representadas por la diferencia entre el valor de lo gastado y el precio que puede obtenerse por la venta de la obra ejecutada, son las que el dictamen pericial fija con absoluta claridad concretándola en la suma antes dicha de cinco millones quinientas veintisiete mil setecientas noventa y cinco pesetas con sesenta y dos céntimos.

Considerando que en relación con la meritada aseveración de la sentencia de segundo grado, impugnada, de que han de estimarse únicamente como ganancias de la sociedad las que representa el «beneficio industrial», que concreta en la segunda de sus consideraciones, se alzan los cinco motivos que sirven de fundamento al recurso entablado por el actor, articulados todos ellos al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción por violación del artículo mil seiscientos sesenta y cinco del Código Civil —motivo primero—, la violación del inciso primero del párrafo primero del artículo mil seiscientos ochenta y nueve del propio Código —motivo segundo—, la interpretación errónea del artículo mil doscientos ochenta y uno del mismo cuerpo legal sustantivo —motivo tercero—, la violación del último inciso del artículo mil setecientos ocho del Código Civil —motivo cuarto— y la aplicación indebida de la doctrina legal contenida en las

Sentencias de esta Sala de tres de febrero y diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno y veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro —motivo quinto.

Considerando que respecto al motivo primero, en que se supone es infringido por violación el artículo mil seiscientos sesenta y cinco del Código Civil, ha de predicarse que en el mismo sólo se contiene una definición del contrato de sociedad, y que como tal contrato es admitido por la sentencia recurrida medió entre actor y demandados, la misma, lejos de violarlo por inaplicación, lo aplicó rectamente, siendo cuestión distinta la que puede ofrecer la circunstancia de si el reparto de ganancias se llevó a efecto conforme a lo estipulado, lo que impone su desestimación.

Considerando que el inciso primero del párrafo primero del artículo mil seiscientos ochenta y nueve del Código Civil establece que en la sociedad las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado, y siendo así que en el contrato de sociedad civil irregular objeto de la presente controversia, documentado, como ya ha sido denotado, con fecha dos de noviembre de mil novecientos setenta y siete, aparece claro de las estipulaciones en el mismo contenidas que las pérdidas o ganancias a que diera origen la actuación de la sociedad en la obra de Pobra de M. se distribuirían entre los cuatro socios en la proporción del veinticinco por ciento para cada uno de ellos, es obvio que llegado el momento de disolución de la sociedad las ganancias partibles han de concretarse en razón a la diferencia existente entre el real costo de la obra ejecutada y el precio que como valor en venta sea atribuible a la misma, ya que el «beneficio industrial», que en el contrato de ejecución de obra o contrato de empresa, corresponde al contratista, se refiere a supuesto fáctico totalmente distinto al contemplado en el caso aquí enjuiciado, al que indudablemente no son aplicables las normas que regulan los derechos del contratista y correlativos deberes del dueño de la obra y sí las que son peculiares del contrato de sociedad, razonamientos que abonan la conclusión de que la sentencia recurrida, al decidir la cuestión litigiosa, estimando como ganancias de la sociedad únicamente las que podrían representar lo que se denomina «beneficio industrial» del contratista, violó, por inaplicación, el precepto legal que el motivo segundo del recurso señala como infringido, lo que conlleva la estimación del aludido motivo y, en consecuencia, la del recurso en su totalidad, al quedar sin fundamento que le sirva de apoyo el fallo de la resolución impugnada, lo que, al propio tiempo, hace innecesario el análisis de los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, aunque con respecto a este último no es ocioso dejar consignado que las Sentencias de esta Sala de tres de febrero y diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno y veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, citadas por la de la Audiencia aquí recurrida, se refieren a supuestos de contratos de ejecución de obras y no de disolución de sociedad, con su indeclinable consecuencia de división del haber partible.

Considerando que por lo expuesto procede declarar haber lugar al recurso interpuesto por don Juan Francisco M. Ch., casando y anulando la sentencia impugnada, sin hacer una especial imposición de las costas aquí causadas y sin que proceda hacer declaración alguna sobre depósito, que no fue constituido al no ser conformes las sentencias de Primera y Segunda Instancias.

La segunda sentencia se basó en lo dispuesto en el inciso primero del párrafo primero del artículo 689 del Código Civil.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.—DEFECTO CONSISTENTE EN INVOCAR EN BLOQUE LOS ARTICULOS 1.281, 1.282, 1.283 y 1.285 del Código Civil.—ACCESION.—ARTICULOS 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—Primero. Don José M., en veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis, compró a «M. Galega, S. L.», o «Metalga», en escritura pública, la siguiente finca: Una nave industrial, con su terreno anejo, sita en la Zona Industrial de Seixalvo, municipio de Orense. La edificación mide una superficie de seiscientos dieciséis metros cuadrados y el total de la finca unos ochocientos veinte metros cuadrados.—Segundo. Que formando parte del objeto comprado en la nave industrial y en su parte derecha según se entra, existen unas dependencias destinadas y constituyendo una vivienda, en la primera planta, en el ángulo noreste de dicha nave, de una superficie aproximada de unos noventa metros cuadrados, con una terraza en su parte superior y a la que se accede por su correspondiente portal, en el que está situado el interruptor y llaves para el pozo de suministro de agua al inmueble. Que habiendo sido entregadas a don José Méndez las llaves de la nave, no se hizo así de las de la vivienda, que forma parte integrante del inmueble y cuyas dependencias continúa ocupando el demandado, pese a la conciliación celebrada, que fundamentó en derecho y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia declarando que la parte de edificación destinada a vivienda, que se describe en el hecho segundo, pertenece al demandante en propiedad por formar parte del objeto de compra hecha por el mismo, y consiguientemente, condenar a los demandados a que hagan entrega de la expresada parte de edificación, libre y desocupada con todos los anejos detentados por los mismos, en la forma en que estaba al perfeccionarse el contrato, con todos los frutos percibidos y debidos de percibir desde la interposición de la demanda, con especial pronunciamiento en costas.

Los demandados contestaron y formularon reconvencción así: El actor carece de toda relación con la vivienda litigiosa, pues ni nunca la tuvo ni la adquirió en ningún momento y jamás estuvo, por tanto, en su patrimonio y no está legitimado para este juicio. Todo lo anterior se deduce de los siguientes hechos: a) El dos de junio de mil novecientos setenta, se procedió a formalizar la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada «M. Galega, S. L.-Metalga».—Formaron parte de la misma como socios: don José M., don José Luis C. y don Antonio P. b) El demandante y el demandado, antes de la constitución de la sociedad eran socios y de mutuo acuerdo habían procedido a construir en Seixalvo una nave industrial, y encima de esa misma nave habían construido igualmente para cada uno su respectiva vivienda, en la que desde hace muchos años habitan en compañía de sus respectivas familias, comportándose cada uno como dueño exclusivo y excluyente de la vivienda que a cada uno se adjudicó en propiedad y de mutuo acuerdo hasta que al actor se le ocurrió la peregrina idea de promover el presente litigio. c) Que lo anterior es así, lo evidencia la mencionada escritura, en la que bajo el título de aportaciones, el demandante y el demandado aportan a la sociedad lo siguiente: «Una nave industrial con su terreno anejo, sito en la Zona Industrial de Seixalvo, municipio de Orense, de unos ochocientos veinte metros cuadra-

dos, en su conjunto y dice sus linderos». La nave industrial tiene una superficie de seiscientos dieciséis metros cuadrados. Aparece, pues, bien claro y definido lo que el demandante y demandado aportan a la sociedad. *d)* Pero, además, entre los únicos socios fundadores antes de su constitución, el primero de febrero de mil novecientos setenta, firman un documento en el que sientan las bases de la sociedad y en el capítulo de aportaciones establecen lo siguiente: «La nave industrial con su terreno anejo y que figura en el inventario— está sujeta a las siguientes prerrogativas: La placa sobre la que están asentadas las viviendas de los señores M. y P..., las ventanas existentes en las viviendas, fachada posterior y lateral izquierda, solamente serán objeto de uso para la entrada de luz natural, no pudiendo servirse de ellas los propietarios de las mismas para otros conceptos» (documento núm. dos). En el documento anterior queda evidenciado sin duda de ninguna clase por los tres únicos interesados, que lo único aportado a la misma era la nave industrial y su terreno anejo, pero tanto el señor M. como el señor P. continuaban en propiedad exclusiva cada uno de las viviendas que, respectivamente, ocupaban con sus familias. *e)* Don Antonio P. realiza obras por su cuenta en la vivienda litigiosa en numerosas ocasiones, y como tal propietario las abonó. *f)* Figura a su nombre en el Censo urbano pagando la correspondiente Contribución urbana. Paga también como propietario el recibo anual de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Orense. Figura como empadronado el señor P. *g)* Es público y notorio que la vivienda que ocupaba don Antonio P., situada encima de la nave industrial, y que sigue ocupando actualmente con su familia, fue y sigue siendo de su exclusiva propiedad. Añadió otras consideraciones y formuló reconvenición alegando los siguientes hechos: Primero. El reconvenido, señor M. C., formó parte de la entidad reconviniente como socio hasta que vendió sus participaciones sociales. Segundo. El objeto social es la fabricación, elaboración, instalación y venta de carpintería de aluminio. Tercero. Por acuerdo de la Junta General a cada socio le fue encomendada una función específica, y al señor M. C. se le asignó la contratación con los clientes. Por comentarios que se oían, se tuvo conocimiento de que el señor M. negociaba con los clientes y no entregaba las cantidades de forma íntegra, y en otros, detraía parte de tales cantidades. Al sospechar la empresa que el señor M. no obraba con rectitud, se tomó el acuerdo de asignarle una cantidad fija mensual para pagarle el sueldo, dietas, kilometraje y demás gastos, y así se le asignó la cantidad de cincuenta mil pesetas al mes a partir de primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco. A partir de tal fecha no tenía el señor M. facultad alguna para condonar o rebajar ninguna cantidad a los clientes de los precios, y lo que no cobró, o cobró para sí o condonó, se lo adeuda a la entidad reclamante, y dicha cantidad asciende a la suma de doscientas veintiuna mil ciento setenta y cinco pesetas, según los justificantes que se acompañan. Todas esas facturas son posteriores a primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco. Cuarto. A partir de septiembre de mil novecientos setenta y seis, el reconvenido dejó de ser socio, pero a pesar de ello siguió fingiéndose dueño de «Metalga» y llegó a cobrar cantidades de los clientes. Quinto. En una nave que alquiló al lado de la aquí mencionada, montó una industria dedicada a lo mismo a lo que está «Metalga». Para el funcionamiento de la industria que montó, el reconvenido utilizó los mismos contadores y tomó fluido eléctrico de la misma línea que «Metalga», haciéndole

así un verdadero favor, negándose a pagar su importe, que lo abonó íntegramente la entidad reclamante. Se acompañan los recibos satisfechos por fuerza motriz y alumbrado, incluido un recibo por diferencia aumento de potencia de abril de mil novecientos setenta y siete, de seis mil cuatrocientas noventa y cuatro pesetas con cuarenta céntimos. El importe del fluido consumido por ambos conceptos debe ser pagado, por mitad, por la entidad demandante y por el demandado y, en consecuencia, adeuda el reconvenido por este concepto la cifra de doscientas quince mil novecientas noventa y cinco pesetas con noventa y nueve céntimos. Sexto. A modo de resumen, la presente reconvenición se contrae a: a) por diferencias rebajadas en facturas y cantidades cobradas que no ingresó en la empresa: doscientas veintiuna mil ciento setenta y cinco pesetas. La mitad del importe de lo pagado por energía eléctrica, doscientas quince mil novecientas noventa y cinco pesetas con noventa y nueve céntimos. En total, cuatrocientas treinta y siete mil ciento setenta pesetas con noventa y nueve céntimos. En consecuencia, la cuantía se cifra en la cantidad citada.

Don José M. C. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Orense demanda de mayor cuantía contra «M. Galega, S. L.», o «Metalga», estableciendo los siguientes hechos: Primero. Que en veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis compró a «Metalga», a medio de escritura pública, la siguiente finca: Una nave industrial, con su terreno anejo, sita en la Zona Industrial de Xeixalvo, municipio de Orense. La edificación mide una superficie de seiscientos dieciséis metros cuadrados, y el total de la finca unos ochocientos veinte, dice sus límites. Que la expresada nave industrial estaba dotada con instalaciones adecuadas. Todas estas instalaciones y elementos que formaban parte integrante del inmueble y que estaban en debidas condiciones en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa y fueron causa del precio pagado por mi representado. Tercero. Que en octubre de mil novecientos setenta y siete, al recoger mi mandante las llaves de la nave, observaron que la instalación eléctrica había sido destrozada violentamente, y faltando el transformador, roto el seccionador de salida y dañados todos y cada uno de los elementos que no se pudieron llevar. Que la entreplanta, construida con vigas de hierro, había sido también arrancada, cortadas las vigas de hierro empotradas en las paredes, así como las que partían del suelo. Que en la planta destinada a oficinas, había sido arrancada y llevada la caja de caudales, así como que habían sido arrancadas y llevadas las persianas de las ventanas. Cuarto. Presentada querrela criminal por daños y apropiación indebida, se dictó auto de archivo por entender que tales hechos no eran constitutivos de delito, que fundamentó en Derecho, y terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia en su día declarando: A) Que ha de entenderse comprendido en el objeto de la cosa vendida por la escritura pública de veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis, como formando parte del mismo, y, por tanto, contenido en el expresado contrato, todas las instalaciones y elementos incorporados a la nave industrial en la forma en que estaban en la referida fecha, en que se perfeccionó el contrato, y que, por tanto, la entidad vendedora y ahora demandada estaba obligada a hacer entrega de las mismas en tal situación en la fecha pactada y a las que se refiere el hecho segundo de la demanda. B) Que, consiguiente, la demandada está obligada, en caso de no poder hacer entrega de las mismas en la situación en que se hallaban al perfeccionarse el contrato, a satisfacer al

demandante su valor, importe que se determinará en ejecución de sentencia. C) Que igualmente, la entidad demandada está obligada a satisfacer al demandante los daños y perjuicios causados a éste por el incumplimiento de las obligaciones del vendedor, en la cuantía que se determine también en ejecución de sentencia.

El señor Juez de Primera Instancia de Orense número dos dictó sentencia, cuyo fallo es como sigue: Que desestimando la demanda obrante en los autos acumulados, instados por la representación de don José M. C., contra la entidad «Metalga» y don Antonio P., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de todas las peticiones formuladas en las demandas acumuladas, y estimando la reconvencción formulada en nombre y representación de los demandados, debo condenar y condeno al reconvenido don José M. C., a que haga entrega a la entidad «Metalga» de las cantidades que a partir de primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco hubiese percibido indebidamente en relación con efectos no cobrados, rebajas indebidas o apropiaciones por el mismo cometidas, que tomando como base los elementos documentales obrantes en autos, se determinarán en ejecución de sentencia, todo ello sin hacer una expresa condena de costas a ninguna de las partes en esta instancia.

La sentencia aclarada por auto de veinte de enero de mil novecientos setenta y nueve, que fundamentó en el siguiente considerando y en el fallo que se dice: Que dentro del concepto de percepción indebida, debe considerarse reconvencción, que procesalmente se considera como una verdadera demanda contra el demandante, que pasa de este concepto al de demandado y, consiguientemente, comprende la mitad del importe de lo pagado por «Metalga» en concepto de suministro de energía eléctrica, según los recibos expedidos por «Fenosa», y acompañados en la reconvencción, salvo que tenga lugar el planteamiento, en ejecución de sentencia, de una cuestión incidental, para fijar definitivamente tal cantidad con elementos probatorios en este incidente admisibles.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: Que confirmando la sentencia apelada, debemos absolver y absolvemos a dichos demandados de todas las peticiones formuladas en las demandas acumuladas, y estimando la reconvencción formulada, debemos condenar y condenamos al reconvenido don José M. C. a que haga entrega a la entidad «Metalga» de las cantidades que a partir de primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco hubiese percibido indebidamente en relación con efectos no cobrados, rebajas indebidas o apropiaciones por el mismo cometidas, que tomando como base los elementos documentales obrantes en autos, se determinarán en ejecución de sentencia, confirmando asimismo el auto dictado por dicho Juzgado, que aclaró la sentencia de referencia en el sentido y con el alcance que se expresa en el considerando de tal auto.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don José María Gómez de la Bárcena y López, declaró no haber lugar al recurso, fundándose en los siguientes considerandos:

Considerando que por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el primero de los motivos la infracción, por el concepto de violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, mil doscientos ochenta y dos, mil doscientos ochenta y tres y mil doscientos ochenta y cinco del Código Civil,

al entender el recurrente que al ser claros los términos del contrato suscrito entre las partes, en veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis, han de encontrarse comprendidos dentro del mismo, tanto la vivienda levantada sobre la primera planta de dicha nave como las instalaciones y maquinaria destinada a la industria que en el momento de la venta funcionaba en dicha nave, las que si se quisieron excluir del negocio jurídico, debieron así constatarse, tanto en la escritura de constitución de la sociedad como en la posterior escritura de venta; con lo que, en definitiva, pretende impugnar, a través de dicho motivo, la interpretación, mantenida en la instancia, de que del examen del contrato de compraventa no puede deducirse que se transmitiera otra cosa que no fuera la nave industrial, sin la inclusión en el mismo de la vivienda construida sobre la parte superior de la nave referida, cuya construcción se levantó, siendo satisfecha y pagada, sin integrarse en el patrimonio de la sociedad, ni tampoco las instalaciones y elementos supuestamente incorporados a la nave industrial, conclusión a la que se llega por el Juzgador *a quo*, de los términos claros del contrato, en el que no pueden ser entendidas ni comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar; motivo que ha de perecer, en aras a lo siguiente: a) porque el motivo en su formulación incide en el defecto de invocar en bloque los artículos mil doscientos ochenta y uno, mil doscientos ochenta y dos, mil doscientos ochenta y tres y mil doscientos ochenta y cinco del Código Civil, que contemplan supuestos distintos de hermenéutica contractual y, a su vez, contrapuestos, lo que implica una falta de claridad y precisión contrarias a lo prevenido en el artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que el rigorismo formal de la casación exige, con la sanción de inadmisión, contemplada en el número cuarto del artículo mil setecientos veintinueve de dicha ley, lo que en este trámite determina la desestimación de tal motivo (Sentencia de treinta de octubre de mil novecientos ochenta y dos, entre otras muchas); b) por ser doctrina reiterada de esta Sala que la facultad de interpretación de los contratos es privativa de la Sala de instancia, que sólo puede ser combatida y revisada en casación cuando se haya infringido alguna de las normas comprendidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno a mil doscientos ochenta y nueve del Código sustantivo, deviniendo la verificada en la instancia ilógica, desorbitada, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal (Sentencias de veintiocho de septiembre, catorce de octubre y diez y veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y dos), anómala situación que no es de apreciar en la exégesis que en la instancia se hace del contrato de compraventa, con su antecedente de las aportaciones sociales, dado que de la literalidad de aquél se evidencia que la compraventa se limitó a la nave industrial, sin que afectara a vivienda alguna, la que, a mayor abundamiento, fue levantada con posterioridad a la constitución de la sociedad, y cuya titularidad dominical corresponde únicamente al demandado señor P. G.

Considerando que por la misma vía que el anterior, se acusa en el segundo motivo la violación por no aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro, números primero y segundo, en relación con el mil ochocientos setenta y siete, ambos del Código Civil, y ciento nueve, ciento diez y ciento once de la Ley Hipotecaria, especificando el recurrente en su desarrollo que si el terreno en el que se levantó la nave industrial y la vivienda per-

tenecían, al llevarse a cabo la construcción de éstas, a los dueños de aquél, y si tales obras se llevaron a cabo por los mismos dueños, a tenor de los artículos citados, la vivienda levantada forma un todo con el suelo y la nave industrial, y por virtud de la accesión lo edificado debe ceder al suelo, motivo íntimamente relacionado con el tercero, denunciante, por la misma vía que los anteriores, de la violación del precitado artículo trescientos treinta y cuatro y los invocados en el motivo anterior, referido a que dentro de la venta de la nave industrial, han de entenderse comprendidos en la venta todas las instalaciones y elementos a la misma incorporados, en la fecha en que se perfeccionó el contrato, al tener la consideración de inmuebles; motivos que han de claudicar —aparte de que suponen el planteamiento de cuestiones nuevas no debatidas en la instancia—, el segundo, porque automáticamente decae con el rechazo del primero, ya que existe una independencia absoluta entre la nave industrial y la vivienda, que no fue objeto de la transmisión, por lo que no puede hablarse de accesión de ningún tipo, y el tercero, porque, como acertadamente se razona en el considerando octavo de la sentencia de primer grado, íntegramente aceptado por la segunda —y ello no solamente interpretando el contrato, sino acudiendo a otras probanzas—, la venta se concertó exclusivamente sobre la nave industrial, apta para ser puesta en funcionamiento, con el aporte de maquinaria y otros elementos administrativos, que incorporó la propia parte recurrente, sin que sean atribuibles a los interpellados los destrozos que se le achacan, razonamiento que al no combatirse por el impugnante aboca al rechazo del último motivo.

EL ERROR DE HECHO HA DE DEDUCIRSE DE LA MERA LECTURA DEL DOCUMENTO, SIN NECESIDAD DE INTERPRETACIONES NI DEDUCCIONES.—LA APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER IMPUGNADA CON EXITO APOYANDOSE SOLO EN UNO DE SUS ELEMENTOS, COMO ES LA CONFESION JUDICIAL.—DISTINCION ENTRE LA CONDICION COMO SUCESO FUTURO E INCIERTO Y LAS CONDICIONES QUE LOS CONTRATANTES PUEDEN PACTAR.—ACCESION: CONSTRUCCION EN SUELO AJENO (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1983).

Hechos.—La propia sentencia los resume en uno de los considerandos así: Que ante el fracaso de la impugnación de la apreciación de la prueba, esta Sala ha de partir de la situación que sirvió de base para la estimación de la demanda, con los hechos probados siguientes: a) entre los litigantes se concertó un contrato de venta de una parcela con fecha veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, recogiendo en documento privado, que fue cumplido por los actores compradores y ahora recurridos al satisfacer el precio pactado de seiscientas mil pesetas, de ellas doscientas mil entregadas en el acto del otorgamiento del documento y el resto mediante veintisiete letras de cambio por valor respectivo de quince mil pesetas; b) la parcela adquirida no fue entregada por el vendedor a los compradores, residentes en Suiza, y durante cuya ausencia el vendedor, constructor de obras, edificó en dicha parcela un chalet sin que se haya probado que para esta construcción existiera contrato alguno entre las partes interesa-

das, ya que no resultó probado el contrato verbal que alegó el ahora recurrente, pues, como señala la sentencia recurrida (tercer considerando), «del hecho probado de que los demandados aceptaron en blanco veintitrés letras de cambio, además de las antes cuantificadas veintisiete, a la sazón del otorgamiento del anotado contrato de veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, no puede deducirse... que tales cambiales constituyan parte del precio aplazado de un contrato de arrendamiento de obra de construcción de un edificio», sin plano previo del chalet, sin fijación de precio, sin conocer los compradores la distribución de las habitaciones, lo que contradice lo afirmado en la reconvencción formulada por el actual recurrente, en el sentido de que hubo, además del contrato escrito en veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, otro verbal posterior, e indujo a ambos Juzgadores de instancia a apreciar una conducta maliciosa en el vendedor constructor y ahora recurrente; c) en la demanda se solicita se condene al demandado a otorgar escritura pública en la que se recojan los términos y condiciones contenidos en el documento privado suscrito por las partes el día veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, y también condenarle a la entrega del objeto del contrato, parcela número diecisiete de la Urbanización «El Chaparral», en el término municipal de Talavera de la Reina, en el ser y estado que actualmente tiene, con pérdida de lo edificado por el mismo, sin derecho a indemnización por los propietarios del terreno y al pago de las costas y gastos; d) la sentencia de primer grado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción en que solicitaba condenar al actor a abonar al demandado las mensualidades ya vencidas y que venzan derivadas del supuesto contrato verbal sobre edificación de un chalet en la parcela litigiosa; e) la sentencia recurrida confirmó la apelada, sin más variación de que, con arreglo a la cláusula tercera del contrato escrito de mil novecientos setenta y tres, «es el demandado quien ha de cobrar de los actores, una vez determinados, según se pactó por el Banco Hispano-Americano de Talavera de la Reina, los intereses legales correspondientes y fijados en ejecución de sentencia».

Doctrina de la sentencia.—Prosperó el recurso de casación, basándose en los siguientes considerandos, en ponencia del Magistrado don Carlos de la Vega Benayas

Considerando que en un orden lógico impone examinar el motivo de casación quinto, formulado al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa error de hecho en la apreciación de la prueba deducido, según el recurrente, de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, presentándose al efecto como documento de ese carácter el documento privado de veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, acompañando a la demanda con el número uno, y deduciendo de él, en su cláusula tercera, que también forma parte integrante del precio «la liquidación de los intereses», con invocación, al fin de reforzar su criterio, del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, de lo que se obtiene, sin duda, que el recurrente esgrime un documento como auténtico que carece de tal carácter a los efectos de este recurso extraordinario, ya que a la supuesta equivocación del Juzgador llega a través de una interpretación particular y naturalmente interesada del texto del documento, acudiendo incluso en el propio motivo a las normas sobre interpretación de los contratos; de lo que resulta contravención de la doctrina

reiterada de esta Sala, en el sentido de que el error de hecho ha de deducirse de la mera lectura del documento sin necesidad de interpretaciones ni deducciones, y además tal documento ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida como básico de la acción ejercitada y en relación con las demás pruebas, por lo que sin necesidad de más razonamientos debe decaer plenamente este motivo quinto.

Considerando que también, por influir en su caso en la apreciación de los hechos, debe examinarse en segundo lugar el motivo que con el número dos se expone en el escrito de formalización del recurso, asimismo al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba «al estimar que la conducta del recurrente es reveladora de mala fe, con violación por no aplicación del artículo mil doscientos treinta y tres, en relación con el cuatrocientos treinta y cuatro del Código Civil», añadiendo el recurrente para fundamentar este motivo, que «la sentencia recurrida haciendo suyas las argumentaciones sostenidas por el Juez de Primera Instancia, extraídas exclusivamente de una visión fraccionada de la confesión judicial del recurrente y de la prueba documental consistente en el documento privado relativo al contrato de compraventa», llega a la conclusión de que la conducta del demandado es reveladora de notoria mala fe; apreciaciones que por sí solas revelan la improsperabilidad de este motivo, ya que la apreciación conjunta no puede ser impugnada con éxito en este recurso de casación apoyándose sólo en uno de sus elementos, como es la confesión judicial, y esta doctrina, ya sentada en anteriores sentencias de esta Sala (así, las de cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y tres, veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y cinco y veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta, entre otras), no puede ser desvirtuada invocando el principio de indivisibilidad de la confesión que reconoce el artículo mil doscientos treinta y tres del Código Civil, y sin impugnar eficazmente las apreciaciones de la Sala de instancia en torno a la mala fe del recurrente; circunstancia que es cuestión de hecho, cuya apreciación incumbe a dicho Tribunal, que aceptó la declaración de conducta maliciosa que hizo la sentencia de primer grado, y se atuvo a la doctrina de esta Sala sentada en Sentencias de veintisiete de abril de mil novecientos dieciocho y dieciocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, lo cual conduce al decaimiento de este motivo.

Considerando que en el primero de los motivos se acusa, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por no aplicación del artículo mil ciento trece del Código Civil, en relación con los artículos mil ciento catorce y mil ciento quince del mismo Código y doctrina legal de las sentencias que indica, así como la violación, igualmente por no aplicación, de los artículos mil noventa y uno, mil doscientos cincuenta y cinco y mil doscientos cincuenta y ocho del propio Código Civil y doctrina jurisprudencial que cita; motivo que, desde el punto de vista formal, viola manifiestamente lo dispuesto en el artículo mil setecientos veinte de la citada Ley Procesal Civil en su párrafo segundo, al involucrar en un solo motivo doctrinas relativas a los efectos de las obligaciones condicionales y a la fuerza obligatoria de los contratos, incurriendo así en la causa de inadmisión recogida en el artículo mil setecientos veintinueve, número cuarto, de dicha ley, que en este momento procesal se integra en causa de desestimación; pero aparte

de esta grave infracción, el motivo, en cuanto a su desarrollo, es plenamente desestimable, sobre todo por las siguientes razones: *a)* porque confunde la «condición» como suceso futuro e incierto del cual depende la naturaleza de los efectos de una obligación, acepción que informa los artículos mil ciento trece a mil ciento veintitrés del Código Civil, con las «condiciones» que los contratantes pueden pactar en sus contratos a tenor del artículo mil doscientos cincuenta y cinco del propio Cuerpo legal; acepción esta última que tiene el sentido de pactos o estipulaciones y se utiliza para designar, por ejemplo, las condiciones generales y particulares de los contratos, sean o no de adhesión en el moderno tráfico jurídico; de modo que el recurrente pretende con el confusionismo que crea, aplicar a estos pactos la disciplina jurídica de las condiciones propiamente dichas; confusión derivada de aquella amalgama de conceptos heterogéneos en el mismo motivo, y que olvida que la condición propia no puede confundirse con la prestación que haya de cumplir cada una de las partes en vista de la prestación de su contraparte, según lo pactado; *b)* porque las obligaciones pactadas en el documento privado de veintiocho de junio de mil novecientos setenta y tres, entrega de la cosa y pago del precio, constituyen en este sentido una obligación pura, que es la regla general, ya que, como ha declarado esta Sala (Sentencias de siete de noviembre de mil novecientos setenta y tres y cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres), es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de la condición en las obligaciones no se presume, y que la obligación condicional, al ser la excepción, requiere la prueba de que sus efectos vienen modificados por el suceso incierto e independiente que constituye la condición, prueba que no se ha hecho, y que impide identificar la prestación de una de las partes, como objeto principal de su obligación con el suceso que había de ser la condición en sentido propio, cuya falta produciría los efectos señalados en la ley; *c)* y porque el desarrollo del motivo en examen parte de unos hechos contrarios a los sentados por la sentencia recurrida, en el sentido de que mientras esta última tuvo por probado el cumplimiento de su obligación por la parte ahora recurrida, el recurrente parte del supuesto contrario, apreciando la prueba por su cuenta y sin haber impugnado eficazmente las conclusiones a que llegó la Sala *a quo*.

Considerando que el tercero de los motivos, con el mismo amparo procesal que el recientemente examinado, denuncia la aplicación indebida del artículo trescientos sesenta y dos del Código Civil y la violación por no aplicación de los artículos seiscientos nueve y mil noventa y cinco del mismo Código y la doctrina legal que cita; motivo que ha de ser estimado por las siguientes razones: *a)* la Sala de instancia aplica el artículo trescientos sesenta y dos del Código Civil para atribuir la propiedad de lo edificado sobre el terreno discutido al comprador apoyándose en la mala fe que estima probada del vendedor; mas sin afectar a la cuestión de hecho que supone llegar a la conclusión de aquella mala fe, es evidente que el precepto que la Sala invoca se refiere a la edificación «en terreno ajeno», y señala la consecuencia de que el edificante de mala fe pierde lo edificado, y evidente también que en el supuesto debatido no existe dominio acreditado del terreno sobre el que se edifica a favor del comprador, terreno que según hecho admitido por ambas partes no le fue aún entregado, por lo que únicamente ostenta sobre él un título obligacional insuficiente para transmitir el dominio, en cuanto esta Sala ha declarado con

reiteración (Sentencias, entre otras, de veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y dos y catorce de junio de mil novecientos sesenta y seis) que la constancia en documento privado de un contrato de compraventa no transfiere por sí solo el dominio, si no se justifica la tradición de la cosa vendida; b) no justificado, por tanto, el dominio a través de los requisitos que el Código Civil exige, consistentes en esencia, según los artículos mil noventa y cinco y seiscientos nueve, en la existencia del contrato traslativo y en la entrega de la cosa, no puede el demandante, actual recurrido, instar la aplicación del artículo trescientos sesenta y dos del citado Cuerpo legal ante una cosa que a la sazón no era ajena al edificante, ya que, como también declaró esta Sala (Sentencia de cuatro de julio de mil novecientos veinticinco), para dar nacimiento al derecho de accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, presupuesto fundamental que no concurre en el caso debatido, por lo que, si bien han de aceptarse las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa cumplido por el comprador, en cuanto a su derecho a que le sea entregada la cosa que fue su objeto, no puede llegarse a la conclusión de que también le pertenezca lo edificado en el suelo adquirido y que aún no le ha sido entregado, ni ostenta sobre él un derecho real de dominio.

Considerando que no acreditado en la instancia el contrato verbal que el demandado y recurrente alegó para la construcción del chalet en el terreno que el mismo vendió a los demandantes, y no solicitada en la reconvencción la indemnización a que se refiere el artículo trescientos sesenta y uno, invocado como infringido, pues se limitó a exigir el cumplimiento del supuesto contrato verbal, no es posible estimar el motivo cuarto y último del recurso, que acusa la infracción por aplicación del artículo trescientos sesenta y uno, citado en relación con el cuatrocientos treinta y cuatro del mismo Cuerpo legal, y la violación por no aplicación de la doctrina legal relativa al enriquecimiento injusto, ya que, en caso contrario, además de incurrirse en manifiesta incongruencia, habría de prescindirse de la apreciación de la mala fe del vendedor, que estableció la Sala *a quo* en uso de sus facultades de apreciación de las pruebas aportadas a la litis.

Considerando que siendo procedente la estimación en parte del recurso de casación, esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco, párrafo dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de dictar la sentencia que corresponda sobre los extremos respecto de los cuales ha recaído la casación, como se hace seguidamente, y sin que haya lugar a pronunciamiento alguno respecto de devolución de depósito, por no haber sido éste constituido, dada la disconformidad de ambas sentencias de instancia.

B. M. B.

La segunda sentencia se basa en las siguientes razones:

Por las consideraciones de hecho y de derecho contenidas en la sentencia de casación que precede y

Considerando que partiendo de la vigencia y obligatoriedad del contrato de compraventa que sirvió de sustentación a la demanda y, en consecuencia, a la obligación del vendedor de entregar a los compradores la cosa ob-

jeto del contrato, con estimación de los pedimentos referentes a estos extremos y al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, no procede, en cambio, acceder al derecho de accesión que ejercitaron los demandantes en el mismo suplico de su escrito inicial, por no constar que en tal momento fuesen dueños del terreno adquirido.

Considerando que no se deriva de lo actuado base suficiente para una expresa condena en costas en ninguna de ambas instancias.

IV. DERECHO DE FAMILIA

EJECUCION (EN CUANTO A LOS EFECTOS CIVILES) DE SENTENCIA CANONICA DE SEPARACION CONYUGAL: *Competencia material y territorial, cauce procesal adecuado.—DERECHO DE VISITAS Y COMUNICACION DEL PADRE CON SUS HIJOS:* *Compatibilidad del derecho de visitas y del ejercicio de la patria potestad; determinación del tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visita:* **GAMBOA C. SORIANO** (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1974).

Antecedentes

La DEMANDA se presentó ante el Juzgado de 1.^a Instancia número 3 de X. y partía de los siguientes hechos:

1) El actor contrajo matrimonio canónico con la demandada en 1963, de cuya unión nacieron dos hijos.

2) Por el Tribunal Eclesiástico correspondiente se dicta sentencia en 1968, decretando la separación temporal de los esposos por sevicias, disponiendo que los dos hijos del matrimonio quedarán en poder de la esposa, sin hacer expresa declaración en cuanto al régimen de visitas a los hijos por parte del padre, por considerar que ello correspondía a la jurisdicción civil en el momento de la ejecución de dicha sentencia.

3) Por el Juzgado número 5 de X. se dictó auto el 30 de enero de 1969, y se había proveído a la ejecución, en cuanto a los efectos civiles, de la sentencia eclesiástica de separación de los cónyuges.

Por el mismo Juzgado número 5 se dicta auto el 27 de junio de 1969, en el que se disponía que, al quedar sin efecto las medidas provisionales de separación conyugal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.893 y 1.894 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el punto relativo al régimen de visitas y comunicación del padre con sus hijos debía ser objeto de solicitud de declaración «ante el órgano jurisdiccional correspondiente».

4) Previa instancia del actor, el Tribunal Eclesiástico competente dictó en 1970 auto aclaratorio del fallo de 1968 precedente, en el sentido de que «el derecho de los padres a visitar a sus hijos es un principio de Derecho natural y, como tal, no susceptible de eliminación, y que, por tanto, el confiar la educación de los hijos al cónyuge inocente se ha de entender siempre sin perjuicio del derecho a visitar a sus hijos que corresponde al otro cónyuge, en la forma y tiempo que determine la autoridad civil».

5) El mismo Juzgado número 5 dictó providencia el 12 de noviembre de 1970, por la que se ordenaba al actor a estar a lo resuelto en el auto de 27 de junio de 1969, por gozar éste del carácter de firme.

6) El actor había sido *demandado* en 1971 por su esposa, en reclamación de *alimentos*, en cantidad de tres mil pesetas mensuales, y *se allanó a la demandada*, a pesar de estar privado del ejercicio de cualquier derecho respecto a sus hijos.

7) Se había intentado acto de conciliación sin resultado.

La demanda finaliza con la *súplica* de que dicte sentencia por la que *se declare que el actor tiene derecho* a visitar a sus hijos..., de cinco y cuatro años de edad, así como a ser visitado por ellos, e incluso retenerlos junto a sí durante determinados periodos de tiempo, que deben consistir en una semana durante las vacaciones de Navidad y Semana Santa, y un mes durante las vacaciones de verano, y fuera de las mismas, los domingos y días festivos de once de la mañana a seis de la tarde. Con *condena* a la demandada a estar y pasar por esta resolución, y a las costas del procedimiento si se opusiere al mismo.

La esposa demandada *contestó y se opuso* a la demanda, y oponía los siguientes *hechos*:

1) Que por el actor, una vez ejecutada la sentencia canónica —sin que por su parte se tuviere preocupación alguna acerca del fin, destino, educación y derecho para ver a sus hijos—, se solicitó una aclaración extemporánea al Tribunal Eclesiástico.

2) Que el actor debía reconocer que, en virtud de comparecencias *ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 1 (sic)* de X., y en el procedimiento sobre medidas provisionales, se suscribieron entre ambas partes varios *acuerdos*, modificados en parte por sus Letrados, estableciendo que «semanalmente los hijos podrían visitar a su padre, uno de once a seis de la tarde y otro de once a doce de la mañana, en razón al estado de salud de los mismos, que —según dictamen médico— «aconsejaba alternar el campo con la playa». Que por el padre, ahora demandante, se intentó en un principio dar cumplimiento a este acuerdo, pero después quiso imponer sus condiciones de forma anómala y a su placer, «según se estuviera llevando el campeonato de liga de fútbol» (*sic*).

3) Se alegaba *excepción perentoria*, al amparo del artículo 73, segundo, párrafo último, del Código Civil (1), porque *este juicio debiera haberse seguido ante el Juzgado número 5 de X.*, en razón de que el mismo fue el que conoció de las medidas provisionales y ejecutó la sentencia canónica.

4) Que la retención temporal de los hijos que pretende el actor supondría una *limitación* del derecho de patria potestad atribuido a la esposa, señalando que el marido demandante carece de domicilio propio y habita en una pensión, a donde, en definitiva, irían a parar los hijos del matrimonio.

5) Que el allanamiento del actor a la pretensión de alimentos impidió llegar a conocer cuál era su sueldo.

Terminaba con la *súplica* de que se dicte sentencia estimando la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción y, subsidiariamente, declarar no haber lugar a declarar el derecho de visita de los menores a su padre, y aún menos el retenerlos temporalmente, condenando en costas al actor.

(1) En aquel entonces dicho precepto *era en la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958* como sigue «Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso».

El JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA número 3 de X. dicta sentencia el 22 de enero de 1972, por la que *estimando* la excepción de incompetencia de jurisdicción y *sin entrar en el fondo del asunto*, absuelve a la demandada de los pedimentos de la demanda, «reservando al actor los derechos que puedan asistirle para que pueda ejercitarlos ante quien corresponda». Todo ello sin condena en costas.

La AUDIENCIA TERRITORIAL admite el recurso de apelación del demandante y dicta sentencia el 9 de diciembre de 1972, por la que, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, declaró que el actor tiene derecho a visitar a sus hijos... y retenerlos junto a sí durante los días y períodos de tiempo concretados..., condenando a la demandada a estar y pasar por este pronunciamiento, sin especial imposición en costas.

La demandada interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con base en los siguientes *motivos* (2):

1.º Fundado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando el abuso en el ejercicio de la jurisdicción al no estimar la excepción alegada y la infracción por violación del artículo 73, número 2.º, párrafo último, del Código Civil.

Argumenta en una *primera vertiente del motivo*, en cuanto a la utilización del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y su paralelo del artículo 1.693, que la orientación del Tribunal Supremo sigue una línea totalmente definida a partir de la Sentencia del 7 de abril de 1943, en el sentido de que *en el motivo 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil están incluidos todos los motivos de incompetencia, excepto la territorial*. Cita las Sentencias de 29 de octubre de 1963, 26 de mayo de 1964, y las de 18 de enero de 1945, 23 de noviembre de 1945 y 6 de noviembre de 1947. Que en este caso es notorio que no se discute la competencia territorial, pero sí se excepcionaba la falta de competencia del Juzgado número 3 de X. por estimar que —*en función de la materia controvertida*— el conocimiento y resolución de la pretensión deducida por el demandante correspondía única y exclusivamente al Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de X. Cita las Sentencias de 10 de octubre de 1949 y 27 de noviembre de 1950.

En cuanto a la *segunda vertiente del motivo*, denuncia la infracción legal por violación del artículo 73-2.º, párrafo último, del Código Civil: *tal violación no tiene un sentido general de vulneración o quebrantamiento del orden jurídico, sino un sentido específico*, traducido en una omisión o falta de aplicación de la norma jurídica aplicable. Omisión que lleva a la Sala sentenciadora a desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada. La claridad de la norma infringida es meridiana y *está establecida por el legislador precisamente para resolver aquellos puntos sobre los que no haya proveído el Tribunal Eclesiástico*. La sentencia recurrida parte de la *premisa de que la ejecutoria de separación, al confiar el cuidado de los hijos del matrimonio a la esposa, nada prevé con respecto al régimen de visitas de los hijos*, y llega a la errónea *conclusión* de omitir la aplicación del precepto invocado, cuya *finalidad* no es otra sino la de cubrir esa falta de previsión, cuando lo procedente hubiera sido desembocar en una total estimación de la excepción de incompetencia alegada. Así lo argumentó el Juzgado de 1.ª Instancia, *Lo que dicho precepto infringido pretende es*

(2) Los subrayados son míos (J. C. G.).

que, en todo caso, sea siempre el Juez encargado de la ejecución el que entienda en todo lo relacionado con la ejecutoria eclesiástica, entre cuyos efectos se encuentra el que se pretende por el demandante. Por todo lo cual, al quebrantar y violentar la sentencia recurrida el *principio general* de «que el Juez competente para conocer de la ejecución lo es también para todos los extremos derivados de la misma», se está ante una manifiesta violación de una norma de Derecho sustantivo cual es el último párrafo del número 2.º del artículo 73 del Código Civil.

2.º Fundado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo por violación de la *doctrina legal* contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1912, 1 de marzo de 1934, 9 de octubre de 1944 y 15 de octubre de 1946, en cuanto al carácter imperativo y de orden público de las normas procesales. La sentencia recurrida llega a la conclusión de que *el cauce procesal adecuado* para que el demandante pudiera alcanzar el reconocimiento de sus derechos *no era* el legalmente establecido *de los incidentes*, sino *el que las partes habían decidido*. Aunque existan algunos poderes dispositivos en el procedimiento ordinario, las *normas procesales* son imperativas y de orden público, para las que rige el *artículo 4, párrafo 1.º, del Código Civil* (3), que constituye la sanción del principio de legalidad contenido en el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la sentencia recurrida admite la supuesta *conformidad* de ambas partes en cuanto al tipo de procedimiento, violando así la doctrina legal sentada en las sentencias citadas y olvidando que las normas procesales son de orden público, y, en consecuencia, si el procedimiento adecuado para resolver esta litis era el de los *incidentes*, no podía ser otro y menos aún «por decisión conforme de las partes». Si no hubiera omitido la aplicación de dicha doctrina legal infringida, la sentencia recurrida hubiera tenido que declarar que *el procedimiento adecuado era el de los incidentes y que correspondía su conocimiento al Juez encargado de la ejecución de la sentencia eclesiástica*.

3.º Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo por violación el artículo 155, número 1.º, del Código Civil. Cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1929, 3 de marzo de 1950, 26 de noviembre de 1955 y 29 de septiembre de 1960, demostrativas de la evolución sufrida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerando la patria potestad como una «función» y en beneficio de los hijos. El cónyuge que tenga atribuido el ejercicio de la patria potestad —para poder cumplir los *deberes* que le impone ese ejercicio— precisa disponer de ciertos *derechos*, entre los cuales se encuentra el de tener a los hijos en su compañía. La sentencia recurrida ha omitido *dos cuestiones* —el carácter de la patria potestad como institución en beneficio de los hijos, y el deber y derecho de la madre de tener a los hijos en su compañía— al desconocer la norma sustantiva que se alega infringida por violación. La sentencia recurrida *parte de la base de que uno y otro derechos —el de visita y el de retención— están regulados por principios de Derecho natural y de justicia*, lo que la recurrente no acepta para el derecho de *retener* a los hijos el padre. Considera la sentencia recurrida que el derecho de *retención* es un *principio de Derecho natural*, y añade que «siempre que las circunstancias del caso, en concreto el propio interés de los hijos o conducta del cónyuge bajo cuya potestad no quedaron aqué-

(3) A recordar que es en su redacción entonces vigente de 1889.

llos, aconsejen *no atender* los derechos de visita y retención a que ha hecho mérito», lo que contradice aquel principio.

La Audiencia *olvida que, al conceder al marido los derechos por él solicitados, está interpretando* la patria potestad como institución en beneficio de los padres y no de los hijos. Ello *independientemente* del trauma que la separación por temporadas de la compañía de la madre se produce en los menores. *Alega* la prueba de la vida del padre, que habita en una pensión, y que no se evaluaron las *condiciones* de la convivencia de los hijos con el padre, *concluyendo* que el interés de los menores no permitía acceder al pedimento del actor.

Por otra parte, la sentencia recurrida está infringiendo el artículo 155, número 1.º, del Código Civil, al *limitar* el derecho de patria potestad que tiene la madre y, consiguientemente, el *derecho* que ésta tiene *de tener consigo a los hijos* para cumplir los deberes que tal institución jurídica le impone. Cita la Sentencia de 20 de octubre de 1960 y la de 3 de diciembre de 1909 (en orden a que no cabe el ejercicio *simultáneo* de la patria potestad). Alega que *mal se puede pedir a un cónyuge que ha de desempeñar la patria potestad que cumpla con todos los deberes y obligaciones que aquélla lleva consigo, si se le priva de un derecho fundamental y previo a tal cumplimiento como es el de tener a sus hijos en su compañía*.

Fue ponente don JULIO CALVILLO MARTINEZ, que establece la siguiente doctrina en los *considerandos* de la sentencia:

1.º El Juzgado de Primera Instancia número 5 de X.... (4) estableció que este punto debía ser objeto de solicitud de declaración ante el «órgano jurisdiccional correspondiente» —*lo que no podía entenderse más que en el sentido de que el órgano mencionado había de ser el Juzgado de Primera Instancia de X., al que por reparto correspondiere el asunto*— y en el «oportuno juicio declarativo».

2.º *Habiendo quedado de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la mentada resolución judicial, no le era lícito a la ahora impugnante* —que, en su día, no interpuso recurso alguno contra ella— *suscitar ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de X. (a quien por reparto correspondió el juicio de mayor cuantía que ha dado origen al presente recurso) el problema de la incompetencia de este órgano jurisdiccional y de la consiguiente competencia del Juzgado encargado de la ejecución, a tenor del artículo 73, número segundo, párrafo último, del Código Civil, pues ello le estaba vedado por lo prevenido en el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la conocida jurisprudencia recaída en aplicación del mismo, según la cual «es efecto principal de la necesaria inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, el que no cabe posterior discusión si no han sido dictadas en algunos de los juicios para los que después de terminados autoriza la Ley Procesal la promoción de otro más amplio con la misma finalidad», de suerte que —salvo contadas excepciones— no está permitida la revisión ordinaria de un juicio de lo actuado en otro y pasado en autoridad de cosa*

(4) Recoge aquí el Ponente los *proveídos* de dicho Juzgado, que se han reseñado bajo el número 3) de los Hechos de la *Demanda*, precedentemente.

juzgada de tipo procesal, si el solicitante ha sido litigante en el primer juicio.

Razones (éstas) que conducen a la desestimación del motivo primero e, igualmente, a la del segundo, ya que —con independencia del fundamento de la sentencia recurrida referente a la pretendida eficacia procesal de la autonomía de la voluntad de las partes en orden a la sustanciación de la pretensión por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía— aquellas razones constituyen base suficiente para el mantenimiento del particular del fallo relativo a la desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción.

3.º Si es cierto que —a virtud de lo dispuesto en el número primero del artículo 155 del Código Civil, en relación con lo acordado en la ejecución de la sentencia de separación del matrimonio— corresponde a la recurrente, respecto a sus dos hijos no emancipados, el deber de tenerlos en su compañía, no lo es menos que este deber es perfectamente conciliable con la facultad del padre, aunque sea culpable de la separación, de visitarlos, comunicarse con ellos y aun tenerlos en su compañía durante períodos prudenciales de tiempo, siempre que ello no redunde en perjuicio de los hijos, que son, en este supuesto, los portadores del interés familiar más necesitado de protección.

Compatibilidad que se deriva no sólo de los principios generales del derecho natural, sino de lo dispuesto en el artículo 68, regla tercera, último párrafo, del mismo Código (5) respecto a las llamadas «medidas provisionales», que, caso necesario, sería aplicable analógicamente por la misma razón, correspondiendo, en último término, al órgano jurisdiccional civil determinar el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá ejercitar dicha facultad. Y como a estos principios se atuvo el Juzgador de Instancia en la sentencia combatida, debe rechazarse también el tercero y último motivo, y con él, la totalidad del recurso, con la condena en costas, preceptuada en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: no ha lugar.

NOTAS

Unas breves consideraciones en orden al presente litigio y a la decisión adoptada por nuestro más Alto Tribunal parecen aquí procedentes. De una parte, *los puntos tratados en los Considerandos* son merecedores de una atención y de un análisis superiores quizá al que yo les dedico aquí. De otra parte, dado el retraso con que presento esta sentencia (6), parece inevitable una somera referencia a la incidencia del texto constitucional de 1978 sobre los temas tratados en esta sentencia.

Por todo ello, creo que cabe condensar estas consideraciones en torno a *los tres puntos clave* de este litigio: el de la incompetencia de jurisdic-

(5) La redacción era la de la Ley de 24 de abril de 1958: «El Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos».

(6) Cfr. las razones de ello en esta Revista, núm. 555, febrero-marzo, pág. 492, y allí la alusión a la legislación aplicable en cada momento histórico.

ción, el de la ejecución civil de la sentencia canónica de separación conyugal y el relativo al derecho de visita y comunicación del padre con los hijos menores.

Paso a examinar estos puntos con la mayor brevedad posible, y en este mismo orden indicado.

I. *La pretendida incompetencia de jurisdicción*

La esposa recurrente acude a la casación y presenta su recurso basando los dos primeros motivos en una serie de argumentaciones de carácter formal-procesal.

En el *motivo 1.º* se denuncia la falta de competencia *material* por entender que era el Juzgado número 5 de X. (no el núm. 3) el que debiera conocer de la pretensión deducida en la demanda. Argumento rechazado de plano en el *CONSIDERANDO 1.º*, al entender que el «órgano jurisdiccional correspondiente» debía de ser el Juzgado de Primera Instancia de X. al que *por reparto* correspondiere el asunto. Pero, por otra parte, tal argumento formal era realizado en la segunda parte del motivo, al enlazar dicha pretendida *incompetencia* de jurisdicción —con la *consiguiente* competencia del Juzgado que fue *encargado de la ejecución civil* de la sentencia canónica— con la denunciada violación del artículo 73, 2.º, párrafo último, del Código Civil. Toda esta argumentación va a quedar desmontada en el *CONSIDERANDO 2.º*, con base en la eficacia de la cosa juzgada *procesal* y con aplicación directa del artículo 408 de la Ley Rituaria.

En el *motivo 2.º* se arguye en torno al *cauce procesal adecuado* para sustanciar la pretensión del marido, llegando a la conclusión de que el procedimiento adecuado era el de los incidentes y que el conocimiento correspondía al Juzgado encargado de la ejecución civil (Juzgado núm. 5 de X.) de la sentencia canónica de separación conyugal. Este motivo 2.º *no* es desvirtuado por el ponente de manera directa y frontal, sino que marginalmente se alude a él de forma *indirecta* («con independencia del fundamento de la sentencia recurrida...») sin entrar en el mismo, con rechazo global fundamentado en la cosa juzgada procesal, según la dicción del apartado final del *CONSIDERANDO 2.º*.

II. *La ejecución civil de la sentencia canónica de separación conyugal en relación a los hijos*

Este era el verdadero *tema* de la sentencia, desarrollado en la segunda parte (vertiente, en el argot del recurso) del *motivo 1.º* y rechazada la argumentación en el *CONSIDERANDO 2.º*, según se ha expuesto.

Este tema, pacífico entonces (años 1960-70), devendrá más tarde polémico tras la incidencia de la Constitución de 1978 y del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (ratificado por *Instrumento* de 4 de diciembre de 1979). Hasta el punto de haber sido objeto de un tratamiento especial por nuestra joven doctrina civilista (7).

El *supuesto de hecho* de la sentencia venía, viene, enmarcado precisamente dentro del tiempo de vigencia de la normativa entonces aplicable,

(7) Cfr. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «La ejecución de las sentencias eclesíásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, págs. 123 y ss.

es decir, artículos 80 a 82 del Código Civil (en concordancia con el artículo XXIV del Concordato con la Santa Sede de 1953), lo que *equivalía* a reconocer una jurisdicción eclesiástica en los procesos de separación matrimonial —que podía a veces pronunciarse sobre el cuidado de los hijos y el régimen de visitas— y una ejecución por el Juez civil de lo decidido por la jurisdicción canónica. No quedaba claro si en esa *ejecución civil* el Juez debía *siempre* sujetarse a lo dispuesto por el Tribunal Eclesiástico. No parece que la afirmativa pueda postularse, al menos en lo que al caso de autos concierne, ya que expresa y decididamente el ponente sienta que «...correspondiendo, en último término, al órgano jurisdiccional civil determinar...» (CDO. 3.º). Esto equivalía a decir en 1974 que *el Juez civil determina las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil* (8).

El mismo supuesto de hecho de la sentencia comentada, ocurrido años más tarde (después de 1979), encontraría una nueva normativa aplicable: o bien la interpretación jurisprudencial de la Constitución como valor normativo «aplicativo», o bien la nueva normativa del Código Civil tras la reforma de 1981 del título IV del libro I. En uno y otro caso, ambas normativas parten de dos principios constitucionales clave: el de aconfesionalidad y el de exclusividad jurisdiccional. Y, en consecuencia, la interpretación lleva a que los Tribunales Eclesiásticos carecen de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación, y a que sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil: así se expresa rotundamente la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981* (9).

La *repercusión* más notable es que —eliminada por el Tribunal Constitucional la ejecutoriedad automática de las resoluciones canónicas dictadas en orden a la guarda y custodia, patria potestad, régimen de comunicaciones y visitas respecto a los hijos de los matrimonios separados o anulados por los tribunales eclesiásticos— toda la problemática en torno a la guarda y comunicación con los hijos *puede volver a plantearse* ante la jurisdicción civil (10).

Expuestas estas breves consideraciones, basta aquí resumir el tema de la ejecución *civil* de las sentencias canónicas de separación conyugal en rela-

(8) Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que luego se dirá.

(9) Véase en A. CANO MATA: *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, tomo I, Edersa, 1981, págs. 491 y ss. Para un comentario de la *Sentencia de 26 de enero de 1981* puede consultarse *in extenso* la obra de E. FOSAR BENLLOCH *Estudios de Derecho de Familia*, tomo I «La Constitución y el Derecho de Familia», Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 257 y ss. En orden a la competencia de la Iglesia en las causas matrimoniales y al análisis del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, véase dicha obra, págs. 416 y ss. y 376 y ss.

Desde el punto de vista de la práctica forense, la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981* ha sido objeto de un reflexivo comentario por el letrado L. ZARRALUQUI: «Las resoluciones eclesiásticas sobre los hijos», artículo publicado en la Sección «Tribuna Libre» del periódico *El País*, sábado 4 de abril de 1981, pág. 14.

También se ocupa de este punto F. Díez MORENO. «Efectos civiles, en relación con los hijos, de las sentencias eclesiásticas de separación y nulidad matrimonial», en *Revista Actualidad Jurídica*, 1981-IV, págs. 17 y ss.

Por supuesto, los comentarios de los *canonistas* son numerosos. Por todos, ver R. RODRÍGUEZ CHACÓN: «Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España. Constitución y Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Privado*, enero 1984, págs. 26 y ss., y febrero 1984, págs. 149 y ss., especialmente las referencias a la S. T. C. de 26 de enero de 1981 en págs. 50 y ss., 161 (nota 139) y 188, y al régimen de visitas en pág. 183 (n. 222).

Más recientemente, L. I. ARECHEDERRA ARANZADI: «Matrimonio y jurisdicción (Aproximación histórica)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXVI, núm. 5, noviembre 1983, páginas 375 y ss., especialmente pág. 402, analiza brevemente la S. T. C. de 26 de enero de 1981.

(10) Así, en ZARRALUQUI, artículo citado.

ción a los hijos diciendo que cada *supuesto de hecho*, enmarcado dentro de la normativa aplicable al tiempo en que aquél se produjo, tendrá su resultado en función de aquella normativa, y aun en la actualidad cabría replantear ante la jurisdicción civil los temas de la guarda y comunicación con los hijos si la ejecución inicial de la decisión canónica fuera inconstitucional hoy en día. Esto en línea de principios, ya que, obviamente —transcurridos los años—, muchos hijos entonces menores hoy ya no lo serán.

III. El denominado «derecho de visita»

1. El supuesto de hecho contemplado por la sentencia comentada parte de una situación frecuente y «normal»: la madre que tiene la guarda y cuidado de los hijos menores en base a la *culpabilidad* del padre en la separación, que arguye un *derecho de retención* (*sic*) de los hijos en función de la patria potestad y que niega el *derecho de visita* en base al pretendido «interés de los hijos». Toda esta serie de cautelas, argumentos, etc., lo que tratan es de eliminar *físicamente* el contacto del padre con los hijos. Porque *jurídicamente* tal contacto deviene imposible, si se piensa que *desde 1968*, en que dicta su sentencia el Tribunal Eclesiástico, hasta *enero de 1974*, en que dicta su fallo el Tribunal Supremo, han transcurrido una serie de años vitales para la psicología y la formación de unos menores, amputados del trato directo con su padre. Y el daño irreparable causado a tales menores —que ya no lo serán en 1974—, ¿quién lo resarce?

A los argumentos del *motivo 3.º* en pro de la negativa del derecho de visita, su incompatibilidad con la patria potestad y la limitación de ésta si se admitiere aquel derecho, se opone la argumentación frontal del ponente en su *CONSIDERANDO 3.º*, que presupone la compatibilidad de la patria potestad con el derecho de visita, reconoce el interés de los hijos como prioritario y aplica el artículo 68-3.º, último párrafo, del Código Civil en cuanto a la *determinación* por el Juez civil de las medidas aplicables.

Rechazado el recurso y la argumentación de la madre con rotundidad y claridad, resta tan sólo una breve alusión al doctrinalmente denominado «derecho de visita» (11).

2. Resulta sorprendente que en toda la producción doctrinal española aparecida desde el Código Civil no exista la más mínima referencia a este postulado «derecho de visita». Hasta 1982 no aparece ninguna referencia bibliográfica (12), con la salvedad de un dictamen de V. L. SIMÓ SANTON-

(11) No me acaba de gustar tal denominación, compartiendo plenamente las críticas de F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El Derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria*, Ed. Universidad de Navarra, Sociedad Anónima; Pamplona, 1982, pág. 32, nota 1. Sería preferible, como afirma dicho autor, la expresión «derecho de comunicación» o «derecho de relación» u otra similar.

(12) Es la obra colectiva dirigida por P. J. VILLADRICH y titulada *El Derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Ed. Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1982, con los trabajos de F. RIVERO (citado), G. GARCÍA CANTERO, R. RUIZ DE LA CUESTA, J. R. SAN ROMÁN, D. MATA VIDAL, J. L. CALVO CABELLO, F. MARTÍNEZ SAPIÑA, M. IRACHETA IRIBARREN, C. DEL CARMEN VENERO y L. M. LÓPEZ MORA, H. MUÑOZ MÉNDEZ, F. SALINAS QUIJADA, J. SÁEZ VÉLEZ, L. DEL AMO y C. DE DIEGO LORA.

No contabilizo las alusiones al «derecho de visita» en los autores que comentan la reforma del Código Civil en 1981 (art. 161 del Código Civil), aunque sí sean significativas: CASTÁN VÁZQUEZ: «Comentarios a los artículos 154-171 del Código Civil», en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 1982, págs. 55 y siguientes, especialmente págs. 114 y 173 y ss.; LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia* (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Ed. Bosch, 1982, pág. 742; PRADA: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense Notarial*, EDESA, 1982, página 388.

JA (13). Queda la duda de si ese desconocido e ignorado «derecho de visita» existía en la realidad, lo que alude a problemas sociológico-culturales en los que no quiero entrar y que dejo aquí apuntados.

3. *Breve apunte sobre el «derecho de relación o comunicación del padre con los hijos menores» (el perfil doctrinal).*—Unas breves alusiones al llamado «derecho de visita» —o mejor, «derecho de relación o comunicación del padre con los hijos menores»— pueden aquí efectuarse partiendo del *presupuesto* de la aportación fundamental citada de F. RIVERO HERNÁNDEZ. El artículo de F. RIVERO es en realidad una espléndida monografía sobre este punto, alejada de los habituales tópicos jurídicos y de la metodología conceptualista al uso y centrada en la realidad social y en las decisiones jurisprudenciales sobre el tema. Trata con autoridad de todos los puntos y problemas que afectan al denominado «derecho de visita»: antecedentes, metodología a seguir, titulares, contenido, cumplimiento, modificación y supresión, fundamento, naturaleza y caracteres de dicho derecho. Imposible y extemporánea la referencia a cada uno de dichos puntos, bastando aquí esta alusión (14). El autor termina su reflexión extrayendo la consecuencia de que estamos ante una figura sorprendente, de trazos muy particulares, de progresiva reafirmación hasta su consagración definitiva en leyes recientes (art. 161 del Código Civil, según Ley 11 de 13 de mayo de 1981, y art. 94 del Código Civil, según Ley 13 de 7 de julio de 1981), de evolución desde posiciones individualistas hacia otras sociales o altruistas (concesión al *menor* de tal derecho), en la que parece va a continuar primando el protagonismo de los Jueces sobre el de los legisladores. Lo que esta institución sea, o vaya a ser, dependerá mucho más de lo que digan las sentencias de nuestros Tribunales que lo que haya dejado escrito nuestro Parlamento en 1981 al respecto (15).

4. *El perfil jurisprudencial del tema.*—Uno de los primeros análisis sobre las decisiones jurisprudenciales en este tema ha sido precisamente el de F. RIVERO (16), efectuado no *in extenso* en cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo y sí con detalle en orden a otras decisiones de las Audiencias. El trabajo del autor, con un método inductivo, es admirable y no cabe decir nada más después de lo expuesto por él.

El siguiente análisis de las sentencias de los Tribunales en este tema es el realizado por M. IRACHETA IRIBARREN (17), estudiando con cierto detalle decisiones en las Audiencias y algunas del Tribunal Supremo.

De lo que se desprende de los precedentes análisis citados, las *decisiones* sobre el tema por parte de nuestro Tribunal Supremo se concretan en las *Sentencias* de 9 de junio de 1909 (18), 24 de junio de 1929 (19), 14 de octubre de 1935 (20), 3 de mayo de 1958 (21), 26 de abril de 1963 (22), y en el *Auto* de 4 de octubre de 1971 (23).

(13) SIMÓ SANTONJA: «Dos dictámenes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1970, núm. 480, págs. 1217 y ss., especialmente pág. 1235 («Segundo dictamen: derecho de visita»).

(14) Cfr. *op. cit.* en nota 11 —en la colectiva citada en nota 12—, sobre todo en sus págs. 90 y ss., 111 y ss., 203 y ss., y 224 y ss.

(15) Cfr. RIVERO, *op. cit.*, págs. 243-246.

(16) *Op. cit.*, págs. 42 y ss.

(17) Cfr. obra colectiva citada en nota 12 el título es «Reflexiones a propósito de algunas sentencias relativas al régimen de visitas de los menores», *op. cit.*, págs. 361 y ss.

(18) Cfr. en RIVERO, *op. cit.*, pág. 46.

(19) Cfr. en RIVERO, *op. cit.*, pág. 47.

(20) Véase en RIVERO, *op. cit.*, pág. 48 con magistral ponencia de CASTÁN TOBEÑAS.

(21) Véase en IRACHETA, *op. cit.*, pág. 364.

(22) Véase en IRACHETA, *op. cit.*, pág. 365.

(23) Véase en J. PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado Español Doctrina legal del Tri-*

Apunta IRACHETA que esta jurisprudencia está presidida por el *principio de que el fundamento de la visita es la mejor educación y asistencia de los hijos*, ante el cual se supeditan los derechos de los padres. Considera que el régimen de visitas debe basarse en la *discrecionalidad y la flexibilidad*, y que es necesario el establecimiento de Jueces de familia con personal auxiliar especializado (24).

Por su parte, F. RIVERO extrae las *notas* siguientes de la lectura y comparación de la jurisprudencia aludida —en orden al *fundamento* del «derecho de visita»: *primera*, que se apela a figuras o instituciones exteriores al mismo (patria potestad, abuso de la misma, corresponsividad entre obligaciones legales de los abuelos y derecho de éstos) en cuanto al derecho de visita de los *ascendientes*, en tanto que para los *padres* se encuadra dentro de la misma relación padre-hijo; *segunda*, que para este *segundo supuesto*, nuestros Tribunales barajan indistintamente (a veces, cumulativamente) *tres ideas*: la de protección de una relación afectiva y de comunicación entre los mismos, la consideración de que se trata de un derecho natural y la de que tales relaciones se conceden eminentemente en provecho del hijo, en beneficio de su persona y formación, y siempre que no puedan perjudicarle, a lo que vienen subordinadas (25).

5. *La aplicación al caso resuelto por el Tribunal Supremo de las consideraciones precedentes en torno al «derecho de visita»*.—Analizado en el epígrafe 1 de este apartado el contenido del motivo 3.º y su homólogo del CONSIDERANDO 3.º, resta por ver si algunas de las consideraciones doctrinales precedentes son de pertinente aplicación al caso de autos y si cabe remitirse comparativamente a otras decisiones jurisprudenciales similares.

Lo que es evidente es la *ausencia* de todo análisis comparativo con otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo en relación con el tema. No lo debió entender necesario el ponente. También parece evidente la *no diferenciación* en la sentencia entre el derecho de visita cuyo titular es el padre separado de sus hijos y el derecho de visita del que sea titular el menor (26).

Sí aparece en la sentencia una referencia *indirecta* al *interés de los hijos* («...portadores del interés familiar más necesitado de protección»). Ese «interés del niño» —«*mot magique! mais qui couvre souvent les convenances personnelles*», en frase de SAVATIER (27)— es de difícil determinación a nivel teórico y más en la práctica, en cada caso concreto, a juicio de RIVERO. Cita éste a DONNIER, para quien ese *interés del niño* «se ha convertido en una noción llave, una especie de nuevo principio de derecho, y eso de acuerdo con la tendencia de la metodología moderna de situar los problemas jurídicos menos en el plano de los *conceptos* que en el de los *intereses*» (28). Por lo expuesto aquí, y dada esa referencia indirecta en la sentencia, tal «interés del menor» queda algo diluido y vago.

Lo más relevante de esta sentencia es el aspecto de la *compatibilidad*

bunal Supremo (1841-1977), Barcelona, 1981, Ed. Universitaria de Barcelona, pág. 778 (núm. 207 de Sentencia).

Curiosamente este Auto de 1971 no apareció en su día en esta Revista, dado que no me fue enviado el texto del mismo.

(24) Véase *op cit.*, pág. 369 (subrayados míos: J. C. G.).

(25) Véase *op cit.*, págs. 207-208 (subrayados míos: J. C. G.). Lo expuesto es concordante con el contenido del derecho de visitas según F. RIVERO y con las *líneas fundamentales* que lo informan *op cit.*, págs. 96 y ss.

(26) Véase *in extenso* en RIVERO, *op cit.*, págs. 224 y ss., y 233 y ss., respectivamente.

(27) Cita en RIVERO, *op cit.*, pág. 115 y nota 104.

(28) Véase *L'interêt de l'enfant*, Dalloz, 1958. Chronique, pág. 179. cita en RIVERO, *op cit.*, página 54, nota 27.

del derecho de visita con la patria potestad y la vinculación o ligazón de tal compatibilidad. El nexo de la compatibilidad se hace *derivar*, de una parte, de una norma concreta —artículo 68-3.º, último párrafo, del Código Civil en su redacción de entonces—, y de otra, de «los principios generales del derecho natural». Es esta última conexión la que origina ciertos reparos por nuestra más autorizada doctrina, que considera que ello no equivale a que el derecho de visita sea absoluto, y que alude a la moderna doctrina extranjera, que cuestiona el sentido y alcance del término «derecho natural» (29).

Finalmente, es relevante en la sentencia comentada el aspecto relativo a «la *determinación* del tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá ejercitar dicha *facultad*» (30), determinación que atribuye al juzgador de instancia, sin ulteriores precisiones.

IV. *Recapitulación parcial*

En este momento del razonamiento interpretativo parece conveniente efectuar una ligera *recapitulación* parcial de lo hasta aquí expuesto, lo que efectúo en la forma siguiente:

1.º El tema de la pretendida *incompetencia de jurisdicción* parece ir ligado a las dilaciones y excusas típicas puestas por el progenitor que tiene consigo a los hijos. Lo que se consigue es la eliminación no sólo física, sino jurídica (¡más de ocho años del pleito!), del contacto de los hijos con el progenitor separado de ellos.

2.º El tema de la *ejecución civil de la sentencia canónica de separación conyugal en relación a los hijos* era pacífico en el tiempo en que se dicta la sentencia (1974) —sujeto a la normativa de los artículos 80-82 del Código Civil, en relación con el artículo XXIV del Concordato de 1953—, pero en la actualidad estaría sometido al imperio de la Constitución de 1978, a la nueva redacción del título IV del libro I del Código Civil y a la interpretación del Tribunal Constitucional.

3.º El tema del denominado *derecho de visita* debe necesariamente enmarcarse dentro del tratamiento efectuado por F. RIVERO HERNÁNDEZ, a cuya magnífica exposición me remito una vez más.

4.º El tratamiento que da el ponente en la sentencia a estos *tres puntos clave del caso litigioso* es desigual: incidental y marginal, en cuanto al *primero*; afirmación de la jurisdicción civil en orden a la determinación de los efectos civiles, en cuanto al *segundo*, y afirmación de la compatibilidad y procedencia del derecho, en cuanto al *tercero*.

5.º El tratamiento del ponente, en cuanto al *derecho de visita*, es importante por la relevancia a aquél concedida, por la compatibilidad postulada con la patria potestad, por la determinación de su contenido atribuida al juzgador de instancia y por la relevancia dada al interés de los hijos.

6.º En la sentencia no se efectúa un análisis comparativo con otras sentencias precedentes sobre este tema de nuestro Tribunal Supremo, ni se distingue entre el derecho de visita atribuido al progenitor separado de los

(29) Así, en RIVERO, *op. cit.*, pág. 96 y nota 76, y allí la cita de P. SIMON: «Das Verkehrsrecht -ein natürliches Elternrechts?», en *Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* (Fam RZ), 1972, págs. 485 y ss.

(30) Así, en el propio CDO. 3.º (subrayados míos: J. C. G.)

En cuanto a si el derecho de visita es una *facultad* —en la dicción del Ponente— o un verdadero *derecho subjetivo* o un *derecho-función*, me remito a la excelente exposición de RIVERO, *op. cit.*, páginas 224 y ss.

hijos y el que se atribuye al menor, ni se profundiza en la valoración dada al «derecho natural».

7.º La sentencia aparece enmarcada, de un lado, dentro de la línea tradicional, en orden a la eficacia civil de las sentencias canónicas, y de otro lado, dentro de una línea progresiva, de expreso reconocimiento del derecho de visita.

V. Resumen final

Después de las precedentes consideraciones, cabe finalizar estas notas con las siguientes proposiciones concluyentes:

1.ª El encuadre de la sentencia dentro de una línea moderadamente progresista, de reconocimiento expreso del derecho de visita.

2.ª La formulación del derecho de visita en forma genérica e indeterminada, cuya *concreción* remite a otra genérica determinación del juzgador de instancia.

3.ª La relevancia otorgada a la compatibilidad de tal derecho con la patria potestad y al nexo con el derecho natural.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR.—ENAJENACION MENTAL. PRINCIPIO DEL «FAVOR TESTAMENTI» (arts. 658, 662, 663, 665 a 667, 685, 695 y 766 del Código Civil (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1982).

Se presume la capacidad del testador mientras no se demuestre su incapacidad de modo inequívoco y concluyente mediante prueba en contrario, que, en el testamento notarial, no deberá dejar margen racional de duda.

La cuestión referente al estado mental del testador es de hecho.

Los informes periciales no son documentos auténticos a efectos del recurso de casación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número dos de Lugo, por la parte actora y apelada, con base a las siguientes consideraciones:

Que necesitada toda declaración de voluntad, encaminada a la producción de efectos jurídicos, de aptitud en el sujeto que la emite, es claro que integrado el testamento por un elemento constitutivo primordial, en que consiste la manifestación del causante tendente al logro de un resultado que el ordenamiento respeta y protege como querido por el testador (artículos seiscientos cincuenta y ocho y seiscientos sesenta y siete del Código Civil), obviamente carecerá de eficacia el negocio jurídico *mortis causa* cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de manera que en el momento de otorgarlo, que

es el de valoración de su capacidad (art. seiscientos sesenta y seis del mismo Código), no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio entender y querer interno; sentido en el cual, si ya nuestro Derecho histórico privó de la capacidad testamentaria activa al que «fuese salido de memoria (que) no puede hacer testamento mientras que fuere desmemoriado» (Ley trece, título primero, de la Partida sexta) y algún texto foráneo la descarta también en aquel que por cualquier causa, aunque sea transitoria, es incapaz de entender o de querer en el momento de realizar tal disposición (art. quinientos noventa y uno, párrafo tres, del Código Civil italiano), el seiscientos sesenta y tres, número segundo, del patrio niega la testamentificación activa al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, amplia fórmula asimismo utilizada en el campo del Derecho foral (Ley ciento cuarenta y nueve, núm. dos, del Fuero Nuevo de Navarra, y art. doscientos veinticinco del Proyecto de Compilación catalana, que no pasó a la regulación definitiva), en la que habrán de ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad, en palabras de la Sentencia de once de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

Que al aplicar las normas de los artículos seiscientos sesenta y dos, seiscientos sesenta y tres, seiscientos sesenta y seis, seiscientos ochenta y cinco y seiscientos noventa y cinco del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: Primero. Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental. Segundo. Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, demostrando que en el acto de otorgarlo no se hallaba el testador en su cabal juicio, esta prueba no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre. Tercero. La cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, asistida de la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, según disponen los artículos mil doscientos cuarenta y tres del Código Civil y seiscientos treinta y dos de la Ley Procesal, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos dejó de constituir el llamado «juicio de peritos», contemplado en la Ley de Enjuiciamiento de mil ochocientos cincuenta y cinco, y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el juzgador (Sentencias de diez de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, diez de febrero de mil novecientos cuarenta

y cinco, nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, primero de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, dieciséis y veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, diecinueve de enero de mil novecientos sesenta, doce de mayo de mil novecientos sesenta y dos, treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y seis, ocho de marzo de mil novecientos setenta y dos y veinte de febrero de mil novecientos setenta y cinco, entre otras).

Que el Tribunal de instancia, revocando en el caso presente la sentencia recaída en el primer grado, entiende insuficientemente acreditada la pretendida carencia de voluntad consciente y libre en el causante don J. L. G., fallecido en estado de soltero y sin herederos forzosos el dos de marzo de mil novecientos setenta y cinco, que otorgó testamentos abiertos en número de cuatro (dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, cuatro de junio de mil novecientos sesenta y nueve, quince de abril de mil novecientos setenta y siete de octubre siguiente), conclusión que obtiene argumentando que si ya por de pronto la circunstancia de que aquél efectuase las sucesivas disposiciones ateniéndose a un propósito sin radicales cambios, variando tan sólo las atribuciones a los distintos favorecidos, pero manteniendo siempre el caudal dentro del ámbito familiar (hermanos, sobrinos o primos), con un legado de escasa cuantía a un vecino, comporta un dato en pro de su recto criterio y de la normalidad de la mente, afirmada en las cuatro ocasiones por los respectivos Notarios y los testigos instrumentales; los informes médicos no conducen forzosamente a la aceptación de la tesis mantenida en la demanda de que en todas las ocasiones el disponente carecía de cabal juicio, pues uno de aquéllos consiste en certificación librada el diecisiete de abril de mil novecientos setenta y cinco por facultativo no especialista, expresando literalmente que J. L. G. «padecía durante el tiempo que le consulté, hace más de quince años, una psicosis de tipo delirio de persecución»; otro de los informes aparece suscrito por psiquiatra, pero después de muerto el interesado, sin observación del enfermo y con la sola base de lo dicho en el anterior documento y de un manuscrito por el testador trazado, y el tercero procede de un ejerciente en el dilatado campo de la Medicina general, que no hace más que reproducir a la letra el diagnóstico hecho por aquel especialista, todo lo cual le permite entender a la Sala sentenciadora que la psicopatía padecida por el testador no llegó a anular su inteligencia y voluntad, y el proceso esquizofrénico, mencionado por dos de esos médicos y los tres informantes en el período probatorio, presenta una marcha evolutiva y antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y, por tanto, que haga lícito ejercicio de la testamentificación; ello además de que, sobre todo, la Sala *a quo* entiende que la alteración en el psiquismo de J. L. G. «no llegó a alcanzar el límite de la esquizofrenia».

Que el motivo primero del recurso, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba evidenciado por documentos auténticos, citando al efecto los certificados e informes médicos de que se hizo referencia; impugnación improsperable, no obstante el meritorio estudio que por la parte se hace de las dolencias mentales, describiendo con detalle las notas o requisitos de la esquizofrenia, la paranoia y la histeria amnésica, para finalizar con el aserto de que la inteligencia y

la afectividad del testador estaban profundamente alteradas en relación con sus familiares más próximos, pues sin desconocer la opinión de los autores que afirman la inoperancia de una disposición testamentaria evidentemente relacionada con la idea fija determinante de un vicio parcial de la mente del testador (delirio de persecución, monomanías, etc.), dicho se está que la apreciación de la capacidad del testador es cuestión fáctica entregada a la soberana decisión del Tribunal sentenciador, y de otro lado, son constantes las declaraciones jurisprudenciales en punto a que el contenido de los informes periciales carece de la nota de autenticidad a efectos del recurso de casación, en cuanto elemento demostrativo ya analizado en la instancia libremente, lo que excluya la posibilidad de que tales dictámenes puedan ser utilizados para patentizar el error en la ponderación del material instructorio con arreglo al cauce utilizado (Sentencias de doce de marzo, diecisiete de mayo, tres de julio y nueve y trece de octubre de mil novecientos ochenta y uno y cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y dos, entre otras muchas), ya que por sí mismos no pueden evidenciar, sin necesidad de operaciones dilucidadoras y deductivas, el irrefutable desacuerdo en que tendría que haber incurrido la sententia combatida.

Que la repulsa del motivo inicial arrastra indefectiblemente la de los otros dos, pues el segundo —que aduce interpretación errónea del artículo seiscientos sesenta y tres, número segundo, del Código Civil— incurre en la petición de principio de dar por existente en el testador una enfermedad mental que le incapacitaba para otorgar las disposiciones cuya declaración de radical nulidad se postula, y el motivo tercero, amparado, como el anterior, en la causa primera del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, cita como violado el artículo seiscientos sesenta y cinco de aquel Cuerpo sustantivo cuando la Sala sentenciadora tiene por no demostrada la demencia, a lo que ha de añadirse que el precepto en cuestión y las garantías que señala convienen, según generalizado parecer doctrinal —con alguna autorizada voz discrepante— y reiterada jurisprudencia (Sentencias de diez de junio de mil ochocientos noventa y siete, veinticinco de octubre de mil novecientos uno, veintidós de enero de mil novecientos trece y doce de mayo de mil novecientos sesenta y dos), a quien ha sido declarado judicialmente incapaz y por ello no puede conceptuársele autor de una manifestación de voluntad consciente, de suerte que en los demás supuestos basta con que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la lucidez necesaria para testar, conforme dispone el artículo seiscientos ochenta y cinco.

COMENTARIO.—Merece toda clase de plácemes esta sentencia por cuanto la misma se mueve en la línea de ponderación a que nuestro más Alto Tribunal nos tiene acostumbrados, manteniendo el principio de la seguridad jurídica en defensa de los legítimos derechos e intereses de la persona, uno de los cuales, íntimamente unido a la misma, es el de la posibilidad de disponer de sus bienes para después de su muerte mediante el otorgamiento del correspondiente testamento. Y mal se mantendría todo ello si se admitiese la posibilidad de anular una disposición testamentaria, en cuyo otorgamiento interviene un fedatario que por su formación analiza cuidadosamente la capacidad del testador y cuya apreciación resulta corroborada por tres testigos, en virtud de presunciones o apreciaciones con margen abierto a la duda. Además, en casos como el presente, debe ser tenido muy en cuenta que si los próximos parientes pudieron en vida del testador ins-

tar la declaración judicial de incapacidad de éste y no lo hicieron, no debe protegerse ese interés —económico, por otra parte, exclusivamente— una vez fallecida la persona a la que no se quiso o no se pudo incapacitar mientras vivía. Lo cual no quiere decir que no se admita la posibilidad de anular un testamento por enajenación mental del testador no declarado previamente incapaz, sino que, en estos casos, debe exigirse una prueba total, completa y absoluta —inequívoca y concluyente, dice la sentencia—, porque la incapacidad no se presume, porque se admite el testamento del loco hecho en intervalo lúcido, por el principio del *favor testamenti* —manifestación particular del más general de la subsistencia del negocio jurídico, esto es, de la producción de efectos del mismo— y por la fehacencia de la apreciación notarial, en este caso, de cuatro sucesivos Notarios.

PARTICION. BIENES GANANCIALES. EDIFICACION EN SUELO PRIVATIVO A COSTA DEL CAUDAL COMUN. ACCESION INVERSA. *Antiguo artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1982).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, 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, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, por la parte actora y apelante, conforme a las siguientes consideraciones:

Que para el estudio de la cuestión capital del recurso, hay que partir de que la edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges era problema que venía resuelto por el artículo mil cuatrocientos cuatro, párrafo segundo, del Código Civil —precepto aplicable al caso litigioso, por tratarse de situación creada con mucha anterioridad a la reforma de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno— en el sentido de apartarse de las reglas de la accesión (Sentencia de seis de noviembre de mil novecientos setenta y tres) y reputar ganancial el resultado de la obra, atrayendo lo edificado al terreno, a diferencia de lo establecido para el nuevo régimen económico matrimonial, pues el artículo mil trescientos cincuenta y nueve, párrafo primero, mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten; precepto aquél que, según había declarado la jurisprudencia, era aplicable también a la hipótesis de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación (Sentencia de dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro).

Que tanto el Juez como la Sala *a quo*, a la vista del reconocimiento judicial practicado y de la prueba pericial (incluso podría añadirse la fuerza demostrativa del documento fotográfico unido al folio cuarenta y tres), entendiendo que el edificio de nueva planta, levantado después de demoler una pequeña construcción añosa y adosado a la vieja casa-habitación, tiene naturaleza ganancial, como realizado que fue durante el matrimonio del

testador con doña M. G., aunque el suelo pertenecía al marido, ya que no consta que el importe de la obra fuese atendido con dinero perteneciente a don J. A. A. A., pronunciamiento que habrá de alcanzar la debida trascendencia en la partición de bienes del causante, efectuada en el juicio de testamentaria del que dimana el actual proceso declarativo; y contra tal declaración se alza el motivo inicial, que denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo mil cincuenta y seis, párrafos uno y dos, del Código Civil, impugnándola sobre la base de que no viene permitida, al faltar el ejercicio de acción alguna instando la nulidad parcial y la ineficacia del negocio *mortis causa* por exceso en la disposición, y tampoco la reconvencción atañe a tal tema.

Que la alegación así formulada no puede prosperar, dado que plantea una cuestión no suscitada ni resuelta en la instancia, contrariando la prohibición establecida en el artículo mil setecientos veintinueve, número quinto, de la Ley Procesal, según lo patentiza la lectura del escrito instaurador del debate (fundamentación fáctica II) y de la réplica (apartados I y II de los hechos), pasajes donde simplemente se excluyó la aplicación del artículo mil cuatrocientos cuatro, párrafo segundo, para llevar el supuesto al artículo mil cuatrocientos ocho, número tercero, como si se tratara de una mera reparación, no figura en lo actuado antecedente documental que permita afirmar que la disposición del testador se ha extendido a bienes ajenos a su patrimonio, y, por consiguiente, la adjudicación a su hijo don J. M., «en pago de su legado, mejora y legítima», del caserío «Ibarreta-Azpikoa», reduciendo la porción de los nueve hijos restantes a la legítima estricta, hay que entenderla racionalmente referida a los bienes que integraban su caudal, y, por consiguiente, en cuanto al nuevo edificio hay que llevar a las operaciones divisorias las obligadas repercusiones de su naturaleza ganancial, sin olvidar la restricción recogida en el artículo mil cuatrocientos catorce del Código sustantivo, que no aparece desconocido por el estador, que en otro caso incurría en nulidad del acto dispositivo (Sentencia de nueve de mayo de mil novecientos sesenta y ocho), extremo que no ha sido planteado ni debatido en la instancia y por lo mismo no susceptible de examen en la casación.

Que el motivo segundo del recurso, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, aduce violación de los artículos ochocientos cincuenta y ocho, ochocientos cincuenta y nueve, ochocientos sesenta y uno y ochocientos sesenta y cuatro del Código Civil, que fundamenta en la circunstancia de que el legado en favor del recurrente se extendió a todos los elementos constitutivos de la explotación agrícola «Ibarreta-Azpikoa» y, por tanto, también a la parte indeterminada que el causante correspondía sobre el referido edificio ganancial; y tampoco puede ser acogido, ya que prescindiendo de si la tesis ahora mantenida se ajusta a la normativa sobre la eficacia del legado sobre cosa parcialmente ajena (art. ochocientos sesenta y cuatro), como se pretende, la cuestión de que se trata es totalmente nueva en casación, ya que la demanda se limitó a solicitar sentencia «aprobanda las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor don A. N. L., que constan en los folios setenta y nueve a ochenta y cinco del juicio universal de testamentaria, a que se refieren estos autos, mandando protocolizar dicho cuaderno particional», por tanto, sin hacer mención alguna ni deducir pedimento respecto de las operaciones del contador dirimente, ni a la inclusión en el

haber del mejorado de la porción que al causante corresponde en la aludida finca ganancial, punto sobre el que nada se postuló ni constan en las actuaciones datos documentales sobre su tratamiento por el partidor tercero en el juicio sucesorio, todo lo cual veda a esta Sala cualquier decisión relativa al particular.

Que la misma suerte de los anteriores ha de correr el motivo tercero del recurso, que, también por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, reprocha a la sentencia de la Sala violación del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, por haber desconocido la clara voluntad del testador, animado por el propósito de mantener indivisa la explotación agrícola familiar; ya que, según se razonó, el Tribunal *a quo* no prescinde de lo dispuesto en el testamento ni niega eficacia a la adjudicación del caserío, reduciendo a los demás hijos a la legítima corta, sino que se limita a declarar, en lo que importa al caso, que el edificio levantado de nueva planta tiene condición de ganancial y no es bien privativo del causante, correspondencia al patrimonio común de los cónyuges que el tenor testamentario no contradice.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. COMERCIANTES Y AUXILIARES

FACTORES. CARACTER DE LA INSCRIPCION DE SU PODER EN EL REGISTRO MERCANTIL. REPRESENTACION MERCANTIL Y CIVIL (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1981).

No puede considerarse infringido el artículo 282 del Código de Comercio alegando que el poder no se encuentra inscrito en el Registro Mercantil, toda vez que con ello lo único que se demuestra es la inexistencia de inscripción del meritado poder, pero no la irrealidad de éste, y no produce más efecto, conforme a lo normado en el artículo 29 del Código de Comercio que el de no poder utilizarse tal poder en perjuicio de tercero, quien, por el contrario, podrá fundarse en él en cuanto le fuere favorable, pues que el alcance que tiene la inscripción de los poderes del factor no es el de hacer oponible a terceros las limitaciones al poder del factor, en el sentido de excluir de responsabilidad al comerciante, habida cuenta que el juego de los artículos 286 y 287 del Código de Comercio no resulta excluido por el efecto de la publicidad positiva del Registro, cuya significación se limita al hecho del otorgamiento y al de la revocación del poder; y en lo que se contrae a los artículos 284 y 286 del expresado Código de Comercio, a causa de que conservando la figura del factor vestigios del *institor* romano, en el sentido de sometimiento como subordinado y apoderamiento general, en cuanto no conste existencia de limitaciones, para todo lo relativo al tráfico del establecimiento, creando una específica situación de mandato mercantil que rige las relaciones internas entre el principal y el factor, y autoriza a éste para obligar al comerciante frente a terceros, generando una específica representación con características que la separan de los demás representantes civiles y mercantiles, de permanencia, al tratarse de una representación estable, en armonía con la estabilidad de la empresa, que sobrevive a los cambios de los elementos reales y personales que la integran, como se deduce del contenido del artículo 290 del Código de Comercio, en oposición al número 3.º del artículo 1.732 del Código Civil, y de amplitud, desde el momento que la representación que ejerce el factor es amplísima, como expresión del apoderamiento típico, por dotar la normativa legal al factor de una extensión fija, de modo que todo tercero

pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el comerciante por su factor, y de tal manera que viene a ser el *alter ego* del comerciante, estableciéndose una especie de dogma de la ilimitabilidad del poder, en tanto no consten establecidas limitaciones, y así lo pone de manifiesto el artículo 286, como excepción a lo regulado en el referido 284, al prevenir que cuando sea notorio que un factor pertenezca a una empresa, se entenderán hechos por cuenta de ésta, por su carácter de propietario de la empresa que ejerce, aun cuando dicho factor no lo haya expresado al tiempo de celebrar dichos contratos, en cuanto que han recaído sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento del comerciante que le confirió los poderes, en legal protección del tercero contratante, determinando que con relación a éste quede obligado aquel principal; toda vez que en el sistema que al respecto configura aquel Cuerpo legal mercantil no hay propiamente representación directa, sino en realidad, una contradicción a la regla clásica de la representación indirecta formulada en el artículo 246 del Código de Comercio, al conceder al artículo 247 del mismo a las personas que con el factor hayan contratado acción directa contra el principal, como supervivencia en nuestro Derecho positivo de la «acción institutoria» del Derecho romano, con el efecto de que si la representación del factor es voluntaria por su origen, se convierte en legal por su contenido una vez conferida, como significación de que si ciertamente es libre de nombrar factor, sin embargo, cuando lo nombra, sin acreditación de limitación alguna en el ámbito representativo, debe saber que cuantos actos jurídicos realice el designado en la esfera del giro o tráfico del establecimiento los reputa la ley, con presunción *iuris et de iure* con relación a tercero, en tanto no se hayan establecido limitaciones que sean acreditadas, llevándose a cabo por cuenta del principal, quedando por este hecho abierta la posibilidad de que el tercero reclame al citado comerciante principal directamente.

FACTOR; EXTENSION DE SUS FACULTADES. CARACTER DE LA INSCRIPCION. REQUISITOS Y DIFERENCIAS FORMALES CON EL MERO EMPLEADO (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1982).

La figura jurídica del factor, con raíz en el *institor* del Derecho romano, que ya aparece en la Pragmática dada por Carlos I en Bruselas en el año 1549 y es detalladamente regulada en los artículos 284 a 291 del vigente Código de Comercio, facultándole como representante del comerciante, expresamente requiere la existencia de poder de la persona por cuya cuenta se haga el tráfico, con exigencia de escritura pública, a tenor de lo prevenido en el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil, e inscripción en éste, de conformidad con lo dispuesto en el número 6.º del artículo 21 del Código de Comercio, al ser significativo de un poder general, de contenido típico, en cuanto abarca a todas las cosas concernientes al establecimiento mercantil, o sea, de todo lo que el propio comerciante pueda hacer, salvo lo que sea personalísimo o implique negación de la actividad mercantil, en consideración de *alter ego* del comerciante, que como de tal índole impone que todo tercero pueda saber, simplemente por el efecto de la publicidad registral, y, por tanto, sin precisión de otra particular indagación, en qué

medida queda obligado el comerciante por su factor, al bastarle saber a medio de dicho Registro que la persona con quien contrata, por ser factor, está dotado de un poder general, sin temor de reproche de mala fe, pueda confiadamente cerrar con él todos los contratos propios de la negociación del establecimiento al que venga vinculado, porque las limitaciones de facultades no consignadas registralmente sólo afectan a las relaciones internas entre factor y comerciante, rigiendo en nuestro Derecho para las relaciones externas el dogma de la ilimitabilidad del poder del factor, de tal manera, en consecuencia, que cuando no se aporte documento alguno que acredite ese específico apoderamiento evidentemente imposibilita el conferir a los empleados que adquirieron las mercancías en cuestión, la consideración de factores, al faltar al respecto el correspondiente poder mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, que es esencial a la configuración jurídica del factor, y que para hacer aplicación de lo normado en el artículo 286 del Código de Comercio se precisa que se esté en presencia de factor, es decir, de empleado al que se haya conferido dicho poder escriturado con la consiguiente inscripción en el Registro Mercantil.

II. SOCIEDADES

A. ANÓNIMAS

Nota.—Insertamos seguidamente completa la parte dispositiva de las Sentencias de 10 de junio de 1978 (ya publicada parcialmente en la pág. 466 del núm. 456 de esta REVISTA), y la de 30 de junio de 1981 (pág. 1391 del núm. 552), por el indudable interés que, en relación con las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de los últimos años, pueden ofrecer.

ADMINISTRADORES. DURACION. NOMBRAMIENTO POR PLAZO INDEFINIDO (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1978).

Considerando que el único motivo del presente recurso, en el que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa al Tribunal *a quo* de haber infringido por interpretación errónea el artículo 72, en relación con el 73 de la Ley de 17 de julio de 1951, y por aplicación indebida el artículo 6.º, número 3, del Código Civil, no puede prosperar, porque, al combatirse en él la declaración de nulidad que contiene la resolución que se impugna en cuanto a los acuerdos adoptados en la Junta general extraordinaria de accionistas de la Entidad demandada, celebrada en 12 de enero de 1976, relativos a la modificación del artículo 27 de los Estatutos sociales y al nombramiento por tiempo indefinido de los administradores en ella designados, no tiene presente: A) Que, aparte de no expresar cuál sea el párrafo del artículo 72 de la Ley de 17 de julio de 1951, con lo que desconoce la doctrina mantenida por esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 15 de noviembre de 1977 y 27 de enero de 1978, lo cierto es que el párrafo 1.º de este precepto dispone que los administra-

dores nombrados con arreglo a las normas que contiene el apartado H) del número 3 del artículo 11 de dicha ley, «no podrán ejercer sus cargos por un plazo mayor de cinco años», aun cuando se les autorice para ser «indefinidamente reelegidos», y que el párrafo 1.º del artículo 73 agrega que cuando el órgano gestor esté confiado a varias personas conjuntamente, su «renovación sólo podrá hacerse parcialmente», con lo que el legislador, abandonando el criterio mantenido en los artículos 132 y 148 del Código de Comercio, respecto a los representantes de las compañías mercantiles colectivas y comanditarias, adoptó como características consustanciales de las anónimas, aparte de otras, las notas de temporalidad, renovabilidad parcial y escalonada y reelegibilidad de sus gestores, a fin de que éstos sean siempre personas de su confianza, realidad que no se conseguiría si la limitación en el tiempo se concretase únicamente a los primitivamente designados y no a los que ulteriormente les sucedan en la realización de su cometido, dado que al ser éstos continuadores de aquéllos, según se desprende del juego de los artículos 11, 72 y 73, antes mencionados, no existe razón alguna para diferenciarlos, en virtud de la máxima: *Ubi est eadem ratio, debet, esse eadem juris dispositio*, y dado, además, que de otra forma quedarían prácticamente inoperantes los principios de renovación y reelegibilidad, a que antes se ha hecho referencia, aparte de que el párrafo 2.º del artículo 73 alude al «plazo para que fueran nombrados los administradores», expresión que claramente revela que es el ánimo del legislador al que hay que atenerse en la interpretación de las normas, de acuerdo con el número 1 del artículo 3.º del Código Civil, estuvo presente la idea de señalar un período de tiempo determinado para el desempeño de sus funciones y no un *dies in incertus quando*, pues que el adverbio indefinidamente utilizado por el artículo 72, en que pretende apoyarse la opinión contraria a esta tesis, según el Diccionario Oficial de la Lengua, es sinónimo de inacabable, y los nombramientos realizados de esa forma, según la Sentencia de 3 de diciembre de 1954, son inadmisibles, por equivaler lo indefinido a falta de plazo conocido, sin que a ello obste la redacción del párrafo 1.º del artículo 72, porque aquel adverbio, colocado inmediatamente antes de la palabra reelegidos, proclama, sin el menor género de dudas, que el mismo se conecta de modo directo con la reelección o nueva elección de dichos señores y no con su primer nombramiento, ya que aquélla inevitablemente ha de producirse después de éste. B) Que una interpretación contraria llevaría consigo la imposibilidad de utilizar los derechos de reelección y renovación parcial, respectivamente, reconocidos en los párrafos primeros de los artículos 72 y 73; el primero por resultar incompatible con el nombramiento ilimitado de los órganos gestores, y el segundo, porque la renovación parcial del Consejo de Administración, aplicable a todos ellos, cualquiera que sea la época de su nombramiento, puesto que el artículo 72 no establece diferenciación alguna entre ellos, presupone siempre, como requisito insoslayable, el que las designaciones se hayan hecho por tiempo distinto y escalonado, a fin de que las vacantes se vayan produciendo gradualmente, y porque no deben confundirse estas renovaciones con la regulada en el párrafo 2.º del artículo 72 o con la establecida en el 75, puesto que aquélla prevé el supuesto normal del cese de los administradores por el transcurso del tiempo para que fueron nombrados, mientras que el párrafo 2.º del mismo artículo contempla la forma extraordinaria de cese por fallecimiento, incapacidad o renuncia, y el 75 por separación acordada en

Junta general, que puede adoptarse sin necesidad de causa justa —Sentencias de 31 de mayo de 1957, 23 de febrero y 20 de noviembre de 1967, y Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de mayo de 1974— y aun cuando ello no figurase en el orden del día de la Junta en que se llegue a semejante decisión —Sentencias de 31 de enero de 1969 y 30 de abril de 1971—; C) Que de mantenerse la tesis propugnada por la parte recurrente, se convertirían en ilusorios los derechos establecidos por la ley en defensa de las minorías, como el de su posibilidad de acceder al Consejo de Administración por el sistema de cociente o de representación proporcional, a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 71; el de tener ocasión de participar en la renovación parcial, sancionada en el párrafo 1.º del artículo 73, invocando la cifra de su capital que podría darle un puesto en el Consejo, de conformidad con el artículo 71, y el de su preferencia sobre los no accionistas, para cubrir provisionalmente las vacantes que se fueran produciendo por causas ajenas a la expiración del plazo para que fueron nombrados los administradores, por lo que cualquier acuerdo adoptado en Junta de accionistas que desconozca estos derechos, implicaría por parte de los mayoritarios un *concilium fraudis*, basado en la fuerza de sus votos y amparado en la norma de cobertura que les brinda el artículo 84 de la Ley especial, con la finalidad de burlar los preceptos indicados y con la consecuencia de incurrir en el número 6 del artículo 6 del Código Civil, y D) Que ése es el criterio mantenido por la práctica mercantil, por la Sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1956 y por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de abril de 1958, y el que más concuerda con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 115 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956 y con la doctrina sustentada en la Resolución de 24 de mayo de 1974, así como el predominante en los textos legislativos extranjeros promulgados a partir de 1962.

Considerando que, por consiguiente, el acuerdo adoptado en la Junta general extraordinaria de accionistas celebrada en 12 de enero de 1976, modificando el artículo 27 de sus Estatutos, en el sentido de que los administradores de la Sociedad se nombraran por tiempo indefinido y designando de esa forma a sus nuevos componentes, contraviene lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de 17 de julio de 1951 y la doctrina proclamada en la Sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1956, y le hace incurrir en causa de nulidad, conforme a lo que se previene en el artículo 6, números 3 y 4, del Código Civil, por haberse adoptado en fraude de ley; y al entenderlo así la Sala sentenciadora, no ha incurrido en las infracciones denunciadas en el único motivo del recurso, por lo que procede su desestimación.

CONVOCATORIA DE JUNTAS GENERALES. REQUISITOS. NUMERO DE ADMINISTRADORES (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1981).

Considerando que procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, formulado por el recurrente don Alberto Y. M., al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en pretendido error de hecho en la apreciación que hace la Sala sentenciadora de instancia de que se celebró la reunión del Consejo de Administración de «Rigay, S. A.», y, consiguientemente, que en dicha reunión se acordó celebrar Junta general ex-

traordinaria de accionistas los días 8 y 16 de junio de 1977, en 1.ª y 2.ª convocatoria, respectivamente, y cuyo error de hecho trata de deducirse del contenido de la carta dirigida al citado recurrente por la mencionada entidad el 23 de mayo de 1977, porque si ciertamente en ella se señala el día 9 de junio de 1977 para la celebración de la segunda convocatoria de la Junta general extraordinaria de que se trata, es igualmente de tener en cuenta se trata de un mero error material, posiblemente derivado de que en principio viniese propuesta tal fecha de 9 de junio de 1977 y que luego se acordase la del 16 del mismo mes y año, como lo da a entender tanto el contenido del acta de reunión del Consejo de Administración de 22 de abril de 1977 (documento de los folios 51 y 52 de los autos), como que los anuncios llevados a cabo para su celebración (documentos de los folios 48 y 49) y aviso en carta certificada por conducto notarial (documento de los referidos folios 51 y 52 de los autos) se contraigan a aquella fecha del día 16 y no a la del 9 del mes de junio de 1977 para la expresada segunda convocatoria, y cuyo error material lo único que revela es su existencia, pero no la no celebración de la tan citada Junta convocada.

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, que, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula el aludido recurrente en pretendida falta de aplicación, tanto del artículo 12 de los Estatutos sociales como del artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, puesto que aunque efectivamente el primero de esos preceptos, para lo referente a las convocatorias de las Juntas, se remite a lo dispuesto al respecto en aquella Ley especial, y, por tanto, al artículo 49 de la misma, es lo cierto que, en contra de lo aducido por el meritado recurrente, este precepto legal en manera alguna exige que en los anuncios de convocatoria de la Junta general extraordinaria se consigne que ha sido convocada por los Administradores de la Sociedad, sino simplemente que la Junta a celebrar haya sido convocada por dichos Administradores, exigencia que el acta de reunión del Consejo de Administración de 22 de abril de 1977 revela ha sido adecuadamente cumplida.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo tercero, fundamentado, con amparo, como el anterior, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en alegada interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 71 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas y no aplicación tanto del artículo 6.º del Código Civil, en sus números 3 y 4, como de la doctrina del Tribunal Supremo, proclamada en las Sentencias de 20 de abril de 1960 y 2 de marzo de 1977, esta última, *a sensu contrario*, en relación con la no mención en la sentencia recurrida al acuerdo de reducir a dos el número de Consejeros que integran el Consejo de Administración de la Sociedad «Rigay, S. A.», por lo que se refiere al párrafo 2.º del artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, debido a que, contrariando la tesis sostenida por el recurrente, no condiciona el acuerdo de la Junta General en orden al nombramiento de Administradores a ningún número de ellos, si que únicamente la determinación de éste dentro del máximo y el mínimo que acuerde dicha Junta General, y por tanto ningún impedimento jurídico significa el nombramiento como miembros del Consejo de Administración de la Entidad «Rigay, S. A.», de don Francisco R. M., con el carácter de Presidente, y don Manuel G. F., en el carácter de Secretario-Consejero, con actuación mancomunada, efectuado en la Junta General Extraordinaria ce-

lebrada el 8 de junio de 1977, vinculante, según el artículo 48 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, por estar adaptado al artículo 13 de los Estatutos rectores de la Sociedad de que se viene haciendo mención, de conformidad con el también acuerdo adoptado en la expresada Junta de modificar la redacción de aquel precepto estatutario en el sentido de que el Consejo de Administración se integre con un número variable de Consejeros, entre un mínimo de dos y un máximo de nueve; en cuanto al artículo 6.º del Código Civil, en sus números 3 y 4, por la sencilla razón de que no existiendo norma prohibitiva para el nombramiento de dos Consejeros, en la forma y modalidad efectuada, según se deduce de lo precedentemente expuesto, claro es que no cabe apreciar la situación de acto contrario a norma imperativa o prohibitiva determinante de la nulidad y consiguiente ineficacia que contempla dicha normativa, sancionada por el Código Civil en los números del precepto legal invocado; y en lo que se refiere a las Sentencias de este Tribunal de 20 de abril de 1970 y 2 de marzo de 1977, ésta citada por el recurrente *a sensu contrario*, porque la primera no contempla el supuesto, ahora dado, de modificación de norma estatutaria en orden al número de Administradores, sino la limitación de éstos al tiempo de producirse la adaptación de Estatutos fundacionales de una Sociedad Anónima a la Ley de 17 de julio de 1951, que no es el caso actualmente examinado, y la segunda, en contra de lo apreciado por el recurrente, no rechaza la posibilidad de modificar los Estatutos societarios reduciendo el número de los Administradores, sino que la acepta, aunque considere, en mero aspecto de utilidad para el mejor funcionamiento de la Sociedad, que sea impar, pero sin considerarlo preceptivo.

Considerando que, finalmente, la inconsistencia del motivo 4.º, asimismo amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se fundamenta en pretendida violación por no aplicación del párrafo 1.º del artículo 72, en relación con lo dispuesto en el apartado h) del número 3 del artículo 11 y párrafo 1.º del artículo 73, preceptos todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y también violación de la doctrina de este Tribunal, proclamada en Sentencia de 10 de junio de 1978 al no haber sido aplicada por la circunstancia de que en el nuevo artículo 13 de los Estatutos sociales de la Compañía tan citada, aprobado en la tantas veces aludida Junta General Extraordinaria celebrada el 8 de julio de 1977, no se determine ni la duración de los nombramientos de los Administradores ni la forma de renovarse los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad, surge de que en el primer aspecto la sentencia recurrida ninguna infracción produce de dichas normas legales, ya que sus razonamientos y pronunciamientos no significan carencia de aplicación de lo regulado en el mencionado párrafo 1.º del artículo 72, en relación con lo dispuesto en el apartado h) del número 3 del artículo 11 y párrafo 1.º del artículo 73, todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas en vigor, de una parte porque la meritada resolución recurrida en modo alguno admite que el plazo de ejercicio del cargo, de no haberse producido reclamación, sea superior a seis años, ni desconoce que la administración de la Sociedad, cuando se confie conjuntamente a varias personas, debe hacerse parcialmente, como previenen aquellos preceptos, lo que tampoco deja de admitir ni reconocer la Junta General Extraordinaria, cuyos acuerdos vienen impugnados, por lo que quedan con pleno vigor esas normativas en cuanto que a ellas expresamente se remiten los Estatutos de constitución

de la Sociedad tan citada «Rigay, S. A.», constatados en la escritura otorgada en Madrid el 2 de abril de 1975 ante el Notario don Emilio D. C. (documento de los folios 5 a 12 de los autos) al establecer en su artículo 1.º, vigente al no haber sido modificado, que aquella Sociedad se registrará por las disposiciones establecidas en la referida Ley de 17 de julio de 1951 y, por consiguiente, de lo expresamente normado en dicho párrafo 1.º del artículo 72, en relación con lo dispuesto en el apartado h) del número 3 del artículo 11 y párrafo 1.º del artículo 73 de la referida Ley reguladora de las Sociedades Anónimas, puesto que estos preceptos, con aquel envío regulador, tienen adecuada aplicación al no quedar nada prevenido al respecto en la nueva redacción acordada al artículo 13 de los Estatutos sociales y consiguiente modificación de éste al particular; y en el segundo aspecto, en razón a que la Sentencia de 10 de junio de 1978 que se invoca parte de la base del acuerdo tomado en Junta General Extraordinaria de nombramiento de Administradores por tiempo indefinido, que no es lo sucedido en el presente caso, en el que al no fijarse tiempo alguno a los designados en la indicada Junta de 8 de junio de 1977 hay que estar, según viene anteriormente establecido, al plazo fijado en el párrafo 1.º del artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas y con el alcance prevenido en el también párrafo 1.º del artículo 73 del mismo ordenamiento jurídico.

Considerando que, por lo expuesto, y al no tener acogida ninguno de los motivos en que se apoya el recurso de casación ejercitado, es de llegar a la solución desestimatoria del mismo, condenando al recurrente al pago de todas las costas y sin pronunciamiento sobre depósito al no exigirse su constitución por no existir en el proceso de la naturaleza del presente dos sentencias generantes de disconformidad; y todo ello a tenor de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ADMINISTRADORES. FACULTADES PARA AVALAR LETRAS DE CAMBIO (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1981).

Los Administradores sociales, facultados para aceptar letras de cambio, pueden avalarlas en base al párrafo 3.º, en relación con el 1.º, del artículo 447 del Código de Comercio; reiterando así el Tribunal Supremo la Sentencia de 6 de octubre de 1975.

ADMINISTRADORES. INCOMPATIBILIDADES (del párrafo 2.º del artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas) (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1982).

El párrafo 2.º del artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla el problema de la coincidencia en una misma persona de la cualidad de Administrador de dos Sociedades competidoras o concurrentes en el mercado, cuya aplicación requiere, según señala la mejor doctrina, una cuidadosa ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, sin que baste acudir al solo criterio de la identidad en la índole de las operaciones sociales, ya que no es insólita la alianza o concentración de Sociedades del mismo género, razón por la cual el legislador remite la solución del problema

al órgano soberano de la Sociedad que se entiende perjudicada con dicha situación, en la que late una oposición de intereses, que es también la pauta seguida en el Derecho comparado (arts. 2.390 del Código Civil italiano y 101 de la Ley francesa sobre el particular).

JUNTAS GENERALES. CONVOCATORIA. PERSONA FACULTADA (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1982).

En base a los artículos 56 y 11, apartado 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, pueden los Estatutos establecer que la convocatoria de las Juntas corresponde al Presidente.

JUNTAS GENERALES. CONVOCATORIA. REQUISITOS DE LA PUBLICACION. PLAZO; EFECTOS DE SU INOBSERVANCIA (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1983).

Tanto la Ley Reguladora como los Estatutos señalan que la convocatoria de la Junta general ha de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* y en un periódico de mayor circulación de la provincia por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración; y habiéndose publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el día 16 de junio para celebrarse en primera convocatoria el día 30 del referido mes (en el periódico se publicó el día 4 de junio, con la debida antelación por tanto), por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.º, 1 y 2, del Código Civil, el plazo entre la publicación de la convocatoria y la celebración de la Junta era de catorce días.

La doctrina de esta Sala en las ocasiones en que se ha ocupado del tema viene interpretando el cumplimiento de los requisitos de convocatoria con un criterio estricto, otorgando a la normativa del artículo 53 de la Ley carácter de derecho necesario al objeto de evitar los perjuicios que de su incumplimiento pudieran derivarse tanto para los socios como para la propia Sociedad (Sentencias de 4 de noviembre de 1961, 27 de octubre de 1964, 3 de febrero de 1966 y 15 de octubre de 1971). De acuerdo con esa doctrina, toda convocatoria que no se ajuste a las prevenciones legales carece de validez, impregnando dicha tacha a los acuerdos en la misma adoptados.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. COMPUTO DEL PLAZO Y CARACTER DE CADUCIDAD, NO DE PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1982).

El cómputo debe efectuarse arregladamente al artículo 5.º del Código Civil, o sea, sin excluir los días inhábiles transcurridos según constante jurisprudencia de esta Sala, que distinguiendo entre términos o plazos sustantivos y procesales tiene declarado (Sentencias de 24 de marzo de 1897, 24 de octubre de 1903, 23 de enero de 1946, 21 de mayo de 1951, 11 de febre-

ro de 1959, 14 de noviembre de 1962, 22 de mayo de 1965 y 25 de junio de 1968) que sólo ofrecen carácter procesal los que «tengan su origen o punto de partida en una actuación de igual clase», o sea, que sólo tienen carácter procesal los que comienzan a partir de una notificación, citación, emplazamiento o requerimiento, pero no cuando, como en el caso, se asigna el plazo para el ejercicio de una acción; y así, y con específica referencia al paralelo artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo tienen declarado las de 21 de febrero de 1957, 1 de julio de 1961, 7 de junio de 1962 y 25 de junio y 11 de octubre de 1963.

El plazo considerado es de caducidad y no de prescripción; y conocidos son los efectos propios de esta institución, recordados últimamente en la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 1981, con antecedentes en las de 27 de abril de 1940, 10 de marzo de 1942, 7 de junio de 1945, 17 de noviembre de 1948, 25 de septiembre de 1950, 21 de noviembre de 1951, 30 de octubre y 24 de noviembre de 1953, la ya citada de 11 de octubre de 1954 y la de 26 de junio de 1974, en todas las cuales y para diversos supuestos se establece, con matizaciones, que los diferentes modos de interrumpir la prescripción no son aplicables a los plazos de caducidad, pues la prescripción y la caducidad, aunque producen el mismo efecto extintivo y sirven a la común finalidad de evitar que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos, ofrecen como nota que las distingue, aparte otras, que en la primera el factor tiempo puede ser detenido en su marcha tendente a la extinción de la relación jurídica si median actos obstativos al designio prescriptivo, lo que no ocurre con la caducidad, en la que no cabe la interrupción, y por tanto no pudo en el presente caso actuar eficazmente el actor promoviendo las diligencias preliminares que no produjeron ese inasequible efecto interruptivo o suspensivo, al modo como tampoco lo interrumpieron ni suspendieron en los casos contemplados por las ya citadas Sentencias de 25 de septiembre de 1950 y 26 de junio de 1974, los precisos actos de conciliación ni en el supuesto de la última la iniciación de un procedimiento inadecuado.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. COMPETENCIA (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1983).

La competencia judicial para decidir la validez o nulidad de lo acordado se extiende a la de la validez de la convocatoria.

BALANCE. PLAZO DADO A LOS ADMINISTRADORES EN EL ARTICULO 102 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. ALCANCE DE SU INOBSERVANCIA (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1983).

La circunstancia de que los Administradores formularan fuera de plazo legal, esto es, después de los cuatro meses a que alude el artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, el balance con la cuenta de Pérdidas y Ganancias, la propuesta de beneficios y la memoria explicativa no acarrea por sí sólo la nulidad del acuerdo de la Junta General aprobatorio de dichos documentos, ya que se trata de un plazo establecido exclusivamente para ponerlo en armonía con lo previsto en los artículos 50 y 110 de la misma Ley.

B. LIMITADAS

SOCIEDAD DE DOS SOCIOS CON IGUALES PARTICIPACIONES. LOS DESACUERDOS ENTRE AMBOS QUE PARALICEN LA SOCIEDAD CONDUCEN A SU DISOLUCION (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1982).

La Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada no contempla el supuesto de disolución que se plantea al remitirse la misma al Código de Comercio y éste al Código Civil, estimándose la demanda en las sentencias recaídas, si bien en la primera se hace por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.700 del Código Civil, al establecer que la Sociedad se extingue por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707; en tanto en la segunda, que es la impugnada en el recurso que nos ocupa, se verifica aplicando el artículo 224 del Código de Comercio, precepto que autoriza la disolución de las Sociedades personalistas por la sola denuncia legal de uno de los socios.

Esta Sala, en su Sentencia de 3 de julio de 1967, contempló el supuesto, que se calificó de «sugestivo», de si en una Sociedad de responsabilidad limitada integrada sólo por dos socios, con igual participación e idénticas facultades de administración, al surgir desacuerdos entre los mismos podía acordarse su disolución, impetrada por uno de los socios con la oposición del otro, llegando a la conclusión afirmativa, y ello por cuanto, ante tan encontradas posturas, no podía adoptarse ninguna decisión que permitiera el desarrollo del fin social, situación idéntica a la que en el presente caso es objeto de enjuiciamiento, estableciéndose que tal supuesto ha de estimarse comprendido en el párrafo 2.º del artículo 30 de la Ley Reguladora del Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada al contener la misma «una fórmula genérica para todos aquellos supuestos que verdaderamente sean de trascendencia y de hecho, y con sujeción a las reglas del criterio humano, produzcan el colapso de la vida de la Compañía, imposibilitando su normal funcionamiento de manera permanente y definitiva», especificándose en la Sentencia de 25 de octubre de 1963, reiterando las de 18 de enero y 13 de febrero de 1962 que «cuando sean sólo dos los socios con idéntica participación de capital, al no haber mayoría posible, deben reputarse como Sociedades de tipo familiar y de carácter personalista, y se está en el caso de aplicar subsidiariamente el número 7.º del artículo 218 del Código de Comercio, que admite la Ley especial en su artículo 31».

III. TITULOS-VALORES

AVAL MERCANTIL Y FIANZA CIVIL. CARACTER SUPLETORIO DE LA REGULACION DE ESTA PARA AQUEL (SENTENCIAS DE 6 Y 11 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El aval cambiario es independiente, aunque accesorio, del contrato causal subyacente concertado entre el librador y el aceptante de la letra cuyo pago garantiza, puesto que el avalista responde del pago en los mismos casos y formas que la persona por quien salió garante.

Según establece la Sentencia de 27 de junio de 1941, resulta acomodado a la construcción jurídica del aval y a su naturaleza esencialmente accesorio aplicar a la institución las disposiciones básicamente reguladoras de la fianza, con las modificaciones impuestas por la legislación mercantil, y de ahí que en atención al carácter de fianza cambiaria y a la falta de independencia de la obligación del avalista (la locución utilizada en el artículo 486 del Código de Comercio se refiere a las personas y no a las obligaciones), intrínsecamente relacionada con la que garantiza, la más autorizada doctrina entiende aplicables los preceptos del Código Civil en función supletoria de los del Código de Comercio, siempre que no pugnen con la específica esencia del aval cambiario, y entre ellos concretamente el artículo 1.851, conforme al cual la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.

Es enseñanza jurisprudencial que el hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación cuando ésta venza no significa que se concedió prórroga, necesitada para su existencia de una declaración expresa o cuando menos de actos inequívocos distintos de la mera tolerancia en percibir con retraso el pago de lo debido (Sentencias de 24 de junio de 1943 y 3 de noviembre de 1955, entre otras).

Según entendió la Sentencia de 18 de junio de 1914, se produce la extinción de la fianza cuando el acreedor admite la entrega de letras en pago de la deuda a que afectaba la garantía, pues suspende todo posible ejercicio de la acción derivada de la obligación primitiva con arreglo al artículo 1.170, último párrafo, del Código Civil; en la hipótesis de la litis no se trata de una mera prórroga del término *solutionis*, que sería por sí sólo bastante para desencadenar el efecto previsto en el artículo 1.851, sino de comportamiento, que excede manifiestamente de una ampliación del tiempo de pago para alcanzar la significación propia de un pacto novativo, ajustado a la normativa de los artículos 1.203 a 1.206 del Código de Comercio referido, determinante de la extinción de la fianza por vía indirecta o de consecuencia (art. 1.207), con lo cual concurre también el presupuesto requerido por la opinión doctrinal más estricta, que invocando los precedentes del artículo de que se trata (art. 1.765, en relación con el 1.134, del Proyecto de 1851) entiende que la prórroga ha de implicar realmente novación obligacional.

AVAL. EXTINCION POR SUSTITUCION DE NUEVAS LETRAS EN LUGAR DE LAS PRIMITIVAS (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1981).

Si bien es cierto que, conforme al artículo 487 del Código de Comercio, el aval otorgado en términos generales y sin restricción hace responsable al que lo prestó del pago de la letra en los mismos casos y formas que la persona por quien salió garante, ello ha de entenderse en tanto en cuanto subsista, junto a la obligación garantizada, el afianzamiento que el aval, por su naturaleza y por declaración del artículo 487 del Código de Comercio, implica, pero en modo alguno puede predicarse la permanencia de aquella responsabilidad del avalista cuando por un motivo legal específico afectante al afianzamiento mismo éste se ha extinguido al margen de la permanencia de la obligación principal garantizada, como sucede en el caso presente, en que expresamente convenido por acuerdo la entrega de nuevas

cambiales en sustitución de las primitivas por similar cantidad y distinto aceptante, con vencimiento en junio de 1975 y agosto de 1976, a cuyo buen fin quedó supeditada la liberación de la deuda y anulación de las primeras, este convenio aplazamiento de la exigibilidad de la deuda cambiaria, sin consentimiento ni intervención del avalista, permite traer a juego el artículo 1.851 del Código Civil, y con su invocación, al amparo de la aplicación supletoria del Derecho común a la contratación mercantil, prevista en el artículo 50 del Código de Comercio, declarar extinguido el aval prestado, ya que el convenio y correspondiente sustitución, aunque sea temporal, de las letras inicialmente creadas por otras con vencimiento más tardío necesariamente supone por lo menos una prórroga en la exigibilidad de la deuda garantizada que determina, cuando tiene lugar a espaldas del avalista, la extinción del aval conforme a lo previsto en el citado artículo 1.851 del Código Civil.

LETRA DE CAMBIO. REQUISITOS: CABE NO EXPRESAR EL DIA DEL VENCIMIENTO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1983).

LETRA DE CAMBIO. REQUISITOS FORMALES. ALCANCE DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO DE COMERCIO. AVAL CAMBIARIO: NATURALEZA JURIDICA, CARACTERES Y EFECTOS (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1983).

El requisito exigido por el número 3.º del artículo 444 del Código de Comercio opera como *conditio sine qua non* al venir establecido, según expresa el párrafo 1.º del mismo precepto legal, para que la letra de cambio como tal pueda surtir efecto en juicio, con el consiguiente alcance de que su omisión genere que la cambial resulte perjudicada y en consecuencia pierda las acciones privilegiadas para su efectividad, convirtiéndose en un documento que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 5 de octubre de 1971, podrá servir en su caso para acreditar la existencia de un negocio jurídico y servir de prueba del mismo, pero en modo alguno ser base para amparar acciones estrictamente cambiarias al perder su validez como instrumento de crédito mercantil por dejar de ser letra de cambio en su contenido exacto para pasar a integrar otra clase de título, con la consiguiente consecuencia de nulidad como efecto de cambio, pues una letra de cambio sin contener indicación del requisito exigido en el mencionado número 3.º del artículo 444 del Código de Comercio es un documento incompleto en el ámbito cambiario mercantil, siendo una especie de pagaré a favor del tomador y a cargo del librador, como proclama la Sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 1917 y establece el artículo 450 del Código de Comercio al determinar que toda desviación del modelo legal hace perder al correspondiente documento el carácter de letra de cambio desde el momento que en nuestro Derecho no destaca el carácter de la letra de cambio como título a la orden nato.

Es de proclamar que siendo el avalista un deudor solidario, que asume la misma posición que el avalado, conduce a que pueda ser demandado tanto antes de éste como después de haberse acreditado su insolvencia, lo

que determina la no precisión de levantar protesto contra el avalista cuando haya sido efectuado contra el deudor principal, sin que se notifique a aquél, así como que en nuestro Derecho, aun reconociendo la naturaleza accesoria del aval y la concepción de éste como una verdadera fianza cambiaria, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas legislativos, en que es una designación autónoma e independiente, es claro que el avalista puede oponer al portador de la letra todas las excepciones de tipo personal que podría oponer el avalado, pues si el avalista responde en los mismos casos que la persona por la que salió garante, como previene el artículo 487 del Código de Comercio, quiere decirse que podrá oponer al acreedor las mismas excepciones que podría oponer el deudor principal, ya que de no ser así no respondería en los mismos casos, sino en casos distintos, con el efecto, precisamente derivado de dicha accesoriedad, que si la obligación avalada es nula, o cuando menos inoperante, también lo será la obligación del avalista, lo que lleva a reconocer que éste pueda oponer al actor la decadencia o el perjuicio de la letra, como podría hacerlo también el deudor principal, como excepción del Derecho cambiario que compete al avalista.

VII. VENTA A PLAZOS

TITULARIDAD DEL OBJETO VENDIDO CON RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1982).

En el artículo 11 de la Ley Reguladora de ventas a plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965 se confiere al vendedor, en el supuesto de demora de dos plazos o del último de ellos por parte del comprador, dos acciones distintas, a las que puede optar, o bien exigir el pago de todos los plazos pendientes de pago o la resolución del contrato, con las consecuencias subsiguientes, derivadas de la depreciación del objeto mueble vendido y de la tenencia por la parte compradora demandada y su deterioro por el uso, acción que en el proceso declarativo que se contempla ha sido la ejercitada, a la que precede una declaración, en orden a la reserva de dominio, que deriva del propio contenido del contrato, en el que la tal reserva es objeto de específica estipulación.

Según el clausulado contractual, «el objeto vendido se halla libre de gravámenes y su dominio queda afecto al vendedor hasta la total extinción de la deuda», lo que implica una clara reserva de dominio, no operándose, por el contrario, más que un traslado de posesión, sin que ante el incumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por la Sociedad demandada pudiera integrar la misma en su patrimonio la máquina objeto del contrato; no puede admitirse que el mueble vendido pasara al dominio de la compradora y pudiera ésta integrarlo en el activo de su inventario al solicitar su declaración de suspensión de pagos, pues a ello claramente se opone el artículo 9.º citado, al disponer que la venta sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el precio, y el 11, que permite al vendedor, en el supuesto de incumplimiento contrario que el precepto contempla, postular la resolución, y que debe terminar la resolución cuando el incumplimiento de su contraparte es manifiesto, y ello

al margen de la existencia simultánea del expediente de suspensión de pagos, pues, a mayor abundamiento, para el ejercicio de la acción amparada en tal precepto no es necesaria la inscripción en el Registro de Ventas a Plazos, ni la inscripción puede alterar la condición del comprador, transformándolo en un tercero, que pueda oponer al vendedor tal condición en el supuesto de ausencia de inscripción y así enervar las obligaciones contractuales por aquél asumidas y que permanecen vivas háyase o no producido la inscripción.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES,
OPERACIONES SOCIETARIAS Y ACTOS JURIDICOS
DOCUMENTADOS

Por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO

TIMBRES MOVILES (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 1981).

La falta de reintegro correcto de los escritos interponiendo los recursos económico-administrativos y la falta de aportación al órgano jurisdiccional de los correspondientes timbres móviles, previo requerimiento del Tribunal de tal aportación, es causa de caducidad de la instancia de alzada sin entrar en el fondo de la cuestión (art. 113 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959).

*NOTIFICACION A LOS CONTRIBUYENTES Y VALORACION TECNICA
COMO MEDIO DE COMPROBACION DE VALORES (RESOLUCIÓN DE 8 DE
ENERO DE 1981).*

Las bases han de ser notificadas con independencia de las liquidaciones, como un acto administrativo autónomo que es, bajo sanción de nulidad de las actuaciones, que deberán reponerse al momento de esta notificación.

El técnico que realiza la valoración, en expediente de comprobación de valores, en el dictamen no debe limitarse a asignar un valor en cifras, sino que debe expresar las razones en que basa el resultado de la peritación, sin que sea suficiente el informe emitido en primera instancia a requerimientos del Tribunal Económico-Administrativo Provincial correspondiente, en el que se hace constar: «Analizado el estado actual de la construcción, así como el valor del suelo en la zona, se mantiene la valoración».

EXENCIONES (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 1981).

La falta de concesión de una exención por la Oficina Liquidadora es un error de derecho y no un simple error de hecho, por lo que transcurridos los plazos para interponer los correspondientes recursos no se puede usar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos para resarcirse el contribuyente de las cuotas indebidamente satisfechas.

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 1981).

El medio de comprobación de valores del artículo 117, número 12, del antiguo Texto Refundido del Impuesto (hoy por remisión del art. 49 del nuevo Texto Refundido al art. 52 de la Ley General Tributaria vigente según el apartado d) del núm. 1 de este último) ha de reunir las características de precisión y concreción de la realidad de los hechos en que la valoración emitida por el funcionario al servicio de la Administración se apoya, cuya falta causa la nulidad de las actuaciones, que deben reponerse al trámite inicial comprobatorio, pues sólo conociendo el contribuyente la realidad de los hechos tenidos en cuenta por el funcionario valorador puede determinar los argumentos de su defensa.

SUSCRIPCION DE ACCIONES (RESOLUCIÓN DE 15 DE ENERO DE 1981).

A una convención sólo puede aplicársele una vez el impuesto. Por ello, si una Sociedad aumenta capital por valor de 30 millones de pesetas mediante la emisión de 30.000 acciones de 1.000 pesetas nominales cada una, de las que fueron suscritas 18.323 acciones, y pagado el impuesto por una base de 18.323.000 pesetas, si luego se presenta en la Oficina Liquidadora un acta en la que se hace constar que las acciones suscritas en realidad son 18.486, por un valor de 18.486.000 pesetas, no procede una liquidación por esta última suma, sino por la diferencia entre lo suscrito en la actualidad y lo suscrito anteriormente. Siendo por tanto la base correcta de la liquidación procedente en este caso la cantidad de 163.000 pesetas.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. FORMA DE PROCEDER EN EL CASO DE NO OBTENCION DE LA CEDULA DE CALIFICACION PROVISIONAL (RESOLUCIÓN DE 15 DE ENERO DE 1981).

Concedida la exención de un hecho imponible por razón de ser una operación destinada a la construcción de viviendas de protección oficial y no obtenida la cédula de calificación provisional en el período de tres años, se solicita por el contribuyente la práctica de la oportuna liquidación transcurrido con creces el plazo de tres años. Según la doctrina del Tribunal

Económico-Administrativo Central, la forma correcta de proceder en supuestos análogos el Liquidador es aplicando las normas propias del Derecho tributario y no las de viviendas de protección oficial, y en consecuencia:

1.º Se ha de respetar la base fijada en su día por la Administración en el expediente de comprobación de valores, realizado al tiempo de concederse la exención, por estar ésta sometida a la obligatoriedad para ella de sus propios actos.

2.º El plazo de tres años para justificar la obtención de la cédula de calificación provisional se ha de computar a partir del día en que se concedió la exención.

3.º Los intereses de demora se deben especificar en una liquidación separada de la principal.

4.º Dichos intereses se han de computar desde el día en que se produjo el hecho imponible, sin perjuicio de las anualidades que pudieran estar prescritas.

5.º El tipo de intereses será el básico del Banco de España al tiempo en que la exención provisional quedó sin efecto.

6.º No procede la multa por falta de presentación, pues el documento ya se presentó en su día, debiendo esto entenderse sin perjuicio de la investigación.

TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA (RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 1981).

Las facultades revocatorias del Tribunal Económico-Administrativo Central de las tasaciones periciales contradictorias, en cuanto éstas se producen por el procedimiento legal por perito tercero nombrado por la Autoridad Judicial, sólo recae sobre la observancia o no en sus trámites de las normas de procedimiento, garantía última de los contribuyentes, pero nunca sobre los valores económicos resultantes, que quedan a los conocimientos técnicos del Perito tercero, que nombrado judicialmente tiene las características de conocimientos e independencias exigibles, sin que en ningún modo tenga el Tribunal Económico-Administrativo Central facultades revisoras sobre el montante económico del resultado de la tasación.

USUFRUCTO (RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 1981).

El plazo de prescripción de diez años para la práctica de la liquidación de consolidación del dominio en los usufructos constituidos por actos a título gratuito comienza a contarse desde el día en que la consolidación del dominio se produce.

El comprador por separado de la nuda propiedad y el usufructo de un bien está legitimado activamente para interponer el recurso económico-administrativo contra la liquidación caucional girada al nudo propietario por la consolidación del dominio.

PROCEDIMIENTO ECONOMICO-ADMINISTRATIVO (RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 1981).

Establecido un recurso económico-administrativo ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y durante la sustanciación del mismo, realizada una nueva alegación ante la Oficina Liquidadora por razón del mismo expediente y en vías de recurso de reposición, después de transcurridos quince días de la notificación debe rechazarse todo recurso por extemporáneo.

PLAZO DE PRESENTACION (RESOLUCIÓN DE 5 DE FEBRERO DE 1981).

En las adquisiciones procedentes de adjudicaciones en subastas realizadas por la autoridad judicial, el plazo de presentación de la solicitud de liquidación en la correspondiente Oficina Liquidadora comienza a contarse desde el día en que la resolución judicial adjudicatoria ganó firmeza, estando obligado el contribuyente, si no obtiene dentro del plazo de presentación el pertinente testimonio del auto de adjudicación, a presentar a la Oficina Liquidadora una declaración de la adquisición, en virtud de la cual se practicará una liquidación provisional, sin perjuicio de la definitiva, en su caso, cuando se obtenga el oportuno documento judicial.

F. J. F. F.

LIBROS

BOQUERA OLIVER, J. M.^a: *Estudios sobre el acto administrativo*. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1982.

Resulta sumamente curioso que frecuentemente traiga a estas páginas problemas administrativos que, en principio, se me escapan en conocimientos y dimensiones. Pero esto debe ser por la dificultad de comprensión que toda su teoría me ofrece, y tratar de salvar ese obstáculo puede ser una justificación de mi insistencia. Comparo este campo con el de las frases o palabras que ponen de cuando en cuando en circulación los políticos, y que cuando descienden al «pueblo llano» se convierten en horteradas tan insoportables que es como si el desodorante las hubiese abandonado. Una de estas palabras últimas la asemejo al concepto y caracteres del acto administrativo. He oído en las altas esferas la utilización de la palabra «LUDICO» y podréis creer que en mi busca de diccionario no he encontrado muchas referencias. Parece ser que el origen de la palabra está en la acepción de juego, del latín *ludere*, pero que en su verdadero significado es algo muy poco recomendable, salvo en manifestaciones patrióticas, huelgas multitudinarias o aglomeraciones humanas: «frotar una cosa con otra o pasar una cosa por otra restregando». Claro que en toda buena democracia la mayoría se impone siempre a la minoría, y a la mayoría le va lo «lúdico», como hemos visto.

Y, sin embargo, en nuestros días, todavía la noción básica de dicha teoría, la del acto administrativo, no está claramente perfilada. El concepto de acto administrativo se nos ofrece discutido en la teoría y cambiante en la legislación y jurisprudencia. Son frases éstas del autor de la monografía que estampa en la introducción de la misma, lo cual no hace más que darme la razón en esa equiparación con lo «lúdico». Esto también parece un juego. Mis dudas arrancaban ya de cuando me dediqué una temporada a comentar la Ley del Suelo y la aprobación de los Planes, que aún está en duda su encuadramiento en el acto administrativo. Por todo ello, es de agradecer al autor de esta monografía que haya intentado reunir y explicar las nociones que nuestro Ordenamiento jurídico-positivo emplea del acto administrativo y a sugerir cuál sería la más apropiada y debería utilizarse de manera general. Aunque la monografía estructura en siete apartados el contenido que ofrece, nosotros, en aras de una simplificación hacia el lector, vamos a reducir a dos los apeaderos: noción y elementos del acto y caracteres del mismo.

A. Concepto y elementos

Para llegar a un concepto del acto administrativo, el autor se plantea en dos vertientes la problemática. Una de ellas es la que trata de rescatar la noción dogmática, y la otra es la que penetra en el Ordenamiento espa-

ñol. En la primera, y en la noción jurídico-formal, dice el autor que «acto administrativo es, pues, la declaración de voluntad que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a un sujeto o sujetos por presumirse, con presunción *iuris tantum*, su legalidad». También el autor recorre las tres concepciones —subjetiva, funcional y mixta— y su crítica. En la legislación española señala cómo la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa ni siquiera emplea la expresión de «acto o actos administrativos», sino actos de la Administración. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 da un paso adelante y habla de «disposición» como decisión o acto general de la Administración y «resolución» al acto singular. La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 emplea indistintamente las expresiones «actos administrativos» y «actos de la Administración», entendiendo que sólo los segundos son ejecutivos por estar sujetos al Derecho público. También se comprende dentro de la expresión a los actos de tramitación, instrucción y ejecución. El temario se completa con las referencias conceptuales de la jurisprudencia, concluyendo que para la misma acto administrativo es la declaración de voluntad singular o general de una Administración pública, o un delegado suyo, con la que ejercita poder público administrativo.

Dentro de los elementos esenciales de la noción del acto administrativo es preciso señalar, con el autor, la voluntad declarada y los efectos jurídicos, pero hay que tener en cuenta, según el criterio apuntado, que la voluntad declarada puede descomponerse en *causa* (la representación y juicio práctico que mueve a la voluntad a declararse), *voluntad* (apetición o querer), *forma* (el medio empleado para exteriorizar la voluntad) y *fin* (objetivo a alcanzar). El autor desarrolla convenientemente estos puntos para concluir con el tema de la inexistencia: cuando faltan todos, algunos o alguno de los elementos esenciales del acto administrativo o la adecuación entre ellos o con la realidad, no existe acto administrativo. Y aquí se agolpa, sin embargo, la dificultad terminológica, ya que aunque las ideas sean claras, existencia e inexistencia, eficacia e ineficacia y validez e invalidez, la utilización indebida de los términos provoca confusión. La patología del acto administrativo es laguna y reto.

Toda esta teoría la relaciona el autor con el tema de los llamados actos reglados y discrecionales, que tuvo en su momento un gran interés. Para el autor, los elementos de un acto administrativo están reglados cuando el Ordenamiento jurídico los configura. Los elementos de un acto administrativo son discrecionales cuando aquél no los configura, y entonces su autor puede configurarlos dentro de los límites fijados por el Ordenamiento jurídico. Consecuentemente con todo ello, y en forma especial destina un capítulo a la teoría de la causa, su diferencia de los motivos y los posibles vicios que pueden incidir sobre la misma (falsedad y error en sus diferentes categorías). Debemos apuntar que si la causa se concibe subjetivamente, el autor opina que no es posible diferenciarla de los motivos.

B. Caracteres del acto administrativo

No sé si la intención del autor fue la de configurar todo lo que yo incluyo aquí como caracteres en otras categorías, como pudieran ser los efectos del acto administrativo, pero advierto al lector que aquí recojo tres puntos que el autor estudia separadamente: la irrevocabilidad de los actos admi-

nistrativos, la jerarquía de los mismos y la ejecutoriedad o ejecución forzosa de los actos administrativos.

El autor comienza deslindando el concepto de revocación: consiste en la anulación de los actos administrativos a instancia de la misma Administración que les ha dado nacimiento. Es una modalidad de la anulación que se caracteriza por ser la Administración autora del acto quien promueve y decide su anulación. En su discurrir lógico, el autor sigue sacando consecuencias: si el acto administrativo goza de la presunción *iuris tantum* de legalidad, la irrevocabilidad del mismo constituye su consecuencia lógica. De sus consecuencias y de la extensión del principio expone el autor sus ideas para llegar al Derecho español, donde no se proclama la irrevocabilidad de todos los actos administrativos, sino que se limita a los declarativos de derechos e incluso con excepciones, y a los declarativos de obligaciones tributarias. En cambio, se consideran revocables los actos administrativos declarativos de obligaciones. El desarrollo de cada uno de estos puntos ocupa el resto del capítulo de la obra.

La jerarquía de los actos administrativos es otro de los puntos que el autor trata como tema importante y que, según su criterio, se realiza mediante la aplicación de dos criterios: el orgánico y el material. El primero resulta de la estructura jerárquica de la Administración pública, y el segundo, del principio de igualdad. La jerarquía de los órganos determina la de los actos. Según el criterio de igualdad, los actos generales son superiores a los singulares, y los más generales superiores a los menos generales.

Por último, como tema final, está el de la ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Después de examinar las diferentes nociones de la ejecutoriedad nos brinda la situación actual: puede ser entendida como posibilidad de ejecución forzosa por la propia Administración y como facultad de crear unilateralmente e imponer obligaciones y eventualmente derechos a cargo o en beneficio de terceros, criterio éste al que parece responder la jurisprudencia. Concluye el autor con una referencia histórica de nuestro Ordenamiento, en el que el criterio de ejecutoriedad viene heredado en la actual Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de la legislación de Administración local.

Aunque yo siga teniendo mis dudas en torno a todas estas materias, es bien cierto que la obra es de una claridad meridiana, didáctica y práctica. Yo de ella, y en mi campo particular de la calificación registral, he sacado mis conclusiones para seguir defendiendo posturas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

5

COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *Colectivismo agrario en España*. Introducción y edición de Carlos Serrano. Guara Editorial, tomo I, de 323 páginas, y tomo II, de 427 págs. Zaragoza, 1983.

Por poner un ejemplo de obra universal, digamos que todos hemos leído bastantes trozos y hasta capítulos del *Quijote* en nuestros tiempos escolares. Pero ¿cuántos lo hemos leído completo ya en la madurez? Casi siempre ocurre así con los libros básicos de los autores más célebres: van de boca en boca, de cita en cita, y, sin embargo, pocos los hemos leído enteros.

Algo igual pasa con JOAQUÍN COSTA, tan traído y llevado, citándolo como uno de los más destacados regeneracionistas, y del que se conocen sus frases de «escuela y despensa» y otras más y con eso se sale del paso, sin conocer su total pensamiento. Por eso es interesante anotar la reciente reedición de uno de sus libros más clásicos, que nos puede facilitar su mejor conocimiento.

En un completo estudio preliminar, CARLOS SERRANO nos sitúa *Colectivismo agrario* en el enfoque que adopta COSTA frente a la sociedad de la época de la Restauración, como respuesta a un proceso histórico complejo.

El libro, según el comentarista, es producto de una triple coyuntura histórica; influyó decisivamente en COSTA:

a) A corto plazo, la lectura del libro *Progreso y miseria*, del norteamericano HENRY GEORGE, que cita repetidamente, recogiendo varias de sus ideas y, además, el impacto que supuso por entonces la publicación del Código Civil, de corte individualista indudable, en choque con unos derechos tradicionales y consuetudinarios, más abiertos a una concepción comunitaria de la tierra. Sirva como ejemplo la raquítica regulación de los aprovechamientos de pastos y leñas y la facultad de cercar la finca para liberarse de una comunidad y... seguir chupando de ella. Se planteaba vivamente un enfrentamiento entre las posturas individualistas y colectivistas y el debate distaba mucho de ser sólo académico; por el contrario, cobraba una dimensión casi dramática en el contexto de la crisis que por entonces padecía el agro español.

b) A medio plazo, la coyuntura histórica que venía a enmarcar el nacimiento de *Colectivismo agrario* era precisamente esa crisis agraria que padecía Europa en el último tercio del siglo XIX. Los progresos técnicos aplicados al campo y, sobre todo, el auge de las producciones de las llamadas «tierras vírgenes» de Rusia, EE. UU., Argentina y Australia, con el abaratamiento del transporte por el nacimiento del ferrocarril y la marina de vapor, fueron causa de la llegada en avalancha de cereales y carnes procedentes de ultramar, que se desembarcaban en los puertos europeos a precios muy inferiores a los que conseguían los productores locales; esto produjo una enorme crisis, que en España se agudizó en el decenio de los ochenta, y cuyas causas y posibles remedios se estudiaron en el trabajo de una comisión gubernamental publicado a partir de 1887, bajo el título *La crisis agrícola y pecuaria*.

c) A largo plazo, es importantísima la coyuntura histórica originada por la desamortización, que había venido a agravar la crisis y cuyas consecuencias son la queja unánime de todos los encuestados por la antes citada comisión. Aunque el proceso de enajenación de bienes concejiles tenía ya una larga historia cuando COSTA emprende la elaboración de *Colectivismo agrario*, todavía seguía siendo tema de candente actualidad. Las grandes superficies de los bienes de propios despertaban la codicia de quienes pensaban adquirirlos y por ello se multiplicaban las apropiaciones y ventas de estas tierras, en perjuicio de los agricultores y ganaderos modestos que antes las llevaban. De los propios se pasó a los comunales, por la desidia, la permisividad y hasta la malicia de quienes estaban obligados a velar por su conservación, y así se queja COSTA diciendo: «Tal es al presente el deplorable estado de la legislación tocante a bienes comunales. El parlamentarismo permanece fiel a sus tradiciones de cuna, más doctrinario que nunca, sin dar señales de arrepentimiento ni de enmienda. Dis-

puso hace cuarenta años la desamortización civil contra la voluntad declarada de los pueblos, y ahí sigue encendida la guerra loca de la nación contra sus municipios». En este contexto, no era de extrañar que se diera un recrudecimiento de las ventas de tierras comunales en fechas más tardías, que no se han contabilizado en los balances de las diversas desamortizaciones decimonónicas.

De forma general, nos dice CARLOS SERRANO, la desamortización tendió a concentrar las tierras en pocas manos y no sirvió en absoluto para favorecer un reparto más equitativo del suelo. Cuando compraron tierras los vecinos de los pueblos, fueron, por lo general, ya propietarios los compradores, así como pudientes y notables locales, funcionarios o miembros de las profesiones liberales. En definitiva, y según tantas veces se ha dicho, el fenómeno desamortizador fue negativo, ya que hizo más pobres a los pobres y más ricos a los ricos.

A finales del siglo XIX, el panorama en el campo era duro y como efectos sociales de la política agraria se pueden señalar las grandes emigraciones, la intensa reivindicación de la tierra y los endémicos motines contra los «consumos», que eran impuestos locales surgidos para compensar a los Ayuntamientos de los vacíos originados por la desamortización. Por ello, *Colectivismo agrario* nace en este ámbito y quiso ser en su época una polémica respuesta que quizá nos parezca ahora algo utópica, pero vigorosa y con indudable buena fe, frente a los problemas que históricamente ha soportado el campo español.

En cuanto a su elaboración y estructura, este libro es uno de los pocos que no construye COSTA a partir de artículos sueltos anteriores. Es una obra original elaborada entre 1895 y 1897, y que el autor presentó en enero de 1898 al premio «Fermín Caballero» de la Real Academia de la Historia, originando un desagradable episodio. En efecto, algunos miembros de dicha Academia, a quienes no debieron gustar mucho las doctrinas del libro, pretendieron rechazarla diciendo que no contenía material histórico, como exigía el concurso; COSTA contesta con un escrito (incluido en esta edición) en el que se defiende bravamente, con la ley en la mano, consiguiendo al fin su admisión..., pero no el premio, como era de esperar. Aunque fue derrotado por la mínima diferencia, la publicidad que el incidente produjo sirvió de catapulta al libro para su difusión.

La obra está dividida en dos grandes partes, que titula «Doctrinas» y «Hechos», que ahora se presentan en dos tomos, que componen esta edición.

Tomo I. «Doctrinas»

Inicia COSTA su trabajo con una definición teórica de lo que entiende por colectivismo agrario, dejándose influir por los escritos de GEORGE y WALLACE. Lo concibe como una transacción entre los dos sistemas extremos comunista e individualista, en cuanto declara propiedad social a los instrumentos de trabajo, pero dejando los productos a la propiedad individual. La idea central del colectivismo agrario es que la propiedad individual sólo debe recaer sobre bienes que sean producto del trabajo individual, pero no sobre la tierra, pues ésta es obra exclusiva de la Naturaleza y por ello no susceptible de apropiación. Su idea se concreta en nacionalizar la tierra, transfiriendo su propiedad al Estado, y éste podría

tener así perpetuamente ese patrimonio colectivo a disposición de cuantos quisieran hacer uso de él, con tal que éstos exploten de modo directo el suelo adjudicado y paguen una renta al Estado. Esta nacionalización, sigue diciendo, no excluye ninguna de las formas actuales de explotación agrícola, cultivo extensivo e intensivo, grande y pequeño cultivo, pudiendo adaptarse sin dificultad a las condiciones peculiares de cada comarca, de cada localidad y de cada productor.

El segundo capítulo completo lo dedica a exponer las doctrinas de FLORES ESTRADA contenidas en su opúsculo *La cuestión social*. FLORES ESTRADA parte de que el derecho de propiedad es una condición necesaria a toda sociedad civil por ser un estímulo para el trabajo; pero entiende que la propiedad individual del suelo debe ser condenada por sus resultados, pues por haberse apropiado del suelo determinados individuos, gran parte del género humano no puede trabajar ni obtiene el trabajador la debida recompensa; por ello propugna la distribución de las tierras por el Estado, arrendándolas por un canon moderado a los que hayan de cultivarlas.

Como precursores de FLORES ESTRADA, nos trae COSTA en el capítulo 3.º a diversos autores que marcan en España los precedentes doctrinales de la sociología en esta materia. Así, destaca en VIVES su doctrina del derecho que tiene todo hombre al trabajo y la asistencia; en el padre MARIANA, la restricción al derecho de propiedad, que supone la posibilidad que debe tener el Estado de conceder a los pobres el cultivo de las tierras incultas. La cita de autores, con sus ideas, es exhaustiva, captando sus aspectos colectivistas, como hace con los ilustrados, tales como el conde de ARANDA, CAMPOMANES y FLORIDABLANCA, y también el intendente OLAVIDE, con estudio especial del régimen de las repoblaciones de Sierra Morena y los diversos informes de los intendentes y corregidores que intervinieron en las discusiones agrarias de la época.

Se recogen en la obra las discusiones parlamentarias de las Cortes de Cádiz en materia agraria y termina su repaso doctrinal con el canónigo MARTÍNEZ MARINA, quien en su *Teoría de las Cortes* sienta su tesis fundamental de que todo ciudadano dedicado al trabajo de la agricultura disponga de la tierra que necesite para lograr una subsistencia decorosa, pero que no ocupe ni retenga mayor cabida.

Por supuesto, COSTA «arrima el ascua a su sardina», recogiendo sólo a los autores que comulgan con la tesis colectivista, mientras que a los contradictores tan sólo los menciona muy de pasada, como hace con CASTILLO DE BOBADILLA.

Con motivo del expediente consultivo promovido por la provincia de Extremadura, recoge la opinión de los corregidores, el Procurador del Reino y las de los notables que acudieron. Lo mismo hace con el célebre *Informe en el expediente para una ley agraria*, donde COSTA encuentra un poderoso contradictor en JOVELLANOS, el cual, aludiendo a las soluciones y planes de reforma propuestos por otros informantes, los denuncia como «extravíos de la razón»; JOVELLANOS en este *Informe* adoptaba, con gran escándalo de COSTA, una posición individualista al decir que la protección de las leyes respecto a la agricultura debe consistir tan sólo en «remover los estorbos que se oponen a la libre acción del interés de sus agentes dentro de la esfera señalada por la justicia», identificando la justicia con la libertad individual y las necesidades del hombre mismo.

Como final del primer tomo, COSTA hace una síntesis de lo que llama escuela colectivista española, que puede resumirse en alguna de estas cuatro fórmulas distintas:

1.^a Disfrute mancomunado de los pastos por todo el vecindario y, según los más, sorteo periódico de las tierras de labor, divididas en suertes.

2.^a Constitución de suertes permanentes y fijas para todos los cultivadores, cedidas a censo enfiteútico o en arrendamiento cuasi-enfiteútico, y según los más, con carácter de inalienables, indivisibles, inacumulables y libres de toda responsabilidad por deudas.

3.^a Acensuamiento forzoso de las tierras privadas o arrendamiento obligatorio de ellas con carácter de perpetuidad mediante los privilegios de posesión y tasa, pagando el colono o enfiteuta una renta o pensión.

4.^a Arrendamiento por el Estado de las tierras públicas en la hoja de labor del año y de las de dominio privado previamente nacionalizadas mediante compra.

COSTA recoge estas opiniones, relacionando en cada una a los autores que las han defendido, con más o menos dosis de utopía y buenos deseos, pero poco más. La crítica de JOVELLANOS ya hemos visto que ha sido demoledora.

Con todo, COSTA nos dice que estos autores nos brindan una renovación harto necesaria del concepto de propiedad, un sentido más orgánico que el usual en la concepción de la sociedad, un principio de organización jurídica o política del orden económico y una protesta contra todo inhumano *laissez-faire*.

Tomo II. «Hechos»

Aquí, de acuerdo con su escueto título, JOAQUÍN COSTA recoge minuciosamente cuantas figuras ha podido encontrar a lo largo de nuestra Patria que, a su modo de ver, corroboran el colectivismo que propugna. Son hechos más o menos aislados o dispares, pero en todo caso los detalla y señala su fuente, constituyendo un completo muestrario de variedades consuetudinarias de nuestro agro.

El primer capítulo se dedica a explicar las presuras o escalios como modo originario de acceder a la tierra de cultivo. Es el acotamiento u ocupación por el hombre del suelo que necesita, sin intervención de autoridad alguna; si cesa el trabajo personal del ocupante, caduca todo derecho al cultivo o explotación. Como ejemplos cita diversos supuestos de acotamiento de tierras de labor, de pastos o de arbolado.

A continuación reseña los cotos fijos al dominio público, que ya no se constituyen por la mera ocupación individual, sino que es el poder público quien los establece. Hay un dominio directo del Estado y su labranza es indivisible, inalienable e inembargable. Señala como ejemplos la repoblación de la Alpujarra, la de Sierra Morena, las Encinas del Príncipe, los cotos de Asturias y los cotos concejiles extremeños.

En cuanto a las tierras municipales, repasa ampliamente en varios capítulos ejemplos varios de los sistemas de aprovechamiento de los bienes de propios y comunales, siempre bajo el prisma del colectivismo, que efectivamente estuvo muy extendido por toda España, presentándolo con una gran riqueza de datos.

En el capítulo 12 estudia los orígenes de la comunidad agraria en España, trayendo a colación el conocido régimen de los vacceos, aunque esta tesis, como es sabido, ha sido discutida recientemente por JULIO CARO BARROJA. Sigue su repaso histórico hasta llegar al llamado «compascuo o derrota de mieses», debido a los Reyes Católicos, que en 1490 ordenaron que los dueños de campos, cortijos y heredamientos concedidos en el Reino de Granada no puedan adehesarlos ni defender la hierba y otros frutos que naturalmente lleva la tierra, sino que queden libres para que todos los vecinos la puedan comer con sus ganados y bestias y bueyes de labor, no estando plantado o empanado.

Completa su muestrario de hechos o situaciones presentándonos diversos casos de comunidades de aguas, cofradías o hermandades de tierra y de colectivismo pesquero.

Con varios apéndices, entre ellos la documentación del incidente de la Real Academia de la Historia que hemos referido, termina esta obra, cuya reciente edición hemos comentado. De una interesante lectura, desde luego, pero que hay que situar en su época y sus circunstancias.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FARIÑAS MATONI, Luis M.^º: *El derecho a la intimidad*. Ed. Trivium, Sociedad Anónima. Madrid, 1983.

Mi sentido reverencial hacia la amistad, porque a los amigos, a diferencia de la familia, se les elige y no te los impone nadie, me ha hecho muchas veces pensar en el sentido de ese calificativo que damos al que consideramos como «amigo íntimo». Lo íntimo puede ser tan difícil de precisar como «lo justo», aunque yo creo que los condicionamientos son diferentes, pues lo justo lleva consigo un aspecto trascendente y «lo íntimo» el sometimiento a lo «secreto», y lo «secreto» deja de serlo cuando la intimidad se comparte.

No es la primera vez que me acerco a la intimidad como derecho, pues en estas mismas páginas recensionaba hace poco un estudio monográfico de una escritora argentina —DELIA FERREIRA RUBIO— al filo de aprobarse la nueva ley sobre derecho a la imagen en nuestro Derecho. Creo que tampoco va a ser la última, pues en la estación de partida me espera otra monografía sobre el mismo tema y escrita por una mujer —AURORA GARCÍA VITORIA—, a la que ruego me perdone no haberle dado preferencia, pero es que ahora hay que ajustarse a la igualdad que ponen los tiempos, que ordenan suprimir la frase o quizá el grito galante de «las mujeres primero».

La monografía está basada en la tesis doctoral que el autor realizó y por la que el tribunal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago le otorgó la calificación de sobresaliente *cum laude*. Tomo esta nota del comienzo de la publicación, en la que después de nombrar a los componentes del tribunal, se dice que «la Junta de la Facultad de Derecho acordó, en sesión de 14 de julio de 1982, autorizar la publicación de la tesis». Destaco esto, pues la frase, que no había leído nunca, me choca desde el punto de vista de propiedad intelectual. Me habían planteado otros

temas relacionados con las tesis, como era el acceso a las que no están publicadas por su autor y que forman parte de su expediente académico, pero esta «previa autorización» frente al precepto legal que concede al autor el exclusivo derecho de publicación, es nueva para mí. Habrá que estudiarlo.

La obra consta de tres partes, siendo la primera la destinada a exponer el fenómeno de la intimidad, sus ataques y reacciones; la segunda, a la interpretación jurídica de la intimidad, y la tercera, a las conclusiones. Resulta sumamente aleccionador, en la relación de fuentes y bibliografía utilizada, el copioso material que el autor acumula y que da una idea clara del trabajo laborioso que toda tesis bien hecha lleva consigo. Respetando las partes en que se estructura la obra, vamos a exponer su contenido:

A. *Fenomenología de la intimidad*

No se define prácticamente lo que debemos entender por intimidad (nuestro yo, de un yo que se mueve en el mundo del no-yo, dice el autor), pero sí se induce el concepto y su ámbito de la relación de los ataques que la intimidad sufre. Es el campo del ataque lo que nos delimita la intimidad. Por ello, el autor, después de apuntar las dificultades que en los tiempos actuales existen para proteger la intimidad, va exponiendo por razones de orden cronológico los medios utilizados para atentar contra el derecho a la intimidad, y así cita: la indiscreta acción de escuchar detrás de las puertas, que en inglés reciben las curiosas denominaciones de *cavesdropping* (escuchar tras la puerta) y *Peeping Tom* (Tomás el mirón); el allanamiento de morada; las violaciones postales y de otros tipos de comunicación; investigaciones para obtener ciertos tipos de información sobre el individuo; *tests* psicológicos o polígrafos; análisis de sangre, aliento u orina; huellas digitales; el narcoanálisis o «suero de la verdad»; lavados cerebrales; torturas indagatorias; hipnotismo; publicidad subliminal (o utilización de cintas magnetofónicas grabadas con música y voz con frases repetidas); los ordenadores electrónicos; teleobjetivos poderosos; aparatos fotográficos miniaturizados; micrófonos invisibles, etc., y, por último, la prensa en esa constante lucha entre derecho a la intimidad y derecho a la información.

Centrado así el ámbito de la intimidad, el autor completa el estudio señalando los diferentes sujetos que pueden utilizar esos medios señalados y que pueden convertirse en transgresores. De todas formas, el autor precisa lo que debe entenderse por sujeto «activo» y sujeto «pasivo» en la transgresión, y partiendo de una concepción personalista, entiende que sólo la persona física (y difícilmente el *nasciturus*) puede serlo, pues la persona jurídica carece de sentimientos. Basándose en estas ideas y considerando a la intimidad y a la vida privada como esgrimible *erga omnes* va estudiando los tres sujetos capaces de la transgresión: el individuo, como potencial transgresor; las sociedades, entidades, agencias y organizaciones especializadas en información, y el Estado y el aparato burocrático-administrativo. Entre los primeros destacan el cónyuge, los parientes, el vecino, el amigo, el empresario o superior laboral, el subordinado laboral, el compañero de trabajo y el extraño; entre los segundos sitúa a los Bancos, las empresas de seguros, las agencias matrimoniales, los detectives y los cobradores de cuentas. Por último, dentro del Estado y el aparato burocrá-

tico, va destacando los diferentes departamentos ministeriales donde figuran datos de las personas, y cuya posesión sólo resulta peligrosa para el derecho a la intimidad cuando los mismos son utilizados inadecuadamente.

Cuatro temas o apartados constituyen el último capítulo de esta primera parte, en el que se trata de la reacción social frente a los ataques a la vida privada, y así destaca los estamentos que pueden canalizar esta reacción: la prensa, los políticos, el ejercicio profesional que obliga al secreto y las manifestaciones artísticas (literatura y cine).

B. *Interpretación jurídica de la intimidad*

Cuatro puntos sustanciales forman esta parte de la obra, que abarca en su dimensión la casi totalidad de la publicación. El derecho a la intimidad ante los Tribunales de justicia, el derecho a la intimidad en el Ordenamiento jurídico, su regulación constitucional e internacional y la gnoseología iusfilosófica de la intimidad.

En el primero de los temas apuntados, el autor ya se adentra en lo que podríamos llamar formación evolutiva del concepto de intimidad, y para ello acude a la práctica judicial, que es la que primeramente toma contacto con el problema y trata de darle solución. Y así va destacando en esa evolución cómo el concepto parte de otros anteriores y generales, como el del honor y el daño moral, el carácter de derecho complejo y el examen que esa complejidad lleva consigo a través de datos que van desde el derecho a la imagen hasta el secreto de los negocios. Fundamentalmente son utilizados datos de Francia y de Estados Unidos.

El segundo tema es el normativo, en el que interesa conocer su contenido y el rango legislativo que la norma pueda tener para la defensa del derecho. En su recorrido no se limita al Derecho español, sino que aleccionadoramente aporta el examen de las legislaciones de los países anglosajones, los centroeuropeos, los nórdicos, latinos mediterráneos, iberoamericanos y socialistas.

El tercer tema o nivel, como el autor lo denomina, es el trato constitucional e internacional del derecho. Los dos compartimentos permiten al autor hacer, en el primero, una evolución constitucional hasta llegar a la vigente Constitución española con sus antecedentes y redacción vigente. En el campo internacional —sin perjuicio de citar algún otro precedente— arranca el autor de la Declaración americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá el mes de mayo de 1948.

El cuarto y último tema es el doctrinal constructivo, en el que se examinan las fuentes religiosas del fenómeno, el planteamiento filosófico-esencialista y el desenlace a través de la ciencia jurídica. El autor ofrece en sus últimas líneas lo que puede ser su resumen: la definición del derecho a la intimidad. «Derecho objetivo a la intimidad es el reconocimiento que el Ordenamiento jurídico hace del derecho subjetivo a la intimidad, protegiéndolo adecuadamente».

C. *Conclusiones*

Forman un grupo de dieciséis las que ofrece el autor y que resumen el contenido ya citado: la facilidad actual de la transgresión, el peligro de la

utilización de datos por la Administración, el derecho a no proporcionar esos datos para otras finalidades, la no necesidad de prueba del perjuicio si se prueban los hechos, el aspecto religioso del derecho a la conciencia y su respeto, la prevención y sus medidas, la función jurisdiccional como protectora del derecho, los aspectos legislativos y constitucionales, el ámbito internacional, la intimidad como esencia del hombre, el aspecto complejo de su contenido y las definiciones a que antes nos referíamos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HUECK, GÖTZ: *Gesellschaftsrecht*. Colección «Juristische Kurz-Lehrbücher». Editorial C. H. Beck. Munich, 1983.

Obra didáctica, decimooctava edición de la aparecida en 1948 con la firma de ALFRED HUECK, totalmente reelaborada y actualizada al 31 de diciembre de 1982, tanto normativa como bibliográficamente cumple con precisión de experto su objetivo de ofrecer a los estudiantes una obra de ampliación, auxiliar, que no sólo permita otear desde el dintel la inmensidad de una pampa jurídica, sino hacerse cargo de sus estructuras esenciales, elementos y hasta problemas que en ella se despiertan. A la categoría del Maestro, Ordinario de la Universidad de Munich, se adiciona una dilatada experiencia en la técnica de la constante perfección controlada por las directrices de la colección de la que forma parte. Más que de una utilísima herramienta casi podría hablarse de una herramienta-joya.

Indudablemente no penetra con profundidad en la patología, ni siquiera en la fisiología, del cada vez más complejo y discutido derecho de sociedades, cuya unidad es bien dudosa. No casaría con la exposición general y accesible que constituye su pretensión fundamental, pero en ningún momento elude problemas que no sólo apunta, sino que en ocasiones resalta dibujando trazos de escueta firmeza que dejan entrever frondosas complejidades o desolados y desorientadores desiertos. En este orden, con suma frecuencia, aparecen en el texto acotaciones relativas a libros y artículos, muchos de fechas increíblemente recientes, que complementan la bibliografía inicial que, subdividida en tratados generales, manuales didácticos y libros apropiados para la preparación de exámenes, se desarrolla entre límites que abarcan estrictamente el espacio comprendido entre los años 1976 y 1982.

Dos prólogos le preceden: el de 1948 y el de 1983. En el último se mencionan las novedades más importantes y recientes, la más completa regulación de la coparticipación de productores y la Novela de 1980, que al permitir la constitución de la sociedad limitada por una sola persona no sólo ha consagrado la empresa individual con responsabilidad limitada en forma simple, similar a la de Liechtenstein y de varios Estados norteamericanos, sino que ha hecho tambalear principios absolutamente asimilados, como la unidad patrimonial y, respecto a la naturaleza del acto fundacional, las tesis clásicas del contrato plurilateral, el acto complejo o colectivo, iniciando un retorno hacia GIERKE y MESSINEO, con su negocio jurídico unilateral, o hacia MOSSA, con su acto negocial de creación de un ente, similar al de creación de una cambial, ente que desde su generación se

independiza y pasa a regirse por sus propias normas; es el «Organisationsakt», que elimina «Ströhmann» y «Treuhänder». La cita de comentaristas del extremo referido, en el curso de la obra, abarca los nombres de HÜFFER, FISCHER, FLUME, ULMER, GESSLER, JOHN, RAISER, SCHMIDT, WINTER, FEZER, GERSCH, HERGET, MARSCH y STÜTZLE.

Aunque lo expuesto parecería implicar una corrección a la tradicional línea umbilical entre comunidades y sociedades, la obra de HUECK se inicia con una amplia referencia a la misma. La comunidad es categoría genérica, comprensiva de las estáticas, incidentales o de consumo, y las dinámicas, de producción, entre las que se encuentran instrumentos de cooperación tan valiosos como las sociedades.

Sin duda, otros entes o estructuras organizativas, aparte las individuales, pueden asumir actividades productivas. Fundaciones, asociaciones y empresas públicas, independientes de la organización administrativa ordinaria, las ofrecen con suma frecuencia, y las últimas, de especial relieve en las economías socialistas, han originado dificultades de encuadre en la sistemática jurídica de los países occidentales. En Francia, las sucursales o representaciones de las mismas, en orden a su publicidad, motivaron una normativa específica. Y en España, la inscripción en el Registro Mercantil de la sucursal de «Transportes Aéreos Portugueses», de la propia naturaleza, motivó interpretaciones reglamentarias de cierta amplitud que suplieron notorias lagunas. Esta cooperación en el juego económico del sector público junto al privado y el cooperativo, si en Italia ha tenido un glosador de la talla de GIANNINI, en España el nombre de VERDERA, con su pluma bizantina y rigurosa, se destaca con perfiles de juglar.

HUECK separa las sociedades del B.G.B., «Verein» y «Gesellschaft», de las del Código de Comercio. Las primeras, uniones o asociaciones, pueden tener o no finalidades económicas, y si unas se caracterizan por su naturaleza corporativa o colectiva («korperschaftliche Verfassung»), las otras, aunque admiten también finalidades ideales o no lucrativas, se basan en estructuras individualistas. Son paralelas, en líneas generales, a las «Company» y «Partnership» anglosajonas, y la última se aproxima considerablemente a la civil española.

Las especiales son enunciadas por el propio autor para ser objeto de individual examen. Las más importantes son la mercantil colectiva («offene Handelsgesellschaft»), las comanditarias simples o por acciones, la de cuentas en participación («stille Gesellschaft»), la sociedad por acciones y la limitada, que se considera invento germano cristalizado en la Ley de 1892. Aparte quedan las navieras, mineras y otras específicas de remotas raíces.

Ciertamente, también en Alemania el *numerus clausus* parece imperar, pero con mayor flexibilidad, y de entre los tipos híbridos ha alcanzado una increíble difusión la «ABC, Sociedad Limitada, y Cía., Sociedad Comanditaria», configurada con fines fiscales, pero que se ha mostrado apta para estar integrada exclusivamente por personas no naturales, con la consiguiente limitación de responsabilidad, muy maniobrera y con regencia poderosa y dilatada.

El tema de las sociedades atípicas ha ocupado muchas y selectas páginas en los últimos años y parece predominar el criterio de admisión de cláusulas atípicas, aun estructurales, que no desnaturalicen los clásicos tipos sociales. Pero la evolución, o el simple devenir económico, va poniendo de manifiesto nuevas deficiencias, estructurales o conceptuales, o nece-

sidades que pasan a ser exigencias. En España, GIRÓN, en su monumental *Derecho de sociedades*, y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en maravillosa monografía, lo han abordado magistralmente iluminando dilatados horizontes, entre los que figuran polémicas zonas, como la finalidad empresarial y aun la exigencia de distribución del lucro entre los socios en las sociedades mercantiles, como se puntualiza en las legislaciones latinas, a lo que se opone el abundante número de sociedades de inversión o *holdings*, sólo clasificables como empresariales en forma indirecta, y las de objeto ideal, cultural, benéfico o deportivo. Estas últimas motivaron en Italia la Ley de 1981, que las admite, aunque con obligación de reinvertir los beneficios en las propias actividades, y en España, al redactar estas líneas, son problema candente en nuestros Registros Mercantiles, donde se acepta con dificultad el contraste entre el concepto de sociedad mercantil y la mercantilidad de determinadas sociedades por razón de su forma. Todo ello pone de manifiesto una amplia grieta en un mundo que se reputaba unitario y en el que surgen problemas, por los puntos más inesperados, que lo desbordan. Es la hora de dedicar un recuerdo a las sociedades profesionales, y aun de profesiones liberales o intelectuales, personalistas, que desde su regulación en Francia han mostrado su éxito y eficacia en forma definitiva, tanto en su versión de sociedad de medios como en aquellas profesionales que se refieren a funciones no fungibles y que aún exigen colegiación y son retribuidas en forma pre-capitalista con honorarios que no se consideran salarios, sino subsidios que permiten al beneficiario mantener la dignidad y decoro correspondiente a su estrato social. Y para postre, la Directiva de la C.E.E., en orden a la unificación legislativa en relación con las causas de nulidad, determinadas taxativamente, no hace figurar entre ellas la carencia de objeto de índole lucrativa.

Pero estas materias escapan al *Manual* de HUECK, de limitadas pretensiones. Prefiere extenderse a las variedades de la comunidad, distinguiendo la romana, por cuotas, de la en mano común, cuidada especie histórica germana, y descubrirnos las delicadas construcciones conceptuales que sobre su base elaboró GIERKE, para detallarnos, en último término, cuáles son las sociedades consideradas comunidades «zur gesamte Hand» y las que gozan de personalidad jurídica, sutiles tecnicismos casi paralelos a la distinción de sociedades personales y capitalistas, y en forma alguna coincidentes con el de sociedades registrables o no.

El patrimonio social autónomo o totalmente independiente, con graduaciones diversas según tipos, su carácter de privilegio para los acreedores de las sociedades y su insensibilidad a las reclamaciones de los socios, son materia que viene planteándose desde remotos períodos, en especial desde el renacer mercantil del medioevo. Mientras Francia, antes de la Ley de 1966, lo resolvió con un práctico general reconocimiento de la personalidad jurídica, Alemania, por causas históricas, casi sentimentales, salvaguardó las ciudades comunidades, y el Derecho italiano, las aproximó, en vía de retroceso, al mismo, aunque sin acudir al expresado concepto comunitario, pero reconociendo de hecho plena subjetividad jurídica, civil y procesal, y amplia autonomía patrimonial a las sociedades carentes de personalidad, con el resultado práctico de indiferenciación. De aquí que ASQUINI pudo hablar de la «evaporación» del concepto de persona jurídica, y D'ALESSANDRO, con su brillante pluma, pudo calificarlo de simple expresión lingüística que resumía una especial disciplina patrimonial, calificación que tam-

poco resultó exenta de críticas: se estimó que más aclaración constituía complicación.

Otros entes —que doctrina y legislación eluden en muchos casos encuadrar adecuadamente— requerirían un especial y nítido enfoque. Las sociedades conyugales; las comunidades de copropietarios en régimen de propiedad dividida, que en Francia tienen ya reconocida personalidad, y aun las de apartotelistas, de acentuado carácter empresarial, monstruos jurídicos en los que la soberanía recae realmente en el que carece de riesgo, mientras que los que lo asumen quedan prácticamente excluidos casi perpetuamente de la dirección. Pero ello nos conduciría a extensas consideraciones impropias de estas notas.

HUECK ofrece otras distinciones: las relativas a las «Verein»; las de sociedades que se exteriorizan y las de efectos meramente internos; las mercantiles por razón del objeto y de la forma; las registrables o no según su objeto o características. Pero muchas de ellas son ampliamente conocidas, y también la exposición, amplia y detallada, de cada uno de los tipos sociales que realiza posteriormente. Por ello sólo unos apuntes esquemáticos de acuerdo con el curso de la obra.

La sociedad civil, comunidad en mano común, admite toda clase de finalidades; puede estar integrada por personas naturales o no; su constitución no está sujeta a formalidad, salvo en casos especiales, como en el de aportación de inmuebles. Su capacidad no depende de su registración y destaca el deber de fidelidad, el «Treuenpflicht», que, en forma positiva y negativa, se impone a los socios.

La colectiva mercantil se caracteriza por su objeto y su inscribibilidad. En las sin plazo, la denuncia para separación de un socio debe realizarse con seis meses de antelación. Es de la misma naturaleza que la anterior, como la comanditaria simple. En cambio, se considera capitalista, con personalidad y registración, la comanditaria por acciones, en la que debe regularse la correspondiente asamblea de accionistas, su representación, funciones de control y demás extremos.

La «stille Gesellschaft» es sociedad, aunque interna. No obstante, es de anotar, en estos momentos de desenvolvimiento de la llamada economía subterránea, su considerable desarrollo, en especial en Italia, los títulos transmisibles de los socios no administradores y hasta su exteriorización registral. De hecho, pasan a ser sociedades comanditarias, volviendo al tronco del que se habían separado para ser sociedades meramente ocultas.

La sociedad por acciones, mercantil por su forma, no es preciso que tenga objeto de tal índole. HUECK reconoce que puede ser un perfecto instrumento para el mantenimiento de un instituto científico o el desarrollo de teatro popular. Historia con amplitud su desarrollo desde los tiempos del *octroi*, de las concesiones, la regulación normativa, la gran crisis mundial de 1930-32 y la Ley de 1937, con sus principios nacional-socialistas, que robustecieron el «Vorstrand», exigieron capital mínimo, y proporcionado al fin, regularon la publicidad, protegieron los minoritarios, admitieron diversidad de acciones conforme a las diversas clases de accionistas y señalaron su profunda misión social. Sufrió varias reformas posteriores y la ley fundamental vigente es la de 1965, que respetando gran parte de las innovaciones citadas estableció el «Aufsicht» o Consejo de Vigilancia, que efectúa la elección del «Vorstand», el cual asume ilimitada representación exterior y plena dirección interior. No obstante, en el caso de ser

pluripersonal, la representación obrera asume la dirección del trabajo, de existir. Esta es preceptiva, en el Consejo de Vigilancia, en las más importantes sociedades y alcanza extensión paritaria, siendo de advertir que, dada la moderación con que funciona, Alemania es el único país de economía libre en el que no ha fracasado, pues en muchos otros ha resultado ser un estorbo para trabajadores, empresarios y empresa. La asamblea, en términos generales, es la que elige el «Aufsicht», en forma total o parcial.

Son interesantes las delimitaciones entre «Errichtung», estado de la sociedad en proceso de constitución al quedar suscritas las acciones, y «Entstehung», plena constitución, con la inscripción registral. También la presociedad o «Vorgesellschaft», de la que se ha pretendido era una sociedad personalista con el solo objetivo de la fundación. Todo ello, junto con el control de la proporcionalidad del capital al fin social o las normas de saneamiento y purga que provocan reducciones y en ocasiones las mismas y simultáneos aumentos, se encuentra detallado con relativa amplitud.

La sociedad limitada es la que más auge ha alcanzado por su regulación perfecta y flexible que se adapta a las necesidades de entidades con pocos socios, independientemente de su capital. Se cifraban en casi 256.000 al finalizar 1980. En ciertos casos es preceptiva la participación obrera, sobre todo en aquellos en que se ha constituido «Aufsichtsrat», lo que es facultativo.

Otros muchos temas abarca la exposición de HUECK, pero ya sólo es posible citarlos: los relativos a transformaciones y fusiones; las tendencias unificadoras de la C.E.E. con sus directivas y su repercusión en la normativa alemana; el proyecto de «Societas Europaeae»; las uniones de empresas, bien sólo mediante pactos relativos a ciertos extremos, bien con cierta intensidad, en especial los «Konzerne», con sus importantes consecuencias para socios, acreedores, balances, productores; la competencia desleal y los límites de la lealtad...

Al cerrar un libro es inevitable el dejar vagar sin control la mente por amplios espacios, singularmente jurídicos, por los que navegan ideologías y esperanzas, éstas casi siempre fallidas, pues lo terrenal resulta siempre imperfecto. Se constata cómo la historia jurídica pierde su identidad y se diluye en historia de instituciones, y cómo muchas de éstas, reputadas fundamentales, entran en crisis o decadencia. Es difícil hablar de derecho unitario de sociedades, como tampoco se habla ya de propiedad, sino de propiedades. En ambos institutos campean tipos de características muy diversas y hasta contradictorias. La propiedad, que llegó a ser expresión de libertad o soberanía, ha sido destronada y le sucedió el empresario, al que, en los estadios más elementales o primarios, los agrícolas, en que propiedad y empresa se confunden, llegó hasta a concederse al empresario no propietario el derecho de apropiarse del bien explotado mediante inicuos derechos de preferencia o simple adquisición. Pero el sistema empresarial, como tantos mitos ius-liberales, asoció a su brillante carrera económica un marco de sangrientas injusticias que sólo quedan amortiguadas cuando la fórmula sucedánea, el Estado-empresa, los ha conseguido todavía más crueles, casi una resurrección de la servidumbre, aparte los estrepitosos fracasos económicos.

La desorientación es inmensa. Los profetas y técnicos sólo resaltan la profunda disfunción de los sistemas económicos vigentes, y hasta parece como si la viabilidad y la posibilidad de supervivencia se redujeran a los esquemas empresariales paleocapitalistas en que se desenvuelve la econo-

mía subterránea y los de los grandes colosos que han arrollado conceptos e instrumentos políticos, Estados o naciones, sobre todo los que no han sabido abandonar estructuras renacentistas o sentimentalismos revolucionarios. Hay que recordar a SCARPELLI y, sin grandes ilusiones, asistir al vivir cotidiano, a la práctica habitual. Tal vez el tiempo, con sus simples e inesperados acontecimientos, podrá solventar crisis económicas o transfigurar agobiantes ideologías. Sólo el tiempo y los aditamentos que el mismo deberá procurarse, en función providencialista, y siempre sin alcanzar la perfección soñada.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho de Sucesiones*. Elementos de Derecho Civil, V. Librería Bosch. Barcelona, 1981.

En el año 1953 se habían celebrado unas oposiciones en Barcelona y para descansar del mal trago que las mismas me hicieron pasar, me fui a Tarragona con mi padre. Tropecé con una librería bastante buena y allí, con la obsesión de adquirir más conocimientos de Derecho, compré algunos libros muy buenos. Entre ellos, la segunda edición del *Binder*, traducido y anotado por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, que todavía no debía de ser Catedrático. Fue mi primer contacto con LACRUZ. Luego vino su *Derecho hipotecario*, y luego muchas cosas más hasta este ejemplar dedicado que traigo hoy a recensión. He querido enlazar aquella traducción y anotaciones con el presente trabajo, pues sólo leyendo el primero se comprende la calidad y el fondo del segundo, aparte de su puesta al día con esas Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 que han reformado profundamente el Código Civil español.

En esa labor de redacción, construcción dogmática de conceptos, sistematización y puesta al día de la materia colabora en forma efectiva el Catedrático SANCHO REBULLIDA. La compenetración de ambos autores debe ser muy grande, pues aunque se señalan previamente los temas que uno y otro escriben, al avisado lector le cuesta trabajo descubrir, sin la solución, la paternidad de unos y otros. Frente a las tremendas dificultades que la colaboración lleva consigo está el éxito de la conjunción de la obra, de esa obra que en la futura Ley de Propiedad Intelectual encuadramos en las «colectivas» con aportaciones «diferenciadas». Hago esta última aclaración porque uno de los autores ha sido de la Comisión que redacta el texto de la nueva ley y precisamente su obra se trajo como ejemplo para señalar los diferentes supuestos que la realidad ofrece en esa clase de obras.

En mi labor de recensión no he ido buscando las bondades que el texto tradicional y su forma de exponerlo tiene, y sí únicamente el encaje que las modificaciones legales han impuesto para ver si el engranaje del sistema se resiente o no con las mismas. Debo confesar, además, que cuando estaba con mi segundo volumen de *Derecho hipotecario* he utilizado, con derecho a cita, alguno de los comentarios que con el tema se relacionan. Por todo ello, y respetando la sistemática de la obra, iremos apuntando las modificaciones introducidas.

A. *Conceptos generales.*—Quiero destacar, a la vista de acontecimientos posteriores, unas frases que al enfocar el «criterio constitucional» de la herencia se plasman: «Con la aproximación que realiza entre propiedad y herencia parece alinearse el legislador constituyente entre los que contemplan en ésta una continuación de aquélla. Son heredables, por tanto, todos los bienes susceptibles de dominio, y singularmente los instrumentos de producción, en un ordenamiento que reconoce asimismo como derecho del ciudadano la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 de la Constitución). De modo que cualquier traba legislativa que suprimiera la sucesión en los bienes de producción, aun con el pretexto de que cumplan mejor su función social, sería inconstitucional, como atentatoria a la libertad de empresa y al derecho de propiedad privada, que en un sistema como el nuestro comprende la heredabilidad de los bienes materiales e inmateriales».

B. *Delación y aceptación de la herencia.*—Dos puntos de la reforma se tocan en esta materia. Uno de ellos es la nueva redacción del artículo 761, que «sólo puede referirse a la indignidad», de modo que los hijos del indigno no pueden representarlo en la mejora, y si el indigno había sido instituido, no habrá preterición de sus hijos.

Otro de los puntos que se abordan es la reforma de alguno de los preceptos que regulan la sección que lleva por título «de las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», y que antes se refería a la legitimidad del nacido.

C. *Partición y colación.*—Diversos son los temas abordados en la nueva versión legal, pero fundamentalmente en materia de partición se tocan la partición hecha por el contador-partidor o comisario (contractual y judicial o arbitrador), la no necesidad de la intervención judicial en la partición de menores o incapacitados debidamente representados y la relación de todo ello con el nuevo artículo 841.

En materia de colación resalta el problema de la valoración de los bienes colacionables en la nueva versión del artículo 1.045.

D. *Las legítimas y mejoras.*—Es la parte más afectada de la reforma y la que da lugar a unos comentarios más amplios de los autores. No es posible descender a detalles, pero desde el punto de vista hipotecario y en la materia del pago de la legítima, la postura de los autores es admitir la aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria por la referencia que el artículo 844 hace a las «garantías legales», aunque el plazo de pago del año desajuste mucho los plazos del artículo hipotecario.

También se aborda por los autores la materia referente a la desheredación, íntimamente ligada, como antes vimos, con la indignidad para suceder.

E. *Sucesión intestada.*—También en esta parte la reforma ha sido intensa, y la adaptación hecha por los autores lo es igualmente. Ascendientes, descendientes, colaterales y cónyuge se alinean en los comentarios para ocupar los sitios y cuantía de los

llamamientos. Vacantes y sin contenido han quedado los artículos 952 y 953.

F. *Las reservas*.—Ha quedado afectada la reserva clásica, dejándose intocada la troncal o lineal del artículo 811. Los comentarios que a ello se destinan abarcan también el problema de garantías hipotecarias en su relación con la institución.

Aparte de todo ello, es indudable que la labor realizada por los autores en su proceso de comentario y encaje de la reforma se manifiesta en todos aquellos puntos que se relacionan con la misma y que sólo van descubriéndose con la minuciosa lectura del texto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PAU PEDRÓN, Antonio: *Elementos de Derecho Hipotecario*. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas. Ediciones ICAI-ICADE. Madrid, 1983. Un tomo de 180 págs.

La verdad es que en mis tiempos universitarios, cada vez más lejanos, se estudiaba muy poco o casi nada de Derecho hipotecario. No sé cuál sería la causa real, pero era corriente achacarlo a la supuesta aridez de la materia, que la hacía algo «rara» y sólo indicada para que después se la «empollasen» los que quisieran ser Registradores o Notarios. Y de esta manera, en el viejo caserón de San Bernardo y en otras Facultades españolas de la época o no se saludaban siquiera estas lecciones o se pasaba sobre ellas como sobre ascuas. Se pensaba quizá en que al futuro Abogado le bastaba saber, casi de oídas, que hay una oficina a la que llaman Registro de la Propiedad, por donde «se pasan» las fincas para inscribirlas de acuerdo con unas reglas llamadas principios hipotecarios que casi nadie entendía.

Total, que al fin de la licenciatura salíamos con un título tan flamante como vacío de ciencia hipotecaria. Y luego, para enterarnos, al empezar la preparación de los soñados Registros o Notarías, hubimos de digerir de pronto, con un esfuerzo impropio por su novedad y amplitud, miles y miles de páginas del ROCA SASTRE, magnífico libro una vez conocido, pero que entonces se nos hacía impenetrable.

Ahora, según creo, la cosa es distinta y hay que felicitarse por ello, pues en las Facultades de Derecho se estudia con mayor amplitud estas lecciones que son tan necesarias para los futuros Abogados en el ejercicio de su carrera y cualquiera que sea la rama que elijan. No digo esto por deformación profesional ni echo mano del latiguillo de «la importancia de nuestra asignatura». El papel que en la seguridad del tráfico jurídico y la faceta social que, tanto en el urbanismo y la vivienda como en la agricultura, desempeña el Registro de modo insustituible es razón tan suficiente que no se puede ignorar. Y más aún en esta época de aguda crisis económica, en la que todo Abogado, desde el empresarial hasta el laborista, ha de conocer y manejar adecuadamente los mejores medios para defender los de-

rechos de sus clientes, usando la prevalencia indudable que proporcionan los asientos registrales.

Así que el Derecho hipotecario ha dejado de ser aquella materia rara y especializada, sólo digerible por opositores, para convertirse en un elemento de trabajo normal y cotidiano que debe ser conocido por todos los juristas en general, y por eso su estudio se va generalizando y ampliando en la enseñanza. Ello lleva consigo la necesidad de publicar obras que sin ser el ROCA, el CAMY o el CHICO ORTIZ, cuyas finalidades son específicas, sirvan para iniciar a los estudiantes en algo que habrán de utilizar frecuentemente en su futura actuación profesional.

Y esto es lo que nos ofrece el autor, ANTONIO PAU PEDRÓN, un joven Registrador de las últimas promociones que viene pegando fuerte, como dirían los castizos. Apenas ha iniciado su vida profesional y, además de este libro, ya ha publicado varios trabajos, de los que conocemos dos aparecidos en esta *Revista*: uno sobre la reforma registral que propugnaba JOAQUÍN COSTA, y el otro sobre la panorámica del sistema inmobiliario alemán, campo donde se mueve cómodamente porque domina el idioma teutón.

La obra que presentamos es un libro de iniciación o nociones que el autor destina a sus alumnos de la Facultad de Derecho de Comillas, más conocida por ICADE, donde profesa esta materia. Por su volumen y formato externo podría decirse que parece un librito, pero tan pronto se empieza a leer vemos que ese juicio, además de ligero y prematuro, sería absolutamente falso, ya que tiene un maduro contenido. Aunque quiere ser elemental y claro, es a la vez completo y hasta denso; cosa difícil, pero perfectamente conseguida, por lo que es preciso felicitar al autor, que acierta en el fin propuesto de exponer con claridad una completa síntesis del sistema registral español.

Otro aspecto que resalta es que utiliza ANTONIO PAU una metodología expositiva distinta de las usuales que venían desarrollando el Derecho hipotecario, dividido en dos grandes partes: la sustantiva o material y la orgánica o de procedimiento, y que, por ceñirse a los cuestionarios de oposiciones, estudiaban en la primera la finca, los principios fundamentales, los actos inscribibles y las anotaciones preventivas, y dentro de la segunda, la organización de los Registros, los asientos en su aspecto formal y el modo de llevar los Registros. Tras repasar las distintas metodologías empleadas por varios conocidos autores, concluye presentando la propia, basada en que el Registro es el centro del Derecho hipotecario. Por ello comienza con el estudio de esta rama jurídica y del Registro, tanto en su organización como en su regulación comparada; a continuación trata lo que llama presupuesto de publicidad, o sea, el procedimiento registral, que culmina con la calificación; después estudia la forma de la publicidad y la eficacia de la misma, analizando el conjunto de los numerosos efectos de los asientos registrales, y acaba con la inexactitud registral y la publicidad formal.

Parece que hay una tendencia a poner un tanto en entredicho la importancia de la clásica construcción de los principios hipotecarios. Leemos que LACRUZ BERDEJO y SANCHEO REBULLIDA opinan que estos principios no pueden considerarse la *summa divisio* de la materia inmobiliaria y no suministran el suficiente orden lógico para la exposición. Y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en su reciente libro *Derechos reales. Derecho hipotecario*, critica el criterio

sistemático de exponer sucesivamente los llamados principios hipotecarios; éstos, nos dice PEÑA, no existen en un determinado número y su naturaleza no es homogénea; la exposición del Derecho registral por sus convencionales principios dificulta la visión del sistema registral. Así lo leemos en el libro de PAU, y éste parece impresionarse por esta tendencia y casi cede, como hemos visto, al prescindir de los principios en su metodología; pero su subconsciente le traiciona y vuelve a ellos cuando al exponer la eficacia del Registro habla de la prioridad y, expresamente, de los principios de legitimación y fe pública registral.

Son muchos los Registradores formados bajo esa terminología, elevada a la categoría de casi mítica por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y mucho el afecto que le tenemos a los principios hipotecarios como para que veamos impasibles que se trate de arrumbarlos al desván de los trastos viejos. Si, ahora que eso está tan de moda, se celebrase un referéndum sobre el particular, creo que alcanzarían muchísimos votos favorables estos principios que llenaron nuestra juventud y a los que tuvimos que dedicar tanto o más tiempo y atención que a la misma novia, esas admirables novias de opositores que esperan y esperan. Por favor, dejemos a los principios donde siempre han estado; si los mueven, tendremos la sensación de que nos arrancan algo muy de dentro.

En el capítulo I, el autor estudia el Derecho Hipotecario y el Registro de la Propiedad como su institución básica. Tras repasar las distintas denominaciones usuales, se inclina por la de Derecho hipotecario, definiéndolo como el conjunto de normas reguladoras del Registro de la Propiedad, como institución jurídica destinada a la publicidad de los inmuebles y sus vicisitudes o mutaciones de trascendencia real, derivadas de hechos, actos o negocios jurídicos. Como consecuencia, nos presenta el concepto de Registro de la Propiedad integrado por tres nociones fundamentales: publicidad, inmueble inmatriculable y trascendencia jurídico-real.

Configura la naturaleza del Registro de la Propiedad como una institución de Derecho privado organizada administrativamente por el Estado. Nos dice que es institución de Derecho privado porque las normas que la regulan son de naturaleza jurídico-privada, y las cuestiones que se ventilan, situación de la propiedad, son de naturaleza civil. Creemos que estas afirmaciones no son ya muy seguras, de un lado, porque cada vez es más borrosa la distinción entre las esferas pública y privada, y de otro, porque el ámbito de actuación estatal se va ampliando de modo creciente en el campo de la propiedad; ésta ya no es un derecho individual puro, sino sometido a limitaciones y hasta prestaciones, como puede verse, entre otras, en las Leyes del Suelo y de Reforma y Desarrollo Agrario. Y las limitaciones sociales al contenido del dominio tienen su reflejo indudable en el Registro, por lo que éste es cada vez más público y menos privado, guste o no. Así lo reconoce el propio autor al recoger a continuación el enunciado del I Congreso Internacional de Derecho Registral respecto a los fines del Registro, pues al lado de las finalidades privadas de la seguridad jurídica, facilidad del tráfico y garantía del crédito, aparecen las facetas públicas de garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad; el Registro, nos dice PAU, es, además, importante auxiliar del Estado en lograr

la efectividad de determinados impuestos y en facilitar el desarrollo de la política agraria y urbanística.

La evolución histórica de la publicidad inmobiliaria y de la legislación hipotecaria completan el capítulo I. En el segundo, se estudia el Derecho comparado, repasando los sistemas registrales alemán, francés y australiano, como más típicos, y sus derivados. Su unificación, tan deseable como difícil, fue recogida por el Proyecto de Ley Unificada de los Registros Jurídicos de Bienes, redactado en el Congreso de Madrid de 1974, que se resume.

El Registro como oficina pública es presentado con certeros trazos en el capítulo IV, exponiendo la competencia territorial y su funcionamiento interno, que consiste en la llevanza de los diversos libros, antes de modo manual y casi artesanal y ahora en clara tendencia hacia una mecanización necesaria.

En el capítulo siguiente estudia el autor el procedimiento registral compuesto por la aportación de una titulación normalmente pública, una rogación de parte interesada que se refleja en el asiento de presentación en el *Diario*, con unos efectos y duración perfectamente reglados, y que desemboca, salvo retirada, en la calificación registral. Estudia el ámbito, la materia y la finalidad de dicha calificación, que se traduce en la práctica, la suspensión o la denegación de los asientos pretendidos, según resulte del juicio que el título, en relación con los libros, haya merecido al Registrador. A seguido examina la materia relativa al recurso gubernativo contra la calificación adversa y sus diversos efectos.

La inmatriculación es para ANTONIO PAU el asiento que inicia la historia tabular de una finca a base de una completa descripción de la misma y una perfecta constatación de su titularidad dominical. Así, pues, el inmatriculante debe acreditar su dominio, como es lógico, pero también la realidad física de la finca que pretende inscribir. Y aquí el autor reclama enérgicamente la coordinación con el Catastro como medio idóneo deseable, tal como ocurre en el sistema australiano y la moderna experiencia alemana del Banco de datos inmobiliarios. Lamenta, como todos, que la vieja aspiración de coordinación del Registro y Catastro no se haya hecho realidad y reseña los insuficientes pasos dados hasta la fecha. La materia de la inmatriculación es muy amplia y el autor la contempla desde varios prismas: a) el sujeto inmatriculante, titular de un derecho plena o parcialmente dominical, o el promotor no inmatriculante del artículo 7 de la Ley Hipotecaria; b) el objeto a inmatricular, o sea, la finca y sus mutaciones, y c) la forma, en donde repasa los medios inmatriculadores, que son, como es sabido, múltiples, variados... e inseguros; por eso el autor señala la vigorosa corriente doctrinal que propugna un medio único y efectivo de inmatriculación.

Siguiendo con la metodología previamente marcada y dentro del estudio de la forma en que se manifiesta la publicidad registral, en el capítulo VII se contempla lo que el autor llama la estructura de la inscripción, también bajo tres apartados: a) el sujeto de la inscripción, o sea, el que ostenta el derecho dimanante de los asientos practicados en el Registro; es el titular

registral, único que puede disponer según el tracto sucesivo del artículo 20 de la ley y que se analiza; b) el objeto de la inscripción son los derechos reales sobre inmuebles, que el autor estudia bajo el principio de determinación o especialidad, que es una exigencia lógica, pues lo que el Registro publica debe ser claro y preciso, y c) la forma, que se manifiesta en los asientos, en los que el Registrador resume el título presentado, y que pueden ser, como todos sabemos, los enumerados en el artículo 41 del Reglamento Hipotecario. El autor expone claramente toda la materia, de modo conciso, sobre el contenido, clases y circunstancias generales y especiales de todos los asientos.

Los efectos que la ley atribuye a los asientos registrales son detallados en el capítulo VIII, donde se contempla la respectiva eficacia de la inscripción, de la anotación preventiva, de la cancelación y de la nota marginal, así como la ineficacia de la mención. Para abordar la eficacia de la inscripción, el autor expone, con arreglo a la más clásica ortodoxia, los principios de inscripción, prioridad, legitimación y fe pública registral. En la anotación preventiva se analizan la oponibilidad a terceros y las distintas prioridades. Igualmente, con la ley en la mano, se exponen las cuestiones relativas a los efectos de las cancelaciones, notas y menciones.

Como cuestión complementaria de las anteriores, en el capítulo IX se trata la posible inexactitud del Registro, al fallar su concordancia con la realidad, y que se corrige por los sabidos medios que enumera el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. ANTONIO PAU aborda los temas de la reanudación del tracto, la constancia de los excesos de cabida y la liberación de cargas. Bajo el rótulo de desinmatriculación comprende la desaparición física o jurídica de la finca; por reinmatriculación, la reconstitución de asientos o libros perdidos o destruidos, y por coordinación, la operación de conformar la descripción registral de la finca con la dimanante del Catastro. Por fin, las rectificaciones de errores materiales o de concepto son también aquí estudiadas.

El último capítulo se dedica a explicar los medios para conocer el contenido de los libros, consecuencia obligada del carácter público del Registro, ya que éste es accesible para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inscritos. Se explica la manifestación, por nota o exhibición, y la certificación del Registrador, cuyo concepto y clases se detallan, con referencia a la que implica reserva de prioridad, que existe en otros sistemas, pero no es adaptable al nuestro.

Como apéndice y para que los alumnos «vean» el Registro por dentro, se presenta un supuesto del folio o registro particular de una finca, con sus varios asientos de distintos tipos: inmatriculación por el artículo 205, venta, anotación de embargo, herencia, hipoteca, servidumbre, reanudación del tracto, donación, exceso de cabida, cancelaciones de la hipoteca y el embargo, obra nueva...; un muestrario completo. Y, además, modelo de solicitud de una certificación, y la misma certificación expedida por el Registro.

Total, una obra muy completa y accesible a los estudiantes, a los que, en principio, va destinada, pero que contiene, además, varias novedades y opiniones muy de tener en cuenta por los profesionales. Enhorabuena y

ánimo a nuestro compañero que ha escrito algo más que el «librito» que se propuso y cuyo contenido y doctrina nos hace esperar aún muchas cosas de su autor, que viene pidiendo paso y al que hay que tener en cuenta para el futuro de nuestro Cuerpo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



