

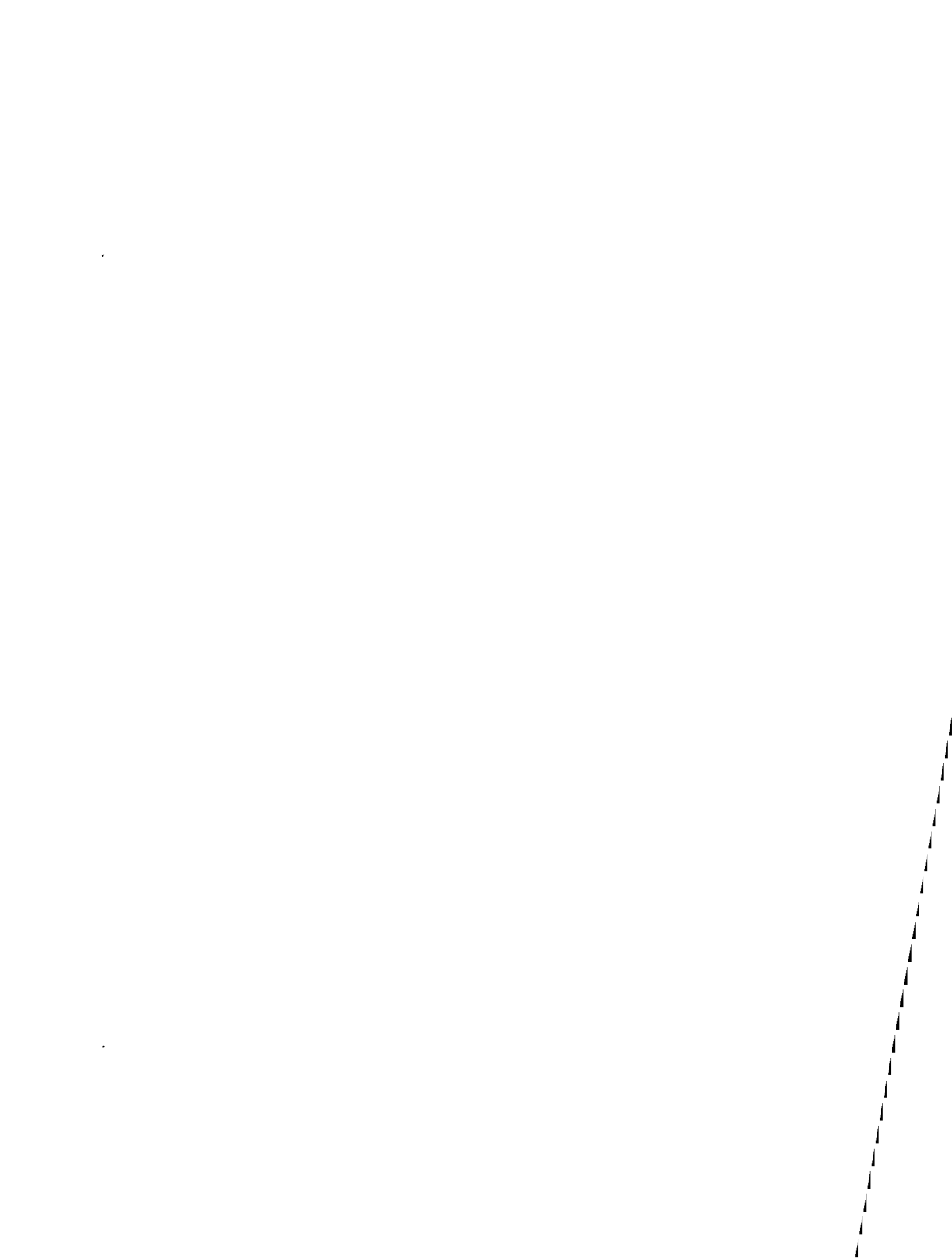
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIX ○ Enero-Febrero 1983 ○ Núm. 554



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

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Las prohibiciones de disponer voluntarias: Estudio de sus efectos», por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	9
«La cabida en la compraventa de bienes inmuebles», por AGUSTÍN MA- DRID PARRA	57
«Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español de su- cesión <i>mortis causa</i> a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil aragonés», por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	133
«Derecho civil y sistema de fuentes en el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares», por JOSEP MARÍA QUINTANA	177

JURISPRUDENCIA:

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN DE MOLINA JUYOL y FRANCISCO CASTRO LUCINI	193
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	236

LIBROS:

«Estudios de Derecho Agrario», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	245
«El usufructo de acciones», de J. GIL RODRÍGUEZ, por JOSÉ MARÍA CHI- CO ORTIZ	249
«Parte general del Derecho civil», de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, FRAN- CISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA y AGUSTÍN LUNA SERRANO, por MA- NUEL MEDINA DE LEMUS	252

	<i>Págs.</i>
«Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán», de HANS HATTENEHAUER, por MARIANO PESET	255
«Las organizaciones de regantes en el Derecho y la Administración de algunos países de América Latina», de MIGUEL SOLANES, por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	259
«La metodología jurídica en el siglo XIX», de WALTER WILHELM, por MARIANO PESET	261

ESTUDIOS

Las prohibiciones de disponer voluntarias: Estudio de sus efectos ⁽¹⁾

SUMARIO: *Efectos generales:* Prohibiciones con eficacia obligacional; garantías, la condición resolutoria. Prohibiciones con eficacia real inscritas. Prohibiciones con eficacia obligacional indebidamente inscritas; la condicionalidad y las prohibiciones de disponer.—*Efectos especiales por razón de su objeto:* Prohibiciones sobre bienes anteriormente hipotecados o embargados. Derechos sobre los que pueden recaer. ¿Alcanza a los frutos de la finca afectada?—*Efectos especiales por razón de su concreto alcance deducido de la expresión utilizada al imponerlas:* Prohibición de dividir bienes: prohibición de cesar en la indivisión, de dividir materialmente bienes y de partir la herencia. Prohibición de vender. Prohibición de enajenar. Prohibición de gravar, ¿comprende la de enajenar? Prohibición de obligar bienes. Prohibición de realizar actos inscribibles. Prohibición de disponer; actos afectados: la extinción de comunidad; los derechos reales de adquisición preferente; el derecho de opción; la hipoteca; la anotación preventiva de embargo; las enajenaciones forzosas por causa de interés privado, acreedores con o sin derecho inscrito, acreedores del imponente de la prohibición o del titular gravado con ella, acreedores especiales; derechos de superficie y elevación.

EFFECTOS GENERALES

Para el estudio de tales efectos conviene distinguir entre los distintos tipos de prohibiciones:

A) PROHIBICIONES CON EFICACIA OBLIGACIONAL

Señala el artículo 27 de la Ley que «las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior (gratuitos) no tendrán acceso al Registro sin perjuicio

(1) Ampliaciones a una conferencia pronunciada en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Sevilla en el curso 1978-1979.

de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento», y por su parte el artículo 57 del Reglamento especifica que «cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer».

Tales preceptos sientan una doctrina clara: las prohibiciones de disponer contenidas en acto oneroso no acceden al Registro, teniendo sólo efectos obligacionales, por lo que su violación sólo motivará el resarcimiento de daños y perjuicios, exigible en general por acción personal y extraordinariamente por vía de acción real, si el cumplimiento de la prohibición fue asegurado en la forma permitida. Esta doctrina no es aplicable a Navarra, cuya Compilación en su Ley 482 señala la inscribibilidad de estas prohibiciones de disponer por plazo máximo de cuatro años y siempre que medie convenio expreso.

Pero si este principio no ocasiona dudas, hay otros extremos que suscitan interrogantes de complicada solución.

a) ¿Cuál es la naturaleza y características de la hipoteca que puede constituirse en garantía del cumplimiento de la prohibición?

LA RICA y CAMY dejan bien sentado que no se garantiza el cumplimiento efectivo, dado que ello sólo podría lograrse por el cierre registral, lo que supondría el absurdo de que una norma llevase en sí misma la posibilidad de su violación; lo que se garantiza es el pago de los perjuicios que el incumplimiento ocasione. Como dice el segundo de los autores citados (*Comentarios...*, pág. 284, tomo V), la hipoteca se va a constituir como una de seguridad, debiendo expresarse una cuantía máxima.

Conviene insistir en que, según se deduce de lo dicho, el hecho motivador del ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria no va a ser la transmisión de la finca gravada, sino el impago de los correspondientes daños y perjuicios hasta la cuantía máxima fijada.

b) ¿Caben otro tipo de garantías, además de la hipotecaria?

CAMY (*op. citada*) sostiene, con base a la redacción del artículo 57 del Reglamento, que no cabe otra garantía como no sea la de la anticresis por su analogía con el derecho de hipoteca.

De otro lado, parece indudable la posibilidad de que el transmitente a título oneroso convenga con el adquirente, al que grava con prohibición, en constituir un derecho de tanteo en seguridad de tal prohibición. Pero nótese que ello no implica tal aseguramiento, y sí sólo el que el adquirente se vincula, con carácter real, a ofrecer con prioridad la enajenación futura a su transmitente; de forma que si éste no se interesa

en la adquisición, aquél queda libre de transmitirla a terceros, sin perjuicio de abonar la indemnización correspondiente por haber infringido la prohibición.

El fundamental problema se plantea en orden a si la condición resolutoria está incluida en las posibles garantías que el artículo 27 de la Ley previene genéricamente.

LA RICA (citado por CHICO ORTIZ: *Apuntes...*, tomo I, pág. 605) admite la condición resolutoria, en cuya virtud la venta realizada queda resuelta si el comprador enajena la finca; pero esta tesis entiendo que no puede ser compartida, y ello:

Uno. Porque supondría la utilización de la interpretación extensiva de una norma, con la única finalidad de dejarla sin efecto, lo que a todas luces es incorrecto.

Así lo entendieron las Resoluciones de 19 de julio y 10 de octubre de 1973, señalando la primera en el penúltimo de sus considerandos:

«Considerando que, en el supuesto concreto de este expediente, por la condición impuesta (pues no existía una prohibición expresa) el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato (de compraventa) y sin ningún efecto el acto (de disposición) realizado, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria...»

Dos. Y porque la condición resolutoria cuyo evento consiste en la enajenación de la finca por el comprador no tendríamos más remedio que calificarla como puramente potestativa y, por aplicación del artículo 1.115 del Código Civil, implicaría la nulidad del acto. Dice el citado artículo que «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor (lo que aquí ocurre) la obligación condicional será nula».

La condición resolutoria así configurada no cabe, pues, admitirla, pero es más dudoso el extremo de si procede la inscripción de aquella condición resolutoria en la que el hecho condicional consiste, no en la enajenación de la finca por el comprador, sino en el impago de los daños y perjuicios derivados de la realización de la transmisión prohibida. En otras palabras: ¿puede garantizarse con condición resolutoria el pago de los daños y perjuicios que se ocasionen por el incumplimiento de la prohibición?

Tal condición la estimo perfectamente inscribible y, por ende, eficaz frente a terceros, con base:

— a la analogía con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que permite la constancia registral de la condi-

ción resolutoria expresa constituida en garantía del precio aplazado o abono de diferencias;

- a que el obstáculo del artículo 1.115 del Código Civil ha desaparecido, puesto que al ser enajenada la finca a un tercero, éste, por aplicación del artículo 1.158 del mismo cuerpo legal, podrá, si le interesa, proceder al pago de los daños y perjuicios al acreedor; por consiguiente, el hecho condicional ya no depende de la «exclusiva voluntad del deudor», sino de la voluntad de un tercero: el adquirente nuevo, y en tal caso el mismo artículo 1.115, en su último inciso, señala que «la obligación surtirá todos sus efectos».

Con carácter incidental, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 18 de enero de 1979, viene a señalar (cuarto considerando) cómo una de las fórmulas aseguratorias de las prohibiciones de disponer contenidas en acto oneroso es la de la condición resolutoria.

No se contiene en el fallo de referencia otra precisión, es decir, si la condición que se admite es la que garantiza el cumplimiento efectivo y real de la prohibición o sólo la que asegura el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Sigo pensando que es a este último tipo de condición al que se alude en el expresado considerando, pues, aparte de lo ya consignado, ello es lo más acorde con las características de la hipoteca garantizadora de los efectos de las prohibiciones de disponer, la cual se prevé en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, tal y como anteriormente se ha visto.

B) PROHIBICIONES CON EFICACIA REAL INSCRITAS

En cuanto a sus efectos generales:

I. En primer lugar, habrá que estar a la sanción que haya previsto el imponente de la prohibición o al régimen subsidiario por él establecido: resolución del derecho del favorecido, pérdida de determinadas facultades, acrecimientos, etc.

Las Resoluciones de 7, 14 y 21 de mayo de 1929 (para una prohibición en la que el testador señaló que si los herederos o sus hijos la infringían perderían los bienes donados, que pasarían a ser propiedad de los otros coherederos que los reclamasen) permitieron la enajenación cuando aquélla fue consentida por todos los posibles favorecidos con el régimen subsidiario previsto, y ello con base a que los citados cohere-

deros están autorizados para no ejercer dicha acción de reclamación judicial de los bienes, renunciando a ella explícita o implícitamente.

El verdadero problema se planteará cuando dicho consentimiento no medie. Para el caso concreto antes visto cabría sostener que el acto que contravenga la prohibición, al poder ser dejado sin efecto por las personas favorecidas, no procede que sea en principio considerado absoluta y radicalmente nulo y sí sólo impugnabile (no utilizo la expresión anulable por lo que de dogmatismo e ideas fijas y preestablecidas lleva consigo), y entonces cabe opcionar por:

1. Considerar el acto perfecto, pero sujeto a la condición resolutoria de su posible impugnación, con lo cual como acto sujeto a condición resolutoria podría inscribirse.

2. Considerarlo como no perfecto por falta de uno de los requisitos precisos para su total eficacia (el consentimiento de los favorecidos) y, por lo tanto, suspenderlo (no denegarlo) hasta que aquel requisito llegue a cubrirse. Esta es, a mi juicio, la formulación más correcta, pues la primera:

- ni cuadra con el normal juego de la condición resolutoria, que supone que el acto hoy consumado es perfecto, sin que le falte ningún requisito preciso para su validez y efectos, siquiera esté para el futuro amenazado de resolución por virtud de un condicionante añadido o superpuesto al acto en sí;
- ni se ajusta a la naturaleza de los derechos inscribibles, pues por esa vía se permitiría que todos los actos anulables, por ser susceptibles de confirmación, pudieran ser indiscriminadamente inscritos, contra todos los pronunciamientos de la legislación hipotecaria, que sólo en ciertos casos —como el de falta de requisitos administrativos (art. 98 del antiguo Reglamento)— ha permitido el acceso al Registro de los actos anulables. Además exigiría un especial celo al Registrador y el desarrollo de una casuística a veces interminable, con el fin de determinar cuándo se estaría ante una prohibición que podríamos considerar de las ordinarias y cuándo ante alguna de éstas de régimen subsidiario de sanción.

II. En segundo lugar, no estableciéndose régimen subsidiario alguno, o en general si nada específico se dijo al imponerlas, el acto que sea contrario a la prohibición se estima, con práctica unanimidad, que ha de considerarse nulo, pero sin que implique la resolución del derecho del gravado, como reiteradamente tiene declarado el Centro directivo.

La Resolución de 23 de marzo de 1926 señaló que el acto contrario a la prohibición (en este caso, una transmisión) no cabía realizarlo ni aun con la concurrencia de las personas a quienes aquélla pueda beneficiar de un modo indirecto o reflejo. No obstante, creo que si el imponente ha designado de forma inequívoca la persona a quien desea beneficiar, y los motivos de tal beneficio, ya sí habría que entender como suficiente para permitir el acto el consentimiento dado por ella.

C) PROHIBICIONES CON EFICACIA OBLIGACIONAL INDEBIDAMENTE INSCRITAS

Para tal caso, dos preceptos hipotecarios parecen estar abiertamente encontrados: el artículo 1.º de la Ley, que en su párrafo tercero pone a los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales; y el artículo 98 de la misma (y su complementario art. 355 del Reglamento), que señala que los derechos personales indebidamente inscritos no tienen la condición de gravámenes y serán cancelados a instancia de parte.

Pero no hay tal enfrentamiento, pues desde el momento en que el artículo 1.º ciñe su prevención de salvaguardia sólo «en cuanto se refieran a los derechos inscribibles», para nada se opondrá a la actuación del artículo 98 en su finalidad de limpiar el Registro de aquellos contenidos que le son ajenos.

Con tal base ha podido la DGRN declarar:

- en su Resolución de 26 de julio de 1928, que pese a estar inscrita una hipoteca con prohibición de arrendar podía ser inscrito el arrendamiento posterior; y
- en su Resolución de 27 de septiembre de 1929, que no obstante constar inscrita una hipoteca con prohibición de enajenar y gravar los bienes debía de darse acceso al Registro a la ulterior escritura de venta.

Aunque pudiera discutirse la aplicabilidad actual de dichas resoluciones, anteriores a la última reforma hipotecaria (y quizá por ello el segundo de los fallos citados ordena que la venta ulterior sea inscrita «con los gravámenes indicados», es decir, arrastrándose las limitaciones), hoy, el claro apartado tercero del artículo 107 de la Ley, al permitir la hipoteca de bienes anteriormente hipotecados con el pacto (indebidamente inscrito) de no volverlos a hipotecar, permite dar clara solución al problema general planteado.

Por fortuna sucede, además, que un reciente fallo de la DGRN viene definitivamente a clarificar y confirmar todo lo dicho.

En contrato oneroso (compraventa) comprador y vendedor convinieron que el primero se obligaba a no enajenar a terceras personas el terreno comprado, mientras no realizase en él ciertas obras a cuya construcción se comprometía. Se inscribió el contrato y, con ocasión de presentarse al Registro un acta de notoriedad en pretensión de que se hiciese constar el cumplimiento de la condición impuesta, el Centro directivo, en su Resolución de 18 de enero de 1979, apartándose de las tesis de los recurrentes que calificaban el pacto como de auténtica condición, destaca (último considerando) que el debatido convenio contiene una prohibición de disponer constituida en acto oneroso, que no debió ser inscrita, y que habiéndolo sido indebidamente debía ser cancelada, tal y como ordena el artículo 98 de la Ley.

D) LA CONDICIONALIDAD Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Queda una última cuestión, y es la de si cabe la condicionalidad en las prohibiciones de disponer.

En pura técnica jurídica, su solución ha de ser la negativa: no cabe constituir prohibiciones de disponer con el carácter condicional. La condicionalidad es factible en toda clase de derechos, pero como quiera que las prohibiciones no pueden ser configuradas como auténticos derechos, ha de considerarse lógicamente deducible de ello la imposibilidad de establecer prohibiciones sujetas a condición.

Pero del dogma y la teoría conviene descender a la práctica para comprobar su exactitud. Veamos dos casos particulares de cláusulas prohibitivas que pudieran parecer condicionales:

1. «Prohíbo a don que disponga de las fincas legadas hasta tanto se case, tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de N años» (tal fue el caso de la sentencia de 29 de octubre de 1968 y de la Resolución de 1 de septiembre de 1976).

En principio, la apariencia es la de una prohibición de disponer sujeta a condición resolutoria, pero no hay tal. En efecto, es propio de los derechos sujetos a condición resolutoria el que su enajenación es válida atendida siempre a la condición. Sobre la imposibilidad de enajenación y, en general, de negociación de las propias prohibiciones no voy a entrar, pues me parece bizantino, dado que en ellas ni existe un derecho ni titular, por tanto, que las detente. Tendríamos que acudir a la posible enajenación de los bienes gravados para atisbar alguna posibilidad, pero obsérvese que entonces ya hemos descentrado el tema y, además, que al estar produciendo efectos de momento la prohibición no cabe plantearse tal posibilidad de enajenación.

Lo que entonces hay en estas prohibiciones aparentemente condicionadas son simples «previsiones que el imponente realiza sobre un hecho futuro e incierto al cual atribuye la virtud de hacer cesar los efectos de la prohibición establecida». En el caso que vengo examinando el límite temporal de las prohibiciones nunca desaparecerá. Y será el de la vida del propio gravado (o el plazo específico señalado, si lo hubiere), por lo que, fallecido éste (o llegado el plazo), la prohibición por fuerza ha de desaparecer. Ocurre, pues, que el imponente ha querido que si aun antes de expirar el normal plazo prohibitivo se dan determinadas circunstancias quede sin efecto la prohibición.

2. La cláusula prohibitiva podría también ser redactada del siguiente modo: «Lego la finca N a don, pero con la obligación, desde el momento en que se case, de no enajenarla»; o de este otro: «Lego la finca N a don, y si se casa y tiene hijos no podrá enajenarla sino en favor de ellos.»

A primera vista parece tratarse de una prohibición sujeta a condición suspensiva, pero tampoco hay tal. A los razonamientos antes apuntados, y que por ello no reitero, cabe añadir que en tal caso no es que haya una situación de prohibición latente, sino que no existe la prohibición hasta tanto no se den las circunstancias previstas por el ordenante de ella; de tal modo que mientras que el gravado acredite estar soltero o, en el segundo caso, no tener hijos, podrá libremente enajenar los bienes, posibilidad que es insólita en los derechos sujetos a condición suspensiva.

Pero hay más; con la apuntada posibilidad de enajenación libre desconocemos una de las características más típicas del hecho condicional: su retroactividad. En las prohibiciones que examino, para que un efecto similar pudiera predicarse, sería preciso que el imponente hubiese previsto que los actos realizados con anterioridad a tal matrimonio, o al evento de que se trate, queden nulos. Pero entonces no es que a la prohibición se le haya otorgado el efecto retroactivo propio de las condiciones, sino que ha surgido una nueva figura, coexistiendo dos instituciones distintas: la prohibición de disponer que opera «desde» la realización del evento y la condición resolutoria a que quedan sujetos los actos anteriores a tal evento; dos figuras, por tanto, absolutamente independientes y que no tienen relación institucional alguna.

EFECTOS ESPECIALES POR RAZON DEL OBJETO

A) ¿Pueden las prohibiciones de disponer recaer sobre *bienes anteriormente hipotecados o embargados*?

Aunque CAMY (obra citada, vol. V, pág. 281) se muestra contrario a que sobre tales bienes pueda imponerse una prohibición total, admitiendo la que se prevenga para enajenaciones distintas a aquellas que puedan derivarse de los referidos asientos de hipoteca o embargo, y pareciendo, por tanto, exigir el que la prohibición contenga expresamente tal prevención; mi criterio es que tal previsión no es necesaria, como tampoco se exige al constituir una hipoteca el que se especifique cuál sea su grado registral, ni el que al venderse una finca consten expresamente en el documento las cargas que pesen sobre ella y estén vigentes según el Registro.

Cabrá, pues, el que sobre bienes hipotecados o embargados se imponga una prohibición de disponer de carácter absoluto, aunque, claro está, dicha prohibición no puede perjudicar en ningún caso los derechos anteriormente inscritos, ni obstará para la inscripción de las enajenaciones que de aquellos asientos se deriven (enajenaciones que pueden no llegar a producirse nunca). Más tarde, al tratar del embargo y de las enajenaciones judiciales, tendré ocasión de desarrollar más ampliamente estas ideas, ahora tan sólo brevemente apuntadas.

B) ¿Las prohibiciones de disponer han de afectar al derecho de dominio o, por el contrario, *pueden recaer sobre cualquier derecho*?

Esta posibilidad me parece indudable: la prohibición podrá recaer sobre un derecho de usufructo, hipoteca o cualquier otro derecho real inscribible y transmisible (en cuanto a nosotros interesa).

La eventualidad de que el derecho de hipoteca pueda quedar afectado por una prohibición (donación por el acreedor de su derecho de hipoteca, prohibiendo la transmisión del mismo) no impide, desde luego, el ejercicio de ninguna de las acciones que se deriven de la hipoteca (acción de devastación, ejecutiva, etc.), pero plantea la duda de si será posible la cancelación antes de concluido el plazo de efectos de la prohibición. Sobre este punto entiendo que:

1. Si la cancelación se realiza por pago del crédito, bien sea en su plazo o por pago anticipado, pero previsto en la escritura de constitución de la hipoteca, podrá, desde luego, procederse a tal cancelación, pues nada debe obstaculizar al principio de que el deudor puede liberarse pagando.

2. Siendo por pago anticipado, pero no previsto, tampoco habría de

formularse una calificación excesivamente rigurosa, dado que no hay que olvidar que los plazos en las obligaciones se entienden establecidos en beneficio de ambas partes contratantes (art. 1.127 CC).

3. Por último, si la cancelación tiene su causa en cualquier otro motivo dependiente de la exclusiva voluntad del acreedor, como la renuncia, aunque podrían ponerse, en principio, ciertos reparos a tal proceder, no podría por menos que ser admitido, porque la renuncia no significa enajenación y sólo produce la extinción del derecho que no provoca su traspaso a nadie. Pero tal criterio no puede ofrecerse como irrefutable, pues por aplicación analógica de la corriente doctrinal y jurisprudencial, que a propósito de la cancelación de hipotecas que garanticen créditos gananciales ha defendido que el marido sin el correspondiente consentimiento uxorio sólo puede realizarla si es por pago (art. 178 RH), se viene a proporcionar justificación adecuada a la defensa de la tesis contraria.

C) La prohibición de disponer recayente sobre unos bienes, *¿alcanza a los frutos* que produzcan éstos y a los actos que sobre ellos se realicen?

Por la escasa trascendencia registral de este problema sólo quiero dejar esbozado:

1. Que si lo que se constituye es un gravamen que, afectando aparentemente a los frutos, alcanza indudablemente a la finca misma, como sería un usufructo o una anticresis, como la prohibición sea de gravar o comprenda los actos de gravamen, no cabrá desde luego admitir tales actuaciones.

2. Que si lo que se pretende es un embargo sobre los frutos, la cuestión tampoco ofrecerá duda, pues tal embargo no podrá ser anotado. La Resolución de 30 de enero de 1931 lo entendió así al señalar que los frutos y rentas no pueden quedar embargados si no es con el derecho de usufructo o el dominio de la finca misma, y aun así con las limitaciones de los artículos 110 y siguientes de la Ley.

3. Y, por último, respecto al problema de si cabe sobre los frutos constituir una prenda sin desplazamiento (refiriéndose a los pendientes); por aplicación del artículo 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, que considera no pignorables los frutos que «por pacto» hubiesen sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la Ley Hipotecaria, habrá que entender que, estando la finca afecta a una prohibición de disponer, como ésta no alcance a los frutos expresamente podrá desde luego inscribirse la prenda sin

desplazamiento constituida sobre los mismos de conformidad con los artículos 52 y siguientes de la mencionada Ley especial.

EFFECTOS ESPECIALES DE LAS PROHIBICIONES POR RAZON DE SU CONCRETO ALCANCE DEDUCIDO DE LA EXPRESION UTILIZADA AL IMPONERLAS

Sólo el detenido examen de los términos en que esté redactada la cláusula prohibitiva nos permitirá conocer si ésta afecta sólo a algún acto determinado o a cierto tipo o categoría de actos. Las prohibiciones tendrán, pues, como alcance concreto el que se deduzca de las expresiones utilizadas al imponerlas, y ello motiva la necesidad de estudio de los diferentes tipos de prohibiciones que, en tal sentido, se nos puede ofrecer, pasando a continuación a realizarlo respecto a aquellas que, a mi juicio, tienen una mayor importancia.

A) PROHIBICIÓN DE DIVIDIR BIENES

Cuando el testador o donante haya impuesto sólo la prohibición de «dividir los bienes» transmitidos, tal prohibición sólo alcanzará a los actos de división, quedando fuera de la misma todos los demás actos, incluso los de enajenación.

Pese a que a la posición que postulo podría argüirse que incide en el absurdo de no permitir lo menos a quien se le permite lo más, el hecho no es en modo alguno insólito, bastando recordar:

- Que el propietario de fincas rústicas o urbanas, que en cuanto a su división se encuentra ciertamente con limitaciones (respeto a las unidades mínimas de cultivo y a las de edificación, obtención de licencias municipales, etc.), no sufre para su enajenación tales cortapisas.
- Que el apoderado expresamente para vender no puede, según señala la jurisprudencia, abordar actos de segregación y división como tales actos no sean antecedente inmediato de la venta concertada.
- Que esta tesis es, por otra parte, la más acorde con la interpretación restrictiva que ha de presidir la aplicación de las prohibiciones, y que impide que puedan ser aplicadas a casos no previstos.

Presupuesta esta posibilidad de enajenación, la consecuencia lógica de su realización va a ser la extinción de la propia prohibición de dividir. No puede pretenderse que el testador o donante alcancen a vincular a las terceras personas que accedan al dominio de los bienes afectos.

Pese a esta circunstancia, no puede decirse que la prohibición carezca de efectos frente a terceros y su inscripción deba rechazarse dado su mero alcance obligacional. En primer lugar, porque ello supondría una arbitraria restricción del contenido del artículo 26 de la Ley, que permite el acceso al Registro de las prohibiciones que se constituyan en el marco de los actos que el precepto señala, sin exigir para nada su previo carácter real (aunque es lo cierto que el citado artículo habla de prohibición de enajenar o disponer solamente); y, en segundo término, porque no puede hablarse de una carencia total de efectos frente a terceros; así, toda persona que entre en contacto de forma limitada con el bien afecto (usufructuario, acreedor hipotecario, etc.), quedará obligado a respetar la prohibición.

Sucede, además, que los adquirentes de porciones materiales de la finca gravada quedarán igualmente afectados. En efecto, la división y venta realizada por los herederos o donatarios habrá de ser rechazada en cuanto a la primera actuación, por quedar ésta incluida de lleno en los actos prohibidos.

El que los adquirentes plenos de los bienes sobre los que recae la prohibición de dividir no queden sujetos a ella no implica que la prohibición no produzca efectos frente a terceros; significa que ésta, en el referido momento, ha quedado totalmente extinguida y no produce ya efectos frente a nadie. No es que el adquirente pueda ignorar una prohibición que aún existe; es que esta existencia ya no puede predicarse.

Sentado esto, conviene ahora clarificar, en la medida de lo posible, la distinción entre tres tipos de prohibiciones cuya separación no resulta formulada ni por la jurisprudencia ni por la doctrina de forma precisa; me refiero a la prohibición de dividir bienes, la de cesar en la comunidad y la de partir la herencia.

Tal distinción aparece como posible y aun necesaria, desde el momento en que no se discute que la división material de bienes, la extinción de comunidad y la partición de herencia constituyen tres actos absolutamente diferentes y perfectamente separables. Ninguno de estos negocios conlleva necesariamente los otros, aunque sea cierto que en la práctica se presentan juntos en la mayor parte de los casos y, a menudo, lastimosamente confundidos. Siendo, pues, distintos los actos afectados, no ha de haber entonces duda de que estamos en presencia de prohibiciones diferentes, cuyos rasgos, así como el alcance que específicamente caracterizan a cada una, seguidamente paso a examinar.

1. *Prohibición de cesar en la proindivisión o extinguir la comunidad*

Obedece a razones morales (deseo del padre de que los hijos actúen juntos) o morales-económicas (explotación de un negocio que difícilmente podría ser abordado por una sola persona).

Todas estas razones caen por su base cuando la convivencia entre los comuneros se hace difícil o imposible; por eso tal prohibición tiene señalado un límite temporal de vigencia: el de diez años fijado por el párrafo segundo del artículo 400 del Código Civil, que aunque referido sólo a la prohibición procedente del «pacto» entre comuneros, MANRESA estima aplicable a la impuesta por el testador o donante.

La prohibición de cesar en la indivisión no comporta necesariamente las otras dos, pues, pese a ella, habrán de ser admitidas:

- La división material de fincas, siempre que en las nuevas resultantes se continúe la proindivisión anterior.
- La partición hereditaria, siempre que los herederos se adjudiquen en proindiviso todos y cada uno de los bienes afectos que integran el acervo hereditario; claro está que entonces puede decirse que no ha existido actividad particional y sí sólo liquidatoria, pero ello no obsta para que formalmente, en el caso de referencia, pueda considerarse, y así se hace sin excepciones en la práctica, que existe una auténtica partición.

2. *Prohibición de dividir bienes*

Obedece a razones morales (afección sentimental a determinados bienes considerados como un todo) o económicas (las divisiones materiales mal o inoportunamente practicadas pueden suponer un decrecimiento del valor de los bienes).

Pero estas razones no tienen, como en el caso de la prohibición anterior, una justificada causa que deba hacerlas cesar, y por ello no sufren el recorte de un específico límite temporal para su vigencia, si no es el general de toda prohibición de no poder ser perpetua.

No existe precepto especial que se ocupe de ella, y sólo por la aplicación del general artículo 1.255 del Código Civil (principio de libertad de pacto) y por la interpretación extensiva de las normas hipotecarias que regulan las prohibiciones de disponer puede considerarse consagrada su validez.

No puede esta prohibición ser confundida con las otras dos, pues, prohibida la división material de bienes, nada se opone a que, estando

la finca en proindivisión, puedan los comuneros cesar en la comunidad, acudiendo a los medios que ofrece el artículo 404, que podrá ser analógicamente aplicado (adjudicación a uno indemnizando a los demás o venta de la cosa con reparto del precio), ni a que los herederos procedan a la partición siempre que se abstengan de dividir materialmente los bienes afectos a la prohibición.

3. *Prohibición de partir la herencia*

No se encuentra en principio una razón lógica que sirva de fundamento a esta prohibición. En el derecho antiguo tenía la finalidad de crear una situación interina en espera de que los herederos menores alcanzasen la mayor edad, y no hay obstáculo a que tal finalidad pueda ser mantenida en los tiempos actuales (así, si el testador no quisiera que, por existir menores, en la partición de la herencia interviniesen personas ajenas a sus propios herederos: tutores, defensores judiciales, etc...). No obstante, cualquiera que sea la finalidad que se le atribuya, su validez ha sido claramente señalada por el artículo 1.051 del Código Civil.

Sobre si esta prohibición está o no sujeta a un plazo máximo, la doctrina no formula una tesis acorde; así:

◉ ROCA la admite por tiempo indefinido (íd. MANRESA, CASTÁN y CÁMARA).

◉ LACRUZ y SANCHO REBULLIDA consideran aplicable el plazo máximo de diez años del artículo 400 del Código. Advierten estos autores la inoperancia de esta prohibición, puesto que el citado artículo 1.051, en su párrafo segundo, permite, no obstante, la división «mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad», y una de ellas es la voluntad de cualquiera de los socios (art. 1.700, 4.ª, CC).

◉ PUIG BRUTAU, por su parte, entiende que tal causa (voluntad de cualquier socio) será sólo aplicable en aquellos casos en que la prohibición se impuso por tiempo indefinido, pero que si el plazo fue señalado específicamente (nunca superior a diez años) la facultad de pedir la división por uno de los asociados queda limitada por lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707 del Código, que exigen en tal supuesto (sociedades constituidas por tiempo determinado) el justo motivo que fundamente la disolución.

La prohibición que examinamos tampoco puede ser confundida con las otras dos.

En efecto, si bien es cierto que habiendo prohibido el testador la división de su herencia los herederos, siendo varios, no pueden proceder a cesar en la comunidad de bienes, ello no es por efecto de la indicada prohibición, sino porque tal actuación resulta conceptualmente imposible.

Si la posibilidad de cesar en la comunidad de una cosa exige la existencia de tal situación comunitaria, mal puede hablarse de prohibición de cesar en la proindivisión cuando tal proindivisión no existe constituida sobre ningún bien determinado, como es el caso. Si la prohibición de dividir la herencia lleva consigo la imposibilidad por parte de los herederos de cesar en la comunidad, ello lo es única y exclusivamente porque tal comunidad de bienes no existe; habrá, eso sí, una comunidad hereditaria, que no admite, desde luego, parangón con la comunidad ordinaria de bienes, pues, aparte de su distinta naturaleza (la una germánica o en mano común y la otra romana o por cuotas), la primera no recae sobre bienes específicos, sino sobre un patrimonio diferenciado, que es la herencia, del que pueden formar parte no sólo bienes y derechos, sino incluso obligaciones.

Tampoco aparece claro que esta especial prohibición alcance a la de dividir bienes. En principio, para tal actuación encontraríamos un obstáculo registral: la falta de tracto. Si los herederos no tienen inscritos los bienes la división material de éstos no puede acceder al Registro. Pero este obstáculo puede ser salvado a través de la anotación del derecho hereditario (actuación que no se ve impedida por existir una prohibición de dividir la herencia). Practicada tal anotación, el párrafo primero del artículo 209 del Reglamento permite que la finca o derecho real anotado sean transmitidos conjuntamente por todos los herederos y, aceptada tal actuación, la admisión de divisiones materiales ofrecerá menos dudas, sobre todo cuando se produzcan como antecedentes necesarios a una transmisión.

Señalar, por último, que ninguna de las tres prohibiciones que se acaban de examinar obstan para que los respectivos derechos del comunero puedan ser transmitidos a un tercero: el comunero respecto de su cuota y el heredero respecto de su derecho hereditario anotado (así lo entienden CHICO y ORTIZ: *Apuntes...*, pág. 583). Todo ello sin perjuicio del correspondiente derecho de retracto que asiste a comuneros o coherederos. Esta posibilidad ocasiona una singular excepción a la prohibición de cesar en la comunidad, pues si todos los comuneros transmiten a uno de ellos sus respectivas cuotas, viniendo éste a reunir las todas, automáticamente, y por su esencia, cesa la situación comunitaria.

B) PROHIBICIÓN DE VENDER

Impedirá sólo la venta de los bienes afectos o la constitución de aquellos derechos que, como la opción o hipoteca, supongan en el futuro su posible venta dentro del plazo de vigencia de la prohibición. Los demás

derechos reales que no impliquen esa realización de bienes habrán desde luego de admitirse.

Lo que no está claro es si las demás enajenaciones onerosas o gratuitas distintas a la venta (permutas, donaciones, etc.), dado el criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las prohibiciones, deben o no ser igualmente aceptadas.

C) PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

Para el Tribunal Supremo es enajenación toda transmisión intervivos.

La prohibición de enajenar impedirá sólo este tipo de transmisiones, entre las que cabe citar la venta, permuta, donación, adjudicación en pago y para pago, aportación a sociedad; como igualmente todos aquellos derechos reales que puedan implicar tales transmisiones dentro del plazo prohibitivo.

D) PROHIBICIÓN DE GRAVAR

En sentido vulgar, es gravamen toda carga u obligación que pesa sobre alguno de ejecutar o consentir una cosa o carga impuesta sobre un inmueble o un caudal. En cualquier diccionario de la lengua encontraremos esta acepción, que traigo a colación porque es la que comúnmente manejará el imponente, de ordinario ajeno al mundo técnico del Derecho; e insisto, según se desprende de lo dicho, que en su concepción vulgar carga y gravamen no pueden ser separados.

En sentido jurídico suele ser definido el gravamen como aquel derecho real limitativo afectante a una finca; y, aunque no es general, no falta quien defienda la neta separación entre las cargas (derechos reales que implican realización de valor) y gravámenes (demás derechos reales limitativos), admitiéndose incluso la categoría de gravámenes o cargas personales (pactos de retro, acciones rescisorias, anotaciones de demanda, etcétera).

A lo largo de nuestra legislación no encontramos una noción técnica acerca de qué haya de entenderse por gravámenes, ni una distinción clara entre éstos y las cargas. El Código Civil, sólo a propósito del concepto de las servidumbres prediales, alude en su artículo 530 a la idea de gravamen. La Ley Hipotecaria, en su artículo 131 (procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria), habla de «censos, hipotecas, gravámenes, derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes»; en su artículo 209, a propósito del expediente de liberación de gravámenes y

cargas, incluye como tales a las «hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena...»; y en su artículo 235 habla genéricamente de «certificación de gravámenes». Tampoco el Reglamento es preciso; así, en su artículo 32, 5.º (expropiación forzosa), alude a «cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase»; y en su artículo 354 se refiere a la «certificación de cargas y afecciones».

No obstante esta imprecisión legal, ha de entenderse que cuando lo que se prohíba sea «gravar» se impedirá con ello la constitución de cualquier derecho real limitativo, aunque el que se pretenda constituir no merezca estrictamente la calificación técnica de gravamen (aplicable por excelencia a las servidumbres prediales).

¿La prohibición de gravar *comprende la de enajenar*? Sobre este punto pugnan dos principios: el de la interpretación restrictiva aplicable a las prohibiciones y el axioma de que el que puede lo más puede lo menos, sobre el que ya he realizado algunas precisiones, y que en su versión negativa implicaría que el que tiene prohibido lo menos ha de tener prohibido lo más. Si por aplicación del primer principio la prohibición de gravar no alcanza a la de enajenar, por aplicación del segundo tal extensión aparece como indudable. Esta última es, a mi juicio, la posición correcta, pues de no ser así abocaríamos en el absurdo de permitirse la venta de los bienes afectos y quedar prohibida la constitución de un derecho de opción, por ejemplo, que, aunque su único contenido y objeto es la futura venta de los bienes, por implicar un acto que los grava debería ser rechazado.

De todas formas será harto extraño que la prohibición de gravar se presente de forma aislada e independiente, siendo lo normal que se superponga a otra de enajenar.

E) PROHIBICIÓN DE OBLIGAR BIENES

Su carácter amplio entiendo que autoriza a considerar prohibido todo acto que disminuya o pueda en el futuro disminuir la entidad económica de los bienes afectados.

Los arrendamientos ordinarios sujetos al Código Civil que, al tratarse de una prohibición de enajenar o gravar, creo que deben ser permitidos, ante una prohibición de obligar no podrían por menos que ser rechazados.

F) PROHIBICIÓN DE REALIZAR ACTOS INSCRIBIBLES

Si en sistemas hipotecarios de inscripción constitutiva la distinción entre actos inscribibles y no inscribibles no es procedente o tiene un muy escaso valor (sólo cabe separar los actos no inscribibles de los inscritos, dado que los inscribibles no inscritos carecen de efectos), en sistemas de inscripción declarativa, como el nuestro, la diferenciación eficaz es plenamente factible.

Por actos inscribibles hemos de entender todos aquellos que por esencia pueden ser inscritos en el Registro, aunque por causa de cualquier obstáculo no puedan de momento acceder a él.

Nuestra legislación no es totalmente ajena a esta categoría de actos, bastando recordar que el Código Civil, a propósito del tutor, señala en el número 5 de su artículo 269 la necesidad de que aquél cuente con la autorización del consejo de familia para realizar «contratos o actos sujetos a inscripción».

La prohibición de realizar actos inscribibles resolvería muchas de las dudas interpretativas que se suscitan acerca del alcance de las prohibiciones, en las que con frecuencia, y en el deseo de ampliarlas al máximo, se realiza una farragosa enumeración de actos prohibidos. Si el imponente lo que quiere es cerrar eficazmente el Registro, no hay fórmula más adecuada para lograrlo que la de prohibir la realización de actos inscribibles.

Podría ponerse en tela de juicio la validez de esta prohibición por estimar que va contra el principio de orden público, dada su analogía con la prohibición o pacto de no inscribir. Entiendo que no es así, pues si la prohibición de inscribir (que no impide, no obstante, la válida realización del acto cuya inscripción se prohíbe) es desde luego contraria al orden público, la de realizar actos inscribibles no supone prohibir la inscripción de un acto realizado, sino la propia realización del acto mismo. Tal prohibición no atentará, pues, contra el principio de orden público, al no crear discordancia alguna entre el Registro y la realidad extrarregistral.

G) PROHIBICIÓN DE DISPONER

Una muy desarrollada doctrina ha consagrado gran parte de sus esfuerzos al estudio de lo que haya de entenderse por actos de disposición. Sus conclusiones pueden encontrarse en cualquier manual de Derecho civil, por lo que sería prolijo reiterarlas aquí a través de una simple transcripción. Lo que no puede ofrecer duda, y conviene señalar, es que den-

tro del concepto de acto de disposición habrán de incluirse tanto los actos de transmisión como los de gravamen.

Con las bases proporcionadas por el examen particularizado de los distintos tipos de prohibiciones podemos ya encararnos con el estudio de ciertos actos cuya inscripción, al estarlo previamente una prohibición de disponer, puede plantear problemas.

Entre tales actos he creído conveniente, por sus mayores dudas, examinar los siguientes:

- La extinción de comunidad.
- Los derechos reales de preferente adquisición.
- El derecho de opción.
- El derecho real de hipoteca.
- Las anotaciones preventivas de embargo.
- Las enajenaciones forzosas; y
- Los derechos de superficie y a elevar nuevas plantas (sobreedificación).

LA EXTINCIÓN DE COMUNIDAD Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Anteriormente ya he dejado examinado cómo afectan las prohibiciones de dividir bienes o de partir la herencia al acto de extinción de comunidad, y ahora conviene hacer lo propio respecto de las prohibiciones de disponer o las de enajenar y gravar.

Constando en el Registro una prohibición de disponer, entiendo que la simple división material de la finca gravada sería un acto no impedido por la prohibición, por no poder ser englobado en la categoría de actos de transmisión o de gravamen; pero ¿qué ocurrirá si se tratase de una extinción de comunidad?

En el supuesto contemplado en la Resolución de 5 de octubre de 1921, en el que trece fincas estaban poseídas proindiviso por dos personas, una de las cuales adquirió libre su participación y la otra la adquirió gravada con prohibición de enajenar, la DGRN consideró no admisible la extinción de comunidad practicada por los dos interesados, con base al artículo 1.052 del Código Civil (aplicable por la remisión del artículo 406), que exige que el coheredero tenga la libre disposición de sus bienes para que pueda practicarse («pedirse», dice el artículo) la partición.

La doctrina que sienta esta resolución puede considerarse, en principio, formalmente lógica, pero su fundamentación entiendo que es equivocada.

1. El precepto permite que sea pedida la partición por todo coheredero que tenga «la libre administración y disposición de sus bienes», y es indudable que con ello se refiere a una cualidad subjetiva del mismo (incapacidades; condiciones que afecten a la institución de heredero, como se desprende del art. 1.054; situación matrimonial, como resultaba del antiguo art. 1.053, etc.) y nunca a su cualidad objetiva para disponer de bienes determinados (prohibiciones de disponer, bienes inalienables, etcétera).

En efecto, el artículo 1.052 habla de la «libre disposición de sus bienes», con lo que, interpretado en sentido objetivo, el heredero cuyos únicos bienes propios estuvieren afectos a una prohibición de disponer carecería de la facultad de pedir la partición. Tal interpretación no puede ser sostenida, pues supone una antinatural comunicación de las limitaciones que pesan sobre unos bienes a otros procedentes de diversa naturaleza.

2. La resolución citada olvida que el Código Civil distingue entre la capacidad para pedir la partición, para la que el artículo 1.052 exige, como hemos visto, la libre administración y disposición de sus bienes, y la capacidad para practicarla, para la que el artículo aplicable es el 1.058 (mayoría de edad y libre administración); de tal forma que los emancipados, aun no teniendo la libre disposición de sus bienes, pueden practicar la partición sin el concurso de las personas que han de completar su capacidad, siempre que limiten su actuación a actos puramente particionales, precisando sólo de aquel complemento de capacidad cuando convinieren en un acto de enajenación o cualquier otro para el que tal complemento sea expresamente exigido por la ley.

Así pues, si no cabe la alegación de estos argumentos para sostener el rechazo del acto de extinción de comunidad, habrá que acudir a la vía directa de los efectos de la prohibición de disponer; y así encauzado, el problema es el de si un acto de extinción de comunidad supone violación a la prohibición de disponer impuesta. La posibilidad de violación no ofrece duda (a través de valoraciones ficticias de los bienes o lotes), pero hemos de funcionar sobre la certeza. Evitando entonces las vías indirectas, el interrogante se habrá de formular en el siguiente modo: ¿es la extinción de comunidad un acto de disposición?

Es muy frecuente el que, para buscar respuesta a tal pregunta, se acuda, por la remisión del artículo 406 del Código Civil, al problema de la naturaleza de la partición de herencia (para unos, negocio traslativo; para los más, simplemente atributivo o especificativo), pues la solución que se dé a este último problema será, se dice, perfectamente aplicable al otro. A mi juicio, tal formulación no es acertada, porque la extinción de comunidad y la partición hereditaria son actos perfectamente diferen-

ciables y, por tanto, no puede atribuírseles *a priori* una naturaleza idéntica, aunque tengan en común algunas reglas formales que determinan su forma de realización, como se deduce de las remisiones del Código.

La partición de herencia tiene como antecedente necesario un título traslativo fundamental al que complementa (el testamento o el auto de declaración de herederos *ab intestato*), y esto es totalmente extraño a la extinción de comunidad, que carece de aquel antecedente y constituye, o puede constituir, un negocio con sustancialidad por sí mismo.

La distinción entre uno y otro acto se manifiesta clara si observamos el caso de un testamento en el que se instituyen herederos por partes iguales a tres personas, las cuales formalizan la partición adjudicándose por terceras partes indivisas todos y cada uno de los bienes hereditarios. Posteriormente, dichas personas deciden cesar en la indivisión y formalizan el oportuno instrumento de extinción de comunidad. El que uno y otro acto no pueden considerarse ligados entre sí lo demuestra el que el poderado por uno de los herederos para formalizar todas las operaciones hereditarias no puede ser considerado suficiente para proceder a la ulterior extinción de comunidad. La separación indicada se manifiesta aún más nítida cuando observamos el caso de un testador que prohíbe a sus herederos cesar en la proindivisión respecto de cierto o ciertos bienes, prohibición que, como en otro lugar señalé, no impedirá los oportunos actos de partición, siempre que en ella quede respetada la aludida limitación respecto al bien o bienes gravados.

De otro lado, la partición supone siempre como fin primordial el concluir con la comunidad hereditaria, pero no con la comunidad de bienes (pues ésta no existe previamente y, aun entendiendo que existiera, no se cesaría en ella en todas aquellas particiones en que las adjudicaciones se realizasen en proindiviso), sin perjuicio de que esta segunda faceta pueda abordarse, y ello sea lo más frecuente, dentro del fenómeno particional.

Así las cosas, si al acto de extinción de comunidad no puede atribuírsele «idéntica» naturaleza que al de partición hereditaria, cabrán para su configuración las siguientes opciones:

a) El acto de extinción de comunidad es de carácter simplemente declarativo o especificativo y no traslativo, pues tiene como antecedente necesario un previo acto adquisitivo que es el verdaderamente traslativo. Nuestra legislación, al menos en apariencia, parece favorable a esta tesis. Entre partición y extinción de comunidad, si no hay identidad, sí existe una evidente analogía.

b) La extinción de comunidad, si no como una enajenación, sí que cabe configurarla como supuesto semejante a ella. Así lo reconocen: la

Resolución de 5 de octubre de 1921, que en el segundo de sus considerandos señala que «se aproxima a la venta o a la permuta»; y la sentencia de 9 de febrero de 1970, que la considera acto de disposición que se asemeja a la venta o a la permuta. (La excepción a ello es quizá el último considerando de la Resolución de 13 de febrero de 1980.)

c) La extinción de comunidad es un acto complejo y de naturaleza variable.

Es complejo al poder involucrar otros negocios que no alteran, sin embargo, su naturaleza (divisiones materiales de bienes, pagos de diferencias, etc.), o producirse sin ellos.

Su naturaleza es variable. Así, si la extinción de comunidad va ínsita en una partición de herencia su naturaleza queda absorbida por la de ésta y, por tanto, debe considerarse un acto simplemente declarativo, al igual que la partición (según la tesis mayoritaria), de tal forma que las adjudicaciones de fincas concretas hechas a los herederos para pago de sus haberes no constituyen acto de enajenación alguno y sí sólo de partición, con las consecuencias que ello comporta en orden a la capacidad para realizarlo y complementos necesarios.

Esta absorción de naturaleza que señala no es ni mucho menos caso único; así, las adjudicaciones para pago, que en principio son consideradas como auténticas enajenaciones (el texto refundido del impuesto de 30 de diciembre de 1980, en su artículo 7.º, 2, A, las considera transmisiones patrimoniales), al ir involucradas en una partición, y siempre que sean hechas a coherederos no constituyen, según reiterada jurisprudencia (Resoluciones de 29 de abril de 1913 y 22 de septiembre de 1932), actos de disposición y sí simples actos particionales, pudiendo los representantes legales de los menores o incapacitados, si la partición es hecha por los herederos, o el contador-partidor, en la hecha por él, realizar actos de tal naturaleza sin exigirse los requisitos prevenidos para la enajenación de bienes.

La extinción de comunidad, cuando va, pues, inserta en una partición hereditaria, como un acto más de los que normalmente integran la misma en orden a las definitivas adjudicaciones, toma su naturaleza y no puede considerarse acto dispositivo, de tal forma que la prohibición de disponer impuesta por el testador no impedirá la partición y adjudicación de la finca o fincas gravadas a determinado o determinados herederos, siempre, claro está, que la adjudicación se haga con el gravamen de la prohibición.

Cuando la extinción de comunidad se produce como acto aislado e independiente; es cuando verdaderamente surge en toda su extensión el problema de la determinación de su naturaleza traslativa o declarativa.

- La jurisprudencia y la doctrina, como ya he tenido ocasión de señalar, están al parecer acordes en configurarla como un acto de disposición similar a la venta o a la permuta, pero no sientan argumentos sólidos para basar esta tesis, y en el fondo lo que late en sus consideraciones es una desconfianza ante la eventualidad de que en el acto extintivo de la comunidad se encubran auténticas enajenaciones, eventualidad que sólo es eso: una posibilidad, pero nunca una consecuencia que fatal o necesariamente haya de derivarse del acto realizado.
- El Código Civil no sienta un criterio definitivo, aunque a través de su articulado hay preceptos que nos inducen a rechazar la tesis del carácter traslativo. Estos son: el artículo 403, que permite a los acreedores y cesionarios concurrir a la división, intromisión que es totalmente ajena a los actos traslativos, y sí, por el contrario, es típica de los actos atributivos o especificativos (arts. 1.082 ss., en materia de partición); y el artículo 450, con su presunción de posesión ininterrumpida de la parte adjudicada.

El artículo 1.052, que ya tenemos examinado, y el 1.069 (obligación de saneamiento y evicción de los partícipes) parecen ser contrarios al carácter declarativo; pero no hay tal, pues si tales preceptos están específicamente dados para la partición de herencia, y ésta hoy se configura mayoritariamente como acto simplemente especificativo y no traslativo, no cabrá duda de que la trasposición de tales normas al campo de la extinción de comunidad ha de hacerse con el mismo carácter, sin que puedan, por lo tanto, ser base decisiva para atribuirle a dicho acto naturaleza traslativa.

El legislador fiscal está más claro en este punto: los limitados actos que, relativos a la comunidad de bienes, se sujetan al impuesto lo son bien como operaciones societarias (art. 22, 3 y 4), o bien como actos jurídicos documentados, nunca como transmisiones patrimoniales.

Podría argüirse contra ello que el legislador fiscal no actúa definiendo científicamente la naturaleza de las instituciones que recoge, pues tal función escapa de su cometido; pero es indudable su preocupación casi obsesiva de que ninguna transmisión, aun las menos aparentes, escape del correspondiente gravamen, beneficiándose de otro tipo inferior. Basta si no una ojeada al artículo 7.º del texto refundido, en el que se incluyen una serie de actos que, como los préstamos, las fianzas, los arrendamientos y las pensiones, distan mucho de poder ser considerados verdaderas transmisiones.

La consecuencia de todo cuanto llevo expuesto es la de que por ningún lugar aparecen bases incontrovertibles que fundamenten la consideración del acto de extinción de comunidad como uno de naturaleza traslativa y, por consiguiente, sigue sin existir una vía directa para determinar si la prohibición de enajenar alcanza o no al referido acto.

En el fondo de todo, como antes apuntaba, el único argumento que puede estimarse que goza de cierta validez para sostener la tesis negativa es el de la consideración de que mediante el acto de extinción de comunidad pueda vulnerarse la prohibición impuesta a través de valoraciones ficticias de los bienes o lotes por las cuales puede llegarse a verdaderos actos de enajenación. Pero tal argumento merece una severa crítica, porque:

1.º Supone atribuir *a priori* mala fe en los intervinientes (que la extinción de comunidad se hace burlando derechos o limitaciones), y tal presunción no se atrevió a realizarla ni siquiera la ley.

En efecto, el artículo 403 del Código Civil señala que los acreedores no pueden impugnar la división consumada excepto en el caso de fraude, «y salvo siempre los derechos del deudor o cedente para sostener su validez»; si existiere, pues, fraude es el acreedor el que ha de impugnar el acto, probando la existencia de tal fraude. Por su parte, el artículo 490 del mismo cuerpo legal señala que, al dividirse la cosa común, al usufructuario de una cuota corresponderá el usufructo de la parte que se adjudique al propietario o condueño; y sin que dicho usufructuario, como resulta de la Resolución de 24 de diciembre de 1934, haya de intervenir en el acto de división, lo que indica la presunción legal de que éste va a realizarse en forma correcta y no atentatoria contra el derecho de usufructo.

2.º Las valoraciones ficticias caben no sólo en el acto de extinción de comunidad, sino en otros muchos actos y con consecuencias aún más graves. Piénsese en la partición de herencia, en la que por medio de infra o supervaloraciones de los bienes pueden ser atacados principios tan inviolables como el de la intangibilidad de las legítimas o el del riguroso respeto a la voluntad del testador como ley fundamental de la sucesión, y que pese a ello, y a ser fenómeno común y a veces perfectamente apreciable, este hecho no motiva el rechazo de las particiones en que así se actúa.

3.º Por último, el obstáculo de las valoraciones ficticias podría en cualquier momento ser salvado con un medio idóneo, como sería la tasación pericial de los bienes o la adopción como patrón de valuación de los valores fiscales.

La posibilidad, pues, de la comisión de un fraude en determinado acto

habrá de llevar a intentar poner los medios precisos para evitarlo, pero no autoriza a adoptar la drástica solución de dejar *a priori* sin efectos a dicho acto.

A tales objeciones al argumento de la tesis negativa añadiré una serie de razonamientos que abonan la tesis permisiva; así:

1.º La necesidad de no perjudicar a terceros. Tal perjuicio ocurriría si el titular de una cuota indivisa la dona o deja en testamento, prohibiendo su disposición, motivándose con ello (fue el caso de la Resolución de 5 de octubre de 1921) la imposibilidad de extinguir la comunidad. La prohibición impuesta por un comunero ha venido a afectar perjudicialmente a todos los demás, a los que posiblemente no les unía con el imponente otra relación que la del simple hecho comunitario.

2.º La necesidad de que las prohibiciones de disponer se interpreten restrictivamente. Si el acto de cesar en la comunidad, correcta y honestamente practicado, no comporta enajenación alguna, y sí sólo concreción específica de lo previamente adquirido, tal acto habrá de quedar, por la presunción de buena fe, fuera de los efectos de una prohibición de disponer.

3.º El acto de extinción de comunidad no supone una verdadera subrogación real. Digo esto porque la jurisprudencia se ha negado, al existir una prohibición de disponer, a la posibilidad de las subrogaciones reales, aunque para ellas se cuente con la autorización judicial (Resoluciones de 23 de julio y 21 de octubre de 1924 y 22 de junio de 1943). La subrogación real supone que un bien propio pasa a ser sustituido por otro ajeno, que ocupará en adelante una situación idéntica al que sustituye. Esta ajeneidad de la cosa subrogada es, como resulta obvio, extraña al acto de extinción de comunidad.

A modo de conclusión general, mi criterio es el de que la prohibición de disponer no obsta a la inscripción de un acto de extinción de comunidad, reconociendo, desde luego, lo infrecuente que será en la práctica el que, inscrita una prohibición, los titulares de los bienes afectados aborden una cesación en la prohibición, cuyas ventajas de momento no se alcanzan a descubrir.

LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

A) Respecto de los *tanteos y retractos convencionales previamente inscritos*, no puede ofrecer duda la no eficacia de la prohibición de dis-

poner sobre tales derechos, pues si el imponente de la prohibición tenía su titularidad limitada por tales derechos, la transmisión en que se imponga la prohibición no podrá nunca hacerse con mengua de su efectividad. Esto es una regla de oro que se deriva del propio principio de la eficacia de los derechos inscritos y del apotegma de que nadie puede dar lo que no tiene.

B) *¿Puede el gravado con la prohibición de disponer constituir un derecho de tanteo o retracto convencional sobre los bienes afectos?*

Respecto al derecho de tanteo, su constitución no parece posible, dado su carácter de derecho real limitativo, y además porque implica, como elemento necesario, una futura enajenación que durante la vigencia de la prohibición no es factible realizar. Sobre si puede ser admitido aquel derecho de tanteo que se constituyere con la prevención expresa de que su eficacia queda sujeta a la desaparición de la prohibición, y a que por tanto el concedente tenga la libre disposición del bien gravado, todas las precisiones que al respecto del derecho de hipoteca realizaré después le son de aplicación, por lo que a lo que allí se diga me remito.

En cuanto al derecho de retracto convencional, la cuestión es clara, y su inadmisibilidad es manifiesta. Si el retracto es el derecho que se reserva el vendedor de una cosa para readquirirla en las condiciones estipuladas, estando prohibida la venta, mal puede constituirse el retracto.

C) *¿La prohibición de disponer enerva la eficacia de los tanteos y retractos legales?*

Respecto a los derechos de retracto surgidos por virtud de enajenaciones anteriormente inscritas y cuyo plazo de ejercicio esté vigente, la prohibición de disponer no los afectará nunca.

El retracto nacido por razón del mismo acto transmisivo en el que se contiene la cláusula prohibitiva tampoco puede quedar cercenado. Téngase, no obstante, en cuenta que siendo aquel acto transitorio uno de donación o herencia, este caso sólo podrá darse en el retracto arrendatario rústico, que, a diferencia de los demás, está previsto para todo supuesto de enajenación *inter vivos*, incluso gratuita, del fundo (arts. 86 y 89 LAR, de 31 de diciembre de 1980).

Con posterioridad al acto de transmisión comprensivo de la prohibición de disponer la situación a plantear debe examinarse, sentando:

a) El *principio general* es el de que siendo las transmisiones por título de venta o dación en pago las que hacen surgir aquellos derechos

legales de preferente adquisición, y no siendo posible la realización de tales transmisiones por virtud de los efectos propios de la prohibición de disponer, parece clara la imposibilidad de que tales derechos surjan.

b) Las *excepciones* están singularmente integradas por las siguientes:

1. El caso de las prohibiciones de disponer limitadas. Se trata de aquellos supuestos en los que el testador o donante ha prohibido la disposición de los bienes si no es en favor de ciertas personas. Para tales casos la transmisión hecha por el gravado a favor de las citadas personas hará surgir desde luego el derecho de retracto legal (arrendaticio, comuneros o colindantes), y ello por la fundamental razón de que al realizarse la transmisión desaparece la prohibición de disponer, y es justo en ese momento (posterior a la enajenación) cuando precisamente surge y puede ser ejercitado el retracto legal, momento en el que ya no existirá obstáculo alguno para su ejercicio.

2. La contemplada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 2 de enero de 1973. El artículo 44 de dicha ley señala en su apartado primero que «la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo», determinando en su párrafo segundo ciertas excepciones a esta regla. Pero la infracción a lo prevenido en tal precepto no provoca, como pudiera pensarse, la nulidad del acto realizado, haciendo sólo surgir, como indica el artículo 45, un derecho de preferente adquisición a favor de los colindantes con la parcela incongrua. ¿Queda cercenado este derecho de adquisición preferente cuando la finca esté afectada a una prohibición de disponer?

La solución a este interrogante exige el examen de un problema previo: el de si procede realizar segregaciones o divisiones de una finca gravada con prohibición de disponer, y mi criterio es el de que, como la prohibición no contemple específicamente tales actos o, por su carácter general, deba alcanzarlos (como serían los casos de prohibiciones de efectuar actos inscribibles o «actos de riguroso dominio», entre los que no cabe duda se encuentran los aludidos), habrán de entenderse perfectamente realizables, sin perjuicio de dejar afectos a la prohibición los lotes resultantes.

Resuelto el problema previo, puede abordarse el que planteaba como fundamental, y al respecto mi respuesta al interrogante formulado es la negativa, con base a los argumentos que paso a exponer:

— El derecho de los colindantes tiene su causa en una razón

de interés social: el impedir la formación de parcelas inculтивables por su pequeña extensión o por su explotación económicamente no rentable. El interés protegido es, pues, el de la economía agraria en general. Las prohibiciones de disponer tienen, por el contrario, una utilidad meramente privada, y tal utilidad no puede prevalecer frente al interés general primeramente señalado.

- Podría argüirse que sostener la tesis que propugno supondría abrir una gran puerta para violar y dejar sin efecto las prohibiciones de disponer afectantes a predios rústicos, pues los afectados no tendrían más que segregar o dividir por debajo de la unidad mínima y allanarse a las pretensiones de adquisición de los colindantes con los que previamente se tendría convenida la enajenación de la parcela. Esto es cierto, pero por contra piénsese que puede ocurrir exactamente lo opuesto: que lo que se intente a través de la prohibición de disponer sea violar un derecho legal como es el de preferente adquisición que examinamos. Quien desea segregar o dividir y quiere evitar el derecho de los colindantes basta que done la finca a persona de su confianza con prohibición de disponer, la cual podrá sin temor efectuar aquellas operaciones. Aunque fiscalmente puede resultar la fórmula muy cara, resulta ciertamente segura, pues la disposición de los lotes procedentes de la segregación o división jamás se pierde, pudiendo siempre realizarse con el consentimiento del donante (levantando la prohibición) y del donatario (disponiendo de los bienes), y para este caso los colindantes ya no podrán ejercitar derecho alguno, como no sea el de retracto previsto por el Código Civil, aplicable sólo al caso de que la finca enajenada tenga una extensión inferior a una hectárea; y no podemos olvidar la fácil vulnerabilidad de este último derecho, bastando para frustrarlo disfrazar la venta realizada con el ropaje de una permuta bien de inmueble con inmueble o incluso, lo que no es del todo infrecuente en la práctica, de inmueble con mueble.

La posibilidad, pues, de que la utilización, legal, pero ilegítima, del derecho de los colindantes pueda servir para conculcar una prohibición de disponer no debe ser utilizada como argumento para privar de eficacia a tal derecho, por la razón fundamental de que esa ilegitimidad, como hemos visto, puede actuar en sentido inverso (que sea a través de una prohibición como se intente burlar el derecho de los colindantes); ade-

más, que con el manejo de aquel argumento entramos de lleno en el terreno de las intenciones del sujeto, y este es un campo en el que el Registrador debe evitar inmiscuirse.

EL DERECHO DE OPCIÓN Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

La cuestión a la que nos enfrentamos ha de ser examinada a través de tres prismas que determinan el carácter propio del derecho de opción:

- Su *factibilidad de constituirse como accesorio*.
- Su discutido carácter de derecho real.
- Su contenido propio, consistente en el derecho a adquirir en el futuro la cosa por parte del titular de la opción.

A) Respecto del primer punto, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es suficientemente claro en orden a la posibilidad de que la opción se constituya como contrato independiente o bien como pacto o estipulación inserta en otro contrato.

Para el supuesto de que la opción deba de considerarse accesorial a los propios elementos de calificación del derecho de opción que ahora señalaré, habrá que añadir los del contrato que la contenga; y por ello, no pudiendo realizarse el contrato principal, procederá rechazar la opción constituida como accesorial al mismo.

Si la opción se configurase como contrato independiente, o bien si siendo accesorial el contrato principal fuese de los no impedidos por la prohibición de disponer, se hará entonces preciso examinar a fondo el propio derecho de opción, a fin de determinar si éste por su naturaleza es contrario a la prohibición inscrita; y en tal punto el primer problema a examinar ha de ser el siguiente:

B) *¿Es la opción un derecho real o simplemente personal?*

La cuestión no puede considerarse bizantina, pues si de derecho real se le califica habría que entender comprendida la opción dentro de los actos que quedan impedidos por aquellas prohibiciones específicas de gravar o aquellas genéricas que alcanzasen a los actos de gravamen (ej.: las prohibiciones de disponer). Por el contrario, considerada derecho personal, la opción sólo quedaría impedida por una prohibición que expresamente la contuviese en su enumeración de actos prohibidos, o que por su gran generalidad pueda comprenderla, como ocurriría si se prohibiese «obligar la finca» o «realizar actos inscribibles».

No está en mi ánimo recoger aquí con carácter exhaustivo la amplia gama de corrientes doctrinales a través de las cuales se ha intentado precisar la naturaleza del derecho de opción, pues en cualquier texto de consulta puede encontrarse tratado el problema con suficiente amplitud; sólo quiero señalar mi criterio de que tiene mayor peso la línea que sitúa al derecho *de opción entre los reales*, y que entiendo puede sustentarse en los siguientes razonamientos:

1.º Que el Reglamento, en su artículo 14, hable de «contrato de opción» no debe ser obstáculo para configurar tal derecho como real, pues no se olvide que los contratos son una vía natural para el nacimiento de los derechos reales, según se desprende del artículo 609 del Código Civil. Es más, puede entenderse que si el Reglamento habla de «contrato» se debe a que la opción se constituye singularmente a través de ese medio, siendo anómalo que surja por vía sucesoria.

Por otro lado, esta referencia al contrato, al tratar de derechos reales, no es extraña a nuestra legislación, bastando señalar cómo el Código Civil, en su artículo 468, dice que el usufructo se constituye «... por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos»; en el artículo 1.629 habla de que al constituirse el censo «se fijará en el contrato»; y en el artículo 1.874 se refiere al «contrato de hipoteca».

2.º El que la opción sea con frecuencia accesoria de ciertos contratos que no generan de ordinario sino derechos personales (ej.: arrendamientos) no es óbice para considerarla verdadero derecho real, pues ni tal carácter accesorio puede predicarse siempre ni, aun en el caso en que se produzca, puede sin más concluirse que el contrato principal mediatiza fatalmente la naturaleza del accesorio. En efecto, nadie niega el carácter real del derecho de hipoteca, que en la inmensa mayoría de los casos se presenta como accesoria de un contrato de efectos puramente obligacionales: el contrato de préstamo.

3.º Resulta caprichoso y arbitrario negar el carácter de real a aquellos derechos que reúnen las peculiaridades y tienen la protección propias de los *ius in re*. La inmediatez del derecho de opción no ofrece dudas, y su oponibilidad *erga omnes*, que no suscita problemas en la opción inscrita, tampoco debe provocarlo en la no inscrita, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala a este propósito que, llegado el término, nada debe impedir el ejercicio de la opción, y si el concedente se resiste a ello puede el optante acudir al Juez para que formalice la transmisión, que desde luego afectará a todos (salvo, naturalmente, a terceros protegidos por la fe pública registral; pero esta última protección para nada destruye la oponibilidad *erga omnes* de un derecho).

C) Por último, no puede perderse de vista que el *contenido propio de la opción* estriba en el derecho del optante a adquirir la cosa en las condiciones estipuladas. Tal contenido viene a incidir nuevamente en el campo que nos interesa, de forma que si la prohibición de disponer impediera por su redacción dicha transmisión futura no podrá por menos que rechazarse la inscripción del derecho de opción.

Cabrá en este punto hacer las mismas conjeturas y precisiones que en cuanto al derecho de hipoteca luego expresaré, esto es, que si el término estipulado para el ejercicio de la opción se establece para un momento en que la prohibición haya cesado en sus efectos, la inscripción debe permitirse, tal y como indicaba antes para el derecho de tanteo. Pero aquí no puede perderse de vista la introducción de un nuevo dato específico del derecho de opción, y es el de que si la opción quiere inscribirse (que es lo que realmente a nosotros interesa) uno de los requisitos precisos que el Reglamento señala para ello, en su artículo 14, es el de la determinación del «plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años», y que siendo la opción accesoria de un arrendamiento tal plazo no puede ser superior al contractual, caducando necesariamente en caso de prórroga.

Así pues, si con arreglo a tales límites temporales la opción tiene fijado un plazo para su ejercicio que cae fatalmente dentro de la vigencia de la prohibición, no debe accederse a la solicitud de inscripción, entre otros extremos, por el fundamental motivo de que dicha inscripción carecería totalmente de utilidad.

Si dicho término cae, por el contrario, fuera del plazo de efectos de la prohibición de disponer, debe ser permitida la inscripción; pero en tal supuesto, y dado que el plazo para el ejercicio de la opción se suele establecer con el carácter de máximo, pudiendo ésta ser ejercitada en cualquier momento durante la vigencia de dicho plazo, será necesario el compromiso del optante de no ejercitar su derecho hasta pasados los efectos de la prohibición; es decir, el establecimiento, junto al plazo máximo (que no podrá rebasar el reglamentario), de un plazo mínimo durante el cual la opción no podrá ejercitarse y que cubrirá el período de vigencia de los efectos de la prohibición (si ésta lo tuviese señalado).

Para concluir, tratándose de prohibiciones con plazo incierto, se ofrecen serias dificultades para compaginar dicha incertidumbre con el plazo máximo reglamentario determinado para el ejercicio de la opción inscrita. Entiendo que podría, no obstante, procederse a la inscripción cuando el ejercicio de la opción se condicionase a que durante dicho plazo máximo cesaran por cualquier evento los efectos de la prohibición, previniéndose que en caso contrario el derecho concedido quedaría sin efecto. El su-

puesto, por la situación tan precaria en que queda la posición del optante, será difícil que se plantee en la práctica.

EL DERECHO DE HIPOTECA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Resulta general en la doctrina el considerar que, figurando inscrita en el Registro una prohibición de disponer, no puede constituirse una hipoteca sobre la finca o derecho afecto, salvo que el acreedor y el deudor pacten que el ejercicio de la acción hipotecaria quede aplazado hasta que cesen los efectos de la prohibición. Se dice que esta tesis está avalada por reiteradas resoluciones de la DGRN.

Pero este razonamiento, impecable a primera vista, exige una serie de matizaciones de las que paso a ocuparme.

Para el estudio de esta materia he tenido en cuenta tres fundamentales fallos del Centro directivo que no parecen sentar una doctrina uniforme.

• *La R. de 30 de septiembre de 1926.*

Se presentó en el Registro una escritura de hipoteca constituida sobre una finca que aparecía gravada con una anotación preventiva de embargo en la que se contenía la prohibición absoluta de «venderla, gravarla y obligarla».

El Registrador suspendió la inscripción de la hipoteca, tomando en su lugar anotación preventiva de suspensión.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota calificatoria.

La DGRN confirma el auto del Presidente, sin aludir para nada a la posibilidad de haber podido ser inscrita la hipoteca en el caso de haber sido redactada la escritura con las oportunas previsiones.

• *La de 18 de enero de 1963.*

Se presentó una escritura de hipoteca constituida en garantía de un préstamo por plazo de un año, recayente sobre una finca adquirida por los deudores a virtud de herencia en que la testadora les impuso «la obligación de no *venderla*» hasta transcurridos diez años contados desde la defunción de aquélla.

El Registrador suspendió la inscripción tomando anotación de suspensión.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota.

La DGRN confirmó el auto, pero no lo hizo sin más, viéndose obli-

gada a realizar ciertas precisiones, siendo la principal, en lo que a nosotros interesa, la de su último considerando, en el que señala:

«Considerando que si bien dentro del concepto de venta no se comprende el de constitución de hipoteca, toda vez que, conforme declaró la Resolución de 18 de abril de 1952, en este último derecho, el *ius distrahendi* tiene lugar únicamente en el caso de que se incumpla la obligación asegurada, en previsión de esta posibilidad acreedor y deudor habrán de convenir y subordinar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues de otra forma se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo señalado y quedaría desvirtuada la voluntad de la testadora, por lo que al no reunir el préstamo hipotecario convenido las anteriores condiciones existe un obstáculo registral que impide su inscripción.»

• *La de 18 de abril de 1952.*

En el caso planteado por esta resolución el deudor hipotecario era titular registral de unas fincas que adquirió por legado en el que la testadora prohibió que fueran «vendidas» durante el plazo de cuarenta años a partir de su fallecimiento. Se presentó al Registro una escritura de hipoteca otorgada el 18 de agosto de 1949, en la que, en garantía de un préstamo por plazo máximo de quince años, y con vencimiento el 18 de agosto de 1964 (fecha posterior a la cesación de efectos de la prohibición, cuyo plazo concluía el 13 de mayo de 1964), se hipotecaron las fincas legadas, conviniéndose expresamente: que el préstamo no devengaría interés ni premio alguno durante el plazo convenido; y que el acreedor se comprometía a no proceder a la ejecución de su crédito hasta transcurridos los cuarenta años de vigencia de la prohibición o hasta que quedase ésta sin efecto, por cualquier evento. Además, en una escritura complementaria, la esposa e hijos del deudor consentían no entorpecer la ejecución hipotecaria llegado el momento, para el caso de ser entonces ellos los dueños de los inmuebles afectos.

El Registrador rechazó la hipoteca, pareciendo desprenderse de la nota, pues no lo señaló expresamente, que su calificación fue denegatoria.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota.

La DGRN confirma el auto apelado, mereciendo destacarse los considerando cuarto y sexto de esta resolución, los cuales paso a transcribir:

«Considerando que la palabra vender utilizada para formular la prohibición debe entenderse conforme al artículo 675 del Código Civil en su sentido literal, por lo que no ha de estimarse en este caso comprendida la constitución de hipoteca, toda vez que si tal derecho lleva consigo un *ius distrahendi* lo es para el supuesto de que no se cumpla la obligación

asegurada, y no impide que el acreedor y deudor convengan en subordinar su ejercicio hasta el momento de que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante.»

«Considerando que en la escritura objeto del recurso se establece: que la obligación garantizada por la hipoteca se constituyó con una duración máxima de quince años y vencimiento en el 18 de agosto de 1964; que el acreedor se comprometió a no ejecutar el crédito hasta transcurrido el período de vigencia de la prohibición de vender, que terminará el 13 de marzo de 1964, o 'hasta que por cualquier evento quede aquélla sin eficacia'; y como, además, expresamente se pactó que el préstamo hipotecario no devengaría intereses, no puede darse lugar a una ejecución por su impago al amparo del artículo 146 de la ley en caso alguno.»

Con el examen de la doctrina condensada en estas resoluciones procede ya abordar con criterios sistemáticos el problema de la posibilidad o no de inscripción de las hipotecas constituidas sobre bienes afectos a una prohibición de disponer. Tal problema entiendo que ha de ser directamente conectado, para su adecuada solución, con los términos en que esté redactada la prohibición; así:

a) Cuando dentro de los actos prohibidos *se comprendan los de gravamen*, bien porque la prohibición sea expresa de gravar o bien porque al estar concebida en términos tan amplios como la de «disponer», «obligar» o «realizar actos de dominio» hayan de entenderse comprendidos en ella los actos de constitución de cualesquiera gravámenes, no cabe duda de que la inscripción de la hipoteca no es posible, pues ésta viene a gravar con efectos inmediatos la finca o derecho sobre el que se impone. En estos casos, la calificación registral del acto será la denegatoria, cualquiera que sea la redacción y las cláusulas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario con las que se intente compaginar los efectos de la hipoteca con los de la prohibición inscrita. La Resolución de 1926 al principio citada confirma esta tesis, pues aunque en ella el Registrador extrañamente se limitó a «suspender» la inscripción ello se explica dado que se trataba de una prohibición judicial contenida en una anotación preventiva cuyos perentorios efectos (resolución del pleito que la motivó, caducidad, etc.) debieron influir y ser tenidos en cuenta por el funcionario para dulcificar su calificación.

b) Cuando de la redacción de la cláusula prohibitiva haya de inferirse que en ella *no se comprenden ni los actos de gravamen ni los de enajenación* (así, cuando la prohibición sea sólo de dividir bienes o de cesar en la comunidad) la hipoteca constituida será perfectamente inscribible, y naturalmente la prohibición continuará produciendo la integridad de sus efectos.

c) En último extremo, cuando la *prohibición sea sólo de vender o enajenar* es cuando realmente el problema que examinamos se plantea en toda su extensión.

La hipoteca no supone de momento una venta o enajenación (Resoluciones citadas de 1952 y 1963), sino sólo, como ya he dicho, una carga o gravamen, por lo que no estando prohibida la constitución de gravámenes nada puede en principio oponerse a la inscripción; pero puesto que la hipoteca lleva consigo un *ius distrahendi* que podrá ser ejercitado en el futuro, y ese derecho de realización cae de lleno en los efectos de la prohibición, será entonces preciso que la hipoteca acomode sus efectos subordinándose a los de la propia prohibición, adoleciendo en caso contrario de un defecto que impediría su inscripción.

En qué consiste y cómo se logra ese acomodamiento es problema mucho más arduo, tal y como paso seguidamente a exponer.

En el caso de la Resolución de 1952 el ajuste era perfecto:

1. *El vencimiento de la hipoteca se pactó para un momento en el que el plazo de la prohibición ya había expirado.*

2. *Se convino en el no devengo de intereses y premio, de modo que no cabían ejecuciones anticipadas debido al impago de estos conceptos.*

3. *Y el acreedor y el deudor acordaron expresamente un aplazamiento en el ejercicio de la acción ejecutiva hasta transcurrido el plazo de la prohibición o hasta que ésta, por cualquier evento, quedase privada de efectos.*

Pero ¿qué ocurrirá en los casos en que falten alguno de estos requisitos?:

1.º Si la prohibición no tiene señalado un plazo fijo, sino que aparece constituida por periodo indeterminado (fallecimiento de cierta persona), CAMY (*Comentarios...*, tomo V, pág. 288) parece inclinarse por la tesis negativa, quizá porque, como quiera que la hipoteca ha de tener un plazo de duración específicamente fijado, al no tenerlo la prohibición no ve la posibilidad del necesario acoplamiento de efectos entre una y otra.

A mi juicio, siempre que acreedor y deudor convengan expresamente en que aquél no ejercerá la acción hipotecaria hasta que la prohibición cese en sus efectos por cualquier causa, la hipoteca podría ser inscrita. Esta tesis que apunto tiene la virtud de no hacer de peor condición al gravado con prohibición sin plazo determinado que al que lo esté por periodo específicamente fijado; y encuentra su base en la idea de que si el acreedor puede, vencida la obligación, no proceder de inmediato a la ejecución, pues éste es un derecho que se le atribuye y que a su arbitrio pue-

de ejercitar de momento, aplazarlo o no realizarlo nunca, no debe entonces verse obstáculo a que anticipadamente pueda convenir con el deudor en un aplazamiento. Pero la tesis de referencia puede plantear el grave inconveniente de que entre el vencimiento pactado de la obligación y la cesación de los efectos de la prohibición transcurra un período superior a veinte años, y por aplicación del artículo 1.964 del Código Civil deba considerarse prescrita la acción. El obstáculo podría decorosamente salvarse atendiendo a dos razonamientos: el deducido de la redacción del artículo 1.969 del mismo Código, conforme al cual el plazo de prescripción de las acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» y hay que entender que tal día no es, en el supuesto que nos ocupa, el del vencimiento del préstamo, sino el de la extinción de la prohibición; y el hecho de que no pudiendo la prescripción ser apreciada de oficio y sí sólo a instancia de parte legítima, tal instancia, en nuestro caso, no podrá producirse, al haber sido parte el deudor, legitimado para ello, en el convenio de aplazamiento del ejercicio de la acción. Este último argumento es, no obstante, de una extraordinaria debilidad, puesto que existiendo acreedores del deudor o terceros adquirentes de los bienes hipotecados no podrá pretenderse imponerles la obligación de pasar por el mencionado convenio.

Otra cosa sería el que, teniendo la prohibición fijado un plazo específico, se señalase para el préstamo un vencimiento anterior a dicho plazo, pero conviniéndose en el no ejercicio de la acción hipotecaria hasta transcurrido aquel plazo. En tal supuesto, en el que el acreedor puede perfectamente evitar la prescripción de su derecho, no existirá el inconveniente que antes señalaba, debiendo sostenerse la inscribibilidad de la hipoteca.

2.º Si se pacta el devengo de intereses o comisión, ¿podrá inscribirse la hipoteca? La postura debe seguir siendo la afirmativa, siempre que el acreedor y deudor convengan en no proceder a la ejecución por impago de tales conceptos, diferiendo su vencimiento. (Hay que señalar el mismo obstáculo antes apuntado.)

3.º No mediando convenio de aplazamiento de la acción entre acreedor y deudor, el criterio calificador habrá de ser siempre el negativo (no denegatorio, sino simplemente impeditivo de la inscripción).

En efecto, aunque pudiera pensarse que estando la hipoteca perfectamente ajustada a los efectos de la prohibición, a los que se subordina y respeta, y sobre todo cuando del texto de la escritura de constitución del préstamo hipotecario pueda desprenderse que los interesados conocen la prohibición y, acomodándose a ella, configuran la hipoteca, el convenio de aplazamiento o retardo por superfluo no debe en buena técnica ser exigido, tal apreciación no puede calificarse por menos que como incorrecta,

porque, aun dándose todos los requisitos señalados en previsión de que la ejecución anticipada no tenga lugar, ésta podrá eventualmente producirse mediante el ejercicio de una acción de devastación, pues el artículo 209 del Reglamento prevé como una de las medidas que en estos casos puede el Juez adoptar a instancia de parte la de «declarar vencido el crédito», y sólo el convenio genérico de aplazamiento podrá vincular eficazmente al acreedor a no ejercitar las acciones derivadas de aquel vencimiento, sin perjuicio, claro está, de la posible aplicación en tales supuestos de la doctrina contenida en la cláusula *rebus sic stantibus*.

LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Tres son las razones teóricas que abonan a posibilidad de anotar preventivamente un embargo sobre fincas o derechos afectos a una prohibición de disponer.

1.º El carácter simplemente cautelar de las anotaciones de embargo, cuya finalidad no es otra que anunciar frente a todos la existencia de un procedimiento seguido contra la persona del titular registral y la sujeción «en lo posible» de los bienes anotados a las consecuencias de dicho procedimiento.

2.º La eventualidad, siempre factible, de que la prohibición inscrita deje de surtir efectos. Si los efectos de la prohibición cesan transcurrido que sea el plazo de su duración, y aparece como posible el que dicho plazo pueda ser cubierto por la anotación de embargo, que habrá de subsistir entonces a la extinción de la prohibición (piénsese en la posibilidad de prórroga de las anotaciones), la utilidad de la anotación practicada durante la vigencia de la prohibición resulta, pues, indiscutible, y queda cifrada en el interés que para el acreedor supone el tener anotados sus derechos al cesar la prohibición, evitando así el fraude que contra ellos pudiese intentar el titular registral, al devenir en propietario libre de los bienes por desaparición de la cláusula prohibitiva.

No se olvide, además, que si la prohibición puede ser levantada por el disponente aparece como evidente la necesidad de arbitrar un medio que garantice a los acreedores de esta contingencia.

3.º Por último, que la voluntad privada, de la que surgen las prohibiciones de disponer voluntarias, no puede vulnerar ni entorpecer el principio del orden público por virtud del cual todo acreedor tiene derecho al aseguramiento de su crédito como medida tendente a facilitar su cobro.

No obstante tales argumentos, la doctrina no ha sido resolutive en este punto. CAMY se muestra, sólo implícitamente, partidario de la práctica de la anotación en el caso en que el mandamiento contenga la prevención de quedar suspendida la ejecución hasta tanto no cesen los efectos prohibitivos (*Comentarios...*, tomo V, pág. 288). MORELL, citado por ROCA, admite el embargo en aquellas prohibiciones de duración determinada, debiendo negarse la ejecución. LA RICA, para las prohibiciones de carácter judicial, lo admite sin más (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, pág. 125).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha afrontado el problema reiteradamente y con cierta claridad.

Sólo la Resolución de 30 de enero de 1931 se mostró contraria a la tesis permisiva, pero la lectura de uno solo de sus considerandos muestra las especiales circunstancias en que dicha resolución fue dictada. Efectivamente, en el sexto de ellos se dice:

«Considerando que si el embargo en cuestión tiene por finalidad la enajenación de los derechos sobre los que se ha trabado, y el mero hecho de infringir la prohibición impuesta ha sido sancionado por el *de cuius* con la pérdida o, mejor dicho, con el acrecimiento de dichos bienes a los demás herederos, la autorización para que se adjudiquen a terceras personas en el procedimiento de apremio produciría, en primer lugar, el juego de la condición resolutoria, y en segundo término, la ineficacia del acto transmisorio, sin ventaja para el ejecutante.» Pero, es más, del resto de sus razonamientos se desprende que la anotación objeto del caso debatido aparecía ordenada de forma oscura y contradictoria, por cuanto parecía recaer sobre un derecho hereditario relativo y limitado a cosa determinada, y nuestro derecho hipotecario sólo reconoce la anotación y el embargo del derecho hereditario en abstracto. Todo ello es suficientemente indicativo de que la resolución que comento no puede considerarse que siente doctrina general en la materia.

Por el contrario, son muchas las resoluciones que se pronuncian *afirmativamente* en el problema que nos ocupa. Así:

○ La Resolución de 5 de febrero de 1896, que admitió la anotación de embargo por pensiones censuales, señalando como base para ello el que las prohibiciones de disponer impuestas por el transmitente al actual poseedor no pueden perjudicar los derechos adquiridos con anterioridad a dicha transmisión.

○ La Resolución de 7 de enero de 1928, que para un caso de prohibición de disponer del artículo 764 de la Ley procesal, consecuencia de rebeldía de un demandado en juicio, admitió el embargo, por entender que aquella anotación de prohibición no constituía una situación jurídica

ni un derecho de naturaleza estable, sino uno eventual y singularmente condicionado, y que, por lo tanto, en modo alguno debe integrar una acabada y definitiva contradicción de los derechos dominicales. Dicha resolución distinguió dentro de las prohibiciones de disponer judiciales: 1) las que tienden a asegurar las resultas de un pleito; 2) aquellas que en cierto modo cierran el Registro por exigencias supremas de orden público, impidiendo la extensión de posteriores asientos.

o La Resolución de 30 de diciembre de 1946, que señaló que la prohibición impuesta por el artículo 17 de la antigua Ley de Arrendamientos Rústicos, para el caso en que el arrendatario retrayese la finca arrendada, no impedía la anotación de embargo. Aunque dada para un caso específico de prohibición de disponer legal, sus argumentos eran y son susceptibles de extensión a las prohibiciones en general, pues se decía en el último de sus considerandos que el embargo, «atendida su naturaleza precautoria y cautelar, encaminada a la conservación de los bienes, no implica absoluta contradicción con la fuerza impediende que se atribuya a una prohibición temporal para transmitir la propiedad».

o La Resolución de 5 de septiembre de 1974, que para un caso de ejecución instada por el Estado por impago de costas judiciales, ante la alegación del recurrente de incongruencia en la actuación del Registrador, que admitió la anotación de embargo y rechazó la adjudicación, declaró en el último de sus considerandos lo siguiente:

«Considerando, por último, que no ha habido una conducta contradictoria por parte del funcionario calificador, al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles, y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada, por su finalidad cautelar, va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceros mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas.»

La Resolución de 23 de octubre de 1980, en un supuesto de finca donada con prohibición de enajenarla o gravarla durante la vida de la donante sin su consentimiento, la cual se reservó además la facultad de venderla en caso de necesidad, permitió que sobre ella pudiese, no obstante, anotarse el embargo, diciéndose en su último considerando que:

«... dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita, encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, no hay obstáculo para la práctica de la anotación, si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes.»

El Tribunal Supremo confirma la dirección tomada por estas resoluciones cuando en su sentencia de 3 de abril de 1965, para un supuesto de prohibición de disponer afectante al derecho de usufructo, entendió que no podía considerarse infringida por un embargo trabado con motivo de un aval prestado por el usufructuario.

LAS ENAJENACIONES FORZOSAS Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

LA RICA separa aquellas enajenaciones forzosas que se realizan en virtud de un interés privado (como las ventas judiciales para pago a los acreedores) de aquellas otras que vienen justificadas por un interés público (como la expropiación forzosa). De las últimas me ocuparé en trabajo posterior relativo a la extinción de efectos de las prohibiciones, pasando ahora al examen de las primeras.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, con casi obsesiva reiteración, coinciden en señalar que las enajenaciones judiciales realizadas para pago de créditos y satisfacción de obligaciones quedan plenamente alcanzadas por los efectos de la prohibición de disponer, por lo que, constando inscrita ésta, debe rechazarse la inscripción de aquellas enajenaciones.

La base para tal rechazo se cifra en dos fundamentales razones:

Primera.—El hecho de que la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo (Resoluciones de 21 de abril de 1949 y 5 de septiembre de 1974); sólo en el caso de que los Tribunales, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro, declaren previamente cuál sea el alcance y preferencia de la prohibición inscrita podrá permitirse la inscripción de actos que vulneran en apariencia la prohibición, pero que por virtud de la aludida interpretación judicial de la misma escapan de sus efectos impositivos (Resolución de 1949 citada).

Segunda.—La necesidad de evitar procesos fingidos en los que a través de un allanamiento por parte del demandado gravado a las pretensiones del actor, podrían burlarse los efectos de la prohibición. Se ha hecho casi sacramental la expresión con la que el Centro directivo resume este argumento; así se lee, entre otras, en la *Resolución de 30 de diciembre de 1946 que el fundamento de la negativa está en el peligro de que la prohibición pueda eludirse y «quedar burlada, merced a procedimientos simulados o convenios entre las partes, que la intervención de los Tribunales encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento no pueden eliminar en absoluto».*

Tales razones y, en su consecuencia, el sistema adoptado con base a ellas merecen una severísima crítica por dos motivos esenciales: 1) porque parten de la existencia de la mala fe en los interesados; y 2) porque aplicado el sistema con carácter general supondrá la violación de los más elementales derechos de los acreedores. De todo ello paso seguidamente a ocuparme.

A) *Se consagra la mala fe como principio jurídico*

En efecto, si la razón para no admitir las enajenaciones judiciales es el peligro de procedimientos fingidos, parece indudable que con ello estamos *a priori* presumiendo en el demandado una voluntad simuladora, una mala fe, cuya existencia aún no se ha probado; y tal presunción es contraria a las normas que en nuestro Derecho civil, hipotecario y penal consagran la buena fe o la duda a favor del reo, como presunción primaria, sólo destruible por la prueba en contrario.

En materia de prohibiciones de disponer, los intérpretes de la ley han hecho asumir a ésta un papel de rígido celador y defensor de oficio realmente insólito y desconocido en otras instituciones de derecho privado. La ley, efectivamente, ha de amparar las situaciones por ella establecidas y condenar aquellas actuaciones tendentes a menoscabar o cercenar tales situaciones, aun las que se produzcan por una vía indirecta; pero el intérprete al descubrir posibles conductas violadoras no previstas por aquélla no puede sin más proceder a su condena a través de la dudosa vía de atribuir a los interesados en tal conducta una voluntad dolosa que no aparece clara ni probada.

En contra de las más elementales normas procesales, las prohibiciones de disponer parecen estatuirse, según las citadas resoluciones, como una situación previa que viene a prejuzgar necesariamente la simulación de los procesos que, en reclamación de créditos de cualquier tipo, puedan entablar los acreedores contra el titular del bien gravado, con la prohibición en pretensión de hacer efectivos sus derechos sobre el referido bien.

Lo correcto, lo razonable sería el que, habida consideración de que las prohibiciones de disponer han de favorecer o establecerse en interés de alguien, se dejara en manos de ese alguien la tutela de sus derechos o expectativas en todo aquello en que la ley no ha podido alcanzar a protegerlo; por ello, si un proceso fuere simulado, el perjudicado directa o indirectamente por sus efectos será el que deba alegar y probar la referida simulación, y destruir así la eficacia del proceso ilícito.

B) *Se olvidan los más elementales derechos de los acreedores*

El principal defecto en este punto se cifra en que la tesis doctrinal y jurisprudencial ha cerrado el paso a las enajenaciones judiciales de forma indiscriminada, sin particularizar, como entiendo que debe hacerse, separando las actuaciones de aquellos acreedores cuyo derecho esté inscrito o se derive de otro inscrito con anterioridad a la prohibición, de aquellos otros cuyo derecho no se encuentre registrado.

a) *Acreedores con derecho inscrito*

Dice el artículo 145 del Reglamento: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar... impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no será obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basados en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación.»

Incomprensiblemente, la doctrina no ha insistido en la perfecta aplicabilidad de este precepto a las prohibiciones de disponer voluntarias, pese a estar dictado para las judiciales; antes al contrario, el espíritu de los autores parece haberse dejado calar abandonadamente, por la idea de que, *a sensu contrario* del artículo comentado, se deduce que sólo las prohibiciones judiciales quedan afectadas por los asientos vigentes anteriores, no así las voluntarias, para las que la regla general ha de ser el cierre absoluto del Registro. Nada más contrario a los más fundamentales principios hipotecarios. Que la efectividad de un derecho inscrito pueda ser truncada por medio de una prohibición de disponer inscrita con posterioridad es el ataque más frontal que a los principios de publicidad, prioridad y seguridad de los derechos puede hacerse. El artículo 145 del Reglamento no está dictado para las prohibiciones de disponer voluntarias, pero ello es porque tales prohibiciones no necesitan de una norma específica para que sus consecuencias les sean plenamente aplicadas. El precepto tiene una razón de ser, y a mi juicio una manifiesta crítica.

Su razón de ser, el hecho de que sólo esté dictado para las prohibiciones de origen judicial, se debe a la especial naturaleza de éstas, que son ordenadas en procedimientos judiciales con la finalidad de garantizar derechos de terceros que pudieran plantear la duda de si paralizan los demás derechos existentes sobre la finca. La solución, como sabemos, es la negativa, al permitirse, pese a la anotación de prohibición, el que sean practicadas las anotaciones e inscripciones que se basen en asientos vigentes anteriores. Que esta misma doctrina ha de ser aplicada a las prohi-

biciones de disponer voluntarias es punto que no debe ofrecer dudas, y así lo entendió la Resolución de 5 de febrero de 1896, que he recogido en el apartado relativo a las anotaciones de embargo.

La crítica que la norma reglamentaria que comento merece surge de la redacción de su último inciso, en el que se habla de «asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación». Entendido en su literalidad resultará que se niega efectividad a los asientos vigentes posteriores al de dominio o derecho real afectado por la anotación de prohibición, pese a ser anteriores a dicha anotación. Esto ha de considerarse insostenible y derivado sólo de una defectuosa redacción. En efecto, raya en el absurdo el privar de efectos a las hipotecas inscritas y a los embargos anotados con posterioridad al dominio de la finca, pero antes de practicada la anotación de prohibición que afectase a aquel dominio. De la doctrina y de la jurisprudencia (Resoluciones de 5 de febrero de 1896 y 7 de febrero de 1959) se desprende que el que da la pauta para determinar los asientos preferentes es el de la propia anotación y no el de dominio o derecho real afectos por ella. Por otro lado, el precepto extiende el cierre registral sólo a los «actos dispositivos», por lo que no será obstáculo la anotación de prohibición para que posteriormente a ella pueda extenderse una anotación de embargo o de demanda (CHICO-BONILLA: *Apuntes...*, tomo II, pág. 204). Con ello, y considerando esta normativa aplicable a las prohibiciones de disponer voluntarias, encontramos un nuevo argumento más a favor de la viabilidad de tales anotaciones, pese a la existencia de una prohibición inscrita, problema del que me he ocupado en un apartado anterior.

b) *Acreedores sin derecho inscrito*

Aquí conviene separar entre aquellos acreedores que lo son del titular anterior, imponente de la prohibición, de aquellos otros que lo sean del titular actual gravado con ella.

1.º Acreedores del imponente de la prohibición. Por puro derecho civil (doctrina del fraude de acreedores) los derechos de éstos no pueden quedar vulnerados por la transmisión posterior al nacimiento de su crédito, hecha por el deudor, imponiendo al adquirente una prohibición de disponer, pues tal transmisión podrá ser resuelta si aquéllos demostrasen que se hizo en fraude de sus derechos. Hipotecariamente, la solución correcta es a mi juicio la siguiente:

Uno. Si la prohibición de disponer se impuso en una transmisión hereditaria, como la herencia no se hubiese aceptado a beneficio de inven-

tario, nada podrá obstar a las enajenaciones judiciales de los bienes adjudicados a los herederos, realizadas en méritos y a instancia de los acreedores del causante (art. 1.084 CC).

El principio de que antes es pagar que heredar no puede quedar desvirtuado por una actuación incorrecta de los herederos. En efecto, si los herederos no incluyen en la liquidación realizada a propósito de las operaciones particionales determinadas deudas del causante, esta arbitraria eliminación, a la que es ajena la voluntad de los correspondientes acreedores, no puede constituir perjuicio para éstos. Si en la partición de la herencia pueden ser adjudicadas, en pago de deudas, fincas afectas a prohibiciones de disponer impuestas por el testador, libres de tal afección, no ha de verse obstáculo alguno en que por la inadecuada omisión de un crédito la actuación de referencia pueda ser realizada en un momento posterior al acto formal de partición. Sostener lo contrario sería dejar a la exclusiva discreción de los herederos la efectividad de los derechos de los acreedores de la herencia, puesto que no hay norma que exija contar preceptivamente con éstos para realizar la partición.

Dos. Si la prohibición de disponer se impuso en una donación, la actuación de los acreedores del donante a fin de salvaguardar sus créditos se ciñe a la posibilidad de acudir al ejercicio de la acción revocatoria (a cuyo efecto tendrán a su favor todas las presunciones legales de la existencia del fraude). Prosperando dicha acción, la correspondiente sentencia firme será título bastante para cancelar la donación, lo que naturalmente comportará la desaparición de la cláusula prohibitiva.

2.º Acreedores del titular actual gravado con la prohibición.

Nuevamente conviene aquí distinguir entre:

Uno. Los acreedores ordinarios, respecto de los cuales hay que entender que toda enajenación judicial que a su instancia se realice ha de ser rechazada, y ello no por el peligro de procesos fingidos, sino porque estando inscrita la prohibición desde el momento mismo del acto adquisitivo a favor del deudor, los acreedores la conocieron o debieron conocer y no podrán pretender ignorarla.

Dos. Acreedores especiales. Con ello me refiero a aquellos créditos que necesariamente han de producirse, entre los que destacan: los débitos fiscales (contribución territorial rústica y urbana; el impuesto municipal de plusvalía coetáneo a la adquisición; las liquidaciones procedentes por el Impuesto de Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, en exenciones provisionales anteriormente concedidas en las que la nota de afección se olvidó o no se pudo consignar; las derivadas de revisión

extraordinaria de exenciones indebidamente concedidas; las liquidaciones por impuestos directos, etc.).

Aclarado esto, nos importará dar solución al problema de si, existiendo una prohibición, han de admitirse o no las enajenaciones forzosas realizadas para dar satisfacción a cualquiera de los referidos créditos especiales u otros cualesquiera análogos; la postura que debe adoptarse entiendo que es la afirmativa.

Los créditos fiscales de referencia, especialmente la contribución territorial, son créditos a devengarse necesariamente y con la periodicidad que su ley reguladora les señala; y no hay pacto, negocio, convenio o situación (salvo en casos especialísimos de exenciones previstas en la ley del impuesto) que tenga la virtualidad de excluir su devengo.

Sobre esta base, y partiendo de la idea de que la razón fundamental en que descansa la jurisprudencia que niega acceso al Registro a las enajenaciones judiciales, si la finca sobre la que la ejecución recae está sujeta a una prohibición de disponer, es la necesidad de evitar procesos fingidos, no cabe sino razonar que el fundamento de esta negativa no puede prosperar en los casos que examino, donde no es posible la simulación ante un crédito cuya existencia, certeza y exigibilidad no depende en nada de la voluntad del deudor.

Negar la posibilidad y los plenos efectos a dicha ejecución por el débito fiscal impagado supondría conceder en estos casos al titular de los bienes un derecho anómalo a paralizar el procedimiento de apremio, que iría contra toda justicia y obligaría a la Administración a dirigirse contra otros bienes del deudor (si existiesen), perdiendo entonces la preferencia que le atribuye el artículo 73 de la Ley General Tributaria.

En el recurso que dio origen a la Resolución de 21 de abril de 1949 el Registrador en su informe, para el caso de contribución territorial, defendió la posibilidad de enajenación.

Si admitimos la enajenación para pago de débitos fiscales, queda un último problema por resolver: el adjudicatario de los bienes, ¿los recibirá libres de la prohibición o gravados con ella?

Si la prohibición de disponer la configuramos como un contenido más del Registro previo al derecho del Estado, dado que todas las enajenaciones para pago de créditos se realizan siempre respetando los derechos inscritos con anterioridad, habría que entender que la finca ha de adjudicarse gravada con la prohibición. Pero esto no es sostenible, pues:

- Supone hacer al Estado (piénsese que la Hacienda pública puede ser la adjudicataria de los bienes) de peor condición que los demás acreedores, que como ya hemos visto, en los casos en que se permite le sean adjudicados en pago de sus

créditos bienes afectos a una prohibición, los reciben libres de ella, pues de otro modo el pago no tendrá utilidad.

- Incurrir en el absurdo de que después de ser violada la prohibición (con la enajenación en apremio) se obliga a respetarla.
- Supondría una minoración tal del bien en cuestión que sería verdaderamente problemático encontrar adjudicatarios que lo rematasen.

Por todo ello estimo que la adjudicación ha de realizarse en concepto de libre. La prohibición de disponer cesa en sus efectos desde el momento en que una causa tiene virtualidad para privarla de eficacia, sin que pueda sostenerse que, desaparecida, tenga luego la fuerza de surgir nuevamente en una insólita resurrección. De otro lado, es axiomático el que el fundamento de las prohibiciones de disponer desaparece cuando los bienes afectos han podido pasar por cualquier causa legal a manos de terceras personas (así, en la expropiación forzosa), por la fundamental razón de que el imponente no pudo nunca vincularlas, y porque al sufrir una mutación absoluta la situación tenida por él en cuenta para establecer la prohibición queda desfigurado el contenido de su voluntad.

Habrá que reconocer que esta tesis que postulo puede acarrear la grave consecuencia de abrir con ella una vía perfecta para violar las prohibiciones de disponer, bastando para lograr tal objetivo el que el gravado deje de pagar el correspondiente impuesto y concurra posiblemente por persona interpuesta a la subasta adjudicándose la finca libre de la prohibición; pero ello, aparte de no ser fiscalmente barato, no es un argumento sólido para sustentar la tesis negativa. En el caso que vengo examinando lo que se trata es de una colisión de intereses protegibles: el del respeto a la voluntad particular del imponente, con toda la secuela de intenciones y contenidos que quiera entenderse que comporta, y el derecho del Estado de no ser privado de sus garantías y medios de ejecución para el cobro de los impuestos y tributos; y entiendo, y por ello creo que debe triunfar la tesis permisiva, que este último interés debe prevalecer siempre sobre el primero.

Por último, y respecto a los descubiertos fiscales anteriores a la constancia registral de la prohibición de disponer, la enajenación en vía de apremio será perfectamente inscribible, porque:

- entran dentro del concepto de acreedores del titular anterior imponente de la prohibición, y en el apartado destinado a ellos ya tengo expuesta mi argumentación al respecto; y

- porque, en todo caso, cualquiera que sea el origen de la prohibición, el contenido del artículo 73 de la Ley General Tributaria es claro y tajante: el Estado, por contribuciones que graven periódicamente bienes inscribibles en cualquier Registro, tiene preferencia sobre todo acreedor o «adquirente», al menos en cuanto a la última anualidad y parte vencida de la corriente.

LOS DERECHOS DE SUPERFICIE Y ELEVACIÓN Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

A) *El derecho de superficie*

El superficiario ostenta los siguientes derechos:

Uno. Sobre el suelo, un derecho real en cosa ajena.

Dos. Sobre el edificio que construya, un derecho de dominio temporal.

Tanto uno como otro extremo son base suficiente para impedir la inscripción del derecho de superficie, constando en el Registro una prohibición de disponer o enajenar.

B) *El derecho a elevar plantas o construirlas bajo el suelo*

Puesto que con la concesión de tal derecho surge para su titular un dominio permanente de lo edificado y la necesaria constitución de un régimen de propiedad horizontal afectante a la totalidad del edificio, tal actuación hay que entenderla terminantemente excluida.

Sobre si cabe inscribir un derecho a elevar constituido, de forma que el titular se comprometiese a no ejercitarlo hasta que hubiesen cesado los efectos de la prohibición, entiendo que ello es factible, siempre que la prohibición no alcance a comprender los actos de gravamen, pues, en otro caso, siendo el derecho a elevar un gravamen actual, quedaría indefectiblemente comprendido dentro de los actos prohibidos.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

La cabida en la compraventa de bienes inmuebles

SUMARIO: *Introducción.*—I. *La compraventa de bienes inmuebles hecha por unidad de medida o número:* 1. Finca que tenga menor medida que la señalada en el contrato: A. Disminución del precio o rescisión del contrato (El límite de la décima parte de la cabida). B. Código de Napoleón y doctrina francesa: la perfección de la venta.—2. Finca que resulta de mayor cabida o número que los expresados en el contrato: A. Aumento del precio y límite de la vigésima parte. B. Otras regulaciones en Derecho comparado.—3. Casos referentes a la diferencia de calidad.—II. *La compraventa de «cuerpos ciertos»:* 1. Compraventa de un bien inmueble por un precio alzado: A. Venta como «cuerpo cierto». B. Sistemas de regulación positiva.—2. Compraventa de dos o más fincas por un solo precio: A. Sin expresión de cabida. B. Con expresión individual de los linderos y extensión superficial.—III. *Casos no previstos en el Código Civil:* 1. Finca vendida de mejor calidad que la expresada en el contrato.—2. Compraventa de inmuebles con destino expresado.—3. Venta a medida: determinación de cabida sin deslinde.—4. Compraventa sobre plano.—IV. *Plazo de ejercicio de las acciones:* 1. Ambito de aplicación y naturaleza.—2. Regulación en otros Códigos.—*A modo de conclusiones.*—*Bibliografía.*

INTRODUCCION

El presente estudio pretende ser una exposición monográfica de las cuestiones que se presentan en la compraventa de bienes inmuebles en relación con la cabida de éstos. Se hará también una breve alusión respecto a la cualidad por referirse a ella el Código Civil al regular los problemas de cabida.

El ámbito jurídico y social en que surgen las cuestiones objeto de este estudio es el de la compraventa.

Desde un punto de vista jurídico, el contrato de compraventa, independientemente de las críticas que al concepto que presenta el Código en su artículo 1.445 cabe hacerse, y así lo hace la doctrina, es el más importante de los que generan obligaciones patrimoniales, el de más

amplia significación dogmática y, en general, el patrón o modelo de los demás contratos.

Cada rama del Derecho tiene sus instituciones básicas, que actúan, respecto de todo el sistema, como supuestas claves de referencia y ordenación. Pues bien, en el Derecho contractual una de esas instituciones básicas es el contrato de compraventa. Elevado este contrato al rango de contrato tipo de los contratos bilaterales, las normas propias de la compraventa se han extendido a todos los contratos de prestaciones recíprocas, cuyos problemas despuntaron primero precisamente en la compraventa como el contrato bilateral más generalizado, y por ello mismo más detenida y cuidadosamente disciplinado por el legislador.

Desde un punto de vista socioeconómico se constata que de los bienes necesarios para la vida pocos pueden adquirirse por ocupación, algunos por producción directa, pero los más necesitan solicitarse del que los tiene sobrantes, y no puede contarse con que éste los facilite gratuitamente. De aquí la necesidad de recurrir al cambio de cosas y productos, que ofrece dos formas: la permuta y la venta.

El contrato de permuta, que todavía se ha empleado modernamente en épocas de haberse perdido la confianza en el valor de la moneda, fue la forma primitiva del cambio; pero es insuficiente para la vida económica de las sociedades adelantadas, en las que el contrato de compraventa aparece como medio primordial para las transacciones de bienes.

Por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro, a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 CC). Sin entrar en las críticas que hace la doctrina (1) a este concepto que ofrece el Código, se puede caracterizar el contrato de compraventa como bilateral, consensual, oneroso y, generalmente, conmutativo en cuanto lo corriente es que el precio corresponda al valor de la cosa.

Entre las obligaciones que el contrato genera, la principal para el comprador es la entrega del precio; para el vendedor nacen las siguientes obligaciones: entrega de la cosa y transmisión de la propiedad, saneamiento y evicción.

La entrega de la cosa implica, según el artículo 1.469, párrafo primero, poner en poder del comprador todo lo que se exprese en el contrato. Con respecto a los inmuebles, esta regla general queda concre-

(1) Vid. ALBALADEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, pág. 728; DE BUEN: *Anotaciones al Curso elemental de Derecho civil*, Madrid, 1925, pág. 10; ENNECCERUS: *Tratado de Derecho civil*, traducción española, II, 2.º, Barcelona, 1966, pág. 14; JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, I, París, 1938, pág. 530; LUZZATTO, Ruggero: *La compraventa según el nuevo Código Civil italiano*, traducción y notas de BONET RAMÓN, Madrid, 1953, pág. 5.

tada en el Código Civil sobre la base de prever los casos en que resulte cierta discrepancia entre lo determinado en el contrato y lo que aparezca al tener lugar la entrega, pues con frecuencia las expresiones utilizadas en el contrato no son precisas, y entonces es necesario indagar la intención de los contratantes, cosa no siempre fácil, por lo que para suplir aquélla, si no aparece puesta de manifiesto, el legislador establece las oportunas reglas en las ventas inmobiliarias.

Es precisamente en este punto donde surgen y se plantean las cuestiones de cabida en la compraventa de bienes inmuebles. Si se vende un inmueble con indicación de cabida, a tanto la medida, o por un precio alzado, pueden surgir dificultades en el caso de que resulte mayor o menor la cabida de la indicada en el contrato.

Hay que preguntarse qué se entiende por cabida. Según SANAHUJA (2), la cabida se refiere únicamente a la superficie horizontal de los inmuebles, es decir, a la capacidad de contenido de porciones de suelo en su expresión bidimensional. Cuando el suelo constituye en la realidad una superficie plana y horizontal, el concepto es claro; pero si el terreno presenta desniveles, se puede preguntar si la cabida se refiere a la superficie que realmente tenga la finca, que sería la del lienzo que se adaptara a todas sus irregularidades topográficas; o bien si tal cabida ha de circunscribirse a la del plano horizontal formado por proyecciones de los contornos del inmueble.

Realmente no existe dificultad para resolver esta supuesta cuestión, pues fácil es advertir que el terreno es utilizable en la medida en que se hallan sus partes en el mismo aproximado nivel; lo que cuenta es la superficie horizontal planimétrica.

De acuerdo con este punto de vista, para el cálculo de las superficies se prescinde de los desniveles de la finca. Esta es solución lógica y justa para SANAHUJA, quien, citando a BORRELL, dice que si la propiedad de la tierra según el sistema romano ha de entenderse según la fórmula *dominus soli, dominus celi*, es evidente que las distancias han de medirse en sentido horizontal (3).

No obstante, se ha de tener presente que un gran número de los contratos de compraventa de bienes inmuebles que hoy se celebran se refieren a pisos. En estos supuestos de ventas relativos a la propiedad

(2) SANAHUJA SOLER, José M.: «Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Colegio Notarial de Barcelona, Conferencia del curso de 1946, Barcelona, 1947, págs. 186-187.

(3) *Ibid.*, pág. 187, nota: BORRELL Y SOLER: «Miscelánea jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1925, pág. 426, acepta este punto de vista, dentro del Derecho de Cataluña, para calcular la distancia de la propiedad vecina a que han de estar los árboles. En cambio, *vid.* «Varias cuestiones prácticas de Derecho», Madrid, 1923, donde la Redacción de la *Revista de los Tribunales* sostiene para el expresado caso, dentro del sistema del Código Civil, un criterio opuesto.

horizontal el interés que ha de ser objeto de protección jurídica es más amplio que en los casos de fincas rústicas o urbanas tradicionales a que fundamentalmente se refiere el Código Civil. Ya no es aquí aplicable el principio romano *dominus soli, dominus celi* relativo a la propiedad de la tierra. En la compraventa de un piso tiene relevancia no sólo la superficie, sino también un mínimo de altura. Es decir, en el ámbito de la propiedad horizontal la cabida de los inmuebles se refiere no sólo a la superficie, sino también al volumen. El dominio sobre el inmueble está limitado en las tres dimensiones de las medidas de volumen. En estos supuestos de compraventa de pisos se habrá, pues, de aplicar las normas del Código Civil, adaptándolas a las especiales circunstancias de cabida a que se acaba de hacer alusión.

La contratación sobre edificios futuros es, desde tiempos bien recientes, un nuevo centro de problemas jurídicos. El edificio futuro presenta hoy día una especial relevancia jurídica. La doctrina así lo ha entendido, y en la actualidad abundan los trabajos en que se pretende resolver la problemática jurídico-privada que la figura plantea. Sin embargo, sólo DE CASTRO ha puesto de manifiesto que, a la vez que un proyecto, el edificio futuro precisa lo que él llama una «reserva de espacio» (4). Y es en este punto donde el tema entronca con el Urbanismo, y más en concreto con el volumen edificable.

El proyecto de edificio no podrá rebasar los metros cúbicos que el Planeamiento haya señalado. El propietario ya no es libre de aprovechar o no el espacio inmediatamente superior a su finca; debe hacerlo en los términos que le impone el Plan de ordenación, cuya imperatividad le vincula plenamente.

El volumen edificable aparece así como un dato que complementa

(4) DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 48; citado por TORRES LANA, José Angel: «Las características del volumen de edificabilidad», *ADC*, 1974, págs. 892-893; además remite a ROCA SASTRE, Ramón M.: *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, págs. 395-396; BONET, J.: «Servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir», *RDN*, 1961, págs. 247-282; BATISTA MONTERO-RÍOS, José: «Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en edificio por construir», *RDP*, 1962, págs. 189-200; MACHADO CARPENTIER, J.: «Servidumbre en beneficio del edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1962, págs. 402-429; LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración del contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», *RDN*, 1967, páginas 277-327; SÁNCHEZ VELASCO, H.: «Constitución de servidumbre en el edificio a construir. Su proyección registral», *RDN*, 1969, págs. 231-258; GARCÍA-BERNARDO, A.: «Piso futuro y viviendas protegidas», *RCDI*, 1970, págs. 731-750.

Entre los estudios aparecidos con posterioridad en torno a la contratación sobre edificios futuros, hay que citar una obra a la que se volverá en el capítulo III de este trabajo: ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa de cosa futura*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975, especialmente págs. 351-397.

la extensión planimétrica de la finca. Ahora bien, no se ha de confundir con altura. Esta indica la penetración vertical que el Plan concede al propietario; aquél, el *quantum* de masificación que se le otorga. Pero la importancia que ofrece el volumen es mucho mayor que la que presenta la altura. De nada vale fijar una altura grande sobre una finca si el volumen edificable es reducido. Porque el aprovechamiento urbano del terreno se halla en el volumen, no en la altura. Así lo señala MARTÍN BLANCO cuando afirma que en el valor de un terreno influye notoriamente lo que «sobre él puede edificarse» (5).

Pasando a la estructuración del presente estudio, el plan de trabajo será el siguiente: hecha ya una breve alusión al concepto del contrato de compraventa y a la obligación de entrega de la cosa en la que, sistemáticamente, inserta nuestro Código Civil las reglas en torno a la cabida en la compraventa de bienes inmuebles, se analizarán en el capítulo I las cuestiones sobre la venta a razón de un precio por unidad de medida o número, haciendo primero unas consideraciones globales y estudiando a continuación cada uno de los supuestos contemplados en los artículos 1.469 y 1.470, a saber: menor cabida de la finca con relación a la indicada en el contrato (art. 1.469, párr. segundo), mayor cabida (artículo 1.470) y diferencia de calidad, a la que se hará alusión, ya que el Código la contempla en el artículo 1.469, párrafo tercero.

El segundo bloque de cuestiones será estudiado en el capítulo II, que se iniciará con una exposición global de la doctrina acerca de la teoría de los «cuerpos ciertos», en la que se verá la regulación de tal materia en Derecho comparado.

A la hora de analizar la regulación positiva que hace nuestro Código Civil en su artículo 1.471 de la venta de inmuebles por precio alzado, cabe una doble posibilidad de sistematización: o seguir los distintos supuestos de hecho que se contemplan, aunque su regulación jurídica sea coincidente, o adoptar como criterio sistematizador las consecuencias jurídicas que el Código atribuye a supuestos distintos. Según este segundo criterio habría dos casos:

(5) MARTÍN BLANCO, J.: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 57.

«El volumen edificable aparece de este modo como un importante elemento de valor de los terrenos. Así se manifiesta en el tráfico privado donde se prescinde casi en absoluto del factor superficial; lo que importa es el volumen que los Planes autorizan como edificable. Incluso ha dado lugar al nacimiento de un nuevo tipo de contrato aleatorio en las transmisiones de terrenos: el precio de la enajenación se fija, no 'en razón' de la superficie vendida, sino 'en función' del aprovechamiento urbanístico permitido sobre la misma. Así se adecúa el valor a las posibilidades reales de utilización» (TORRES LANA: «Las características...», cit., página 897, donde remite a MARTÍN MATEO, R.: «La penetración pública en la propiedad urbana», *RCDI*, 1972, pág. 1244). *Vid.* también la Sentencia de 21 de junio de 1980 (Sala 4.ª).

- No hay aumento o disminución del precio, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato, si en la venta hecha por un precio alzado se entregó todo lo comprendido dentro de los linderos, ya se trate de la venta de «un inmueble» por precio alzado, ya de la de «dos o más» por un solo precio también alzado.
- Si no se entrega todo lo comprendido dentro de los linderos, el comprador tendrá el derecho, a su elección, bien de disminuir el precio proporcionalmente a lo que falte de cabida o número, o bien a dejar sin efecto el contrato, ya se trate de la venta de «uno» o «varios» bienes inmuebles.

Sin embargo, aquí se seguirá el primer criterio sistematizador por considerar que ofrece más posibilidades de desglose y tratamiento diferenciado de los diversos supuestos de hecho. Así, se analizarán los siguientes casos:

- 1) Compraventa de «un bien inmueble» por un precio alzado.
- 2) Compraventa de «dos o más fincas» por un solo precio:
 - a) Sin expresión de cabida.
 - b) Con expresión individual de los linderos y extensión superficial.

En el capítulo III se hará un repaso sobre aquellos casos que, en torno a la materia objeto de este estudio, no ha previsto el Código. Se verá cómo algunos supuestos se contemplan en Derecho comparado.

Se terminará dedicando el capítulo IV al plazo que el artículo 1.472 establece para el ejercicio de las acciones que nacen de los tres artículos precedentes. Se constatará, asimismo, las diferencias existentes a este respecto con relación a otros ordenamientos jurídicos.

Al final se expondrán aquellas conclusiones a que a través del recorrido por el tema se pueda haber llegado.

Se ha hecho en esta introducción la exposición global del plan de trabajo, porque ello facilita una visión de conjunto a la vez que se pone más de relieve la interconexión de los temas; lo que difícilmente ocurriría si el nexo existente entre los distintos apartados se dejara únicamente a una exposición dispersa a lo largo del estudio.

Igualmente, y por idénticas razones, parece preferible aglutinar al final las principales conclusiones a que se haya llegado a través del estudio de los textos legales, la jurisprudencia, la doctrina y el Derecho comparado.

Se pretende, pues, hacer una doble labor: primero, analítica, porme-

norizando las cuestiones, acercándose para el estudio a todas las fuentes asequibles y recogiendo todas las aportaciones; y, en segundo lugar, sintética, extrayendo aquellas conclusiones que posibiliten una visión global de lo esencial del tema estudiado.

No cabe la menor duda de la importancia jurídica de la problemática esbozada. Se trata de un supuesto de desajuste entre la realidad y la manifestación de voluntad explícita o implícita vertida en un contrato de compraventa de bienes inmuebles. El legislador tiene que dar una solución; contempla los intereses en juego y adopta la posición que más posibilite mantener el equilibrio contractual en principio querido por las partes. El Código Civil da, por una parte, soluciones particulares a supuestos muy concretos, y, por otra, pasados determinados límites, aplica los principios y normas generales sobre la contratación.

Basta una mera observación sociológica para percatarse de la importancia práctica y social de los problemas relacionados con la cabida en la compraventa de bienes inmuebles. Desde el punto de vista económico el cambio es un hecho —como ya se ha indicado— fundamental, y la forma jurídica más importante y representativa de ese hecho es la compraventa. En la intersección del Derecho y la Economía, la compraventa representa un aspecto especialmente relevante; y dentro de éste destaca la venta de bienes inmuebles, que si tradicionalmente se ha centrado en torno a las fincas rústicas, hoy día alcanza una importancia inusitada en relación a las fincas urbanas. La eclosión demográfica, el desarrollo industrial, con la necesidad de adquisición de terrenos para las instalaciones, y especialmente la concentración urbana en las grandes ciudades ha propiciado la creación de empresas inmobiliarias, cuyo principal objeto es precisamente la venta de bienes inmuebles.

El tráfico inmobiliario, pues, se mueve fundamentalmente alrededor de la compraventa de fincas rústicas, como siempre, y en relación a las fincas urbanas en una doble vertiente, que ha ido en aumento: las destinadas a la vivienda y aquellas que sirven de base al comercio y a la industria.

Obviamente, el viejo lenguaje de los Códigos está expresando la que era realidad fundamental en el momento de su redacción. Pero ello no quita que su normativa sea igualmente aplicable a aquellos casos que, siendo hoy de gran entidad en el tráfico jurídico, existían también, aunque en dimensiones más modestas, cuando el legislador llevó a cabo su tarea codificadora.

Con más razón aún, respecto a los primeros comentaristas de los Códigos, se ha de evitar caer en un reduccionismo al aproximarse a ellos. En su lenguaje y en su mente está la imagen de la realidad del tráfico jurídico-social de su época. De ahí que, al leerlos hoy, se debe

dar un contenido más amplio a palabras suyas como «fundo», «predio», etcétera. Se ha de tener presente la realidad que efectivamente existía y que es la que da la clave de interpretación de la intencionalidad del legislador.

Se va, pues, a estudiar los problemas que sobre la cabida de los inmuebles se pueden presentar en la compraventa de éstos y las soluciones que el legislador ofrece o ha dejado de contemplar en su normativa.

En consecuencia con todo lo dicho, se abordará el estudio de estos problemas centrandó la cuestión de la cabida de los inmuebles en el contexto de las obligaciones que nacen del contrato de compraventa. Se analizará cada uno de los diversos supuestos a la luz del Código Civil, la jurisprudencia, la doctrina y el Derecho comparado, todo ello sin menoscabo de las necesarias remisiones a los precedentes históricos que puedan facilitar una mejor comprensión.

I. LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES HECHA POR UNIDAD DE MEDIDA O NUMERO

Nuestro Código Civil contempla esta modalidad de compraventa en sus artículos 1.469 y 1.470. El legislador se limita a diferenciar una serie de supuestos, arbitrando una determinada solución al conflicto de intereses subyacente en cada caso.

Ahora bien, el jurista debe comenzar por interrogarse acerca del sentido y alcance de la norma, así como sobre las implicaciones dogmáticas del precepto. ¿Cuál es la configuración legal del supuesto de hecho? ¿Se limita la norma a establecer un mecanismo para la fijación definitiva del precio?

El Código se refiere en los artículos 1.469 y 1.470 a las compraventas de bienes inmuebles con deslinde de los mismos, expresión de la cabida y fijación del precio en función de las unidades de medida que comprenda la finca.

Hay, pues, que distinguir este supuesto, en el que el objeto del contrato es un determinado inmueble, perfectamente delimitado, de aquel otro en el que el objeto fuesen las distintas unidades de medida de una finca, pero no la finca en cuanto tal. Esto es posible, por ejemplo, con respecto a una finca rústica, ya que el terreno es divisible. Las consecuencias en uno y otro caso son muy diferentes. Si lo que se adquiere es un determinado número de unidades de medida, se estará ante un objeto plural, y obviamente habrá contrato siempre que, además del consentimiento y la causa, exista objeto (art. 1.261 CC); en consecuencia, si falta alguna unidad de medida, en esta misma extensión faltará un

elemento esencial del negocio (objeto) y, por tanto, el contrato será nulo con respecto a lo que falta. Asimismo, si hay un exceso de cabida, existirá nulidad contractual, o mejor dicho, no existe siquiera contrato en esa parte, porque sobre ella no ha recaído consentimiento alguno (6).

El supuesto que el legislador contempla es el denominado venta por unidad de medida, en que la diferencia específica consiste en la forma de determinación del precio. Existe una finca perfectamente delimitada y con una determinada extensión; lo que hacen las partes es fijar el precio en función del número de unidades de medida.

Mas es también cierto que si se está indicando en el contrato que la finca tiene una determinada extensión y luego resulta que en realidad es otra, se está incurriendo en un error que vicia el consentimiento (7) de igual modo que lo viciaría si el error versara sobre el precio. Se podría, pues, ejercitar la nulidad o anulabilidad del contrato. Sin embargo, el legislador opta por soluciones menos trascendentales, pero posiblemente más justas, que se inspiran en el principio de conservación del negocio.

Existen diferentes posiciones doctrinales acerca de si las diferencias de cabida se dan sólo en relación a los bienes inmuebles o también respecto a los muebles. Mientras MANRESA mantiene la primera solución, BORRELL se inclina por la segunda; aunque el legislador establece reglas especiales solamente para los inmuebles, bastando en el caso de los muebles la aplicación de las reglas generales referentes al incumplimiento de las obligaciones (8).

(6) Contraponiendo estas dos figuras («venta a tanto la medida» y «venta a medida»), pone de manifiesto SANAHUJA que en la segunda no se trata de la venta de un predio de tantas hectáreas —como en la primera—, sino de tantas hectáreas (las mismas) de un predio. («Todo esto parecen sutilezas escolásticas, pero no hallo —dice SANAHUJA— otra forma de expresión para dar un concepto preciso y estilizado de las cosas.») Según el citado autor, en la venta a tanto la medida «se trata de la venta de la totalidad de un predio al que se ha señalado una cabida, fijándose el precio por unidad de medida. No hay pluralidad contractual por pluralidad de objeto, sino unidad objetiva con determinación del precio basado en un cálculo sobre la medida» (SANAHUJA SOLER, José M.: «Cuestiones...», cit., pág. 208).

(7) Cfr. BORRELL Y SOLER, Antonio M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, pág. 104.

(8) Cfr. MANRESA Y NAVARRO, José M.: *Comentarios al Código Civil español*, X, 3.ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1919, pág. 154.

BORRELL, por su parte, se expresa en los siguientes términos: «No creemos que haya diferencia, desde este punto de vista, entre las ventas de inmuebles y las de muebles; y si en la de aquéllos pueden existir conflictos provocados por diferencias de superficie, en las de muebles pueden provocarlos otras diferencias de medida, como si se vendiese una partida de vino o de aceite en envases que anunciasen una medida exacta que no coincidiese con la que tienen realmente, o de la compra de lienzos cuya tirada fuese menor de la consignada en la venta. Lo que hay es que el legislador ha creído conveniente dar reglas especiales, tal vez por su mayor importancia, tratándose de inmuebles, con el fin de evitar cuestiones; al paso que, tratándose de cosas muebles, bastaría aplicar las reglas generales refe-

En las ventas de inmuebles a medida las consecuencias, en términos generales, de la diferencia de cabida son las siguientes: si la extensión real es inferior a la indicada en el contrato se disminuirá el precio en la misma proporción; si dicha extensión fuese mayor, el precio aumentará proporcionalmente a la diferencia entre la cabida reseñada en el contrato y la real.

El hecho de que, tras la medición, tenga lugar una variación del precio no significa que éste no fuera cierto (9). Al contrario, el precio fijado en el contrato era cierto en los términos del artículo 1.447 del Código Civil, en cuanto que estaba referido a otra cosa cierta, a saber: la cabida real del inmueble. No importa a este respecto que en el contrato se haya indicado el importe total del precio, ya que en el caso que se está considerando lo que tiene relevancia es el precio por unidad de medida y, por tanto, la cabida real, estando en función de ambos datos, mediante una simple operación aritmética de multiplicación, la obtención del importe total del precio de la finca de que se trate.

Aunque sea haciendo sólo una rápida alusión, se han de mencionar dos cuestiones de interés: el cómputo de la cabida y los gastos de medición.

Se tendrán en cuenta en el cómputo de la cabida todos aquellos elementos que formen parte del inmueble, salvo pacto en contrario. No se computarán, pues, los caminos públicos, ni los ríos, ni los bordes del mar limítrofes; sin embargo; se tendrán en cuenta los senderos o canales internos de una explotación (10).

rentes al incumplimiento de las obligaciones» (BORRELL: *El contrato...*, cit., pág. 104; citado por BONET RAMÓN en su nota 476 a la traducción de LUZZATTO: *La compraventa...*, cit., pág. 372; también citado por BADENES GASSET, Ramón: *El contrato de compraventa*, I, Madrid, 1969, pág. 549.

(9) SANAHUJA: «Cuestiones...», cit., pág. 209.

(10) Se recoge aquí la opinión de POTHIER, según el cual «si se me hubiese vendido un campo asegurándose que era de quince fanegas, y le atravesase un camino público; por más que ese camino se encierre dentro del campo, sin embargo no debe entrar en cuenta para saber su extensión, y ésta deberá ser de quince fanegas sin contar el camino, a no ser que se hubiese expresamente dicho que en la extensión marcada venía comprendido el camino, porque siendo éste público, nunca puede decirse que haga parte del campo vendido; l. 51, ff. *de contr. empt.*; 7, pár. 1 *de per. rei vend.*» (POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841, núm. 252).

POTHIER también considera el caso de que al expresarse la cabida en el contrato se haya añadido las palabras «poco más o menos»; así se dice, cinco fanegas de tierra de labor «poco más o menos», etc. «El sentido de tales palabras —escribe POTHIER— es que no debe entenderse que el vendedor será responsable de la falta de capacidad cuando sea de poca consideración; como si a las cinco fanegas faltasen ocho o diez pérticas; porque a pesar de esta falta siempre puede decirse que hay las cinco fanegas a 'poco más o menos'. Mas si el defecto fuese de más consideración, de media fanega por ejemplo, las palabras 'poco más o menos' no impedirán que el vendedor deba abonar esa falta» (*ibid.*, pág. 134, núm. 254).

En cuanto a los gastos de medición se ha de indicar que son a cargo del vendedor, conforme al artículo 1.465 de nuestro Código Civil, ya que son gastos de la entrega. Dicho artículo, que recoge el contenido del artículo 1.608 del Código francés (11) —ambos artículos dejan a salvo el principio de la autonomía de la voluntad—, establece que «los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación, de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial».

En las ventas a tanto la medida hay dos posibilidades: que la cabida real sea menor o mayor que la señalada en el contrato. En principio, ello implicaría una disminución o aumento del importe del precio, pero pasados determinados límites el legislador ofrece soluciones alternativas.

I.1. FINCA QUE TENGA MENOR CABIDA QUE LA SEÑALADA EN EL CONTRATO

I.1.A. *Disminución del precio o rescisión del contrato* (*El límite de la décima parte de la cabida*)

Según el párrafo segundo del artículo 1.469 del Código Civil, «si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número, tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuere posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, siempre que, en este último caso, no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble».

Para SCAEVOLA (12) sobra la frase «si el comprador lo exige», porque establecida la obligación del vendedor de entregar a aquél toda la medida del inmueble que fue pactada, si el primero no puede o no quiere entregarla y el segundo acepta tácitamente el fundo con esa falta en la medición, el legislador no va a mirar por los intereses de dicho contratante más que él mismo.

En cuanto que el precio de la cosa viene determinado por dos fac-

(11) De esta opinión se muestran BASSET (T. 2, l. 4, t. 16, c. 6) y BOURJON (T. 1, pág. 482, núm. 50). Vid. TROPLONG: *Droit civil expliqué. Commentaire du Titre VI du livre III du Code Napoléon: De la Vente*, I, 5.^a ed., Paris, 1856, página 436, notas 2 y 3.

(12) SCAEVOLA, Q. Mucius: *Código Civil, concordado y comentado extensamente*, XXIII, Madrid, 1906, pág. 452.

tores, a saber: precio particular de cada unidad de medida y número de unidades del inmueble, si resulta que existe diferencia en este segundo factor entre lo previsto en el contrato y lo comprobado en la realidad, obviamente al variar uno de los factores, el producto total resultante de la operación matemática de multiplicación variará también. Por tanto, la disminución del precio, en el caso de menor cabida, se refiere y afecta al precio total, no al precio de la unidad de medida, que permanece inalterable.

Esta disminución del precio viene establecida por el legislador a favor del comprador en todo caso. Sin embargo, la posibilidad de optar por la rescisión del contrato sólo se le ofrece si la diferencia de cabida entre la estipulada y la real es igual o superior a la décima parte de aquélla (13). Si la diferencia es inferior a esa décima parte, el comprador ha de contentarse con la disminución proporcionada del precio.

Se pueden plantear en este punto dos cuestiones: una, valorativa, y otra, técnico-jurídica.

La primera cuestión se refiere a si hubiera sido más justo conceder siempre al comprador el derecho a optar entre la rebaja del precio y la rescisión del contrato. Es un asunto discutible. Se argumenta a favor de poder optar en todo caso por la rescisión que el comprador podría haber sufrido un error esencial (ex art. 1.266 CC), en cuanto que, dado el fin a que pensaba destinar el inmueble, la cabida de éste era un requisito esencial de la cosa, de tal forma que venía movido a la celebración del contrato, porque consideraba que se daban las exigencias referentes a las dimensiones del bien inmueble; de tal manera que de no

(13) Se debe hacer una observación que es común a todos los supuestos de cabida. El Código es anfibológico al decir «una décima parte de la cabida»; porque tanto puede referirse a la cabida real como a la expresada en el contrato; y no es lo mismo. MANRESA entiende lo segundo, pues así concuerda con el párrafo final del mismo artículo 1.469 y con el siguiente; aunque el cómputo de la diferencia se ha de hacer precisamente comparando las dimensiones reales y las señaladas en el contrato: «Aunque el párrafo 2.º del artículo 1.469 parece aludir a la cabida efectiva de la finca, creemos que la décima parte ha de computarse con relación a la cabida estipulada. Nos convence de ello, de una parte, el que esta cabida, y no la cabida verdad, que las partes no conocen hasta después del contrato, cuando se hace la medición, es la que los contratantes tuvieron en cuenta al pactar y la que realmente influyó en el concepto de la causa del contrato; y de otra, el párrafo 4.º del mismo artículo 1.469, y el artículo 1.470, los cuales, refiriéndose al precio y a la misma cabida, cuando ésta resulta mayor, aluden el primero al precio 'convenido' y el segundo a la cabida o número 'señalados en el mismo contrato'» (MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 157).

Concretando más aún, el porcentaje que establece el Código (la décima parte) se refiere a la cabida estipulada; la diferencia se determina comparando la cabida real y la señalada en el contrato, si bien esta diferencia tendrá distinta relevancia jurídica según que supere o no la décima parte, previamente determinada, de la cabida convenida.

Vid. BORRELL: *El contrato...*, cit., pág. 105; BONET, en la traducción de LUZZATTO: *La compraventa...*, cit., pág. 373; BADENES: *El contrato...*, cit., pág. 550.

ser así no habría comprado, aunque la diferencia de cabida fuera mínima. Ello, por ejemplo, puede ocurrir en bastantes supuestos cuando la realización del fin que hizo al comprador adquirir el inmueble viene condicionada por disposiciones de carácter administrativo, que exigen una extensión mínima de los inmuebles para la instalación de determinadas industrias, la construcción en terrenos edificables, etc. (14).

La segunda cuestión hace referencia al problema de dilucidar cuándo se estaría ante un supuesto de error de tal manera relevante desde un punto de vista jurídico que pudiera decirse que vicia e invalida el consentimiento prestado. Por una parte, los motivos personales del comprador quedan al margen del contrato de compraventa celebrado con el vendedor. Por otro lado, el fin del negocio, que determina la celebración del contrato, adquiere una relevancia jurídica fundamental, de manera que la validez del contrato está en función de la consecución del fin pretendido expresado en el mismo (15). Pero independientemente de la

(14) *Vid.* BORRELL: *El contrato*. ., cit., pág. 105. Además, el dejar a discreción del comprador la rescisión de la venta aunque la diferencia de extensión no alcance el mínimo que señala el Código, concordaría con lo que éste dispone con referencia a los defectos de la cosa vendida, que dan lugar a la rebaja del precio o a la rescisión, a voluntad del comprador (art. 1486), y a lo que dispone el mismo Código con relación a las compras a prueba o a gusto (art. 1453).

(15) *Vid.* Sentencia de 30 de junio de 1948, en la que el Tribunal Supremo casa la del Tribunal *a quo* (Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona) sobre la base de una argumentación que está en lo fundamental recogida en el Considerando 5.º y parte del 6.º, que a continuación se citan:

«Que en el encabezamiento del repetido documento contractual se dice textualmente 'y a fin de que los terrenos que las señoras M. poseen de su finca Manso Ballesca, con fachada a la calle de Ganduxer, puedan tener también fachada a la calle de la Industria el día que ésta se abra en aquel trozo, pactan y convienen...', palabras que revelan un nexo indiscutible entre los pactos que a continuación siguen y la finalidad que tales pactos tienen, finalidad que no es meramente el propósito, ventaja o deseo, que cada parte contratante se proponga conseguir, mediante el contrato, según sus cálculos o preferencias personales que pueden lograr o no en virtud de circunstancias ajenas al acto contractual, sino que se expresa como fin del contrato mismo sin que por tanto pueda separarse de él, en cuanto es revelación de la voluntad común de los contratantes determinante del alcance y sentido de los pactos que precisamente se han establecido para cumplir esa manifestada finalidad, por lo que no puede ésta calificarse de fin remoto en el sentido que da a tales palabras el Tribunal *a quo*.

»... por lo que debe apreciarse que a causa de dicha enajenación ha dejado de existir la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho de las actoras a exigir el cumplimiento de lo pactado por desaparición de la base en que se asentaba que era la tenencia en poder de aquéllas de los terrenos que por agregación de los que se adquirieran formarían la unidad predial con las características pretendidas en cuanto a sus linderos. »

En consecuencia, en la medida en que el «fin del negocio» aparezca expresado en el contrato, como es el caso, por ejemplo, de la compraventa de inmuebles con un destino expresado, la más pequeña diferencia de cabida dará lugar a la invalidez del contrato en cuanto haga imposible la consecución del citado «fin del negocio». Ahora bien, el problema previo a dilucidar consiste en determinar qué se debe entender por «fin del negocio». Según el profesor JORDANO BAREA en su comentario

construcción jurídico-dogmática que se hiciese, el Código viene a complicar la cuestión cuando habla en el artículo 1.469, párrafo segundo, de «rescisión», y no de nulidad o anulabilidad del contrato, que sería a lo que conduciría un vicio que afectase al consentimiento o a la causa.

Se presenta entonces el polo opuesto al ya aludido, es decir, que incluso si la menor cabida es superior a la décima parte puede no existir lesión para el comprador, ya que no se le obliga a pagar el mismo precio total que se pudiera haber expresado en el contrato, sino que el precio se disminuye proporcionalmente. Pero he aquí lo que es más importante, considerando que se trata de un supuesto incluido en el artículo 1.291,

a la sentencia citada, donde recoge y distingue diversos conceptos acuñados por la doctrina, las cinco características que configuran el «fin del negocio» son:

1.ª Se trata de una finalidad que no es el mero «motivo» ni la «causa» eficiente del negocio, sino el «fin» u objetivo del contrato.

2.ª Constituye un «mismo interesado propósito» de las partes contratantes, que, por tanto, es «común» a entrambas.

3.ª Dicho «fin» es «inseparable» del acto contractual y de los pactos establecidos, que resultan así «condicionados» en su sentido y alcance por la posibilidad o imposibilidad de obtener el fin perseguido con el convenio concertado.

4.ª Actúa como «condición motriz» de la voluntad contractual.

5.ª Trátase de una finalidad «manifestada», que resulta del contenido del negocio.

Por último, conviene insistir en que este «fin del contrato» tiene relevancia jurídica precisamente porque se eleva, al menos, según el querer de las partes, a la categoría de una condición tácita (JORDANO BAREA, Juan: «Causa, motivo y fin del negocio» [Sentencia de 30 de junio de 1948], *ADC*, 1949, pág. 757).

Hay que hacer una última alusión a la distinción que CARLOS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ pone de manifiesto entre desaparición de la base del negocio subjetiva u objetiva y cuando no puede alcanzarse la finalidad del contrato; para cada uno de los tres supuestos señala distintas consecuencias jurídicas, si bien afirma que «es admisible en Derecho español la doctrina de LARENZ de que desaparece la base del negocio en sentido objetivo cuando no puede alcanzarse definitivamente la finalidad objetiva del contrato» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R.: «Estudio preliminar», en su traducción de LARENZ, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, pág. XXXII). La imposibilidad de alcanzar el fin del negocio sería, pues, un supuesto que, aunque haga desaparecer la base del negocio en sentido objetivo, no se identifica con este último concepto —como señala el profesor JORDANO BAREA en el precitado comentario—, por lo que las consecuencias jurídicas que indica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ son diferentes en cada caso. Asimismo, pone de manifiesto este autor que los artículos 1.469, párrafos 2.º, 3.º y 4.º, y 1.470 disciplinan casos concretos de desaparición de la base del negocio subjetiva, fijando unas determinadas consecuencias jurídicas sólo aplicables a los mismos. Por ello, se ha de concluir que si en tales supuestos, en vez de tener lugar la desaparición de la base del negocio subjetiva, lo que ocurre es que se hace imposible el «fin del negocio», en los términos caracterizadores anteriormente señalados, no se aplicarán las soluciones legales específicas contenidas en los artículos 1.969, párrafos 2.º, 3.º y 4.º, y 1.470, sino las correspondientes al caso de imposibilidad de consecución del «fin del negocio», supuesto éste, por otra parte, que constituye una laguna legal, pero que la Sentencia citada de 30 de junio de 1948 y la doctrina vienen a cubrir, permitiendo al acreedor de la prestación que resulta inútil negarse a aceptar ésta y denegar la realización de su propia prestación.

5.º, el artículo 1.294 dispone que «la acción de rescisión es subsidiaria» y que «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». En el caso que ahora se está analizando —menor cabida sin que ésta tuviera carácter esencial en la celebración del contrato— nunca se llegará a dar el supuesto del artículo 1.294 para llevar a cabo la rescisión, puesto que existe el recurso legal de la disminución del precio para evitar el posible perjuicio de pagar lo mismo por menos cabida. Por ello, al ser subsidiaria la acción de rescisión, difícilmente sería ejercitable en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.469.

En consecuencia, aquí el Código, más que disponer la rescisión del contrato, debería establecer la posibilidad de optar por la anulación del mismo sobre la base de la existencia de un error esencial que vició el consentimiento o afectó a la causa del contrato. En este caso no tendría sentido establecer un límite mínimo en la diferencia de cabida para que la anulación fuese posible; debería admitirse en todo caso al demostrarse que la diferencia, por mínima que fuera, afectaba a la causa o habría hecho que el comprador no prestase su consentimiento al contrato de haberlo sabido.

Pero en realidad no resulta estrictamente necesario que en cada caso concreto se recoja la posibilidad de anulación de un contrato, por lo que son vicios que, con carácter general, hacen anulables los contratos. Por lo que al margen de regulaciones específicas en ciertos supuestos, la anulabilidad por vicios será siempre posible conforme a las normas generales e independientemente de que se funde en una mayor o menor diferencia de cabida; porque respecto a los artículos 1.266 y siguientes, la relevancia jurídica viene dada al elemento subjetivo, ya se trate de error, violencia, intimidación o dolo. En un caso de menor cabida se puede estar ante un supuesto de error (art. 1.266) o incluso dolo (art. 1.269) que, si reúnen la importancia o gravedad que respecto al sujeto contratante el Código con carácter general exige, darán lugar a la anulabilidad del contrato.

Lo que ocurre en el párrafo segundo del artículo 1.469 es que el legislador da un paso hacia una cierta objetivización. Se quiere evitar la enojosa tarea de entrar a examinar elementos subjetivos, siempre de difícil delimitación y valoración. Se establece *ex lege* la posibilidad de desistir del contrato sobre la base de un criterio objetivo: si la diferencia de cabida entre la estipulada y la real es igual o superior a la décima parte de aquélla. Quiere así el legislador salir al paso y, en consecuencia, ofrecer soluciones previstas de antemano a posibles conflictos de intereses entre las partes. De esta manera el artículo 1.469, párrafo segundo,

constituye una norma híbrida que oscila entre las reglas generales de los vicios del consentimiento y la figura de la rescisión contractual.

Aunque antes se ha afirmado —como una opinión más— que la teoría general de los vicios del consentimiento sería aplicable en todo caso, el legislador parece descartar, al menos en términos generales, la posibilidad de desistir del contrato si la diferencia de cabida es inferior a la décima parte de la pactada (16). A pesar de ello, habría que mantener la posibilidad de la anulabilidad en casos extremos de especial relevancia de la cabida mínima, aunque la diferencia no llegase a la ya reiteradamente aludida décima parte.

Sin embargo, el legislador parece presumir que una de las bases del negocio es afectada si la diferencia de cabida alcanza el límite establecido (17). Pero no se contiene la regulación de esta materia en sede de vicios del consentimiento, sino en la de cumplimiento del contrato (18). Así, no se establece la anulabilidad, sino la rescisión, con las modalidades ya apuntadas: puede de hecho no existir lesión y puede no ser la única vía legal para la reparación del posible perjuicio.

(16) El precepto legal entiende que si la disminución no llega a la décima parte, el contrato conserva su fuerza vinculante para una y otra parte, y el vendedor cumple entregando el inmueble a cambio de recibir del comprador el precio disminuido en la misma proporción. Se ha tenido en cuenta que, dado que la disminución de la cabida no entraña gran importancia, cuando no llega a la décima parte, debe mantenerse en este caso la eficacia del contrato. Se presume que el vendedor, desde luego, tenía el propósito de vender la finca y que el comprador lo mismo la hubiera comprado con 91 hectáreas que con 100. El límite de la décima parte es convencional, su determinación es función del arte más que de la ciencia del Derecho; en la necesidad de fijar algún límite, MANRESA estima que el establecido por el Código está discretamente fijado. Además, si el comprador puede encontrarse en la posibilidad de pagar un precio superior le será fácil pagar un precio inferior. (Cfr. MANRESA: *Comentarios* ..., cit., pág. 156)

(17) Si la disminución de la medida o número asignados a la finca es igual o superior a la décima parte del total expresado en el contrato, ya esta diferencia entraña una mayor importancia que puede influir —según MANRESA— en la causa del mismo, hasta el punto de hacerla desaparecer respecto del comprador. El consentimiento recayó sobre una cabida determinada; la consideración de esa cabida y de las utilidades que de ella podían obtenerse fue causa del contrato; pero la notable diferencia existente modifica las circunstancias de hecho, y cabe suponer que tal vez si el comprador hubiese conocido, al tiempo de prestar el consentimiento, la cabida efectiva de la finca no lo hubiera prestado. «Sin embargo —escribe MANRESA—, decidirse de plano por la ineficacia del contrato hubiera sido en el Código disposición injusta e indiscreta, porque, contra las más razonables presunciones, podía venir la voluntad del comprador declarándose paladina y expresamente por la trascendencia y la consumación de lo estipulado» (MANRESA: *Comentarios* ..., cit., págs. 157-158).

(18) «La ley ha procurado hermanar la justicia conmutativa con la seguridad en las transacciones. De ahí el establecimiento de reglas específicas con virtualidad suficiente para comprender los diversos casos que pueden presentarse y eliminar ya de una manera preventiva toda discusión en torno al asunto. En primer lugar, el legislador ha intervenido a favor del comprador en el caso de diferencia de cabida, concediéndole una opción por la que pueda, bien pagar el complemento de

De esta forma se da la paradoja de que, en virtud del artículo 1.469, párrafo segundo, en sus estrictos términos literales, el comprador no podría desistir del contrato si la diferencia de cabida no alcanza la décima parte, aunque la extensión indicada en el contrato fuese esencial para el fin del negocio; mientras que si la diferencia llega a esa décima parte se podrá rescindir el contrato, aunque ello en realidad no llegase a afectar a las bases del negocio.

El Proyecto de 1851 no concedía al comprador derecho alguno de rescisión; la única posibilidad de resarcimiento que le otorgaba era la disminución proporcional del precio. Se favorecía así al vendedor. La acción rescisoria sólo estaba prevista para el caso de exceso de cabida. Ante lo que ya GOYENA se preguntaba el porqué del diferente trato de los supuestos de exceso y defecto de cabida, haciendo una serie de observaciones que —según SCAEVOLA—, lejos de ir contra la solución que definitivamente adopta el Código, la favorecen y confirman en cuanto se establece el límite de la décima parte de diferencia en la cabida para la aplicación del remedio rescisorio (19). Este fue tomado por el Proyecto de 1882 del Derecho portugués (20), pasando al Código, con aceptación general, ya que parecía justo que si el comprador no podía recibir la cosa con su completa cabida, se le concediesen facilidades

precio o pedir una rebaja del mismo, o bien desistir del contrato dentro de ciertos límites. El Código ha admitido el derecho de rescisión en ciertos casos, influido sin duda por las consideraciones aludidas, pero también por la idea de que en los supuestos referidos podía existir un error —que únicamente el comprador puede apreciar— sobre una circunstancia tan importante como la cabida. Efectivamente, en el caso de inmuebles con expresión de cabida a razón de un precio por unidad de medida ha estimado la ley —y así es en efecto frecuentemente— que la circunstancia de la cabida no opera sólo en función de dato o sistema de referencia para establecer de una manera cierta el precio del contrato, sino que ella es en sí una base del contrato que determinó la voluntad del adquirente en sentido favorable a la compra. Con todo, el Código incluye la disposición en el capítulo que trata de las obligaciones del vendedor y concretamente de la entrega de la cosa vendida; es decir, que en sentir del legislador el aspecto que predomina en la cuestión se refiere al cumplimiento del contrato, no a error en el consentimiento» (SANAHAJA: «Cuestiones...», cit., págs. 210-211).

(19) GOYENA preguntaba por qué en un caso el comprador podía desistir del contrato y en el otro no; respondiendo que era porque se presumía que en el caso de la menor cabida la intención del comprador era la de hacerse con la cosa, puesto que la compró en el supuesto de ser mayor y contaba con los medios de pagarla; mientras que en el otro caso, si se compeliere al comprador a suplir el precio, se le obligaba a comprar más de lo que él había querido, y tal vez no podía pagar; siendo de jurisprudencia universal el que nadie puede ser apremiado a vender o comprar. Estas observaciones de GOYENA, lejos de destruir, confirman y favorecen la laudable —según SCAEVOLA— previsión del artículo 1.469: para prevenir los inconvenientes de una acción rescisoria inmotivada y por el horror de la ley a la nulidad (*vid supra* opinión en contra nota 12), el artículo 1.469 limita el derecho del comprador a pedir la rescisión de la venta, negando utilidad a la acción, cuando el defecto de cabida sea inferior a la décima parte de la total asignada en el contrato al inmueble vendido. (Cfr. SCAEVOLA: *Código Civil...*, cit., pág. 497.)

(20) *Ibid.*, pág. 496.



desde la misma regulación legal para que optase por la solución que mejor convenga a sus intereses: quedarse con el inmueble, rebajado proporcionalmente el precio, si aquél le sigue siendo útil, o desistir del contrato si no se le puede entregar lo pactado.

I.1.B. *Código de Napoleón y doctrina francesa: la perfección de la venta*

Según el artículo 1.617 del Código de Napoleón (21), si la venta de un inmueble ha sido hecha con indicación de la cabida, a razón de tanto la medida, el vendedor está obligado a entregar al comprador, si éste lo exige, la cantidad indicada en el contrato; y si ello no le es posible, o si el comprador no lo exige, el vendedor está obligado a sufrir una disminución proporcional del precio.

Hay, pues, plena coincidencia entre la primera mitad del párrafo segundo del artículo 1.469 de nuestro Código Civil con el párrafo primero del citado artículo 1.617 del *Code Napoléon*. Sin embargo, cuando no es posible al vendedor entregar toda la cantidad indicada en el contrato, la solución que ofrecen uno y otro Código presenta una significativa diferencia. El Código francés establece solamente una disminución proporcional del precio; el Código español, siguiendo el modelo portugués, como se ha indicado, ofrece la posibilidad de rescindir el contrato si la disminución no baja de la décima parte de la atribuida al inmueble. Así, pues, de los dos supuestos que contempla nuestro Código, en el primero —si la disminución de la cabida del inmueble es inferior a la décima parte de la atribuida en el contrato— la solución que ofrece el legislador español coincide con la del Código de Napoleón, a saber: la disminución proporcional del precio; en el segundo supuesto —cuando la disminución no baja de la décima parte— nuestro Código ofrece una opción: rebajar proporcionalmente el precio, como en el sistema francés, o rescindir el contrato, de acuerdo con el Derecho portugués.

La doctrina francesa se planteó si la venta que ahora se está examinando es perfecta o bien está sometida a condición. Y en consecuencia, se ha preguntado si la pérdida sobrevenida después del contrato, pero antes de la medición, recaerá sobre el vendedor o sobre el adquirente. Son cuestiones importantes que presentan dificultades.

(21) «*Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat.*

«*Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix*» (art. 1.617 *Code Napoléon*).

Si se pudiera invocar, para responder estas cuestiones, el artículo 1.585 del Código Civil francés (22), la solución no sería en absoluto difícil. Pero este artículo se refiere a los bienes muebles que se pesan, cuentan y miden. La doctrina se divide en dos corrientes al discutir si es aplicable o no la misma regulación a los supuestos de bienes muebles e inmuebles.

Para un sector doctrinal (23) las ventas de inmuebles a tanto la medida son iguales que las de los bienes muebles. Otra parte de la doctrina, siguiendo el criterio del Consejo de Estado, que al discutir esta materia reconoció unánimemente que no debía aplicarse a los inmuebles (24), estima que el principio inserto en el artículo 1.585, en el sentido de que el riesgo de la cosa vendida no recae sobre el comprador en tanto no haya tenido lugar la medición, no concierne a las ventas de inmuebles; por lo que esta posición doctrinal mantiene que las ventas de inmuebles hechas por unidad de medida son perfectas aunque no se haya hecho la medición.

La venta, pues, no está gravada con una condición suspensiva. La medición es una facultad prescriptible, por el transcurso de un año en el Código francés (art. 1.622) y de seis meses en el nuestro (art. 1.472), facultad introducida para rectificar los errores de cálculo. Además, aunque no se lleve a cabo, ello no impedirá que el comprador entre en po-

(22) «*Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement*» (art. 1.585 Code Napoléon).

(23) Mantengan esta tesis BARTOLO, GODEFROY, BRUNEMANN y FAVRE sobre la base de la Ley 10, párrafo 1.º, Dig. *De peric et com.*, según la cual «*Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove casu pars fundi interierit*». (Vid. TROPLONG: *Droit civil...*, cit., páginas 423-426, donde se recogen las opiniones de los citados autores, así como la de CUYAS, que presenta algunas matizaciones, y DURANTON, para quien en el caso del artículo 1.617 del Code Napoléon la venta es de cualquier manera condicional.)

(24) Vid. TROPLONG: *Droit civil...*, cit., pág. 421. Este autor argumenta que de tal manera es cierto que la venta es perfecta, estando sólo sujeta a modificación (como en una cuenta en la que hubiera errores), que el artículo 1.622 del Código napoleónico abre al comprador «una acción de rescisión a partir del contrato», si tiene que pagar un excedente de precio superior a la vigésima parte del precio convenido. Siendo así que una acción de rescisión supone un contrato perfecto, y no un contrato suspendido por una condición. («*Il est si vrai que, dans l'hypothèse que je discute, la vente est parfaite, mais que seulement elle est sujette à modification [comme dans un compte où il y aurait des erreurs], que l'art. 1.622 ouvre à l'acheteur 'une action EN RÉSILIATION à partir du contrat', s'il doit payer un excédant de prix plus fort que le vingtième du prix convenu. Or, une action en résiliation suppose un contrat parfait, et non pas un contrat suspendu par une condition*». Ibid., pág. 428.)

Otros autores que se insertan en esta corriente doctrinal, cuya opinión recoge TROPLONG (*Droit civil...*, cit., pág. 421), son JOLLIVET y el cónsul CAMBACERES.

sesión del inmueble; y una primera medición no será obstáculo para una segunda, de tal forma que si el comprador reconociese que se ha equivocado en la primera medición, podrá reclamar mientras el plazo, que se ha indicado existe para ello, no haya finalizado.

Dentro de la corriente doctrinal que mantiene la tesis de que la venta a tanto la medida es perfecta, TROPLONG afirma, frente a la opinión contraria de DURANTON, que no es admisible la resolución por defecto de cabida en aplicación del artículo 1.636 o del artículo 1.601 del Código francés (25). La venta subsistirá, aunque el comprador podrá forzar al vendedor a entregarle la cantidad indicada en el contrato; y si esto no le es posible, el vendedor deberá sufrir una disminución proporcional del precio (26).

I.2. FINCA QUE RESULTA DE MAYOR CABIDA O NÚMERO QUE LOS EXPRESADOS EN EL CONTRATO

I.2.A. Aumento del precio y límite de la vigésima parte

El artículo 1.470 de nuestro Código Civil dispone: «Si, en el caso del artículo precedente resultare mayor cabida o número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte de los señalados en el mismo contrato; pero si excedieren de dicha vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble o desistir del contrato.»

Se trata de la segunda posibilidad que se puede dar en las compra-

(25) «Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente» (art. 1.336 Code Napoléon).

«Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

»Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation» (art. 1.601 Code Napoléon)

Escribe TROPLONG: «Je ne saurais donc partager l'opinion de M DURANTON, qui pense que l'acheteur peut demander la résolution pour défaut de contenance» (Droit civil..., cit., pág. 433).

(26) El vendedor está, evidentemente, autorizado por el artículo 1.617 del Código de Napoleón a procurarse lo que falta. Podrá, a este efecto, separar una porción de terreno de un fundo vecino que le pertenezca, o adquirirlo de un propietario limítrofe.

Sin embargo, otros autores, como PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE y GUILLOUARD, entienden que en el caso de evidente insuficiencia de superficie el comprador tiene derecho a pedir la nulidad del contrato, basándose en el error de cabida (vid. SANAHUJA: «Cuestiones...», cit, pág. 211, nota 17).

ventas de inmuebles a tanto la medida —de aquí la remisión del artículo 1.470 al precedente artículo 1.469: supuesto de ventas a tanto la medida—.

En el artículo 1.469, párrafo segundo, se contempla el defecto de cabida, mientras la regulación del exceso de cabida se halla en el citado artículo 1.470. En ambos casos el legislador aplica, en términos generales, una técnica similar, si bien establece diferencias concretas. Así, sigue el mismo criterio de fijar un límite que determine si sólo se admite una variación en el precio o si es posible optar por el desistimiento del contrato; sin embargo, es diferente el límite concreto que se fija; mientras para el defecto de cabida el Código establece la décima parte, para el exceso dispone la vigésima parte de diferencia de cabida entre la real y la estipulada en el contrato en relación con esta última. En este segundo caso el porcentaje que señala el límite mencionado es la mitad del indicado en el supuesto primero.

En el artículo 1.469, párrafo segundo, el legislador utiliza el término «rescisión» del contrato; en el artículo 1.470 la expresión utilizada es «desistir» del contrato. Se indica expresamente que la rebaja del precio sea proporcional, mientras que para el aumento no se hace esta especificación.

El tratamiento, pues, en conjunto es similar en un supuesto y otro, si bien se han de tener en cuenta las diferencias apuntadas, que se analizan a continuación.

Conforme al artículo 1.470, vendido un inmueble a tanto la medida, si resulta que la cabida del mismo es mayor que la indicada en el contrato, el Código distingue:

- Si la diferencia no pasa de la vigésima parte, el contrato se llevará a efecto, si bien el comprador se verá obligado a pagar el correspondiente aumento de precio.
- Si el exceso pasa de la vigésima parte, el comprador tiene la posibilidad de optar por el aumento del precio o desistir del contrato.

El límite se fija en «pasar» de la vigésima parte. Por tanto, si la diferencia consiste en menos o exactamente la vigésima parte, no hay posibilidad de opción; sólo cabe el aumento del precio. Sin embargo, si en vez de exceso fuese defecto de cabida, la opción entre disminución del precio o rescisión del contrato cabría tanto si la diferencia es mayor como si es justamente la décima parte; sólo si «baja» de esta décima parte la solución —sin posible opción— será necesariamente la disminución del precio.

En el caso de exceso de cabida, el legislador no explicita que el aumento del precio haya de ser proporcional, como lo indicaba en el artículo 1.469, párrafo segundo, al regular los defectos de cabida. Se ha de entender, como se deriva de una lógica y sistemática interpretación, que el aumento deberá ser proporcional al exceso de cabida (27). El precio aumentará en el importe que resulte de multiplicar el precio de la unidad de medida por el número de éstas que exceda de la cabida señalada en el contrato.

La doctrina se ha preguntado el porqué del diferente límite (vigésima o décima parte) que se establece para los casos de exceso o defecto de cabida. Se entiende que la diferencia de cabida que marca el límite en caso de exceso es menor porque no se puede obligar al comprador a adquirir tanto más de lo que pretendía que incluso no disponga de medios para ello. Mientras que en el defecto de cabida es lógico pensar que, si el comprador podía pagar mayor precio, también podrá pagarlo disminuido, en el caso de exceso de cabida el límite para obligar al comprador a adquirir más de lo que quería ha de ser inferior, ya que no sólo puede que se carezca de recursos suficientes para pagar un mayor precio, sino que se puede llegar a desnaturalizar el contrato al obligar al comprador a adquirir lo que posiblemente no deseaba (28).

(27) Cfr. MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 199.

(28) Véase a este respecto la nota 19. El legislador, en este caso, no aplica reciprocamente la misma regla que en el supuesto de menor cabida; vela por el principio de la estabilidad de los acuerdos, pero no olvida aquellas razones alegadas por GOYENA de que el comprador, al concertar el contrato, tuvo en cuenta sus elementos pecuniarios, y que de obligársele al pago de un mayor precio podría suceder que careciese de dinero y se le constriñera entonces a un contrato distinto.

Para MANRESA el motivo de esta diferente regulación es bastante claro: Como quiera que estos preceptos parece que, en beneficio de la estabilidad de los contratos, limitan algo la libertad de las partes, obligándolas, en ciertos casos, a llevar a efecto actos que no se ajustan en un todo a los precisos términos estipulados, pues al cabo la diferencia de cabida implica alguna variación, el Código ha tenido en cuenta que, en los casos de exceso, la consecuencia indeclinable es el aumento de precio, y que el obligar a una persona a entregar en un momento determinado una cantidad de numerario, cuando esta entrega no ha sido prevista, pudiera ocasionar en su patrimonio una perturbación económica, y ante el temor de ella, obrando muy juiciosamente, ha reducido el límite a que se está haciendo referencia a una vigésima parte de la cabida o número señalados en el contrato (Cfr. MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 158.)

Obligar a un aumento de precio de cierta importancia, y aumento no previsto, puede ser —según dice CASTÁN— embarazoso para el comprador (*Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1977, 10.ª ed., pág. 111)

Según BORRELL, el Código atiende con preferencia a los intereses del comprador; y parece que queda poco atendido el interés del vendedor; pero éste —dice el citado autor— «debería ser poco inteligente para ignorar que la finca vendida no llegaba a tener nueve o diecinueveavos partes de la extensión fijada en la escritura; y ha de ser más fácil al vendedor devolver parte del precio, que obligar al comprador a que supla la diferencia, pues tal vez no habría comprado conociendo su verdadero valor» (*El contrato...*, cit., págs. 106-107).

De todas formas, aunque esta solución parezca correcta (29), la relevancia de la misma para las partes del contrato, especialmente para el comprador, será diferente en cada caso concreto. Es de suponer, como parece estar en la mente del legislador y en la norma, que no pasando la diferencia de cabida de la vigésima parte de la estipulada en el contrato, en la generalidad de los casos el comprador podrá soportar y atender el sacrificio que le suponga pagar un mayor precio; pero evidentemente habrá supuestos en que, bien por la elevada cifra que pueda alcanzar esa vigésima parte, bien porque, dada una precaria situación económica del comprador, para éste resulte difícilmente atendible el pago de un mayor precio, aunque sea escasa la diferencia, el hecho será que subjetivamente para un determinado comprador esa vigésima parte en el aumento del precio representará un mayor sacrificio que para otro un porcentaje de aumento aún mayor.

A pesar de estos posibles peligros, la solución del artículo 1.470 ofrece ventajas sobre la regulación de otros Códigos; los cuales, además de no establecer diferencia alguna en función de la parte alícuota de la cabida pactada en que consista la diferencia entre la extensión señalada en el contrato y la real, admiten la posibilidad de separar el exceso del inmueble sin desmerecimiento de éste.

El Código tiende a favorecer la vigencia y efectividad del principio de conservación del negocio; de ahí que contenga reglas mediante las cuales, a pesar de no coincidir exactamente la realidad con lo previsto en el contrato, se mantiene la eficacia de éste. El legislador tiene un instintivo horror a las acciones rescisorias y de nulidad (30). Ahora bien, no por ello puede llegar al extremo de imponer a las partes contratantes la ejecución de un contrato sometido a una novación tal, ajena a su voluntad, que supone una verdadera desnaturalización del acuerdo pactado. No se puede, por ejemplo, imponer al comprador la adquisición del inmueble disminuido en la parte sobrante de la cabida estipulada en el contrato, ya que esto vendría a significar que se le entrega una cosa que no es la que él quiso comprar. Asimismo, tampoco se le podrá compeler a pagar un aumento tal del precio que supusiera obligar a comprar cuando en realidad él no habría querido.

En la mentalidad liberal del legislador decimonónico el principio de

(29) «La solución aparentemente es armónica y conciliadora, pero tiene toda la elasticidad y peligros de las soluciones eclécticas; porque la vigésima parte de la cabida del inmueble, en relación proporcional a su precio por unidad de número o medida, pueden ser mil o cincuenta mil y representar para fortunas humildes un sacrificio abrumador y en muchas circunstancias la imposibilidad del pago, y como resultado la insolvencia y un arma peligrosísima en manos del vendedor» (SCAEVOLA: *Código Civil...*, cit., pág. 498).

(30) *Vid. ibid.*, pág. 499.

la autonomía de la voluntad tiene primacía en la obra codificadora. De ahí que, pasado el límite de la vigésima parte de diferencia en el exceso de cabida, se conceda al comprador la opción de pagar un aumento en el precio o desistir del contrato. Igualmente, sólo a la soberanía de las partes corresponde sustituir el contrato primitivo por un nuevo acuerdo, acomodándose a la realidad de los hechos; de esta forma se podría acordar separar del inmueble el exceso de cabida, si ello conviene a los intereses de las partes; pero sería una novación que solamente los sujetos contratantes pueden llevar a cabo y cuya imposición *ex lege* rehúye el Código.

El artículo 1.470 termina diciendo que si el exceso de cabida o número en el inmueble excediere de la «vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble o desistir del contrato». Ya al analizar el párrafo segundo del artículo 1.469 se contrastaba la terminología allí utilizada —«rescisión»— con los correspondientes artículos que el Código dedica con carácter general a dicha materia y a los vicios del consentimiento. Ahora, aquí, en el artículo 1.470, se emplea el término «desistir» del contrato. La doctrina no se detiene a comentar la utilización de este vocablo. Lo cierto es que en estos artículos (1.469, 1.470 y 1.471) se emplea una terminología dispar. Sin embargo, el planteamiento de fondo que se debe hacer es el mismo; por eso hay que traer a colación lo dicho con respecto al defecto de cabida; lo expuesto allí acerca de la «rescisión-anulación» del contrato se ha de aplicar también aquí para el supuesto de exceso de cabida. Se trata igualmente de una discordancia, entre la realidad y lo pactado, de tal entidad que el legislador considera que afecta a la base del negocio, por lo que permite desistir del contrato. Se supone que si el comprador hubiese conocido tal circunstancia (mayor cabida —por encima de la vigésima parte— y, en consecuencia, mayor precio) no habría comprado.

I.2.B. *Otras regulaciones en Derecho comparado*

Según el artículo 1.618 del Código Civil francés, si en el caso de una venta de inmueble a tanto la medida resulta que hay una cabida mayor que la recogida en el contrato, el comprador puede escoger entre pagar el suplemento del precio o desistir del contrato, si el excedente es una vigésima parte superior a la cabida declarada (31).

(31) «Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée» (art 1.618 Code Napoléon).

El Código español, pues, en su artículo 1.470, establece una regulación idéntica a la contenida en el 1.618 del Código de Napoleón, si bien nuestro Código, en una redacción más detallada, especifica la obligación del comprador —como única posibilidad— de pagar el exceso del precio si la mayor cabida no pasa de la vigésima parte de la señalada en el contrato (32).

Pero es posible que el comprador no esté decidido a tratar nada más que en la cantidad prometida, apreciada siguiendo las bases del contrato. Un excedente imprevisto de cabida, como ya se ha indicado a propósito del artículo 1.470 de nuestro Código Civil, puede elevar el precio por encima de sus cálculos y quizá de sus medios económicos. En estas circunstancias, la equidad requiere que el comprador pueda renunciar a una compraventa que le impone obligaciones inejecutables; el artículo 1.618 del Código de Napoleón le concede esta facultad (33).

Pero a fin de que diferencias casi insignificantes no sirvan de pretexto para romper contratos celebrados de buena fe, no se concede al comprador la facultad de rescisión del contrato si el exceso de cabida no supera la vigésima parte de la que figura en el contrato, debiendo pagar el suplemento de precio correspondiente, que no es considerado incómodo, y que si es un sacrificio, escribe TROPLONG (34), es demasiado leve como para que no deba resignarse —el comprador— a él en interés del comercio y de la seguridad en las transacciones.

El comprador puede renunciar a la facultad, establecida en beneficio suyo, de rescindir el contrato y obligarse en éste a pagar a tanto por unidad de medida todo lo que el inmueble exceda de la cabida decla-

(32) En principio, en el caso de un exceso de cabida, tratándose de ventas de inmuebles a tanto la medida, el criterio aplicable viene a ser el que ya recogía POTHIER: «Cuanto acabamos de decidir tiene sólo lugar en las ventas hechas *per aversionem*, es decir, en aquéllas en que se señala un solo y único precio para todo lo vendido, mas de ninguna manera en aquéllas que se celebran a tanto por fanega, por vara, etc.; pues es claro que en éstas deberá el comprador tener en cuenta al vendedor lo que haya de más de lo que se hubiese expresado» (*Tratado...*, cit., núm. 135). Vid. también TROPLONG: *Droit civil...*, cit., pág. 437, nota 1, donde cita a DELVINCOURT, t. 3, nota; ZACHARIAE, t. 2, pág. 510; DUVERGER, t. 1, pág. 235; S. Dijon, 27 marzo 1851 (J. Pal., 1853, t. 2, pág. 27; MARCADE, art. 1.618, núm. 1).

(33) Según VOËT, GROTIUS, PINELLUS y otros, el comprador tenía la opción de pagar el suplemento de precio o dejar al vendedor el excedente de cabida (VOËT: *Ad Pand., De cont. empt.*, núm. 7). Ahora, el comprador no podrá exigir un cercenamiento, pues la cosa vendida entera no se podrá fraccionar contra la voluntad del vendedor. El comprador no tiene nada más que la opción de pagar o desistir. (Cfr. TROPLONG: *Droit civil...*, cit., pág. 437, nota 2.)

(34) «... car ce supplément de prix n'est pas considéré comme assez élevé pour pouvoir le mettre dans la gêne; l'immeuble sera là pour le dédommager de ses déboursés, et si c'est un sacrifice, il est trop léger pour qu'il ne doive pas s'y résigner dans l'intérêt du commerce des choses et de la sûreté des transactions» (TROPLONG: *Droit civil...*, cit., pág. 438).

rada por el vendedor en el contrato, aunque sea más de la vigésima parte (35). Ello parece admisible, tanto en el Ordenamiento francés como en el español, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad que informa todo el Derecho patrimonial y que impera en las normas que se están estudiando, dado el carácter dispositivo, que no imperativo, de éstas (*vid. infra* apartado final, «A modo de conclusiones», número 1).

Finalmente, he aquí recogida, de forma sucinta y a título meramente ejemplificativo, la regulación italiana y argentina sobre la materia (ventas a tanto la medida, que pueden dar lugar a un exceso o defecto de cabida).

En el Código Civil italiano se encuentran a este respecto algunas disposiciones en la sección 3.^a del capítulo relativo a la venta, que lleva por título «De la venta de cosas inmuebles» (arts. 1.537-1.541), disposiciones que sustancialmente reproducen las normas de los artículos 1.473-1.479 del viejo Código Civil italiano.

El nuevo Código vigente se ocupa de la hipótesis de la «venta por medida» —que se corresponde con las ventas denominadas en este trabajo «a tanto la medida», que no «ventas a medidas»—; esto es, supone que un determinado inmueble haya sido vendido con indicación de su medida, y «por un precio establecido en razón de un tanto por cada unidad de medida», y que la medida real del inmueble sea, en cambio, inferior a aquella indicada, y en tal caso atribuye al comprador el derecho a una «reducción del precio». Se supone también que la medida resulte superior a la indicada en el contrato, y en este caso, se establece la obligación del comprador de pagar el «suplemento del precio»; mas puesto que de tal modo se viene a echar sobre el comprador una obligación por él no querida (36), esto es, una obligación que no hubiera

(35) Así sucede cuando las partes han estipulado en la venta que «*se feront réciproquement raison du plus ou du moins de contenance*» (cfr. *ibid.*, pág. 438); pues es evidente que mediante esta fórmula el comprador se compromete a pagar el precio de todo lo que se encuentra por encima de la cabida anunciada. Esto es lo que falló el Tribunal de Burdeos en el *arrêt* de 19 de marzo de 1811, aunque un año más tarde este mismo Tribunal falló lo contrario en el *arrêt* de 7 de marzo de 1812; pero esta decisión parecía estar forzada por circunstancias particulares; la cabida real era más del doble de la indicada en el contrato; el comprador podía no haber consentido a responder del excedente de cabida si él hubiese supuesto que hubiera un error tan grande sobre la cantidad anunciada aproximadamente. En las consideraciones del *arrêt*, que son débiles y oscuras, se ve la dificultad del Tribunal para luchar contra una estipulación precisa, pero que parecía onerosa al comprador. Tal decisión no podía servir de precedente; así, el Tribunal de Casación sentenció en 1853 que en una venta a tanto la medida, con declaración de la cabida, se puede convenir que el precio será definitivamente determinado por la cabida declarada, y que la diferencia en más o en menos que fuese ulteriormente reconocida no podrá dar lugar a ninguna reclamación por parte del vendedor ni del comprador. (*Vid. TROPLONG: Droit civil...*, citado, págs. 438-439).

(36) Cfr. LUZZATTO: *La compraventa* ., cit., pág. 373.

surgido a su cargo, si hubiese sido verdadera la declaración del vendedor relativa a la medida del inmueble, la Ley concede la facultad de «rescindir el contrato», admitiendo al mismo tiempo cierta «tolerancia», en el sentido de que el comprador sólo tendrá esta facultad cuando el exceso sobrepase la «vigésima parte de la medida declarada» (art. 1.537).

Por su parte, el Código Civil argentino dispone el aumento o disminución del precio en las ventas a tanto la medida si hay exceso o defecto de cabida, concediendo para ambos casos la posibilidad de dejar sin efecto el contrato si la diferencia fuese de un vigésimo del área convenida (37).

I.3. CASOS REFERENTES A LA DIFERENCIA DE CALIDAD

«Lo mismo se hará, aunque resulte igual cabida, si alguna parte de ella no es de la calidad expresada en el contrato.

»La rescisión, en este caso, sólo tendrá lugar a voluntad del comprador, cuando el menor valor de la cosa vendida exceda de la décima parte del precio convenido» (art. 1.469, párrafos 3.º y 4.º, del Código Civil).

Son dos los casos que se indican en los dos últimos párrafos del artículo 1.469, a saber: que la diferencia de calidad de alguna parte de la cosa vendida implique un menor valor que no exceda de la décima parte del precio convenido, y que, en el mismo caso, ese menor valor exceda de la décima parte de dicho precio. Las reglas aplicables, según el párrafo 3.º del artículo 1.469, son las mismas del párrafo anterior que se han visto al tratar de la disminución de la cabida o número. Por consiguiente, en el primer supuesto —cuando el menor valor no exceda de la décima parte del precio convenido—, la venta subsiste con la proporcional rebaja del precio, y en el segundo —cuando el menor valor exceda de la décima parte de dicho precio—, queda a la elección del comprador

(37) Código Civil argentino:

Si la venta del inmueble se ha hecho con indicación de la superficie que contiene, fijándose el precio por la medida, el vendedor debe dar la cantidad indicada. Si resultare una superficie mayor, el comprador tiene derecho a tomar el exceso abonando su valor al precio estipulado. Si resultare menor, tiene derecho a que se le devuelva la parte proporcional al precio. En ambos casos, si el exceso o la diferencia fuese de un vigésimo del área total designada por el vendedor, puede el comprador dejar sin efecto el contrato (art. 1.345).

En todos los demás casos, la expresión de la medida no da lugar a suplemento de precio a favor del vendedor por el exceso del área, sino cuando la diferencia entre el área real y la expresada en el contrato fuese un vigésimo con relación al área total de la cosa vendida (art. 1.346).

En los casos del artículo anterior, cuando hay aumento del precio, el comprador puede elegir la disolución del contrato (art. 1.347).

el llevar a efecto el contrato con dicha rebaja o pedir la rescisión del mismo (38).

Dichas reglas se aplicarán cuando la calidad en alguna parte de la cosa sea distinta a la expresada en el contrato, aunque no haya diferencia en cuanto a la extensión.

El artículo 1.469, párrafo 3.º, sólo habla del caso en que «alguna parte» de la finca entregada no fuere de la calidad atribuida; por lo que, según MANRESA (39), no sería aplicable si toda ella fuese de calidad diferente, de calidad inferior.

Según el autor citado, podrá haber error o dolo, lo que permitiría la anulación del contrato si el vicio del consentimiento fuese esencial, e indemnización de perjuicios si el dolo fuese incidental.

Mas que el penúltimo párrafo del artículo 1.469 de nuestro Código Civil mande aplicar las reglas del párrafo anterior por inferioridad de calidad de parte de la cosa, no excluye la facultad de aplicarlo, aunque toda la finca sea de clase inferior a la expresada en el contrato. Lo que

(38) Un precedente a este respecto se encuentra en el siguiente texto de POTHIER: «Cuando la cosa vendida no es de la misma calidad que se ha expresado en el contrato, como si se hubiere dicho que un bosque tenía diez años, cuando en realidad no tenía tantos; se deberá indemnizar al comprador de los daños y perjuicios que de esto le resultan por medio de una rebaja en el precio».

«Algunas veces hasta puede el comprador pedir la rescisión del contrato, como si por las circunstancias apareciese que de haber sabido que la calidad de la cosa no era tal, no la habría comprado» (*Tratado...*, cit., págs. 137-138). En el último párrafo citado se apunta el ya debatido tema de los vicios del consentimiento; baste, pues, una remisión a páginas anteriores donde se ha tratado de esta cuestión.

En cuanto a la diferencia mínima de calidad necesaria para optar por la disminución del precio o la rescisión del contrato, el artículo 1.469, párrafo 2.º, exige para el caso de menor cabida que sea la décima parte o más («... no baje de la décima parte...»); sin embargo, para la menor calidad el artículo 1.469, párrafo 4.º, dispone que ha de ser más de la décima parte («... exceda de la décima parte...»). «Pero ello, sin duda —opina ALBALADEJO—, es un defecto de expresión, y debe entenderse que el legislador quiso lo mismo para ambos casos.»

«Ahora bien, partiendo de esta base, parece preferible (porque el párrafo 4.º del art. 1.469 es una especie de apostilla que pretende recoger el mismo espíritu que el segundo) aceptar para los dos casos 'el diez por ciento o más', que para ambos 'más del diez por ciento'» (ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, II, 2.º, 5.ª ed., Barcelona, 1980, pág. 46, nota 3). Esta misma opinión sigue GABRIEL GARCÍA CANTERO (*vid.* Comentario al art. 1.469, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, XIX, Madrid, 1980, pág. 236).

(39) «Hemos de llamar la atención —escribe MANRESA— acerca del sentido de las palabras «si alguna parte», que emplea el párrafo 3.º del artículo 1.469. Entendemos que esas palabras han sido empleadas deliberada y reflexivamente por el Código. Es decir, estimamos que el artículo no tiene aplicación cuando la diferencia de calidad no está en alguna parte de la cosa vendida, sino en la totalidad de la misma cosa. Si la diferencia de calidad afecta a todo el inmueble, podrá haber habido error, tal vez dolo, pero no se está en el caso a que la ley alude, y, por tanto, no puede tener aplicación la regla» (MANRESA: *Comentarios*, citados, págs. 159-160).

sí exige para que el comprador pueda pedir la rescisión de la venta es que «el menor valor de la cosa vendida exceda de la décima parte del precio convenido». Por ello, en contra de la opinión que mantenía MANRESA, entiende BORRELL (40) que el penúltimo párrafo del artículo 1.469 es aplicable siempre que «la cosa vendida» o parte de ella no sean de la calidad expresada en el contrato, ya que el precio se refiere a toda la finca.

Nada dispone, sin embargo, nuestro Código con respecto a que la diferencia consista en una mejor calidad de la cosa en relación a lo estipulado. El artículo 1.470 no se refiere, como hubiera sido lógico en paralelismo con el artículo 1.469, a que el exceso que en el inmueble se advierta se refiere a la mejor calidad, por ejemplo: tierras de primera, en vez de tercera; mayor superficie de regadío que la prevista en el contrato, etc.

Coinciden MANRESA y SCAEVOLA (41) en que se ha de aplicar el artículo 1.470 con el mismo criterio que inspira el artículo 1.469 por lo que respecta a la peor calidad de la cosa, aunque la cabida sea igual; será, asimismo, el vigésimo la parte alícuota que habrá de servir de límite para que el comprador ejercite lícitamente su derecho de opción entre el desistimiento o la rectificación del contrato. Los principios generales del Derecho, aparte una evidente razón de analogía, abonan esta solución.

II. LA COMPRAVENTA DE «CUERPOS CIERTOS»

Los diversos elementos integrantes de un conjunto de cosas pueden ser comprados uno a uno, bien sobre la base de diferentes contratos, bien insertando el correspondiente inventario y los respectivos precios en un mismo contrato. El hecho es que se compra y vende cada cosa de manera independiente.

Pero un conjunto de cosas se puede también vender por un precio único, global. Se examinan todos los componentes, se compensan defectos y cualidades, se considera el conjunto como una universalidad de hecho o de derecho —un rebaño, un almacén, una biblioteca—, y ambas partes contratantes coinciden en la fijación de un precio global. Nuestro Código Civil no contiene una regulación general de estas ventas; sólo contempla algunos supuestos aislados: venta de una herencia (art. 1.531)

(40) Cfr. BORRELL: *El contrato...*, cit., pág. 106.

(41) Vid. MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 160; SCAEVOLA: *Código Civil...*, citado, pág. 499. Esta misma opinión recoge ALBALADEJO: *Derecho civil*, cit., página 46, nota 4.

y venta alzada o en globo de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos (art. 1.532).

La configuración de la causa en uno u otro tipo de compraventa es diferente. En las ventas alzadas es la compra del conjunto en su totalidad lo que constituye la causa del contrato para el comprador, y el precio global lo es para el vendedor. Por el contrario, si se compra y vende cada elemento, la causa viene configurada por todas y cada una de las cosas, así como el precio se integra por el de cada una de ellas.

En las ventas de inmuebles a tanto la medida, la causa del contrato, respecto del comprador, es el número de unidades o, si se quiere, la compra de la cosa en cuanto se determina por el número de unidades estipuladas. Si, por el contrario, la venta se verificó por un precio alzado, la causa del contrato es la cosa vendida independientemente de su medida o número, la cosa en cuanto se determina por sus límites estipulados, lo que se ha llamado en Derecho el «cuerpo cierto» (42).

Esta diversidad de causas implica una diferente regulación de la obligación de entregar la cosa, ya que ésta tendrá eficacia liberatoria si se lleva a cabo conforme a lo pactado; es precisamente en el cumplimiento de la obligación donde se confirma la causa que llevó a contratar.

En las ventas de inmuebles a tanto por unidad o medida, las partes están dando una relevancia fundamental al número o medida; en las que se hacen por un precio alzado, el objeto es un cuerpo cierto y no se tiene en cuenta la discrepancia entre la medida expresada en el contrato y la que realmente exista —véase la Sentencia de 2 de marzo de 1898— (43).

El régimen jurídico, y, por tanto, las consecuencias jurídicas, en uno y otro caso es diferente. De ahí la importancia de distinguir ante qué supuesto de venta se está. Pero establecer esta distinción es ya una cuestión de hecho (44) y, por tanto, de prueba (45): debe resolverse a partir

(42) Vid. MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 162; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1952, pág. 90; ALBALADEJO: *Derecho civil*, cit., págs. 45-48; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, págs. 29-31; CABALLERO, J. M.: «La teoría de los cuerpos ciertos», *Revista de los Tribunales*, 1913, pág. 481; PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho civil español*, III, 1.º, Barcelona, 1966, págs. 590 y ss.

(43) Citado por BORRELL: *El contrato...*, cit., pág. 108.

Sentencia de 2 de marzo de 1898: «...convenido el precio de la venta, quedó perfeccionado el contrato y transferido el dominio de toda la participación que a las vendedoras pertenecía en la expresada finca, sin que la circunstancia de que después apareciera que el terreno fuese mayor al fijado en la escritura pueda tenerse legalmente en cuenta al objeto a que se dirige la demanda, porque el precio de la venta se fijó por la totalidad y no por la unidad de medida superficial».

(44) Vid. BORRELL: *El contrato...*, cit., pág. 108.

(45) MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 162.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 14 de abril de 1958 se contempla un su-

de los términos de cada contrato o interpretando éste en caso de duda, deduciendo si los interesados compraron o vendieron, respectivamente, unidades de medida o número o si, por el contrario, contrataron no sobre esas unidades ni sobre cosa determinada por el número de ellas, sino sobre cosa cuya determinación dependía de sus límites.

Históricamente, se han mantenido posiciones contrarias. Por una parte, se sostenía que, siguiendo las leyes romanas, cuando un inmueble era vendido como cuerpo, y no a tanto la medida —*ad corpus, non ad quantitatem*—, la falta o excedente de cabida no era jamás un motivo de disminuir o aumentar el precio, a menos que hubiera dolo por parte del vendedor. Por otro lado, se sostenía lo contrario: cuando el vendedor enajenaba un cuerpo cierto con indicación de la cabida, tenía que completar ésta en caso de falta; sólo estaba exento de ello cuando nada había asegurado sobre la cabida (46).

En el sistema francés se busca igualar las posiciones de vendedor y comprador. No se quiere que un error involuntario sea para el vendedor una causa de pérdida y para el comprador una ocasión de enriquecimiento a costa de otro. Así, conforme al artículo 1.619 del Código de Napoleón, si se ha hecho una venta de un cuerpo cierto y limitado o de dos fundos distintos y separados, ya se comience indicando la medida, ya designando el objeto vendido seguido de la medida, la expresión de ésta no da lugar a ningún suplemento de precio, a favor del vendedor, por el exceso de cabida, ni en favor del comprador, a ninguna disminución del precio por defecto de cabida, a no ser que la diferencia entre la cabida real y la establecida en el contrato sea de una vigésima parte en más o en menos, teniendo en cuenta el valor de la totalidad de los objetos vendidos, salvo estipulación en contrario.

La indicación de la cabida es, pues, secundaria. Pero si el error de contenido es lo suficientemente grande como para que resulte un perjuicio real, cada parte tiene el derecho a reclamar. Según el artículo 1.619 del Código francés, es necesario que se trate de la vigésima parte; una vigésima parte de menos dará derecho al comprador para exigir que el vendedor provea la cantidad declarada o sufra una disminución proporcional en el precio; una vigésima parte de más autorizará al vendedor a reclamar un suplemento de precio, aunque, a tenor del artículo 1.620 del mismo cuerpo legal, el comprador podrá escoger entre desistir del

puesto de venta a precio alzado con indicación de la cabida en que se alega error como vicio del consentimiento al ser menor la cabida de la finca, pidiendo la nulidad del contrato; sin embargo, la Sala sentenciadora considera que no queda probado.

(46) Vid. POTHIER: *Tratado...* cit., núms. 251, 254 y 255, págs. 133-135; TROPLONG: *Droit civil...*, cit., págs. 441-442.

contrato o pagar el aumento del precio, con los intereses si había pasado ya a poseer efectivamente el inmueble (47).

La diferencia de la vigésima parte debe ser establecida sobre el precio de venta, y no sobre la extensión del terreno; porque de lo contrario podría suceder que la diferencia de extensión fuese superior a la vigésima parte, pero que recayera sobre tierras de tan poco valor, que la diferencia en el precio fuese sólo de una centésima parte. Hay, pues, que tomar la diferencia sobre la totalidad del valor, y este valor se regulará por el precio (48).

El último inciso del artículo 1.619 —«*s'il n'y a stipulation contraire*»— permite a las partes establecer cláusulas en el contrato en sentido distinto al contenido del citado artículo. Por tanto, el vendedor puede eximirse de garantizar la cabida, incluso si hay un déficit superior a la vigésima parte (49), así como puede quedar obligado, por una cláusula expresa de la venta derogatoria del artículo 1.617 —*vid.* nota 21—, a indemnizar al comprador de la falta de cabida por mínima que sea.

En cuanto a los gastos de medición, TROPLONG (50), siguiendo a

(47) «*Dans tout les autres cas:*

»*Soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité,*

»*Soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés,*

»*Soit qu'elle commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu, suivi de la mesure.*

«*L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédent de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire*» (art. 1.619 Code Napoléon).

«*Dans le cas où, suivant l'article précédent, il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acquéreur a le choix ou de se désister du contrat ou de fournir le supplément du prix, et ce, avec les intérêts, s'il a gardé l'immeuble*» (artículo 1.620 Code Napoléon).

(48) «*La différence d'un vingtième doit être mesurée sur le prix de la vente, et non sur l'étendue du terrain*» (TROPLONG: *Droit civil...*, cit., pág. 445; *vid.* notas 4 y 5).

(49) Y ello mediante la cláusula «sin ninguna garantía de cabida». En contra de tal afirmación se mostraron el Tribunal de París en el *arrêt* de 16 de junio de 1807 y el Tribunal de Bourges en el *arrêt* de 12 de julio de 1808; sin embargo, abandonando su propia jurisprudencia, se mostraron a favor el de París en el *arrêt* de 9 de junio de 1827, confirmado por el del Tribunal de Casación de 18 de noviembre de 1828; en este mismo sentido también los Tribunales de Bourges en Sentencia de 31 de agosto de 1931, y el de Liège en Sentencia de 20 de febrero de 1812. *Vid.* TROPLONG: *Droit civil...*, cit., págs. 444-445.

(50) «*Quant aux frais de mesurage, je pense qu'ils doivent être à la charge de l'acquéreur. Et c'est aussi la décision de BASSET (T. 2, liv. 4; t. 16, c. 6). Il distingue 'an venditio incipit a mensura aut a corpore. Primo casu, sumptibus venditoris haec mensuratio est facienda; secundo casu, emptoris'. En effet, lorsqu'un immeuble est vendu comme corps certain, la délivrance est remplie de la part du vendeur lorsqu'il remet les titres de propriété, ou qu'il donne à l'acheteur la pos-*

BASSET, piensa que deben ser a cuenta del comprador; cuando se vende un inmueble como cuerpo cierto, la medición no es una operación necesaria para la entrega de la cosa; se hace, pues, en interés del comprador, por lo que es éste quien debe soportar los gastos de medición; ocurre lo contrario de lo que en su momento se vio con relación a la compraventa de inmuebles a precio por unidad de medida.

Si el comprador hubiese hecho la medición antes de la venta para esclarecer la cabida, es evidente, según el artículo 1.593 (51), que los gastos de esta verificación corren a su cuenta.

El Código Civil italiano se ocupa de la venta de cuerpo cierto en su artículo 1.538; se supone que la venta ha sido hecha por un precio total. Se supone, además, que la medida haya sido indicada: en este caso, la diversa extensión del fundo, que después venga constatada, tiene una influencia menor; no se da lugar a disminución o a suplemento de precio, por cualquier deficiencia o exceso de medida, sino sólo si la medida real es superior o inferior en una vigésima, respecto a la indicada en el contrato, salvo el derecho de rescisión del contrato, atribuido al comprador, cuando él estuviera obligado a pagar un suplemento.

El Código supone que los linderos del inmueble vendido han sido indicados exactamente y que, en cambio, la medida del fundo haya sido declarada por el vendedor, de modo que no corresponda a la verdad, ya en más, ya en menos, o de buena o de mala fe; no se trata, pues —escribe LUZZATTO (52)—, de incumplimiento, sino de atestiguación falsa de una cualidad del fundo, en sí exactamente identificado.

El Código italiano admite también una compensación entre la deficiencia de uno o varios de los objetos y el exceso de otro u otros objetos vendidos por el mismo contrato; si dos o más inmuebles han sido vendidos en el mismo contrato, por un solo y mismo precio, con la indicación de la medida de cada uno de ellos, y se encuentra que la cantidad es menor en el uno (más exactamente: en uno o en algunos) y mayor en el otro (o en los otros), se hace la compensación hasta la debida concurrencia.

A este respecto, el Código Civil argentino establece en su artículo 1.348 que si la venta ha sido de dos o más inmuebles por un solo precio, con designación del área de cada uno de ellos, y se encuentra menos área en uno y más en otro, se compensarán las diferencias hasta la cantidad concurrente, y la acción del comprador y del vendedor sólo tendrá lugar según las reglas establecidas.

session physique de la chose. L'arpentage n'est pas une opération nécessaire de la délivrance; il est dans l'intérêt de l'acheteur, il doit donc en supporter les frais» (TROPLONG: *Droit civil...*, cit., pág. 446).

(51) «*Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur*» (art. 1.593 *Code Napoléon*).

(52) Cfr. LUZZATTO: *La compraventa...*, cit., págs. 377-378.

El Código Civil español regula las ventas de inmuebles como cuerpos ciertos por un precio alzado en el artículo 1.471. Diferencia dos supuestos: en el primer párrafo se ocupa de la compraventa de un inmueble por precio alzado, no a tanto la medida, disponiendo que el precio no variará, aunque la cabida real del inmueble sea mayor o menor que la indicada en el contrato; en el segundo párrafo, se contempla el caso de la compraventa de dos o más fincas por un solo precio, distinguiéndose:

- Si se ha considerado cada una de las fincas como un cuerpo cierto, se aplica la norma del primer párrafo (el exceso o defecto de cabida no aumentará ni disminuirá el precio).
- Si, además, se ha expresado la cabida de cada inmueble, el legislador entiende que se ha querido adquirir tales fundos determinados como cuerpos ciertos, pero en cuanto tienen una concreta cabida mínima; por lo que el vendedor está obligado a entregar todo lo comprendido dentro de los linderos —que delimitan el cuerpo cierto— y, si no puede, sufrirá una disminución proporcional en el precio, a no ser que el comprador prefiera la anulación del contrato por considerar que no se le está entregando exactamente lo que como cuerpo cierto él había adquirido; por lo que procederá la anulación, aunque lo que falte sea sólo una mínima parte.

II.1. LA COMPRAVENTA DE UN BIEN INMUEBLE POR UN PRECIO ALZADO

II.1.A. *Venta como «cuerpo cierto»*

«En la venta de un inmueble hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato» (art. 1.471, párrafo 1.º, del Código Civil).

El artículo 1.471, según el cual en la venta de un inmueble por precio alzado éste no se altera, aunque haya exceso o defecto de cabida, obedece a la misma inspiración que el artículo 1.452 respecto «a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida». El caso fortuito en este supuesto se imputa al comprador.

El supuesto de hecho que se configura en el párrafo 1.º del artículo 1.471 está caracterizado por la adquisición que el comprador hace de un cuerpo cierto, es decir, de una cosa concreta y determinada que ad-

quiere en cuanto tal y por la que paga un determinado precio global. Es obvio presumir —del contenido de la norma que se está examinando se deduce que así lo presume el legislador— que el comprador de un inmueble por un precio alzado lo ha visto previamente y que lo conoce; y en todo caso, si no lo hizo, pudo hacerlo; en definitiva, compró ese concreto inmueble tal cual existía en ese momento, sin que con posterioridad quepa alegar que tenía una cabida distinta a la que el comprador creía (53).

La Sentencia de 26 de junio de 1956 mantiene (54) que en los conflictos que se suscitan sobre cabida de inmuebles, el problema no es de incumplimiento contractual, sino que se trata de un mero error de cálculo en el momento de la conclusión del contrato —que, en la generalidad de los casos, se habría celebrado de todas formas incluso conocida la

(53) En correlación con esta doctrina, clásica en nuestra literatura jurídica, tiene declarado la Sentencia de 11 de noviembre de 1870 que cuando la subasta de una casa y jardín anejo se anuncia por una cantidad determinada y sin sujeción a medida, designándose sólo por sus linderos, al apreciarse por la Sala sentenciadora que esta venta se efectuó como cuerpo cierto, interpretó fielmente la ley del contrato, que fue en este caso el pliego de condiciones para la subasta.

Además, aun en los tiempos anteriores a la vigencia del Código Civil, en que existía la rescisión por lesión enorme, era doctrina corriente del Tribunal Supremo la de que en los contratos de compraventa por precio alzado y no a razón de tanto la medida o número, la falta de parte de ellos no daba derecho al comprador para la resolución de la venta, ni aun para la indemnización por perjuicio que no excediera de la mitad del justo precio: Sentencia de 10 de enero de 1901; *vid.* SCAEVOLA: *Jurisprudencia del Código Civil*, VII, Madrid, 1902, pág. 264.

(54) Interpretación de los artículos 1.469 a 1.472: requisitos y efectos de la venta a cuerpo cierto; no puede el vendedor pretender un suplemento de precio cuando las dimensiones globales efectivas del inmueble resulten después mayores de las indicadas en el contrato. Sentencia de 26 de junio de 1956 (cuya doctrina fue ratificada por la Sentencia de 28 de noviembre de 1962): nuestro Código Civil en sus artículos 1.469 a 1.472, dicta, respecto a la cantidad de la cosa en las ventas inmobiliarias, reglas especiales que no se refieren a la hipótesis de una diferencia entre la cantidad efectiva del inmueble en el momento de la conclusión del contrato y la cantidad entregada, y por tanto a un inexacto cumplimiento de la obligación de entregar, sino que, presupuesta la coincidencia de aquellas dos cantidades, se refieren a una diferencia entre la cantidad efectiva en el momento de la conclusión del contrato y la cantidad erróneamente estimada por las partes, o al menos por una de ellas, excluyendo por tanto la sanción del incumplimiento de la obligación de entregar, puesto que la divergencia no surge en fase de ejecución, sino que se ha verificado ya antes de la perfección del contrato, y por ser razonable presumir en numerosos casos que el contrato se hubiera concluido lo mismo aunque las partes hubieran conocido a tiempo la medida exacta, el legislador adopta, en vía normal y presuntiva, la configuración del mero error de cálculo, que deja en pie el contrato, y puede conducir al máximo, con su rectificación, a una correspondiente modificación del precio.

Cuando es vendido un inmueble, para la determinación del mismo no es necesario que sean precisadas en el contrato sus dimensiones, la medida, pudiendo esta indicación tener dos significados, dos valores bien distintos: 1.º Que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, estableciendo que en tanto se convenía tal precio en cuanto el inmueble tenía tal medida, siendo obvio entonces que si después resulta que en realidad el inmueble tenía dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcional-

cabida real de la finca—, por lo que, en principio, a lo que daría lugar sería a la modificación del precio. Para la determinación del inmueble no es necesario precisar las dimensiones de éste; cuando se indica la medida, ésta puede tener, según la citada sentencia, dos significados:

1.º Que se adquiere el inmueble en cuanto tiene una determinada medida, fijando el precio en función de ésta; por lo que si la cabida real es otra, el precio se modificará proporcionalmente (arts. 1.469 y 1.470).

mente, en más o en menos, hipótesis de la venta de inmuebles por unidad de medida o número, prevista y disciplinada por los artículos 1.469 y 1.470; y 2.º Que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas, hipótesis regulada por el artículo 1.471.

La venta de cuerpo cierto indudablemente se verifica cuando en el contrato no sólo no es precisado el precio singular por unidad de medida, sino que tampoco son indicadas las dimensiones globales del inmueble; pero también se verifica cuando, aun no habiendo sido indicado un precio singular por unidad de medida, sin embargo es especificada la dimensión total del inmueble, en cuyo último caso, entre los dos índices en contraste, constituido uno por la falta de precio singular por unidad de medida y el otro por la concreción de las dimensiones globales del inmueble, la Ley da prevalencia al primero y presume que aquella individualización no había tenido para las partes valor esencial, que sólo constituía una superabundancia, y no significa que las partes hayan convenido aquel precio global sólo en cuanto el inmueble tuviese efectivamente aquellas dimensiones totales, siendo de estimar que ésta es una presunción absoluta, contra la cual ni el comprador ni el vendedor pueden articular prueba contraria.

Por tanto, ni el comprador ni el vendedor pueden pretender una disminución, o, respectivamente, un suplemento de precio, cuando las dimensiones globales efectivas del inmueble resulten después menores o mayores de las indicadas en el contrato, aunque aduzcan que sólo en tanto han convenido aquel precio en cuanto creían que las dimensiones de la cosa fueran las precisadas en el contrato.

Como acertadamente declara la Sala sentenciadora, la venta realizada lo fue de un cuerpo cierto y determinado por sus linderos, y con independencia de la superficie total que se consigna, ya que es evidente que en otro caso no hubiera sido necesario la totalización del precio, ni especificar categóricamente los linderos, bastando el que se hubiera fijado el precio por unidad de medida, y como en la escritura de compraventa de autos se vende por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no puede tener lugar el aumento o disminución de aquél, cualquiera que resulte su cabida.

También la Sentencia de 5 de julio de 1978 interpreta que las partes están de acuerdo en llevar a cabo la modalidad de compraventa de cuerpo cierto a precio alzado y que, en consecuencia, la mayor o menor extensión no es circunstancia que altere el precio convenido en el acuerdo contractual.

Sin embargo, en el Considerando segundo de la Sentencia de 28 de marzo de 1981 se desestima la pretendida infracción por inaplicación del artículo 1.471 por plantear una cuestión nueva que no había sido objeto de alegación en los escritos fundamentales de la «litis». El comprador recurrente entendía que la valoración del solar, para fijar su precio, debió hacerse por el perito Arquitecto no a razón de un tanto por unidad de medida, sino por precio alzado que, según su tesis, fue lo convenido entre las partes contratantes; lo que rechaza el Tribunal Supremo sobre la base de la razón dada, es decir, por plantear una cuestión nueva, añadiéndose, a mayor abundamiento, que la alegación carece en absoluto de la imprescindible base fáctica al no señalar los elementos probatorios de que pueda inferirse que se vendió «por un precio alzado».

2.º Que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas (art. 1.471).

En la venta de un cuerpo cierto no se precisa un precio singular por unidad de medida; pero puede hacerse o no indicación de las dimensiones globales del inmueble. En este último caso, hay dos índices en contraste: por una parte, la falta de fijación de un precio singular por unidad de medida; por otra parte, la indicación de las dimensiones globales; según se atienda a uno u otro, la calificación de la compraventa sería diferente (por precio alzado o por unidad de medida, respectivamente). La ley da prioridad al primer criterio: considera que si no se especifica que el precio se fija a tanto la unidad de medida, la venta se está haciendo a precio alzado, y que la indicación de las dimensiones globales del inmueble no tiene un valor esencial, sino que constituye sólo una sobreabundancia.

En consecuencia, ni comprador ni vendedor pueden aducir falta o exceso de cabida; en este caso —recoge GULLÓN de la citada sentencia—, la presunción de que el precio global no se ha fijado en función de las dimensiones globales es absoluta, contra la que no cabe prueba en contrario (55). Así, pues, ante la aparición en un contrato de un precio global y unas dimensiones globales, se concede relevancia al precio global estableciéndose una presunción absoluta de que la venta se ha hecho como cuerpo cierto, mientras que la referencia a la cabida total se considera meramente indicativa.

La Sala IV del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de octubre de 1978, dice que en la compraventa de un inmueble por precio alzado, el vendedor tiene la obligación de entregar toda «la realidad física dentro de los linderos»; es decir, no sólo toda la cabida en cuanto extensión, sino que se incluye también en el precio, de no haber hecho pacto expreso en contra, cualquier inmueble existente dentro de la delimitación marcada por los linderos.

El objeto de la compraventa ha sido un inmueble determinado; de ahí nace una doble necesidad:

- Una primera en el momento mismo de la celebración del contrato, consistente en describir o identificar suficientemente el inmueble de que se trata (56).

(55) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS: *Curso...*, cit., pág. 30. Vid. también CASTÁN: *Derecho...*, cit., pág. 108.

(56) Por su parte, la Dirección General de los Registros por Resolución de 27 de junio de 1935 buscaba la adaptación del Registro a la realidad en cuanto a la cabida de las fincas, sobre la base precisamente de la identidad de los inmuebles que ha de constar de forma indubitada: por no estar basada en los datos topográ-

- La otra en el momento de ejecución del contrato: al cumplir el vendedor su obligación de entregar la cosa, ésta ha de consistir en todo lo que abarcarse el inmueble identificado y reseñado en el contrato, por tanto, sin excluir ninguna parte del mismo (57).

Esta doble cuestión se condensa en la mencionada Sentencia de 4 de octubre, al decir que el vendedor tiene la obligación de entregar toda «la realidad física dentro de los linderos». En el apartado siguiente se volverá sobre esta materia, ya que es en el párrafo 2.º del artículo 1.471 donde se habla de los «linderos» y de «entregar todo lo comprendido dentro de los mismos».

En el supuesto del párrafo 1.º del artículo 1.471, se trata de la compraventa de «un solo cuerpo cierto» por «un precio alzado»; los linderos, que son los que individualizan, se imponen sobre la cabida, y el precio alzado permanece invariable en su equivalencia del cuerpo inmueble transmitido; porque, como dice MANRESA (58), penetrándose bien de lo que significa venta a cuerpo cierto, se comprende fácilmente que en los

fijos de un Catastro la descripción de las fincas que figuran en los libros del Registro, y por no ser su medida superficial circunstancia esencial de las inscripciones, según el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria —salvo en el caso de segregación de fincas en cuyos asientos no conste la cabida, acertadamente regulado por el art. 60 (hoy 50) del Reglamento—, la jurisprudencia ha ido facilitando la adaptación del Registro a la realidad, reconociendo unas veces facultades discrecionales a los Registradores para estimar demostrada la existencia de los excesos de cabida, declarando otras que su inscripción se practicase sin necesidad de prueba si no pasaba de ciertos límites, en relación con la cabida inscrita, y decidiendo últimamente que tales excesos de cabida no están excluidos, concurriendo ciertas circunstancias descriptivas, de los beneficios del artículo 20 (hoy 205) de la Ley Hipotecaria, si bien en todos los casos se requirió que resultase claramente la «identidad» de la finca, estando encaminado el criterio inspirador de la jurisprudencia a obtener el paralelismo entre el Registro y los inmuebles, siempre que no haya dudas acerca de la identidad de éstos.

(57) El señalamiento de los linderos que integra la idea de cuerpo, y aun la expresión de cabida, cuando se trata de la venta de un solo bien inmueble, caso concreto del párrafo 1.º del artículo 1.471, obliga al vendedor a entregar todo lo comprendido en los linderos sea más o menos de la cabida o número expresados. A ello se refieren las sentencias siguientes:

Sentencia de 25 de noviembre de 1926. Venta por precio alzado: inclusión de la casa comprendida en la superficie. En la venta por precio alzado y a cuerpo cierto se incluyen las cosas y cantidades que integran la que es objeto del contrato en la situación en que se encontraran al tener lugar el perfeccionamiento de éste, de tal modo que, aunque no se hable de una casa comprendida dentro de la superficie que se haya vendido, se reputará también aquélla objeto de la venta.

Sentencia de 21 de mayo de 1970. Compraventa de inmuebles a precio alzado: sus efectos. El vendedor sólo viene obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los linderos.

Sobre el alcance del artículo 1.471, *vid* también Sentencia de 2 de febrero de 1974.

(58) Cfr. MANRESA: *Comentarios*, cit., págs. 164-165

casos en que el vendedor tiene que entregar mayor cabida que la consignada en el contrato, no hay, en rigor, exceso de cabida, ya que ésta no ha sido determinante al contratar, sino, como se decía más arriba, tenía un carácter meramente indicativo. Falta, pues, el necesario dato con suficiente entidad en relación al cual se pudiese establecer una comparación que permitiera hablar de una diferencia en más, o en menos, en su caso, con respecto a la cabida real. En última instancia, e independientemente de la eventual indicación en el contrato de una cabida global, lo que estaba siendo objeto del acuerdo era un determinado bien inmueble con la cabida y características que realmente tuviese, siendo indiferente que en el momento originario contractual fuera exactamente conocida la extensión o no, pero se conocía y era cierto el bien inmueble objeto del contrato.

II.1.B. *Sistemas de regulación positiva*

Nuestro ordenamiento admite, como se acaba de constatar, hasta las últimas consecuencias de la venta a cuerpo cierto.

En el polo opuesto se sitúa el Código germánico, en el que no se mencionan específicamente las ventas a cuerpo cierto, de donde habrá que deducir que los defectos de cabida se reputarán vicios de la cosa, y el comprador podrá optar por redhibición del contrato o por el saneamiento, pidiendo por la *quantum minoris* la disminución proporcional del precio.

Un sistema mixto es el seguido por el Código francés; en su artículo 1.619 —y en el artículo 1.475 del viejo Código Civil italiano— se encuentra recogida, admitiéndose en principio, la doctrina del cuerpo cierto adquirido por un precio alzado, pero sólo en tanto el defecto o exceso de cabida no pase de la vigésima parte de la expresada en el contrato (59).

Como ya se ha indicado, en la teoría del cuerpo cierto se da relevancia jurídica total a la estipulación del precio alzado, sin conceder importancia a la cabida que se pueda haber recogido en el contrato. Así, en el párrafo 1.º del artículo 1.471 de nuestro Código Civil, se dispone que no tendrá lugar aumento o disminución del precio por exceso o defecto de cabida. Se presume que se quiso comprar y vender todo lo comprendido

(59) Entre los tres sistemas que quedan apuntados, SCAEVOLA opta decididamente por el de tipo germánico; con ardorosa expresión argumenta: «En el Derecho constituido debe reinar siempre la más perfecta ecuanimidad; la justicia de una solución que en sus primeros grados es tolerable, pero que en grados más altos hay que refrigerarla porque quema, es muy discutible e indica el vicio originario, o cuando menos que se parte de una ficción, porque sólo las ficciones jurídicas son las que no pueden soportarse pasando de ciertos grados» (*Código Civil...*, citado, pág. 505).

dentro de los linderos por un precio global; por ello precisamente éste no variará sea cual fuere la cabida real, que tanto comprador como vendedor pudieron comprobar antes de perfeccionar el contrato con su consentimiento. SCAEVOLA consideraba que el legislador había llegado excesivamente lejos al privar en todo caso al vendedor de la acción *quantum maioris*, y al comprador de la acción redhibitoria o *quantum minoris*, por lo que dicho autor pensaba que la teoría del cuerpo cierto no es moral (60). En su planteamiento da un carácter absoluto a la norma del artículo 1.471, como si no hubiese límite alguno.

Pero hay que entender la norma en sus propios y justos términos: lo que se está negando es la acción *quantum maioris* o *quantum minoris*, según el caso. La Sentencia de 26 de junio de 1956, a la que ya se ha hecho referencia, mantiene que se trata de un error de cálculo al contratar, pero que incluso conocida la cabida real del inmueble, el contrato se hubiera llevado igualmente a cabo. Hay, pues, que afirmar que, mientras se trate de una cuestión de cabida en relación con un pretendido aumento o disminución del precio, éste en ningún caso variará en aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.471; ahora bien, si se llega a casos de tal gravedad (61)

(60) «La teoría del cuerpo cierto no es moral. (...) Si yo vendo una dehesa por sus linderos creyendo que vendo quinientas hectáreas y así lo expreso en el contrato, y una medición más exacta arroja setecientas, ¿por qué yo, vendedor, he de ser despojado de esas doscientas hectáreas? A la inversa, si yo, comprador, adquiero una dehesa de setecientas hectáreas y no son más que quinientas, ¿por qué se me priva de utilizar las acciones redhibitoria o *quantum minoris*, según desee rescindir el contrato o pagar su justo valor? ¿Puede llegar a tanto el poderío de un hecho conocido (el precio alzado), en consorcio con una presunción jurídica? Presunción por presunción, ya que la tierra es cosa mensurable. ¿No sería más justa y racional la de que toda superficie se reputara enajenada por sus medidas?» (SCAEVOLA: *Código civil...*, cit., págs. 505-506).

(61) SANAHUJA establece una diferencia entre el hecho de indicar o no la cabida en el contrato. En el caso de «no manifestarse la cabida, aunque el comprador tuviere una idea de la misma y fuere impulsado a contratar teniéndola en cuenta, como quiera que tal motivo es un propósito interno puramente subjetivo, aunque después resulte frustrado no puede el comprador reclamar cosa alguna ni pedir la anulación de la venta. En cambio, si la cabida consta, aunque la venta sea por precio único, no obsta al ejercicio de las acciones correspondientes si, siendo enorme la diferencia de cabida, se demuestra que es debida a un error que ha dado pie a concluir el contrato. Evidentemente, la disposición del Código eximiendo de toda responsabilidad por suplemento de precio en las ventas a precio alzado, se refiere al cumplimiento de un contrato (figura en el capítulo que lleva por epígrafe «De las obligaciones del vendedor» y en la sección que habla de la «Entrega de la cosa»), es decir, de un contrato válido, pero no excluye la aplicación de la doctrina general sobre error o dolo que afectan a la validez contractual» («Cuestiones...», cit., pág. 213).

Esta misma opinión mantiene también ALBALADEJO: *Derecho civil*, cit., páginas 47-48, que cita la Sentencia de 16 de diciembre de 1975; en ésta se declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, mediante el que se pretendía que el Tribunal Supremo declarase la aplicación del artículo 1.270, párrafo 2.º, del Código Civil en un caso de compraventa de un inmueble como cuerpo cierto (supuesto del art. 1.471, párrafo 1.º), en que se comprobó que la finca tenía

que el afectado no sería ya el precio, sino el consentimiento contractual, entonces habrá que acudir al capítulo II del título II del libro cuarto del Código Civil para aplicar las normas generales sobre vicios del consentimiento. Se estaría entonces ante una acción de anulabilidad sobre la base de un error esencial (error *in substantia*) o de la existencia de dolo. No habría, pues, que oponer la teoría del dolo a la del cuerpo cierto; no se excluyen entre sí; al contrario, cada una tiene su propio campo de aplicación. Problema aparte, por supuesto, será el de la prueba de existencia de un vicio del consentimiento que determinó en su día la celebración del contrato; pueden existir dificultades prácticas, pero conceptualmente es necesario señalar la diferencia apuntada.

La venta de inmuebles como cuerpos ciertos por un precio alzado está caracterizada, en términos generales, frente a las ventas a tanto por unidad de medida o número, por la necesaria descripción de los linderos que identifican el determinado inmueble. Ahora bien, ése es el caso general de compraventa por precio alzado, que admite varias modalidades, a saber:

1.^a Compraventa de un solo bien inmueble (se reputa siempre hecha a precio alzado, aun cuando en el título de transmisión se exprese la cabida y aun cuando ésta resulte mayor o menor de la verdadera com-

menor cabida de la expresada en el contrato. Parece darse por supuesto que siempre que concurriesen los requisitos de los artículos 1.269 y 1.270, párrafo 1.º, éstos serían aplicables, si bien en el caso de autos se trata de dolo incidental, y sería necesario probar —cosa que no se había hecho— la realidad del perjuicio para que se planteara la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios, ex artículo 1.270, párrafo 2.º, debidos al engaño sufrido en relación a la cabida de la finca. He aquí algunos párrafos, de los más significativos en la materia que se está ahora examinando, extractados de la Sentencia de 16 de diciembre de 1975, en cuyo Considerando tercero se recogen los fundamentos de la sentencia recurrida:

Considerando tercero: «A) 'Que proclamado que no puede estimarse la existencia de un verdadero dolo causante, que pudiera motivar la nulidad del contrato celebrado, ha de pasarse a examinar si ese engaño empleado por el demandado podría comportar otro tipo de consecuencias'; B) 'Que el hecho de recibir menor cantidad que la pactada no es dolo causante sino incidental, y por lo tanto, que en el caso de autos es visto que lo único que podría haberse intentado es esa acción indemnizatoria de daños y perjuicios establecida por el párrafo 2.º del referido artículo 1.270, que es, en definitiva, lo que entraña el pedimento subsidiario de la demanda'; (...) y E) Que, '... la compraventa se hacía como tal cuerpo cierto y de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.471 del Código Civil, habría de ser de aplicación la clara admonición de dicho precepto que impide el aumento o disminución del precio en razón de la mayor o menor cabida'».

Considerando séptimo: «... resulta ya innecesario examinar la cuestión relativa a la prevalencia del párrafo 1.º del artículo 1.471 del Código Civil, sobre el párrafo 2.º del 1.270, que de modo demasiado general proclama la sentencia recurrida, ya que aunque no se le otorgase, esa preferencia, siempre quedaría subsistente la improbable realidad de los perjuicios que se alegan, y con ella la imposibilidad de aplicación de la norma contenida en el artículo invocado, que exige, para ser acatada aquella demostración».

prendida en los linderos, sin que el exceso o defecto conlleve variación en el precio): es el supuesto que se acaba de estudiar en este apartado II.1.

2.^a Compraventa de dos o más bienes inmuebles por un precio único, sin expresión de cabida, pudiendo darse dos variantes:

a) Con expresión individual de los linderos de cada uno de los inmuebles, sin mención de cabida, ni total ni en relación a cada finca (rige la misma regla del caso anterior).

b) Siendo las fincas agregadas, bajo unos solos linderos (se aplica la misma regla).

3.^a Tipo mixto: Compraventa de dos o más fincas por un solo precio, pero con expresión individual de los linderos y extensión superficial de cada uno de aquéllos (la regla aplicable participa de los caracteres de la venta a cuerpo cierto —precio global— y de la venta por unidad de medida o número —acciones redhibitoria y *quantum minoris*—).

Vista ya la venta de un inmueble por precio alzado, en el apartado siguiente se estudia la venta de dos o más inmuebles por precio global en las diversas modalidades a que se acaba de aludir.

II.2. COMPRAVENTA DE DOS O MÁS FINCAS POR UN SOLO PRECIO

«Eso mismo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un solo precio; pero, si además de expresarse los linderos indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló» (art. 1.471, párrafo 2.º, del Código Civil).

La redacción del párrafo citado resulta bastante confusa y dificulta la comprensión del mismo (62). La primera frase del párrafo 2.º —«eso mis-

(62) Vid. MANRESA: *Comentarios* ..., cit., pág. 165.

SCAEVOLA, sin embargo, opina que «no hay que olvidar que el artículo 1.471 procede contraponiendo al factor común de un precio alzado o un solo precio, las circunstancias variables de que la venta sea de 'un' solo inmueble o de 'dos o más' conjuntamente. Hay, pues, motivo para sostener los dos criterios, porque ambos, revelando la composición del precepto, favorecen su recta inteligencia» (*Código Civil*..., cit., pág. 508).

mo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un solo precio»— debería estar incluida en el párrafo 1.º del artículo, de forma que terminase el primer párrafo con las palabras citadas; quedaría así establecida la regulación de la venta de uno o varios bienes inmuebles por un precio alzado. A continuación comenzaría el párrafo 2.º con las palabras «pero, si además de expresarse...», afectando lo dispuesto en él tanto a los casos relativos a un inmueble como a dos o más.

La vigente redacción del Código se presta a confusiones, en cuanto parece que la regulación del párrafo 2.º se refiere sólo a los supuestos de ventas de dos o más inmuebles por precio alzado; sin embargo, parece obvio que ha de aplicarse también al caso de venta de un inmueble por precio alzado.

Tal vez se quiso destinar todo un apartado a la venta de dos o más inmuebles, siguiendo el ejemplo del Código francés que dedica todo el artículo 1.623 (*vid. infra* nota 66) a dicho supuesto. Allí se explica porque pasado el límite de la vigésima parte de diferencia de cabida, se admitía el suplemento de precio y, en consecuencia, era conveniente disponer si en caso de ser varios los inmuebles vendidos podría tener lugar o no la compensación entre las diversas cabidas. «Pero dentro del sistema del Código Civil español —dice SANAHUJA—, que no admite derecho de aumento o disminución de precio por diferencia de cabida en la venta de inmueble como cuerpo cierto, huelga toda disposición referente al caso de ser dos o más los vendidos» (63).

Así, pues, lo expuesto en el apartado anterior, al tratar de la venta de un inmueble por precio alzado, ha de ser completado por lo que a continuación se va a desarrollar al analizar el párrafo 2.º del artículo 1.471.

II.2.A. Sin expresión de cabida

Como ya se ha visto, el artículo 1.471, párrafo 2.º, comienza diciendo: «Eso mismo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un solo precio».

Esta frase, se decía, debería formar la segunda parte del párrafo 1.º del artículo 1.471, quedando así igualmente regulado el caso de venta como cuerpo cierto de uno o de varios inmuebles. A este último se refiere la disposición del Código que se acaba de transcribir.

El supuesto de hecho de la norma viene configurado sobre la base de la venta de dos o más inmuebles por un solo precio alzado, pero sin

(63) SANAHUJA: «Cuestiones ...», cit., pág. 214.

indicación de la cabida de ninguno de ellos; únicamente se reseñan los linderos de cada inmueble, que son los que lo identifican.

La venta como cuerpo cierto exige que éste aparezca individualizado. Si se trata de un inmueble, éste deberá estar perfectamente identificado; si son dos o más los inmuebles, habrá que proceder a la individualización de cada uno de ellos, salvo en el supuesto de una agregación de fincas, caso en que será suficiente la delimitación de la finca resultante de la agregación.

Lo cierto es que, sea de una u otra forma, en toda venta de bienes raíces es necesario proceder a una individualización haciendo la demarcación por sus líneas de separación y por las de orientación según los puntos cardinales —*vid.* Sentencia de 12 de marzo de 1948 y también Sentencia de 28 de abril de 1958— (64).

Aunque sean varios los inmuebles, existe una sola compraventa, que

(64) En la compraventa de inmuebles por precio alzado —en cuyo concepto se incluye la adjudicación en pago— debe el vendedor entregar todo lo que se comprenda dentro de los linderos consignados en el contrato. Sentencia de 12 de marzo de 1948: Es la finca en el concepto del Derecho civil, de la Ley Hipotecaria, del Catastro y de la doctrina jurisprudencial, concepto según el cual, y siguiendo la doctrina del cuerpo cierto, la fisonomía de la finca está determinada por su naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marcan sus linderos, y únicamente la cabida da y quita derechos cuando tales linderos se modifican o alteran por agregaciones de porciones ciertas y determinadas de la superficie —se está haciendo aquí referencia a la Sentencia de 29 de marzo de 1927—, y para completar el razonamiento se debe asimismo tener presente que el exceso o defecto de cabida significa, en su sentido ideológico y literal, no la configuración de una finca nueva y distinta de aquélla en que tal efecto se produce, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión territorial delimitada de modo exclusivo por sus linderos que constituyen el perímetro que determina e identifica la parte de la superficie terrestre objeto de la consideración jurídica en cada caso, y, sentados estos principios, es forzoso reconocer que a ellos se ajustó acertadamente el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, puesto que las tres fincas que se interesaba reivindicar están identificadas por sus linderos con arreglo a los cuales figuran en la escritura de hipoteca, en la adjudicación en pago al Banco Hipotecario ejecutante y en la subsiguiente de compraventa a favor del actor, siendo, por tanto, de obligada aplicación lo dispuesto en el artículo 1.471 del Código Civil, porque bien claramente expresan sus términos que cuando la venta (y en este concepto también puede incluirse la adjudicación en pago, antecedente de este pleito) se hace por precio alzado y cuerpo cierto, sin atender a un tanto por unidad o número, no puede alterarse el precio, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el título, y el vendedor está obligado a entregar todo lo que comprenda dentro de los linderos que se consignan en el documento contractual.

La Sentencia de 28 de abril de 1958 insiste en que con arreglo al artículo 1.471 los linderos han de expresarse en toda enajenación de inmuebles y pueden considerarse en principio decisivos para la identificación de la cosa; aunque mal cabe admitir esta identificación cuando son los linderos mismos los que no se determinan debidamente.

En relación a la identificación real de la finca objeto de la venta, véase también la Sentencia de 26 de noviembre de 1970.

se reputa a cuerpo cierto, debiendo el vendedor entregar todo lo comprendido dentro de los linderos de cada una de las fincas enajenadas.

El hecho de que no aparezca en el contrato la mención de la cabida lleva inexorablemente a que no se plantee problema alguno de exceso o defecto en la misma y, por tanto, posible aumento o disminución del precio.

Este caso no es muy frecuente, ya que normalmente de los títulos resulta la extensión de las fincas. Sin embargo, es el más puro ejemplo de venta como cuerpo cierto, puesto que, además de existir un solo precio alzado o global determinante de una sola venta, por una parte, en absoluto se hace referencia alguna a la cabida, sino que el inmueble se identifica por sus contornos o linderos, y por otra parte, en relación al cumplimiento de la obligación de entrega, el vendedor viene obligado a entregar todo lo comprendido dentro del ámbito de cada finca.

El primer inciso del párrafo 2.º del artículo 1.471 remite al párrafo 1.º para indicar la regla aplicable al supuesto que se está ahora analizando. Como ya se ha indicado, es obvio que, como consecuencia de la propia hipótesis del supuesto de hecho de la norma, «no tendrá lugar aumento o disminución» del precio (art. 1.471, párrafo 1.º), ya que en este caso no se pueden plantear cuestiones de mayor o menor cabida, pues falta uno de los datos a comparar, cual es la «cabida señalada» en el contrato; al no haber cabida expresada en el contrato, no hay término de comparación con que contrastar la cabida real de la finca.

En sede de cumplimiento del contrato, el vendedor entregará todo lo comprendido dentro de los linderos indicados en el contrato, y el comprador pagará el precio único pactado, sin que sea posible un aumento o disminución del mismo en función de una supuesta mayor o menor cabida.

Lo mismo es aplicable a la segunda variante de este supuesto, a saber: compraventa por un precio alzado de dos o más fincas agregadas, sin expresión alguna de cabida ni de linderos individuales de cada finca, sino formando un todo y señaladas en conjunto por los linderos totales resultantes de la agregación.

II.2.B. *Con expresión individual de los linderos y extensión superficial*

El artículo 1.471, en el segundo inciso de su párrafo 2.º, ofrece más un tipo mixto que una estricta variedad del tipo general de venta a cuerpo cierto. Predominan los rasgos de la venta de cuerpo cierto, especialmente el precio alzado; de la venta a tanto la medida recoge las acciones redhibitoria y *quantum minoris*.

El supuesto de hecho de la norma es el siguiente: Se trata de la compraventa de dos o más inmuebles por un precio alzado único con expresión no sólo de los linderos, sino también de la cabida.

Históricamente (65), en la regulación de este supuesto, se han dado dos corrientes, que todavía prevalecen en las legislaciones modernas:

- La tendencia armónica, que es aquella que encuentra más justo compensar el lucro con la pérdida, se encuentra recogida y amparada en el artículo 1.623 del Código de Napoleón (66).
- La tendencia absoluta tiene su representación genuina en el inciso que se está examinando del artículo 1.471 de nuestro Código Civil.

En el ámbito de la tendencia armónica, el criterio que rige es: *Id quod in uno abundat, cum defectu in altero compensandum est*. Ahora bien, hay que tener presente que la compensación no se hace en relación a las cabidas, sino en relación a los precios. Para que tenga lugar la

(65) La apreciación del caso data en la historia jurídica de un fragmento de PAULO, Lib. II, *Quaestionum*, recogido en la Ley 42, *Dig., De actionibus empti et venditi*: «Si el vendedor de dos fundos —decía aquel eximio jurista— refiriéndose a Labeón— hubiese expresado separadamente la cabida de cada uno de ellos y hubiese traido ambos por un solo precio, y a uno le faltase alguna parte, aunque al otro le sobrase... *non proderit ei quod in altero ducenta, decem inveniuntur, si in altero decem desint*» (no le aprovechará que en uno se hallasen doscientas diez yugadas y en otro faltasen diez). PAULO concluía diciendo que era más razonable que se compensase el lucro con la pérdida.

A este respecto, POTHIER, en el núm. 257 de su *Tratado del contrato de compra y venta*, decía: Si en un mismo contrato y por un mismo precio se hubiesen vendido dos cortijos o dos campos dependientes de un mismo cortijo con expresión de la capacidad de cada uno, ¿podrá el vendedor oponer al comprador lo que se halla de más en el uno en compensación de lo que se halla de menos en el otro, cuando los dos cortijos o campos son de igual bondad; como si se hubiese dicho que cada uno tenía de capacidad 100 fanegas, y se hallase que el uno tenía 90 y el otro 110? A seguir rigurosamente el principio establecido, parece que al vendedor no debería admitírsele esa compensación; pues que no puede oponerse a alguno en compensación más que aquello que él recíprocamente nos debe; y como según dicho principio el comprador nada debe al vendedor por razón de la mayor extensión que se halla en el campo de 110 fanegas de tierra, es de ahí que no deberá haber lugar a la compensación.

POTHIER concluía diciendo que la compensación tendrá lugar cuando la heredad que tiene más extensión es de mejor o, al menos, de igual calidad que la que tiene menos; si fuere inferior la calidad, no se admitirá la compensación; porque como al comprador en tal caso le interesa el tener toda la extensión prefijada en el campo de mejor calidad más bien que en el de inferior, no puede decirse aquí que la intención de las partes haya sido no tanto el asegurar la capacidad de cada campo, como la del todo que los dos forman.

(66) «*S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait compensation jusqu'à due concurrence; et l'action, soit en supplément, soit en diminution du prix, n'a lieu que suivant les règles ci-dessus établies*» (art. 1.623 *Code Napoléon*).

compensación autorizada por el artículo 1.623 del Código francés (*vid.* nota 47), es absolutamente necesario que la venta de dos fincas distintas haya sido hecha «por un solo y mismo precio», y «por el mismo contrato»; de lo contrario, el caso se reconduciría al ámbito del artículo 1.619 del mismo cuerpo legal. El artículo 1.623 no se ocupa más que del caso en que haya más cabida en una finca y menos en otra. Pero si una de las dos tiene la cabida prevista, mientras que falta en la otra, se procederá siguiendo la regla establecida en el artículo 1.619 *Code Napoléon*.

El párrafo 2.º, inciso 2.º, del artículo 1.471 de nuestro Código Civil, siguiendo la tendencia absoluta, aunque en última instancia configurando un tipo mixto, recoge, como ya se ha indicado, el precio único (rasgo estructural aleatorio de las enajenaciones a cuerpo cierto) y la idea de cabida (reflejo de la voluntad del comprador que no adquiere por el contorno, sino por la medida); y dispone la norma que el vendedor está obligado a entregar todo lo comprendido dentro de los linderos, de forma que si hay un exceso de cabida aprovechará al comprador, sin que el vendedor pueda pretender un aumento del precio, ya que éste, al ser alzado, permanece invariable para el vendedor. Sin embargo, si no es posible al vendedor entregar toda la cabida expresada —he aquí el carácter mixto de la regulación—, sufrirá una disminución en el precio proporcional a lo que falte, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló.

Pero hay que preguntarse acerca del significado de la expresión «y si no pudiere» que utiliza el Código. La doctrina se divide al interpretar estas palabras. Para SCAEVOLA quiere decir que si el vendedor no pudiere entregar todo lo comprendido en los linderos según la cabida pactada, porque ésta es menor en la realidad, deberá sufrir una reducción en el precio o la anulación del contrato, según la opción que el comprador haga. Si el vendedor cumpliera entregando lo comprendido dentro de los linderos, independientemente de la cabida, nunca podría tener lugar la disminución proporcional del precio, «porque no da de menos quien entrega todo a lo que se obligó» (67). Conforme a esta interpretación, el vendedor perderá tanto si hay exceso como defecto de cabida, ya que en el primer caso no podrá reclamar un aumento del precio, perdiendo

(67) Cfr. SCAEVOLA: *Código civil...*, cit., pág. 512 Y continúa: «Lo que la frase 'y si no pudiere' significa, a nuestro juicio, es que si por comprenderse dentro de las lindes menor cabida de la expresada en el contrato al vendedor no le fuese posible cumplir éste según su tenor literal, deberá sufrir, o los efectos de la anulación, o una rebaja en el precio proporcional a lo que faltase de cabida o número».

el valor del exceso, y en el segundo deberá sufrir una disminución del mismo o la anulación del contrato.

MANRESA estima equivocada la anterior interpretación y considera que para la más correcta doctrina la expresión de cabida es sólo un dato para la identificación de la finca o a efectos hipotecarios, pero sin que derive ningún efecto contractual entre las partes. Se trata de una compraventa de cuerpo cierto por un precio alzado fijado sobre la base de la consideración global de los inmuebles, de forma que un exceso o defecto de cabida —siempre que el vendedor entregue todo lo comprendido dentro de los linderos— no tendrá influencia en el precio, ya que no fue fijado en función de la cabida; el vendedor no podrá reclamar un mayor precio por exceso de cabida, ni el comprador una disminución por defecto en la misma (68).

El precepto se aplica en el caso de que el vendedor no pueda entregar todo lo comprendido dentro de los linderos de la finca vendida por precio alzado (MANRESA, PUIG BRUTAU), postura que, junto con BORRELL, se ha de estimar correcta, pues con razón observa DE BUEN que este apartado 2.º del artículo 1.471 se aplicará cuando la designación de la cabida o número se haga sin enlazar con ella, como una consecuencia, la determinación del precio (69).

Cuestión diferente es deducir de los términos del contrato si se trata de una compraventa en función de la cabida, donde el número de unidades de medida es relevante y del cual depende el precio, o si lo fundamental es la delimitación sobre la base de los linderos fijándose un precio alzado independientemente de la cabida, es decir, si las partes contrataron sobre un número de unidades de medida o sobre cosa cuya determinación dependía de sus límites. Este problema, como ya se ha indicado (*vid.* notas 44 y 45), es de prueba, pues se trata de inferir cuál fue la

(68) Cfr. MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 166. Quien prosigue: «Pero como él ha vendido cuanto hay dentro de los lindes y todo eso es lo que ha pagado o debe pagar el comprador, sea mucho o sea poco, si después resulta que no puede entregarlo todo porque, por ejemplo, una parte, un edificio, un valle, varios medianiles, una cañada, etc., no son suyas, la venta a cuerpo cierto queda desnaturalizada, ya no se vende lo convenido, ya es justa y lógica la solución que da el artículo: o se anula el contrato, o se rebaja el precio proporcionalmente».

(69) *Vid.* LUZZATTO: *La compraventa...*, cit., pág. 375. BORRELL escribe: «El Código, en interés del comprador, da más valor a lo que realmente se ha de entregar según resulta de los linderos de la finca, que a la extensión o número de unidades que según la escritura debía contener, entendiendo que así se conforma mejor con la voluntad de los interesados; pero hace caso omiso de que también puede suceder que, dentro de los límites, esté comprendida una extensión o número de cosas vendidas superior al que expresa el título de venta» (*El contrato...*, cit., pág. 109).

Según CASTÁN, fúndase la solución legal vista en la misma consideración apuntada de que el «cuerpo cierto» es en estos casos la causa del contrato (*Derecho civil*..., cit., pág. 90).

intención de los contratantes. No obstante, conviene aclarar que añadir, después de la indicación de la extensión, la palabra «alrededor», lo único que demuestra es que las partes no están seguras de la extensión declarada, pero no prueba que no hayan querido tener en cuenta el exceso o el defecto de cabida (*vid.* nota 10).

Se ha de entender, pues, que la disminución proporcional del precio o, en su caso, la anulación del contrato se reservarán para el caso de tratarse de cosas que, por estar fuera del comercio o por no pertenecer al vendedor, no pueden considerarse comprendidas en la venta.

Hay de nuevo que remitirse a lo dicho acerca de la anulabilidad y los vicios del consentimiento. Como ya se indicó, nuestro Código Civil va utilizando diversos términos en los artículos 1.469 a 1.471: «rescisión» (art. 1.469, párrafos 2.º y 4.º), «desistir» (art. 1.470) y «anulado» (art. 1.471, párrafo 2.º, *in fine*). Es en este último caso donde parece que se utiliza el término más apropiado, ya que, según GOYENA, se justifica la posibilidad de que el contrato quede anulado sobre la base de que el error sustancial de hecho da lugar a la invalidez del contrato (70).

Aunque el comprador tiene la posibilidad de anular el contrato si no se conforma con que no se le entregue todo lo comprendido dentro de

(70) Comparando, pues, el artículo 1.471, párrafo 2.º, con el artículo 1.469, párrafo 2.º, se puede apreciar la diferencia en el tratamiento. Además de ser diferentes las acciones que se conceden (de nulidad, o mejor, de anulabilidad en un caso y rescisoria en el otro), se fija un tope mínimo (la décima parte) cuando sea defecto de cabida ex artículo 1.469; sin embargo, en el supuesto del artículo 1.471 *in fine* bastará que falte la más mínima cabida para que el contrato pueda ser anulado.

¿Por qué razones, que no se nos alcanzan —se pregunta SCAEVOLA—, cuando el defecto de cabida pasa de la décima parte de la total asignada al fundo, en la venta por unidad de medida o número, se da lugar a la acción rescisoria, y en el supuesto que nos ocupa a la acción de nulidad? ¿Por qué en estas ventas mixtas no se atiende a la décima parte para justificar la resolución del contrato, y es suficiente una falta de cabida pequeñísima en cualquiera de las fincas vendidas para anularlo en su totalidad? Este defecto de cabida insignificante, ¿es acaso, como afirma GOYENA, el error sustancial de hecho que conduce en línea recta a la anulación? Preguntas son todas estas que no pueden responderse satisfactoriamente. Muy expresivamente dice SCAEVOLA: «La filosofía y la justicia de las soluciones en estos supuestos del artículo 1.471 son tan mudables y tornadizas como los vientos en febrero» (*Código Civil*, cit., pág. 513).

Sin embargo, habría que objetar la diferente consideración que de las bases del negocio hace el legislador en uno y otro supuesto. En las ventas por unidad de medida se considera que aquellas bases no se ven afectadas en principio —aunque pudiera ser, según ya se ha dicho más arriba— por un defecto de cabida no excesivamente importante (menos de la décima parte). Mas en las ventas de cuerpos ciertos si no se puede entregar todo lo que configura el bien inmueble objeto de la compraventa, ya no se está entregando la cosa que se quería adquirir; y, en definitiva, en el momento de la perfección del contrato el comprador estaba sufriendo un error sustancial (*in substantia*) al emitir su consentimiento.

los linderos del inmueble, el artículo 1.471 le faculta también para que pueda optar por la disminución proporcional del precio. Aparece, pues, aquí de nuevo el principio de conservación del negocio, aunque bastante diluido por la posibilidad de anular el contrato. Pero lo cierto es que al ser posible una disminución del precio, se está facilitando al comprador la opción por la conservación del contrato.

Ahora bien, esta disminución del precio tiene una mayor justificación si se trata de un solo inmueble; pero tal justificación parece decaer cuando se consideran en conjunto todos los inmuebles transmitidos; aplicando el artículo 1.471, el vendedor pierde el mayor valor de un posible exceso de cabida en alguno o algunos de los inmuebles vendidos conjuntamente por un precio alzado habiéndose indicado la cabida en el contrato; no cabe aumento del precio; sin embargo, si a la vez en algún otro o algunos otros inmuebles hay un defecto de cabida, el comprador tendrá derecho a la reducción del precio en proporción a esa menor cabida. En este caso, se estaría aplicando la doctrina de la unidad de medida; pero el resultado no parece equitativo; habría más bien que hacerse hincapié en la doctrina del cuerpo cierto, ya que se trata de un tipo mixto en que, como se ha dicho, tiene mayor importancia el carácter de venta como cuerpo cierto, por lo que considerándola como tal habría que compensar el exceso de unas fincas con el defecto de otras, hasta la concurrencia de la total cabida expresada en el contrato (71).

Una última cuestión se plantea si hay que proceder a una disminución proporcional del precio. En el supuesto de hecho de la norma que se está examinando existen varios inmuebles cuya cabida individual figura en el contrato, pero siendo el precio alzado único. En las ventas a tanto la medida, el importe total del precio se fija en función del número de unidades de medida. En las ventas a precio alzado éste no se fija en función de las unidades de medida. Surge así el problema de establecer la proporción en la disminución del precio, a que se refiere el último inciso del artículo 1.471, según el cual, si el vendedor no pudiere entregar todo lo que se comprenda dentro de los linderos, sufrirá una disminución en el precio proporcional a lo que falte de cabida o número. Mas ¿cómo se establece tal proporción?, ¿qué elementos hay que tomar en consideración?

(71) SCAEVOLA y MANRESA coinciden en este mismo planteamiento. «La totalidad de las fincas, todas unidas —escribe MANRESA—, constituyen el cuerpo cierto vendido, la unidad para el precio que se estipuló. Debe, pues, tenerse en cuenta la cabida real de todas las fincas, y la cabida que se les asignó, porque al fin no sería justo que el comprador se aprovechara del exceso que en alguna de esas fincas pudiera resultar, y de la disminución del precio por lo que en otras faltase, ya que además en todo caso tiene el derecho de pedir la anulación» (*Comentarios...*, citado, págs. 167-168).

En el contrato solamente aparecen dos datos: la cabida de cada finca y el precio único de todas ellas. Luego parece que no queda más posibilidad que sobre la base de tales datos (72) deducir un «precio ideal» por unidad de medida. Sumando la cabida de cada inmueble, se obtendría la cabida total; al dividir el precio global por la cabida total, se obtendrá el hipotético precio de cada unidad de medida. Ello, en última instancia, supone una aproximación a la doctrina de la compensación, a la que nuestro Código, separándose del modelo francés, no se adhirió.

El tercer dato a considerar será la cabida real. Si el vendedor no puede entregar todo aquello a que está obligado, el comprador puede optar por la disminución proporcional del precio. Habrá, pues, que rebajar el precio global en proporción a la menor cabida real. Conociéndose ya el hipotético precio de cada unidad de medida, bastará restar la cabida real a la total resultante estipulada en el contrato para conocer la diferencia, que multiplicada por el «precio ideal» por unidad dará el importe de la disminución proporcional que ha de sufrir el precio.

El elemento de la diversa calidad de las fincas no puede ser tomado en cuenta porque en este caso sólo entran como factores de la proporción la cabida y el precio, y porque, siendo éstos los términos de la norma, introducir uno nuevo sería innovar y no interpretar. Además, el precio no se puede descomponer ni aplicar a cada inmueble el que justamente le correspondería, por lo que, siguiendo la opinión de SCAEVOLA (73), la

(72) Según MARCADÉ, la indicación separada de las diferentes cabidas de muchos fundos, cuando no se han señalado distintos precios para cada uno de ellos, no obsta a la idea de una venta única, cuyo objeto, también único, sean los diversos fundos reunidos, de suerte que pueda calcularse el déficit o el excedente por el conjunto de cabida de estos fundos. (Cfr. MARCADÉ: *Explication theorique et pratique du Code civil*, VI, 6.^a ed., París, 1875, pág. 257).

Para SCAEVOLA, a quien se remite MANRESA, se ha de partir de la cabida total de todas las fincas para que, relacionándola con el precio único, se pueda obtener la parte proporcional correspondiente a cada unidad de medida. (Vid. MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 168; SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 514.)

(73) Vid. SCAEVOLA: *Código Civil...*, cit., pág. 514. En sentido contrario se expresa Gabriel GARCÍA CANTERO: «No se alude a la calidad, si bien no parece que deba ser excluida si se tiene en cuenta que el precepto se presenta como excepción a los dos artículos anteriores, en los que sí se hace referencia a la diferencia de calidad, la cual, por otra parte, constituye un elemento individualizador de la finca. Habrá, por tanto, que completar dicho primer párrafo del artículo 1.471 así: 'aunque resulte mayor o menor calidad de la expresada en el contrato'» («Comentario al art. 1.471», en *Comentarios...*, cit., págs. 238-239).

SCAEVOLA, por su parte, pone un ejemplo práctico, que se recoge aquí por cuanto tiene de clarificador:

Supóngase un contrato de compraventa por el que el vendedor «Z» transfiera al comprador «Y» el dominio pleno de cinco fincas por el precio alzado de 50.000 pesetas. Dése por cierto que la cabida real de las cinco fincas es la siguiente: A) cinco hectáreas; B) cinco hectáreas; C) tres hectáreas; D) cuatro hectáreas, y E) siete hectáreas. Pero en el título instrumental se le han atribuido al fundo A

disminución en el precio, de que el inciso último del artículo 1.471 habla, hay que hallarla relacionando en forma de proporción aritmética estos tres términos: precio alzado, cabida real y cabida figurada.

III. CASOS NO PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL

III.1. FINCA VENDIDA DE MEJOR CALIDAD QUE LA EXPRESADA EN EL CONTRATO

Alude el Código Civil, en el artículo 1.469, párrafos 3.º y 4.º, al caso de que la finca vendida sea de peor calidad. Pero nada dice con respecto al supuesto de mejor calidad. Si este último fuera el caso, ya se puso de manifiesto (*vid. supra* apartado I.3, *in fine*) que, según la doctrina, debe aplicarse por analogía el artículo 1.470, que se refiere a la mayor cabida o número que los expresados en el contrato.

III.2. COMPRAVENTA DE INMUEBLES CON DESTINO EXPRESADO

En este supuesto, la expresión en el contrato del destino del inmueble que se compra adquiere especial relevancia, en cuanto que se eleva la cabida de la finca a la categoría de dato esencial en el contrato que se celebra.

El comprador pone de manifiesto que adquiere el inmueble para un determinado fin, que exige ineludiblemente que la extensión real de la finca sea igual o superior a la que en el contrato se le atribuye.

Este supuesto de hecho no viene contemplado en cuanto tal por nuestro Código Civil. Obviamente, si la compraventa se hizo por unidad de medida y la diferencia de cabida no baja de la décima parte, el com-

ocho hectáreas, y al fundo E once. Hay siete hectáreas figuradas de más en el título respecto a la extensión exacta de los fundos. Para reducir proporcionalmente el precio se ha de proceder del siguiente modo: «Número de hectáreas figurado en el contrato es a precio, como cabida exacta de las fincas es a X». Así: $24 \times 50.000 : 31 = X$ ($24 \times 50.000 = 1.200.000$; $1.200.000 : 31 = 38.709,67$); $X = 38.709,67$. Esta cifra representará el justo precio de la venta, y la diferencia de 38.709,67 a 50.000, o sea, 11.290,33, constituirá la disminución proporcional a que alude el artículo 1.471.

Otra fórmula que se puede emplear es la indicada en el texto: precio alzado: cabida total estipulada $\times$ diferencia de cabida = disminución en el precio.

También aquí GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, págs. 243-244) disiente y aporta la siguiente fórmula: «Precio alzado pactado es a extensión efectiva del cuerpo cierto (sea cualquiera la que conste en el contrato) como precio a pagar es a extensión efectivamente entregada».

prador podrá optar por la rescisión del contrato, en virtud del artículo 1.469, párrafo 2.º, *in fine*.

El problema, no regulado específicamente por el Código, se plantea cuando la diferencia de cabida es inferior a la décima parte, o la compraventa se hizo por precio alzado de un cuerpo cierto.

En todo caso, por hipótesis del supuesto de hecho, la cabida exigida en el contrato tiene tal relevancia que el comprador, si conociese que es inferior, no celebraría el contrato. De aquí que, si así resulta ser con posterioridad, y al no estar el caso expresamente regulado por el Código, se deberá reconducir el supuesto a las normas generales sobre la contratación. Según las circunstancias, se podrá instar la anulación del contrato sobre la base de la existencia de un vicio del consentimiento (error esencial: *vid. supra* apartado I.1.A) o simplemente podría el comprador acudir a las normas sobre defectos de la cosa vendida optando entre la rebaja del precio o la rescisión del contrato.

III.3. VENTA A MEDIDA: DETERMINACIÓN DE CABIDA SIN DESLINDE

Se trata aquí de la compraventa de un inmueble indeterminado, en cuanto que no constan sus linderos, pero cuya extensión viene exactamente expresada en el contrato. Se vende una determinada cantidad de unidades de medida a segregar de una finca mayor.

Nuestro Código Civil no contempla específicamente este supuesto en que falta el deslinde; todos los supuestos que regula tienen la nota común de la determinación del inmueble sobre la base de la descripción de su contorno y, por tanto, de la existencia de deslinde, ya se haga la venta a tanto por unidad de medida (arts. 1.469 y 1.470) o bien por un precio alzado con o sin indicación de cabida (art. 1.471).

En la «venta a medida», como generalmente se la denomina, la medición es necesaria para la individualización de la cosa, pero no para la fijación del precio, que viene ya expresado bien a tanto por unidad de medida o bien por una cifra global. El contenido (cabida del inmueble) está determinado, pero no el contorno del mismo. Sin embargo, no se puede afirmar que se trate exactamente de una venta de cosa genérica; la extensión de terreno que se compra, que constituirá un nuevo inmueble, aparece ya desde un primer momento situada en el espacio, en un concreto y determinado lugar, a saber, la finca madre de la que, tras la medición, se habrá de segregar; de lo contrario, si no apareciese referencia alguna al lugar de situación del inmueble, habría que considerar nula la venta (*vid. notas 56 y 64*).

Se trata de un tipo especial de venta, que se corresponde con lo que ENNECERUS (74) llama obligaciones genéricas delimitadas. Hay en esta venta dos elementos objetivos y determinados, que son la extensión del terreno que se compra y la masa de la que ha de separarse aquélla. El elemento indeterminado consiste en que no se designa la parte fija y concreta que en el espacio ocupa la porción vendida. Hay, pues, una venta de algo incierto en cosa cierta.

Para ser individualizada, la extensión vendida precisa una operación de medición y separación material del conjunto; mientras tanto, la cosa vendida es incierta; el comprador no sabe qué es lo que pasará a su dominio. En el mismo caso se está si se dice que la venta comprende la mitad, el tercio, etc., de la masa. También en este supuesto, la intención de las partes es, más que contratar una cuota indivisa, contratar una fracción real separada de la masa; de modo que, según PACIFICI-MAZZONI (75), precisa primero calcular la masa o totalidad de la finca, y luego determinar la cuota convenida para que la porción de tierra enajenada pueda ser individualizada.

En la práctica no es corriente esta clase de venta. No es nunca objeto de escritura pública, pero —como advierte SANAHUJA (76)— sucede a veces que el propietario de una gran finca, en tanto se efectúan operaciones de parcelación, no quiere vender piezas determinadas del inmueble; y se compromete únicamente en forma privada a la entrega de una extensión tal o cual que ha de segregarse de la finca.

Se plantea la cuestión acerca de la perfección de la venta a medida. Según SANAHUJA (77), la venta es perfecta desde el primer momento, puesto que las operaciones de medición e individualización de la parcela vendida son de simple cumplimiento del contrato. Es perfecta en el sentido propio de que ambos contratantes pueden exigirse inmediatamente las prestaciones a que se han obligado, si bien no lo es en el sentido de que los riesgos (el daño o provecho) de la cosa no se transmiten al comprador hasta que se haya efectuado la medición o separación. Como hasta tanto que la medición no se efectúa, no tiene lugar la separación y la parte de predio vendida no queda individualizada, cuando un evento casual —la fuerza de las aguas, por ejemplo— destruya una parte de aquél, la pérdida la sufrirá el vendedor, quien estará obligado a entregar de la parte restante la extensión de terreno vendido en lo que quepa.

(74) ENNECERUS: *Tratado* ..., cit., pág. 34; cit. por SANAHUJA: «Cuestiones...», citado, pág. 197, y recogido por BADENES: *El contrato*..., cit., pág. 558.

(75) PACIFICI-MAZZONI: *Della vendita*, Torino, 1929-1930, pág. 164; cit. por SANAHUJA: «Cuestiones...», cit., pág. 198, y recogido por BADENES: *El contrato*..., citado, pág. 558.

(76) SANAHUJA: «Cuestiones...», cit., pág. 200.

(77) Cfr. *ibíd.*, pág. 201.

Se han involucrado dos conceptos —el de la perfección del contrato y el de los riesgos—, y de ahí que algunos Códigos establecen que la venta no es perfecta hasta que se haya efectuado la medición. Así, TROPLONG (78), comentando el Código de Napoleón, llega a la conclusión de que se trata de una venta condicional.

En cuanto a la transferencia de la propiedad, los países que siguen el principio del Código de Napoleón de que la propiedad pasa de derecho al comprador apenas hay acuerdo sobre la cosa y el precio, se plantearon la cuestión de la transmisión del dominio en las ventas a medida. PLANIOL (79) afirma que si bien el Código Civil francés no se ha expresado acerca de este punto, resulta de los trabajos preliminares y del artículo 1.586 (sobre la venta *en bloc*) que en las ventas a medida, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida se pospone a la medición. Así resulta también de la jurisprudencia francesa (80).

Aunque la doctrina predominante en Italia mantiene la misma tesis que la francesa, destaca la posición contraria de GASCA (81), quien sostiene que el fraccionamiento de la masa para determinar la porción vendida es necesario para efectuar la entrega, pero no preciso para operar el traspaso de la propiedad al comprador, quien la adquiere por la parte convenida en forma de porción ideal sobre la masa, no como un derecho personal, sino constituyendo un derecho real oponible a sucesivos adquirentes de la finca madre.

En España, teniendo en cuenta que la propiedad no se transmite con el solo consentimiento, sino mediante la tradición —además del justo título—, no hay transmisión de la propiedad en tanto no haya entrega y, por tanto, medición. Aun suponiendo que la venta a medida se hiciera en escritura pública, tampoco habría cuestión, pues la escritura, según el sistema del Código Civil, equivale no a la transmisión de la propiedad, sino a la entrega de la cosa si de la misma escritura no se deduce lo contrario (cfr. art. 1.462 del Código Civil), y en la especie de venta que

(78) «Dans cette espèce, la chose vendue est incertaine tant qu'il n'y a pas eu de mesurage. L'acheteur ne sait pas encore positivement quelles seront les parties du champ qui entreront dans son domaine. Il ne peut pas dire: ceci est à moi. De son côté, le vendeur n'a encore rien séparé de sa propriété. Il ne peut pas dire: ceci n'est plus à moi. Ainsi donc, la vente est conditionnelle» (TROPLONG: *Droit civil*..., cit., pág. 420).

(79) PLANIOL: *Tratado práctico de Derecho civil*, X, pág. 300.

(80) Vid. en tal sentido la Sentencia de la *Cour de Lyon* de 14 de agosto de 1850; en sentido contrario, sin embargo, se había pronunciado la *Chambre civil* en Sentencia de 11 de noviembre de 1812, cuya solución fue reproducida en Sentencia de la *Cour de París* de 21 de enero de 1926.

(81) Vid. GASCA: *La compraventa civil y mercantil*, traducción española de SANTACRUZ TEIJEIRO y J. VICENTE GELLA, I, Madrid, 1931, pág. 447.

ahora se está considerando, la entrega no puede efectuarse hasta haberse individualizado lo enajenado mediante medición (82).

No parece necesaria la intervención del comprador en las operaciones de separación y deslinde; basta, salvo pacto en contrario y por aplicación analógica de los principios que rigen las obligaciones alternativas (83), que éstas se realicen por el vendedor y sean notificadas al comprador.

En la venta de un inmueble como cuerpo cierto ha de entregarse la totalidad del mismo o se puede anular la venta. En cambio, en la venta a medida, dada su naturaleza, la obligación de entrega es susceptible de cumplimiento parcial, ya que, según SANAHUJA (84), si en la finca madre existe una cabida menor que la acordada, el contrato se considera estipulado por la cantidad efectivamente existente; el error en la cantidad —dice— no vicia el contrato, sino que éste se reduce a la cantidad existente. No obstante, como ya se ha indicado, si se aplican las normas generales de la contratación, habría que admitir la impugnabilidad de la venta (por ejemplo, si la cabida es insuficiente para el fin particular que con carácter esencial perseguía el comprador —*vid.* apartado anterior—).

La cuestión puede también surgir cuando varios titulares de la cabida que ha de tomarse de una misma finca hayan comprado en total una extensión superior a la que ésta tiene. La colisión de derechos que se produce tendrá diferente solución según la calificación que se dé al derecho de cabida, pues si éste entraña un derecho real regirá siempre el principio de prioridad en el tiempo, y, en cambio, si es simplemente personal sólo ocurrirá ello si el derecho consta en forma pública (escritura o sentencia firme —art. 1.924, 3.º, del Código Civil—), pues en otro caso, siendo la forma privada, han de reducirse proporcionalmente los derechos de todos los titulares (art. 1.925 del Código Civil).

III.4. COMPRAVENTA SOBRE PLANO

En la venta sobre plano, el comprador quiere asegurarse de que el inmueble que adquiere tiene todas las características que se señalan en el plano. En contra de lo que es corriente en la compraventa, hay en tal supuesto una garantía de cabida o de otros elementos de la finca. Implica dos requisitos: el primero es que el inmueble no se venda como

(82) En relación a cuestiones de medición y determinación del precio, véase la Sentencia de 21 de marzo de 1980.

(83) Cossío, Alfonso de: «Los riesgos en la compraventa civil y la mercantil», *RDP*, 1944, pág. 374.

(84) *Vid.* SANAHUJA: «Cuestiones...», cit., págs. 202 y 203.

cosa cierta y determinada; el segundo supone que en el contrato conste la perfecta correspondencia que ha de existir entre el plano y el terreno.

Cuando se vende un cuerpo cierto, se puede adjuntar un plano a la escritura, pero en tal caso la función de éste es meramente descriptiva, de forma que si existe discordancia entre el plano y la realidad, ésta se impone sobre aquél, ya que las partes se están remitiendo en el contrato a la realidad, al cuerpo cierto que se ha podido ver y examinar con anterioridad; en definitiva, la cosa cierta es la que es y no puede identificarse con otra (85). El plano no produce consecuencia jurídica especial cuando la realidad del inmueble es patente; lo que prevalece en tal caso de venta de cuerpo cierto son los linderos reales de la finca, los límites naturales o los mojones puestos.

Sin embargo, en el supuesto de que se trate de fincas indeterminadas en su delimitación o configuración real, el plano ejerce un papel no meramente descriptivo, sino objetivamente normativo, en el sentido de que la finca que se compra o se vende ha de hallarse situada, configurada, orientada y deslindada tal como se indica en el gráfico, y las diferencias con la realidad se traducen en cuestiones de orden jurídico. Se trata en este caso de un contrato especial de compraventa: la venta sobre plano (86).

No se trata de una venta sometida a la condición de que se dé la concordancia entre el plano y la realidad, ya se considere que la condición es suspensiva (la venta se entenderá perfecta si el inmueble coincide con el plano), ya resolutoria (la venta quedará sin efecto en el caso de no coincidencia). El que la realidad deba corresponder al plano no es una condición del contrato, sino el exacto cumplimiento del mismo. La conformidad de la cosa con el plano —según PACIFICI-MAZZONI (87)— pertenece no a la naturaleza, sino a la ejecución del contrato. Se trata, pues, de un negocio puro (88).

Esta categoría de venta se corresponde en el Derecho mercantil

(85) Vid. GASCA: *La compraventa...*, cit., pág. 508.

(86) Cfr. SANAHUJA: «Cuestiones...», cit., pág. 217.

(87) PACIFICI-MAZZONI: *Della vendita*, cit., núm. 41.

(88) «No hay duda de que en estos casos el contrato es inmediatamente perfecto, puro y simple o a término, pero la propiedad del predio no se transmite al comprador sino desde el día de la entrega» (SANAHUJA: «Cuestiones...», cit., página 218). Sin embargo —como este autor señala en nota en la misma página—, nada impide que se estipule una venta sobre plano con la condición de que el predio sea conforme al plano, o con condición resolutoria, cuando se pacta la resolución de la venta si la parcela no corresponde al plano.

En definitiva, se ha de concluir que se debe estar prioritariamente a lo exactamente expresado en el contrato. Y, desde luego, para calificar una determinada compraventa como «venta sobre plano» será imprescindible que conste claramente que el objeto del contrato es un inmueble que ha de comprender estrictamente el contenido del plano y no tal finca determinada que se adquiera como cuerpo cierto.

con la venta de cosas que en el momento de perfeccionarse el contrato todavía no existen o no están en poder del vendedor. Es la venta de máquinas o muebles según diseño o modelo. En cambio, tratándose de venta de inmuebles —escribe BADENES, siguiendo a SANAHUJA (89)—, la cosa existe y se halla en poder del vendedor, no teniendo el plano otro fin que el determinarla sobre el terreno, en la confianza de que el predio o la parcela vendidos tendrán la extensión y características marcadas en el plano. Contra dicha afirmación, se ha de objetar que no siempre tiene por qué ser así; tal tesis está reduciendo la posibilidad de compraventa de bienes inmuebles al caso de terrenos, ya sean éstos rústicos o urbanos. Pero se ha de tener también presente en el tráfico inmobiliario el cada vez más amplio campo de la compraventa de pisos en el ámbito de la propiedad horizontal. En este sector es muy frecuente que se lleven a cabo contratos de compraventa de pisos aún no construidos, que se realizan precisamente sobre la base de un plano. Este sería un supuesto de compraventa sobre plano de un inmueble todavía no existente, es decir, de cosa futura. Y aun cuando normalmente se hable de venta, en ocasiones se hace referencia a la «promesa de comprar y vender» o a la «promesa bilateral de venta»; pues bien, escribe ROGEL VIDE, «incluso en estos últimos supuestos estamos siempre en presencia de una clara compraventa de cosa futura» (90).

Cuando el plano forma parte del contrato de compra de un piso aún no construido, se está claramente llevando a cabo una compraventa sobre plano, en la que éste, como ya se ha indicado, ejerce un papel objetivamente normativo. De manera que si el vendedor entrega un inmueble que no reúne las condiciones determinadas en el gráfico, se produce un incumplimiento; el comprador podrá exigir, en virtud del artículo 1.124 del Código Civil, el cumplimiento *in natura* o, en su defecto y en todo caso, entrará en juego la cláusula resolutoria tácita del citado artículo. Si se discutiera la conformidad del inmueble con el plano, procede —en opinión de SANAHUJA (91)— acudir al dictamen de peritos, a semejanza

(89) Vid. BADENES: *El contrato...*, cit., pág. 563, y SANAHUJA: «Cuestiones . », citado, pág. 217.

(90) ROGEL: *La compraventa...*, cit., pág. 388.

El citado autor continúa fundamentando su afirmación en los siguientes términos: «Tal se deduce del contexto de los mismos contratos, en los que se hace una referencia a la Ley 57/68, donde existen remisiones a las normas reguladoras de la compraventa, donde no es mínimamente necesario emitir un nuevo consentimiento para que la entrega del piso y la consiguiente transmisión de la propiedad tengan lugar (no se argumente con el ulterior otorgamiento de escritura pública, que es una formalidad a la que pueden compelerse las partes, que no un nuevo contrato)» (*ibíd.*, pág. 388).

de lo prevenido en la compraventa sobre muestra en el artículo 327 del Código de Comercio.

Ya se ha hecho la necesaria distinción entre venta de cuerpo cierto, incluso acompañada de un plano descriptivo, y la venta sobre plano. Podrá surgir la dificultad de calificar un contrato sobre la base de los términos del mismo; pero una vez calificado como venta sobre plano en sentido estricto, el régimen jurídico aplicable es bien diferente en uno y otro caso, como ya ha quedado puesto de manifiesto.

En las ventas de pisos futuros es frecuente decir que se vende como cuerpo cierto, haciendo una expresa remisión al artículo 1.471 del Código Civil. Ello está en clara contradicción con el concepto de cuerpo cierto, ya expuesto, e implica que —como señala ROGEL VIDE (92)—, si el vendedor conserva la dirección de la obra, teniendo en mente el artículo 1.471, tendrá posiblemente, y puede, desde luego, construir un piso con dimensiones menores a las previstas en el momento de conclusión del contrato, sin que el comprador pueda hacer nada para evitarlo.

En la actualidad, el complejo tráfico inmobiliario, y en concreto, la venta de pisos futuros, se complica por las numerosas remisiones que los contratos de compraventa contienen. En realidad, dada la existencia de prepotentes sociedades inmobiliarias, ante las que el comprador, acuciado por la necesidad de una vivienda, se encuentra imposibilitado para

(92) Vid. ROGEL: *La compraventa*. ., cit., pág. 389.

Según este autor parecería más correcta la aplicación de los artículos 1.469 y 1.470, de lo cual, a todas luces, intenta escapar el vendedor.

A este respecto habría que aclarar que, en aplicación coherente del Código Civil, en todo caso el comprador podrá optar, a tenor del artículo 1.124, entre exigir el cumplimiento *in natura* en cuanto a la cabida del inmueble y la aplicación, en su caso, de la cláusula resolutoria tácita de dicho artículo, o bien que se apliquen los artículos 1.469 y 1.470.

ROGEL apunta la hipótesis de que el artículo 3.º de la Ley 57/68, de 27 de julio, parece derogar, en la materia regulada por dicha norma, el artículo 1.124 del Código Civil. Sin embargo, parece dudoso que así sea por cuanto el artículo 3.º citado termina diciendo en su párrafo 3.º: «Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario —comprador— con arreglo a la legislación vigente».

El párrafo 1.º dispone: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente —vendedor— prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

Este párrafo 1.º, teniendo en cuenta el 3.º, no tiene por qué derogar el artículo 1.124 del Código Civil. Es decir, el comprador tendrá derecho al resarcimiento de daños. En todo caso, la duda sobre la posible derogación del artículo 1.124 se reduciría al punto contemplado en el artículo 3.º de la Ley 57/68, a saber: incumplimiento del vendedor por no comenzar la construcción o no finalizarla en el plazo marcado; pero en ningún caso afectaría al incumplimiento por diferencias de cabida.

discutir cada cláusula que vaya a insertarse en el contrato, éste se ha convertido en un contrato más de adhesión. No ya sólo no se incluye en el contrato el plano del piso futuro, sino ni siquiera una descripción del mismo, llegándose al extremo de remitir aquélla al supuesto conocimiento (de cuyo contenido no hay constancia contractual) de «las características generales —de una determinada promoción de viviendas—, ya conocidas del comprador».

Son tantos los problemas inherentes a la venta de pisos en construcción que, despertando una inquietud general en todos los países, se han tenido que dictar normas especiales en orden a una más pormenorizada regulación de la materia (93). ROGEL VIDE y CÁMARA (94) critican las disposiciones legislativas españolas sobre la materia —fundamentalmente, la Ley 57/1968, de 27 de julio—; sin desconocer que constituyen una garantía para el comprador, se han de señalar, al menos, las siguientes imperfecciones y lagunas: No se fijan todos los requisitos que deben llenar los contratos de venta; no se ha exigido que el contrato describa el piso y las características del inmueble de forma suficientemente clara y expresiva; la ley no contempla la posibilidad de que el promotor, después de haber vendido los departamentos en construcción o en proyecto, transfiera dos veces la vivienda, enajene todo el inmueble, lo hipoteque o grave sin el consentimiento de los compradores, ni dice lo que ocurre si se lo embargan a consecuencia de obligaciones, a veces, totalmente ajenas a la construcción.

Con respecto al sistema francés, ROGEL VIDE (95) recoge la opinión de SAINT-ALARY, al que califica como el mayor experto francés en la cuestión, y del profesor CARBONNIER. El primero tacha tal sistema de complejo y farragoso, y el segundo opina que, en la práctica, no ha dado los resultados apetecidos.

(93) Por lo que a España se refiere, la disposición fundamental es la ya citada Ley 57/1968, de 27 de julio; entre otras normas de inferior rango se pueden mencionar el Reglamento aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968, los Decretos 3114 y 3115 de 12 de diciembre de 1968, y las Ordenes Ministeriales de 5 de octubre y 29 de noviembre de 1968.

Más recientemente han aparecido una serie de disposiciones que son reflejo de una vacilante política en materia de viviendas. No acaban de «asentarse» unas normas cuando se dictan otras. Vid. Real Decreto-ley 12/1976, de 30 de julio; Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre; Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, desarrollado por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre.

En Francia, aparte otras disposiciones, se dictó la Ley de 3-I-1967 (modificada por la de 7-VII-1967), que ha incorporado al Código Civil francés —Libro III, Título VI— un Capítulo (III-1) que lleva por título «*De la vente d'immeubles à construire*», y consta de los artículos 1.601-1 a 1.601-4.

(94) Vid. ROGEL: *La compraventa...*, cit., págs. 386 y 387; DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal. Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*. Madrid, 1973, págs. 85 y ss.

(95) Vid. ROGEL: *La compraventa...*, cit., pág. 396.

A pesar de ello, ROGEL VIDE (96) coincide con CÁMARA en que habría de intentarse introducir en nuestro Derecho una serie de medidas arbitradas en el Derecho francés, en cuanto implican una mayor protección del comprador, cuales son las siguientes: Posibilidad atribuida al comprador de ceder sus derechos sin necesidad del consentimiento del vendedor; régimen de responsabilidad del vendedor por los vicios aparentes; deberes impuestos al vendedor con vistas a una más completa información del comprador; puntualización en la descripción del inmueble; posibilidad y modalidades de revisión del precio; exigencia de que el reglamento de copropiedad sea entregado a cada adquirente en el momento de la firma del contrato; en fin, intervención del Notario en la perfección del contrato.

En tanto no se produzca una suficiente y adecuada regulación de la materia, se tiene que recurrir a otros medios que posibiliten la protección y equilibrio en el conflicto de intereses subyacente en el contrato. Así, si, como ya se ha señalado, normalmente no se inserta en el contrato de compraventa de pisos futuros el plano, ni siquiera una descripción del inmueble que se ha de construir, habrá que integrar el contenido del contrato, en virtud del principio de la buena fe en la contratación (artículo 1.258 del Código Civil), sobre la base de los planos de construcción presentados oficialmente al objeto de cumplimentar obligaciones de urbanismo y de la publicidad —o cualquier otro medio—, que hubiera constituido el instrumento de la oferta del vendedor y hubiera decidido la aceptación del comprador. Así ha quedado reconocido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1977, y ha sido especialmente subrayado por el profesor LASARTE ALVAREZ (Carlos) en su comentario a dicha sentencia (97).

(96) *Ibid.*, págs. 396 y 397.

(97) *Vid.* LASARTE ALVAREZ, Carlos: «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación», *RDP*, 1980, págs. 50 a 78.

En palabras del profesor LASARTE (*ibid.*, pág. 64), «el oscurecimiento o relativa indeterminación del piso vendido ha sido, en efecto, el elemento propulsor del litigio en cuestión, zanjado por la sentencia comentada» en los siguientes términos: «... siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa: ... se refiere a discrepancias, no sólo con la propaganda vinculante, sino con dos planos oficialmente presentados al objeto de cumplimentar exigencias de urbanismo».

En la nota 10 de su trabajo el profesor LASARTE recoge la Sentencia de 14 de junio de 1976, siendo ponente, asimismo, Antonio CANTOS GUERRERO, en la que ya se declaraba la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias; en el considerando segundo se valora la propaganda como oferta contractual que ha de ser cumplida: «... la propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos, que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor...».

IV. PLAZO DE LAS ACCIONES

IV.1. AMBITO DE APLICACIÓN Y NATURALEZA

Nuestro Código Civil dispone en su artículo 1.472:

«Las acciones que nacen de los tres artículos anteriores prescribirán a los seis meses, contados desde el día de la entrega.»

Claramente se afirma que la prescripción que se regula hace referencia a las acciones dimanantes de los artículos 1.469, 1.470 y 1.471, es decir, a las acciones sobre compraventa de cosas por precios unitarios o por precios globales, cuando lo expresado en el título de compra no coincide con lo entregado al comprador. Por tanto, las acciones que puedan ejercitarse en materia de cabida de inmuebles, cuyo fundamento sean las normas generales sobre contratación, deberán ser consideradas acciones distintas de las expresadas en este precepto y, en consecuencia, se aplicará a las mismas las disposiciones generales de la prescripción de acciones (98).

Así, según MANRESA y GOYENA, esta disposición del artículo 1.472 no alcanza a las acciones por las que el comprador pide la entrega de ciertos trozos de terreno alegando que fueron comprendidos en la venta (99). Y en este mismo sentido, la Sentencia de 24 de enero de 1964 afirma que este artículo no es aplicable cuando la demanda no se funda en defecto de cabida del predio, sino que, adquirido éste como cuerpo cierto, lo que se reclama es el cumplimiento del contrato pidiendo se entregue todo el terreno comprendido dentro de los límites marcados en la escritura. Esta misma doctrina mantenía ya la Sentencia de 16 de enero de 1901, que rechazaba la aplicación del artículo 1.472 al supuesto de reivindicación de tres parcelas que habían formado parte de una venta a precio alzado (100). Siguiendo la citada doctrina jurisprudencial, se

(98) En la Sentencia de 5 de julio de 1978 no se aplica el artículo 1.472 por ser cuestión nueva no alegada en la litis.

(99) «Con GARCÍA GOYENA, opinamos que la disposición de este artículo no alcanza a la acción por la que el comprador pide la entrega de ciertos trozos de tierra alegando que fueron comprendidos en la venta» (MANRESA: *Comentarios* ..., citado, pág. 122).

(100) Sentencia de 16 de enero de 1901: Habiendo comprado una persona 36 fincas por subasta celebrada en procedimiento de ejecución de un juicio declarativo, reclamó a los demandados en aquél, por medio de la acción reivindicatoria, para que se declarase que le correspondían en pleno dominio además tres porciones que venían detentando dichos demandados, que se encontraban dentro de los linderos de las fincas, vendidas por el precio alzado de 20.000 pesetas; y habiéndose aducido de contrario entre otros fundamentos legales el artículo 1.472, el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso, dio lugar a la demanda, exponiendo que adquirido el dominio y realizada la transmisión de las fincas por la escritura que invocaba el actor (el comprador), y ejercitada por éste la acción real para

ha de afirmar que las acciones a que alude el artículo 1.472 son de índole puramente personal, y competen al comprador exclusivamente contra el vendedor o sus derechohabientes, por la regla de que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos.

No será aplicable, asimismo, este artículo a las acciones ejercitables en aquellos casos no previstos en el Código Civil, de los que se ha tratado en el capítulo anterior, salvo los supuestos en que la analogía fundamente la aplicabilidad.

El plazo es de seis meses; es breve porque la seguridad de la contratación no consiente que la eficacia de las transacciones quede durante largo tiempo pendiente del ejercicio de acciones rescisorias. Realmente, la naturaleza de los hechos que fundamentan las acciones nacidas de los artículos 1.469 a 1.471 hacen aconsejable la brevedad del plazo, «pues —como dice MANRESA— para averiguar si la finca tiene o no la cabida estipulada, si es de la clase pactada o si se ha hecho la entrega de todo lo contenido dentro de los linderos, no es menester que transcurra mucho tiempo» (101).

Si bien el artículo 1.299 señala cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria, el comprador, en los casos que se han estudiado comprendidos en los artículos 1.469 a 1.471, no dispondrá más que de seis meses para entablar dicha acción, ya que ésta es de las «que nacen de los tres artículos anteriores», según expresa el 1.472.

El Proyecto de Código Civil de 1851 fijaba el plazo de un año en el artículo 1.395, pero nuestro Código vigente redujo a la mitad el plazo, adoptando el establecido en la Ley 65, Título VI, Partida 5.^a, para la redhibición de animales vendidos con alguna maya enfermedad o tacha.

Sin embargo, aunque el plazo sea el mismo que para las acciones edilicias, las diferencias existentes respecto al supuesto de hecho de unas y otras han motivado que se estableciera una regulación independiente. Las diferencias son más acusadas con respecto a los defectos de cabida o al hecho de no poder el vendedor entregar todo lo comprendido dentro de los linderos de la finca; en el caso de defecto de calidad también existen diferencias, pero puede ser equiparable a los vicios ocultos; de hecho,

reivindicar las tres porciones de terreno que, enclavadas dentro de los linderos de aquéllas, detentaban los demandados, era evidente la debida aplicación del artículo 348 del Código, que da al propietario acción real contra el tenedor y poseedor de la cosa y no la personal que infundadamente se suponía en uno de los motivos del recurso, porque no se trataba de pedir el complemento de la cosa vendida, sino de impedir que ésta fuere detentada en todo o parte, después de consumado el contrato, por quien ningún derecho podía ostentar sobre ella; por todo lo que la prescripción de los seis meses fijada por el artículo 1.472 era inaplicable al caso de autos por no tratarse en éste de las acciones a que aquél se refiere. (Cfr. SCAEVOLA: *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.)

(101) MANRESA: *Comentarios...*, cit., pág. 172.

se atribuyen efectos jurídicos paralelos a los de éstos, aunque se coloquen mayores limitaciones a la facultad de deshacer la venta (art. 1.469, párrafos 3.º y 4.º); mas tal aproximación no ha bastado —por razones históricas, según MORALES MORENO (102)— para que el problema de los defectos de calidad de los inmuebles quedara en el Código Civil tratado dentro del régimen de las acciones edilicias.

El Código utiliza el verbo «prescribir». Sin embargo, no se ha llegado a una afirmación nítida acerca de si el plazo establecido por el artículo 1.472 es de prescripción o de caducidad. GULLÓN (103) alega la Sentencia de 11 de mayo de 1966 y afirma que se trata de un plazo de caducidad. Esto mismo opina ALBALADEJO (104), aunque alude a las Sentencias de 17 de mayo de 1971 y 30 de mayo de 1975, indicando que

(102) «Como en tantas ocasiones han prevalecido también aquí razones históricas sobre los criterios lógicos de ordenación, y estos defectos han conservado su regulación independiente» (MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pág. 630).

(103) *Vid.* GULLÓN BALLESTEROS: *Curso...*, cit., pág. 51.

Sentencia de 11 de mayo de 1966: «La caducidad o decadenia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término no puede ya ser ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica y que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto de que un importante sector doctrinal sostiene que en realidad es un plazo preclusivo, llamando así al plazo dentro del cual, y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, distinción que es una sutileza en los derechos de trazo único, en los que, por agotarse en un solo acto de ejercicio, son tan semejantes que tal distinción carece de trascendencia práctica, puesto que el término fijado para el ejercicio eficaz de un derecho hace que su transcurso sin ejercitarlo imponga la decadenia fatal y automática de tal derecho en razón objetiva de su no utilización»

(104) La Sentencia de 17 de mayo de 1971 estima que se trata de un plazo de prescripción y casa la sentencia de la Audiencia que apreció el transcurso del plazo sin haber sido alegado. Alegación que no hubiera sido precisa de tratarse de caducidad. La sentencia se expresa con las siguientes palabras: «... prescripción de la acción no fue excepcionada por el demandante al contestar a la reconvenición en el escrito de réplica, por lo que al declarar extinguida aquella acción por aplicación de lo prevenido en el artículo 1.472...».

La Sentencia de 30 de mayo de 1975, al final del considerando penúltimo, habla también de «plazo prescriptivo»: «... las alegaciones... tendrían que haber sido acatadas mediante el ejercicio de la pertinente acción que la Ley concede, cosa que en este caso no se ha efectuado dentro del plazo prescriptivo de seis meses establecido en el siguiente artículo 1.472...».

En los mismos términos que las anteriores sentencias citadas por ALBALADEJO se expresan las de 24 de enero de 1964 y 21 de abril de 1972; en esta última se dice: «... la acción para reclamar la disminución en el precio proporcional a lo que se pretende falta de cabida habría prescrito por aplicación del artículo 1.472 del mencionado Código».

«Aunque la Ley habla de 'prescripción', en mi opinión —escribe ALBALADEJO—,

los términos empleados en las mismas no significan que se trate de un plazo de prescripción.

Hay, pues, razones que abonan una y otra consideración. La necesidad de no mantener pendiente por demasiado tiempo la liquidación de las relaciones contractuales en orden a la seguridad y certeza del tráfico jurídico favorecen la consideración del plazo como de caducidad. Sin embargo, la protección del comprador, que ante falsas promesas del vendedor podría verse privado de la tutela jurisdiccional al transcurrir el corto plazo de seis meses sin posibilidad de interrupción, exige que se considere un plazo de prescripción. Lo cierto es que ya se opte por una calificación u otra, siempre será de carácter especial, pues el fin no es encasillar dentro de una determinada categoría dogmática el plazo de que se trata, sino conocer la finalidad de la norma y a través de la calificación dogmática, si es posible, o sin ella, si no lo es, proteger los legítimos intereses en presencia. Tal exigencia parece haber decidido al Tribunal Supremo por la consideración del plazo como de prescripción, solución por la que habría que inclinarse; si bien ello no impide que en un momento dado, la más reciente doctrina sea asumida por nuestro Tribunal Supremo y llegue a considerar que se trata de un plazo de caducidad. Como se verá en el siguiente apartado, la doctrina francesa estima que el plazo es de caducidad.

Los seis meses del plazo empiezan a contarse —dice el texto legal— «desde el día de la entrega». Habrá que entender que la entrega a que se refiere el precepto, es la entrega material de la finca y no el momento de la tradición, que puede ser anterior. La entrega material se produce cuando el vendedor pone el inmueble a disposición del comprador.

IV.2. REGULACIÓN EN OTROS CÓDIGOS

El Código Civil francés, en su artículo 1.622, fija el plazo de un año, pero contándolo desde el día del contrato y no desde el de la entrega (105).

(el plazo) es de caducidad, aunque la jurisprudencia piensa lo contrario» (*Derecho civil*, cit., pág. 47); en nota cita a GULLÓN —quien, como ya se ha visto, mantiene, al igual que ALBALADEJO, que el plazo es de caducidad— y a SANTAMARÍA (*Comentarios*, II, pág. 515), cuyo comentario al artículo 1.472 se reduce a las siguientes palabras: «Se trata de una prescripción especial, pero susceptible de interrupción con arreglo a la norma general del artículo 1.973».

BADENES (*El contrato...*, cit., pág. 570), sobre la base exclusiva de la literalidad del precepto, considera que se trata de un plazo de prescripción, siendo, por tanto, de aplicación las normas sobre interrupción y suspensión de la misma.

Gabriel GARCÍA CANTERO sigue el criterio de ALBALADEJO (*vid.* «Comentario al artículo 1.472», en *Comentarios...*, cit., pág. 245).

(105) «*L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance*» (artículo 1.622 *Code Napoléon*).

TROPLONG, AUBRY *et* RAY y GUILLONARD entendían que el plazo de un año fijado en el Código francés no representaba una verdadera prescripción sometida a las causas ordinarias de suspensión, tales como las de interdicción, minoría de edad, etc., sino más bien un plazo de caducidad, el cual, una vez transcurrido, impedía el ejercicio de la acción (106).

Escribe SCAEVOLA (107) que la jurisprudencia francesa tiene declarado que el plazo de un año establecido en el artículo 1.622 *Code Napoléon* sólo es aplicable a las acciones que nazcan de una inexactitud en el contenido declarado de una venta, y no al caso en que los contratantes fijando en el acto de la venta un precio aproximado, convinieron en hacer ulteriormente una medición para fijar el precio definitivo, porque de este modo no se procuraba al aumento o disminución del precio, sino que se ejercitaba una obligación de hacer, que debía prescribir por las reglas del Derecho común.

Sin embargo, TROPLONG se manifiesta en contra de esta opinión, que parecía resultar de una Sentencia del Tribunal de Besançon de 14 de marzo de 1811 y sobre cuya base se pretendía restringir la aplicación del artículo 1.622 a las ventas de cuerpos ciertos, sin que abarcase las ventas de inmuebles hechas a tanto la medida. El citado autor dice que tal pretensión es un error; y es más, llega a afirmar que se ha de aplicar incluso cuando se trate de un predio vendido sin indicación de cabida y a tanto la medida, o si se ha de tomar un determinado número de unidades de medida de una finca de mayor cabida. También afirma que la venta no es perfecta hasta que no se haya hecho la medición, y que es a partir de ésta cuando se ha de computar el plazo de un año (108).

Pero el artículo 1.622 del Código de Napoleón no se aplica al caso de que el vendedor reclame el precio de una porción de terreno usurpada, ya que no sería una reclamación fundada sobre un excedente de cabida. No sería igualmente aplicable si el vendedor hubiese retenido una parte de un cuerpo cierto vendido y el comprador le exige que se la entregue. El legislador sólo somete a la prescripción de un año la acción «en su-

(106) Vid SCAEVOLA: *Código Civil* ..., cit., págs. 516-517.

(107) *Ibid.*, pág. 518.

(108) «*Cette proposition est une erreur. L'art 1.622 ne fait pas de distinction. Partout où il y a lieu à augmentation du prix, il est la règle qu'il faut suivre...*

»*Je vais plus loin, et je soutiens que l'art. 1.622 doit être suivi, quand même il s'agirait d'un fonds vendu sans indication de contenance et à tant la mesure, ou même de tant d'arpents à prendre dans un fonds de plus grande contenance.*

»... *Ce que j'entends seulement énoncer, c'est que, lorsque le mesurage a eu lieu et qu'il y a eu délivrance, si le vendeur ou l'acquéreur prétendent qu'il y a erreur de contenance, ils n'ont qu'un à compter de l'arpentage (qui seul ici a rendu la vente parfaite) pour faire rectifier les erreurs*» (TROPLONG: *Droit civil*..., cit., págs. 455-456).

plemento» o «disminución de precio» y «la acción de rescisión del contrato».

El Código Civil italiano de 1942, siguiendo el criterio del Código primitivo, establece un breve plazo de prescripción, que es de un año desde la entrega del inmueble. Coincide, pues, con el Código francés en la duración del plazo: un año; sin embargo, coinciden el italiano y el español en el momento que establecen a partir del cual se ha de comenzar el cómputo del plazo, a saber: desde la entrega de la cosa. En este aspecto, pues, ambos Códigos difieren del francés, que comienza el cómputo desde el día que se perfecciona el contrato.

El plazo de un año, contado desde la entrega, igualmente se consigna en el artículo 1.834 del Código chileno y en el artículo 2.262 del Código mejicano.

A MODO DE CONCLUSIONES

1. La primera observación general de que se ha de partir es referente al carácter de las normas contenidas en los artículos 1.469 a 1.471. Cuando existe disconformidad entre lo expresado en el contrato y la realidad relativa al inmueble en venta, el Código arbitra en estos artículos unas reglas que pretenden llenar ese vacío que se ha producido al desconocerse cuál sería la voluntad de las partes en tal situación. Por ello mismo, si comprador y vendedor hubiesen acordado previamente la solución a adoptar si se presentasen esos determinados supuestos, será en todo la voluntad de las partes la que se imponga.

Se trata, pues, de normas de Derecho dispositivo, derogable por voluntad expresa de las partes que acuerden otras soluciones distintas a las previstas por el Código. Es ello una directa consecuencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación.

Ahora bien, cuestión distinta es que si hubiese contienda acerca del alcance derogatorio del mutuo acuerdo de los contratantes, serán los Tribunales quienes tengan que apreciar hasta dónde alcanza la derogación.

Por otra parte, asimismo, es obvio que no cabe una derogación exclusiva por las partes del artículo 1.472. Al estudiar el plazo de seis meses que este artículo establece para el ejercicio de las acciones dimanantes de los tres artículos anteriores, se ha dicho que el legislador había querido que fuese breve precisamente para evitar que se prolongaran situaciones de inseguridad jurídica; al contrario, pretende que cuanto antes la consumación del contrato con el cumplimiento de las respectivas obligaciones quede consolidada. Es decir, el legislador ha hecho del plazo

una cuestión de orden —jurídico— público al servicio del principio de seguridad jurídica. Por ello, no cabe disposición de las partes en contrario del artículo 1.472.

Mas, siendo ello cierto, no quita que por el juego de las posibilidades de modificación de las partes en relación a las reglas establecidas en los artículos 1.469 a 1.471, pueda indirectamente venir afectado el artículo 1.472. O mejor dicho, lo que las partes pueden hacer es modificar el supuesto de hecho de forma que no se dé el que el artículo 1.472 recoge como presupuesto básico que ha de existir para su aplicación, a saber: «las acciones que nacen de los tres artículos anteriores». Es decir, el plazo de seis meses del artículo 1.472 —con carácter de *ius cogens*— que establece el Código, sólo y exclusivamente es aplicable a las acciones que surgen de la aplicación de los artículos 1.469 a 1.471; cualquier otra acción relacionada con el contrato no está sometida al artículo 1.472. Por ello se viene diciendo que si las partes han previsto soluciones distintas a las que establecen los artículos 1.469-1.471, excluyendo la aplicación de éstos, pueden estar impidiendo que se llegue a dar el presupuesto de hecho que recoge el artículo 1.472 para su aplicación.

2. Como se decía al comienzo de este estudio, en la introducción, se quiere terminar con una síntesis global que, tras el análisis detallado, posibilite una visión de conjunto.

El Código parte de la obligación de entrega de la cosa que del contrato de compraventa nace para el vendedor. La cosa se ha de entregar «en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato» (art. 1.468, párrafo 1.º), y la obligación de entregar la cosa comprende la de «poner en poder del comprador todo lo que se exprese en el contrato».

Para saber qué se ha de entender por «todo lo que se exprese en el contrato», y si las partes no han acordado otra cosa, el Código establece unas reglas, que son las que se han estudiado, y que tienen como finalidad integrar la voluntad de las partes y asignar unos determinados efectos jurídicos según los diversos supuestos. Para ello, el Código, si bien sistemáticamente inserta estas normas en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de compraventa, a la hora de establecer los efectos jurídicos atiende a la relevancia que cada uno de los presupuestos de hecho pudiera tener en la voluntad contractual de las partes, especialmente en la del comprador, en cuanto pudiera existir vicio en el consentimiento.

Nuestro Código Civil dedica los artículos 1.469 y 1.470 a las reglas relativas a las ventas de inmuebles a razón de un precio por unidad de medida o número, y el artículo 1.471, a las ventas de inmuebles por precio alzado.

3. El Código configura la venta por unidad de medida exigiendo dos

requisitos: que se exprese la cabida del inmueble y que se fije el precio sobre la base de un tanto por unidad de medida o número. En cuanto a los efectos jurídicos establece una regla general: la obligación de entregar todo cuanto se haya expresado en el contrato. La expresión del Código referida al comprador, «si éste lo exige», es un inciso innecesario, ya que obviamente es el comprador quien ha de exigirlo, pues si éste no lo hace, no se va a preocupar el vendedor de ello más que él. Así, pues, en primer lugar y con carácter general, se otorga al comprador acción para exigir el cumplimiento del contrato entregando todo lo expresado en el mismo.

Mas si esto no fuera posible, el artículo 1.469, párrafo 2.º, distingue:

- Si la cabida del inmueble es inferior (menor cabida) en menos de una décima parte en relación a la atribuida en el contrato: tendrá lugar una rebaja proporcional del precio.
- Si la cabida es menor en una décima parte o más de la consignada en el contrato: el comprador puede optar entre:
 - una rebaja proporcional del precio,
 - o la rescisión del contrato.

Las mismas reglas se aplican si en lugar de ser menor la cabida, lo es la calidad.

Con relación al supuesto primero de que la diferencia menor de cabida lo sea en menos de la décima parte, se debe considerar que el hecho de que aquí el Código sólo conceda la posibilidad al comprador de una rebaja proporcional del precio, no es óbice para que, llegado el caso, si queda demostrada la existencia de un vicio en el consentimiento consistente en un error esencial, que no accidental, se pueda anular el contrato sobre la base de las reglas generales de la contratación. Y ello por cuanto puede afectar a la causa del contrato si se adquiría un inmueble para un determinado fin que requería imprescindiblemente unas determinadas dimensiones, que si luego se comprueba que son inferiores, por poca que sea la diferencia, lo hace absolutamente inadecuado para la finalidad pretendida.

En el caso de que la cabida sea mayor, el artículo 1.470 dispone:

- Si la mayor cabida no pasa de la vigésima parte de lo señalado en el contrato: el comprador tendrá que pagar el exceso de precio.
- Si la mayor cabida pasa de la vigésima parte: el comprador podrá optar entre:
 - satisfacer el mayor valor del inmueble,
 - o desistir del contrato.

Se ha de poner de manifiesto la diferencia de porcentaje en que se fija el Código en el caso de menor cabida —décima parte— y en el de mayor cabida —vigésima parte— para obligar a aceptar una diferencia en el precio o admitir la rescisión del contrato. Las razones de tal distinción ya se vieron en su momento. En principio, el Código tiende a mantener la estabilidad y firmeza del contrato buscando el equilibrio querido por las partes, pero en el caso de la mayor cabida no se puede llegar tan lejos como en el de la menor porque, mientras en este último se quería vender y comprar todo lo que se entrega (lo que pasa es que el comprador tal vez no quisiera sólo lo que se le entrega), en el caso de la mayor cabida no se puede obligar al comprador a adquirir más de lo que quería comprar, y es posible que incluso no pueda responder a un significativo aumento del precio.

Por otra parte, en estos casos, el Código está pensando en la venta de un inmueble determinado, cuyos linderos constan, y cuya cabida se indica en el contrato para fijar el precio que se establece a tanto la unidad de medida; porque de lo contrario, en determinadas ocasiones, no se plantearía el supuesto de una mayor cabida, ya que si se trata de un terreno que es susceptible de división bastaría con entregar justamente la cabida indicada en el contrato. Pero ya se ha visto también en el capítulo tercero que éste sería un caso de «venta a medida» no previsto por el Código. De igual manera, este cuerpo legal no contempla, como tal vez correspondería al artículo 1.470, en paralelismo con el artículo 1.469, el caso de una mejor calidad. Sin embargo, por analogía, se habría de aplicar el artículo 1.470.

4. En cuanto a la venta de inmuebles a precio alzado, como el objeto del contrato es un «cuerpo cierto» por el que, independientemente de su cabida, se paga un precio global, el Código establece una regla general: se trate de un inmueble o de varios, no tendrá lugar un aumento o disminución del precio, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato.

Acto seguido, el Código reitera la obligación del vendedor de entregar «todo lo que exprese el contrato». Y así, en la venta de inmuebles por precio alzado, habiendo indicado linderos y cabida, el vendedor viene obligado a entregar todo lo que dentro de ellos se comprenda, incluso a pesar de que exceda de la cabida expresada en el contrato y sin que ello repercuta en el precio.

Ahora bien, en el caso de venta de dos o más fincas por precio alzado, el Código ofrece una opción en favor del comprador para el supuesto concreto de que debido a cualquier causa, por ejemplo, porque alguna parte comprendida dentro de los linderos señalados no pertenezca

al vendedor, éste «no pudiere» hacer la entrega mencionada. La opción que se presenta al comprador es entre:

- una disminución en el precio proporcional a lo que falte,
- o anular el contrato.

No se establece ningún requisito para optar por una u otra alternativa. El comprador puede escoger libremente la que desee. Como se puede comprobar, aquí no se pone tope alguno para poder anular el contrato; no habla ahora el Código de «rescisión» del contrato, sino de que quede «anulado», y, además, basta la más pequeña falta para que el comprador, si no se conforma con que se le deje de entregar lo que se estipuló, aunque sea en una mínima parte, pueda anular el contrato.

5. Con respecto a diversos casos a los que no se refiere el Código, se han arbitrado las soluciones que parecen más coherentes. Así, se han recogido los cuatro supuestos siguientes:

- Finca vendida de mejor calidad que la expresada en el contrato: por analogía, se aplicará el artículo 1.470.
- Compraventa de inmuebles con destino expresado: si la menor cabida de la finca —sea en la proporción que fuere— hace inservible el inmueble para el fin expresado, procederá la resolución del contrato.
- «Venta a medida»: el contrato de compraventa es perfecto desde el primer momento, si bien los riesgos corren a cargo del vendedor hasta la medición, momento en que se individualiza la finca. Por lo demás, se aplican las normas generales de la contratación.
- Compraventa sobre plano: si la finca existe perfectamente delimitada en la realidad, ésta se impone al plano; de lo contrario, la no adecuación al plano de la cosa vendida que se entrega supondría incumplimiento de una obligación contractual, cuya acción podrá ejercitar el comprador contra el vendedor. A este respecto, se hizo referencia a la compraventa de pisos aún no construidos, que, en definitiva, constituye un supuesto de *emptio rei speratae* (véase la Sentencia de 3 de junio de 1970).

6. El último capítulo se ha dedicado al breve plazo de seis meses que el artículo 1.472 establece para el ejercicio de las acciones que dimanen de los artículos 1.469 a 1.471. Aunque existen dudas, y un autorizado sector de la doctrina actualmente considera que se trata de un plazo

de caducidad, habría más bien que seguir la trayectoria del Tribunal Supremo, que lo estima de prescripción. Sobre el carácter imperativo o dispositivo de esta norma se ha tratado al comienzo de estas conclusiones, a donde se hace remisión expresa.

7. Se ha de indicar, por último, que este intento de síntesis, a modo de conclusión, se ha centrado exclusivamente en lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a lo largo de la exposición de este trabajo se han ido recogiendo aportaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales del Derecho comparado, cuya mera enunciación sirven ya para ampliar la perspectiva en que se sitúa el que ha sido tema central de estudio: la cabida en la compraventa de bienes inmuebles.

AGUSTÍN MADRID PARRA

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, II, 2.º, 5.ª ed., Barcelona, 1980.
- «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, y en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955.
- ALCÁNTARA, J.: «La prestación del riesgo en la compraventa», *RDP*, 1946, pág. 487.
- ALGUER: «Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1931, pág. 76.
- ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- ALVAREZ VIGARAY, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Universidad de Granada, 1972.
- ARIAS RAMOS-ARIAS BONET: *La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título V de la quinta Partida. VI: El problema del riesgo*. Comentario de la Ley del Notariado. Sección I. Estudios Históricos, II, Madrid, 1965.
- AUBRY-RAU: *Cours de Droit civil français*, V, 5.ª ed., París, 1907.
- BADENES GASSET, Ramón: *El contrato de compraventa*, 2 tomos, Madrid, 1969.
- BATISTA MONTERO-RÍOS, José: «Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en edificio por construir», *RDP*, 1962, pág. 189.
- BAUDRY LACANTINERIE-L. BORDE: *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des obligations*, I, 3.ª ed., París, 1906.
- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pág. 777.
- «Saneamiento por vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa»: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971), *ADC*, 1973, pág. 356.
- BIANCA: *La vendita e la permuta*, Torino, 1972.
- BONET, J.: «Servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir», *RDN*, 1961, pág. 247.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952.
- «Miscelánea jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1925, pág. 426.
- C. B.: «El negocio sobre cosa futura, su construcción dogmática», *ADC*, 1976, página 1141.

- CABALLERO, J. M.: «La teoría de los cuerpos ciertos», *Revista de los Tribunales*, 1913, pág. 481.
- CADARSO PALAU: «El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra» (comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1970), *ADC*, 1970, pág. 670.
- CALONGE: *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963.
- CÁMARA: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal». Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas, Madrid, 1973.
- CARBONNIER: *Droit civil*, IV, París, 1972.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, IV, 10.ª ed., Madrid, 1977.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1977.
- *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956.
- «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *RDP*, 1944, pág. 361.
- «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *ADC*, 1953, pág. 597.
- DALLOZ: *Répertoire de Droit civil*, París.
- DE BUEN: *Anotaciones al «Curso elemental de Derecho civil»*, Madrid, 1925.
- DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959.
- DE VISSCHER: *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel. Etude de Droit romain suivie d'un examen de la jurisprudence moderne*, Bruxelles, 1914.
- DEGNI, F.: *La compraventa*, Madrid, 1957.
- DELBECQUE: «Vente d'immeubles à construire a usage d'habitation» (Commentaire du décret núm. 72/489 du 15-VI-1972), *Journ. not.*, 1972, pág. 1217.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979.
- «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *ADC*, 1969, página 383.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1977.
- DURANTON: *Cours de Droit français suivant le Code civil*, París, 1844.
- DUVERGIER, J. B.: *Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements et avis du Conseil d'Etat*, París.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, II, 2.º, 1.ª parte, trad. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1966.
- ESMEIN: *Obligations. Traité pratique de Droit civil français*, VI, 2.ª ed., París, 1952.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales», *RGLJ*, 1967, pág. 913.
- *Derecho civil español*, III, Madrid, 1970.
- ESPINOSA DEL RÍO: *Viviendas de protección oficial*, 2 vols., Barcelona, 1971.
- FALCÓN: *El Derecho civil español, común y foral*, IV, 6.ª ed., Barcelona, 1902.
- FUENTES LOJO: *Nuevos comentarios a la Ley de Arrendamientos y a la Legislación de Viviendas de Protección Oficial*, Barcelona, 1970.
- GAETANO: *La compravendita e i Contratti Afini*, Roma, 1960.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentarios a los artículos 1.445 a 1.541», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid, 1980.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Barcelona, 1973.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: «Piso futuro y viviendas protegidas», *RCDI*, 1970, página 731.
- *Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial*, 2 vols., Pamplona, 1970.
- GARDANI CONTURSI LISI: *La compravendita*, Turín, 1970.
- GASCA: *La compraventa civil y comercial*, trad. de J. SANTACRUZ TEIJEIRO y Vicente GELLA, 2 tomos, Madrid, 1931.
- GAYOSO, Ramón: «Cuestiones del contrato de compraventa», *RDP*, 1922, pág. 210.

- GONZÁLEZ, J.: «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», *RCDI*, I, 1925, pág. 11.
- GONZÁLEZ-BERENGUER: *La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda*, Madrid, 1967.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968.
- JORDANO BAREA, Juan: «Causa, motivo y fin del negocio» (Sentencia de 30 de junio de 1948), *ADC*, 1949, pág. 779.
- JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, I, París, 1938.
- LARENZ, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción castellana de Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Madrid, 1956.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos: «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación», *RDP*, 1980, pág. 50.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración del contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», *RDN*, 1967, pág. 277.
- LUZZATTO, Ruggero: *La compraventa según el nuevo Código Civil italiano*, traducción y notas de Francisco BONET RAMÓN, Madrid, 1953.
- MACHADO CARPENTIER, J.: «Servidumbre en beneficio del edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1962.
- MALINVAUD: «La garantie des vices par le vendeur prometteur de constructions immobilières: unite ou diversité?», *Juris Classeur periodique*, 1969, pág. 12284.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, X, 3.ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1919.
- MARCADE: *Explication theorique et pratique du Code civil*, VI, 6.ª ed., París, 1855.
- MARTÍN BLANCO, J.: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1968.
- MARTÍN MATEO, R.: «La penetración pública en la propiedad urbana», *RCDI*, 1972, página 1244.
- MARTY-RAYNAUD: *Droit civil*, II, 1.º, París, 1962.
- MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, I-2, París, 1950.
- MOLINA GARCÍA, Antonio: *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Madrid, 1981.
- MORALES MORENO, Antonio: «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pág. 585.
- MOZOS, J. L. de los: «Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana», *RDU*, 1970, pág. 24.
- OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte general)*, Granada, 1956.
- PACIFICI-MAZZONI: *Della vendita*, Torino, 1929-1930.
- PEIDRO, J.: «La obligación del vendedor de entregar el dominio de la cosa vendida, a través del Código Civil y de la jurisprudencia», *Revista General de Derecho*, 1949, pág. 560.
- PLANIOL-RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, X, París, 1956.
- POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, 1963.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho civil español*, III, 1.º, Barcelona, 1966.
- REVISTA DE LOS TRIBUNALES: *Varias cuestiones prácticas de Derecho*, 1923.
- ROCA SASTRE, Ramón M.: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa de cosa futura*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- ROVIRA JAÉN, Francisco: «La compraventa de cosa futura», en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1965.
- SAINT-ALARY: *Vente d'immeubles*, París, 1969.
- SALIS, Lino: «Acquisto di appartamento in edificio da costruire», *Riv. Trim. Civ.*, 1960, pág. 34.
- *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935.

- SANAHUJA SOLER, José M.^o: «Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1947.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, IV, 2.^a ed., Madrid, 1899.
- SÁNCHEZ VELASCO, H.: «Constitución de servidumbre en el edificio a construir. Su proyección registral», *RDN*, 1969, pág. 231.
- SANTAMARÍA, J.: *Comentarios*, II, Madrid, 1958.
- SAVATIER: «La propiedad del espacio», *RDU*, 1967, pág. 18.
- SCAEVOLA, Q. Mucius: *Código Civil concordado y comentado extensamente*, XXIII, Madrid, 1906.
- *Jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, 1902.
- TORRALBA SORIANO: «Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código Civil», *ADC*, 1970, pág. 123.
- TORRES LANA, José Angel: «Las características del volumen de edificabilidad», *ADC*, 1974, pág. 877.
- TRAVIESAS: «Ocupación, accesión y especificación», *RDP*, 1919, pág. 289.
- TROPLONG: *Droit civil expliqué. Commentaire du Titre VI du Livre III du Code Napoléon: De la Vente*, I, 5.^a ed., París, 1856.
- TUHR, V.: *Tratado de las Obligaciones*, I, trad. cast., Madrid, 1934.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, III, 3.^a ed., Valladolid, 1937.
- VILLACAÑAS, J.: «La propiedad en sentido vertical», *RCDI*, 1953, pág. 488.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 5 de mayo de 1870.
- 11 de noviembre de 1870.
- 11 de febrero de 1877.
- 2 de marzo de 1898.
- 20 de diciembre de 1898.
- 10 de enero de 1901.
- 16 de enero de 1901.
- 20 de enero de 1912.
- 20 de abril de 1912.
- 26 de junio de 1924.
- 25 de noviembre de 1926.
- 29 de marzo de 1927.
- 4 de junio de 1928.
- 8 de marzo de 1929.
- 10 de febrero de 1936 (Repertorio Aranzadi 331).
- 12 de marzo de 1948 (RA 464).
- 30 de junio de 1948 (RA 1.115).
- 10 de junio de 1952 (RA 1.513).
- 26 de junio de 1956 (RA 2.729).
- 14 de abril de 1958 (RA 1.478).
- 28 de abril de 1958 (RA 1.694).
- 27 de mayo de 1959 (RA 2.471).
- 16 de febrero de 1962 (RA 1.086).
- 28 de noviembre de 1962 (RA 4.685).
- 6 de diciembre de 1963 (RA 5.208).
- 24 de enero de 1964 (RA 244).
- 11 de mayo de 1966 (RA 2.419).
- 17 de febrero de 1967 (RA 735).
- 14 de junio de 1967 (RA 3.139).
- 21 de mayo de 1970 (RA 2.412).
- 3 de junio de 1970 (RA 2.790).
- 26 de noviembre de 1970 (RA 4.907).

28 de noviembre de 1970 (RA 5.249).
17 de mayo de 1971 (RA 2.858).
9 de octubre de 1971 (RA 3.950).
21 de abril de 1972 (RA 1.860).
2 de febrero de 1974 (RA 435).
18 de abril de 1974 (RA 1.665).
30 de mayo de 1975 (RA 2.237).
16 de diciembre de 1975 (RA 4.581).
14 de junio de 1976 (RA 2.753).
27 de enero de 1977 (RA 121).
30 de junio de 1978 (RA 2.594).
5 de julio de 1978 (RA 2.748).
4 de octubre de 1978 (RA 3.656).
4 de abril de 1979 (RA 1.270).
21 de marzo de 1980 (RA 1.131).
20 de junio de 1980 (RA 3.228).
21 de junio de 1980 (RA 3.330).
20 de octubre de 1980 (RA 3.556).
28 de marzo de 1981 (RA 1.135).

RDGRN de 27 de junio de 1935.

Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español. La sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil aragonés

SUMARIO: I. *Oportunidad de la investigación histórica de las uniones no matrimoniales.*—II. *La Hispania primitiva: el concubinato en sus distintos derechos. El derecho ateniense.*—III. *El concubinato en Derecho Romano.*—IV. *Legislación visigoda: a) Fragmenta gaudenziana. b) Breviario de Alarico. c) Codex Revisus de Leovigildo. d) Liber iudiciorum.*—V. *Derecho musulmán y la interpretación talmúdica en España (Sefarad).*—VII. *La barraganía en los fueros medievales.*—VIII. *La barraganía en las Siete Partidas.*—IX. *Disposiciones posteriores a las Siete Partidas.*—X. *El Derecho canónico.*—XI. *El concubinato en la Edad Moderna española.*

PARTE PRIMERA

I. OPORTUNIDAD DE LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES

Los juristas especialistas en Derecho de familia, los restantes juristas e incluso los ciudadanos y ciudadanas todos, han visto en pocos meses que ha sido objeto de drástica revisión gran parte del articulado del Código Civil relativo al matrimonio y al Derecho de familia. Las Leyes 11 y 30/1981, y la hoy aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, de Reforma de la Tutela, crean un conjunto de problemas de asentamiento, interpretación y decantación de los nuevos preceptos que contienen en el total ordenamiento jurídico, a los que tienen que hacer frente todos los implicados en el proceso.

Pero no termina aquí toda la problemática del Derecho de familia.

Hay más cosas en el cielo y en la tierra de lo publicado en el *Boletín Oficial del Estado* y que, no obstante, exigen un lugar en el sol del nuevo Derecho de familia que se va perfilando. Me refiero a la regulación de las relaciones que suscita la existencia de parejas no casadas, problema que los juristas, legisladores y ciudadanos no pueden esquivar, y que será tanto más acuciante cuanto más se demore su estudio y encuadramiento en el total ordenamiento jurídico.

En el mundo occidental, tales problemas han sido y siguen siendo objeto de análisis multidisciplinario por diversos medios jurídicos internacionales. «La vigesimoséptima reunión de juristas de los países del Norte de Europa, celebrada en Reykiavik en 1975, trató de problemas de la llamada «Den papirløsen famile», «la familia sin papeles» o unión libre.

En 1976, en Pontremoli (Italia), se celebró un Congreso internacional con el orden del día: «La famiglia di fatto». En Upsala, en 1979, tuvo lugar otro Congreso jurídico bajo la rúbrica: «Family living in a changing society», en que se abordaron también los problemas planteados por las uniones no matrimoniales o libres. Finalmente, en Messina, los días 8 a 10 de julio de 1981, y convocado por el Consejo de Europa, se ha celebrado el XI Coloquio sobre Derecho europeo, con un único orden del día: «Los problemas jurídicos planteados por las parejas no casadas».

Siguiendo la línea de interés demostrado por la convocatoria del Coloquio de Messina, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa, a fines de 1981 ha propuesto al Comité de Ministros de dicho Consejo conceda ampliación de mandato al Comité de expertos de Derecho de familia, a él subordinado, sobre el siguiente punto: «Estudiar los problemas de Derecho privado planteados por las parejas no casadas y, eventualmente, elaborar un instrumento apropiado» (1) (1 bis) (1 ter).

(1) Los puntos a incluir en dicho orden del día son: «responsabilidad de los padres y guarda de los hijos; obligación de alimentos; división del patrimonio durante el período de vigencia de la unión libre; derechos relativos a la vivienda; sucesión; reparación de los daños causados por un tercero al otro miembro de la pareja, y relación entre los miembros de la pareja y los terceros, especialmente en materia contractual».

(1 bis) El Comité de Ministros ha aceptado la propuesta del Comité de Cooperación jurídica, y en el orden del día del Comité de expertos de Derecho de familia, para los años 1983-1985, figura el siguiente punto: «Estudios de los problemas de Derecho Privado planteados por las parejas no casadas, y eventualmente, elaboración de un instrumento apropiado».

(1 ter) El Contro Internacional de Estudios Jurídicos de Derecho Comparado, anejo al Instituto Universitario Internacional de Luxemburgo, ha celebrado una sesión los días 19 al 30 de julio de 1982 bajo el siguiente orden del día: «La familia de hecho». Ha dirigido los trabajos Mme. N. VERHEYDEN JEANMARTA, Profesora en la Universidad Católica de Lovaina. Las ponencias casi han copiado el orden del día

El problema ha sido objeto de trabajos legislativos en algunos países, especialmente del Norte de Europa. La institución parlamentaria común a los países nórdicos, el Consejo Nórdico, ha evocado, en el curso de varias de sus sesiones, los problemas de las parejas no casadas y ha concluido que estos problemas constituían un ámbito natural de la cooperación nórdica, que debía ser incluida en las deliberaciones comunes emprendidas actualmente respecto de la reforma del Derecho de familia. Los delegados de diversas comisiones jurídicas nórdicas, dependientes de dicho Consejo, se han reunido catorce veces hasta principios de 1981. Después de varias recientes reuniones, las parejas no casadas constituyen un tema importante de su orden del día (2).

Asimismo, a lo largo de la década de los años setenta, las comisiones de Derecho de familia estatales de todos los países nórdicos —singularmente, Suecia, Noruega y Dinamarca— han elaborado activamente nuevas leyes y han incluido en sus programas de trabajo los problemas de las parejas no casadas.

España es miembro de pleno derecho del Consejo de Europa, y tiene un compromiso político de armonizar su Derecho con el de los demás países miembros. Su Constitución la define como un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, el pluralismo —art. 1—, que reconoce el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes —art. 10, 1—, y garantiza la libertad ideológica y religiosa de las personas —art. 16, 1—. Todos estos principios crean un ámbito de lo jurídicamente lícito, inmune a la indocctrinación religiosa o condenación por alguna religión, del hecho de la unión libre (2 bis).

Hay plena conciencia en los autores extranjeros que han estudiado hasta la fecha el fenómeno, que la tradicional hostilidad de los ordenamientos jurídicos para con la regulación jurídica de la unión libre se debe a factores histórico-religiosos hoy superados: la condena del concubinato por el Concilio de Trento y su prohibición paralela en algunas iglesias protestantes. Tal condena, laicizada, fue acogida por los ordenamientos seculares, antes y después de la promulgación de los Códigos Civiles

del undécimo Coloquio de Messina sobre la materia. M. L. ROUSSEL, experto en demografía por Francia, ha participado en el Coloquio de Messina y en la sesión del Centro.

(2) SVEN DANIELSEN: *Les couples non mariés et leurs enfants. La législation scandinave en cours d'elaboration*. «Repport» presentado a dicho Coloquio de Messina, pág. 8.

(2 bis) Sobre los aspectos constitucionales de la unión libre en nuestro actual Derecho, véase mi artículo «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, de 1982, págs. 89 a 138. Hay separata.

europesos a lo largo de los siglos XIX y XX. Dichos autores citan, apoyando su postura favorable a la regulación jurídica del fenómeno, los ciertamente escasos precedentes de la regulación de las uniones no matrimoniales en los Derechos europeos medievales.

Por el contrario, España tuvo un conjunto importante de regulaciones jurídicas de dichas uniones no matrimoniales, en la línea de los más modernos Derechos de la actualidad. La posición digna de la mujer en la llamada «barraganía», los contratos de amistad y compañía que se pactaban en la España medieval entre personas solteras y la equiparación personal y patrimonial de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, cuando éstos hubieran sido concebidos en una relación estable y notoria, semejante a la del marido con «la mujer de bendición» o «velada», son precedentes importantes para las modernas preocupaciones de los autores y legisladores extranjeros y creo que nacionales.

Curiosamente, algunos eruditos germanistas —vg. FICKER (3)— han descubierto ya hace ochenta años el íntimo parentesco de la barraganía española medieval con regulaciones semejantes del primitivo Derecho germánico oriental, singularmente el danés. España y el norte de Europa se pueden dar la mano en 1983, a través de su más remoto y venerable pasado histórico, en la común preocupación por las parejas no casadas. JOAN REGLÀ ha dicho (3 bis): «A través del presente —de 'cada presente'—, la historia enlaza, pues, el 'pasado' y el 'futuro': acude el pasado en función de las preocupaciones del presente, las cuales, a su vez, se encaminan hacia la configuración del futuro».

Aproximándonos sin prejuicios ni falsos juicios morales —para lo que hay que conocer *toda* la historia, no sólo la historia que hasta ahora nos han narrado— al hecho actual de las uniones no matrimoniales, extraeremos enseñanzas para una adecuada comprensión del presente y, sobre todo, una regulación más justa del hecho en el porvenir. Creo que hasta llegar a esta regulación, el estudio de la historia del Derecho español será una pedagogía para la libertad.

II. LA HISPANIA PRIMITIVA: EL CONCUBINATO EN SUS DISTINTOS DERECHOS. EL DERECHO ATENIENSE

Conocemos muy fragmentariamente la regulación jurídica de la familia del mundo ibérico anterior a la conquista romana. Creo que se puede conjeturar que en todos los Derechos vigentes en la Península

(3) Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico, traducido por JOSÉ ROVIRA ARMENGOL, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1928.

(3 bis) *Introducción a la Historia*, Ediciones Teide, Barcelona, 1970, pág. 14.

—el fenicio y el púnico, probablemente idénticos; el celta; el ibero, y el griego— existiría reconocida alguna forma de unión no matrimonial con esclavas, al lado del matrimonio monógamo, pues la prohibición de aquellas uniones es una exigencia del Derecho canónico medieval. No parece que hubiera obstáculos —no los hubo eficaces en Roma— para la práctica simultánea del matrimonio y del concubinato (3 ter).

Los atenienses conocían el concubinato — *παλαζία* — como unión legal de inferior rango que el matrimonio. Aunque algunos autores afirman que el ciudadano podía simultanear esta unión con la matrimonial, otros entienden que las leyes y, sobre todo, las costumbres helénicas lo prohibían. El nacimiento de unión concubinaría no concede a los hijos la ciudadanía ateniense, aunque los padres fueran ciudadanos: se equiparaba la condición de aquéllos a la de los nacidos de una extranjera, y no podían ser inscritos en el registro de los ciudadanos. Posteriormente a la edad clásica, parece que se admitió una mayor tolerancia al respecto. Los hijos de concubina — *ἑσθῶι* — podían mejorar su condición mediante la adopción, lo que surtía el efecto de la legitimación, pero tal adopción debía ser consentida por los parientes de la fratría, y en todo caso sólo concedía derecho a una parte de la herencia paterna (4).

III. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

«El *concubinatus* clásico es una unión autorizada, aunque ilegítima, de varón y mujer, siendo esta última definida como *femina quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, femina pro uxore*, una mujer soltera que vive con alguien como si fuera casada... Tener concubina no es contrario a la moral romana... Para la mujer tampoco es un estigma deshonoroso ser concubina. Se daba ya en la época republicana el concubinato con mujeres libres y esclavas, pero se hizo más frecuente durante el Principado. Contra lo que Augusto pretendía, se recurrió al concubinato en los casos en que el matrimonio estaba legalmente prohibido (vg. a los soldados).

El concubinato obtuvo reconocimiento social en el período clásico. La legislación augustea no lo permitía ni lo regulaba, y ni siquiera lo consideró digno de mención. No se desenvolvió como una especie de

(3 ter) Aunque no es desconocido el Derecho de Familia de las colonias focenses en el Mediterráneo español —Emporion, Denia, Sagunto—, al menos haré referencia al Derecho ateniense en esta materia.

(4) BRUGI: «Concubinato (civile. Storia del diritto)», en *II Digesto italiano*, volumen octavo, parte primera, Turín, págs. 472-474.

matrimonio, sino que fue siempre una relación ilegítima semejante a cualquier otra» (5).

Los hijos, igual que los demás no matrimoniales, no entraban bajo la potestad ni en la familia del padre, sino que seguían la condición personal de la madre. «El concubinato era la única forma posible de unión con libertas y mujeres tachadas sin infringir los preceptos de la Lex Iulia de adulteriis de Augusto» (6).

Las donaciones entre concubinos eran válidas, aunque Caracalla prohibió las de los soldados a sus concubinas, pero no al contrario. El *concubinatus* era permitido con aquellas mujeres con las que se permitía una relación ilegítima cualquiera —con las más dignas se cometería *stuprum*— (7).

A partir de Constantino, los emperadores cristianos tienden a combatir el concubinato y procurar asimilar a los hijos nacidos de concubina a los legítimos mediante la legitimación. Se reserva a aquéllos la denominación de *liberi naturales*, diferenciándolos así de los *spurii* o vulgo *quaesiti*, habidos de cualquier otra unión, y se permite su legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, que les concedía los efectos de la sujeción a la patria potestad y el ingreso en la familia del padre. Constantino, haciéndose eco de una conocidísima —pero ineficaz— *sententia* de Paulo —*Receptae Sententiae*, II, 20—, prohíbe al hombre casado tener al propio tiempo una concubina, aunque no hace lo propio con el hombre soltero, que conserva, hasta las *Novellae* de Justiniano, la posibilidad de tener varias concubinas a la vez. El cristianismo influyó en la regulación del concubinato por la legislación bajo imperial y justiniana: «mientras a los cristianos repugnaba que las leyes permitiesen el concubinato, encuentran al mismo tiempo bárbaro y pecaminoso que los padres no tuviesen ninguna obligación respecto de los hijos naturales» (8).

En tiempo de Justiniano —o mejor dicho, después de la promulgación de las *Novellae*— el estado legal del concubinato era el siguiente: sólo era posible con mujeres libertas o ingenuas de mala reputación. El concubinato con mujeres ingenuas respetables era penado como si se tratara de un *stuprum*. Se prohíbe el concubinato poligámico. El concubinato requiere las mismas condiciones de capacidad que un matrimonio: la concubina ha de tener la pubertad legal —doce años—, y la concubina de un hombre no puede serlo del hijo de éste o de su nieto.

(5) SCHULZ: *Derecho romano clásico*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1960, página 131.

(6) JÖRS KUNKEL: *Derecho privado romano*, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1937, página 401.

(7) SCHULZ: *Ob. cit.*, pág. 131.

(8) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 498.

La infidelidad de la concubina no es considerada como un *adulterium*. La liberta concubina no puede abandonar a su patrono sin consentimiento de éste, so pena de no poder contraer matrimonio o nueva unión concubinaria con un tercero. Los hijos de la concubina pueden ser legitimados no sólo por *subsequens matrimonium*, sino por *rescriptum principis*. El hijo natural puede reclamar alimentos a su padre, con tal que el concubinato tenga los requisitos que la ley establece. Asimismo, se plantea el problema de los derechos sucesorios de la concubina y de los *liberi naturales*:

a) Sucesión testamentaria y donaciones: Si el que tiene concubina tiene uno o varios ascendientes o descendientes legítimos, no puede dejar a los *liberi naturales* y a la concubina sino 1/12 de su herencia, que se dividen los hijos y la concubina. Si no hay hijos y sólo la concubina, sólo puede dejarle a ésta 1/24. En las *Novellae* parece que tal limitación sólo procede cuando existen descendientes legítimos.

Si el que tiene concubina no tiene madre ni prole legítima, puede, según el Código de Justiniano, instituir heredero a la concubina y a los *liberi naturales* en 6/12 de la herencia. Según las *Novellae*, en defecto de ascendientes y descendientes legítimos puede dejarles la integridad de la herencia. El argumento de Justiniano para conceder estos derechos consiste en que no se puede prohibir suceder a los naturales cuando se permite suceder en cierta proporción a extraños a la familia: la base de tal concesión se halla en ideas cristianas, que tendían a abolir el concubinato, pero no a desconocer la prole nacida de él (9).

b) Aunque el Código no concede derechos *ab intestato* a los *liberi naturales* y a la concubina, la *Novellae* 18, cx. 5, innova esta materia.

Cuando faltan legítimos descendientes y *uxor*, los *liberi naturales*, cualquiera que sea su número, reciben 1/16 de la herencia, que dividen con su madre, la concubina, que «recibe una porción de hijo».

Existiendo descendientes legítimos, los naturales no tienen derecho de sucesión intestada sobre los bienes paternos, pero deben ser alimentados de los bienes hereditarios, aun cuando viva la esposa legítima. En la misma proporción y en los mismos casos, los progenitores naturales tienen derecho a suceder *ab intestato* a los hijos naturales y a demandarles alimentos.

Para reconocer tales derechos a los *liberi naturales*, Justiniano exigió ciertos requisitos a la unión: la concubina debía ser una mujer libre; debía ser posible el matrimonio entre concubino y concubina; ésta debía ser única, so pena de inaplicación de las reglas sobre sucesión intestada; finalmente, debía la convivencia ser *more uxorio*, debía habitar la mujer

(9) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 499.

en la casa del hombre. Este requisito hacía cierta, indubitada, la paternidad (10).

IV. LEGISLACIÓN VISIGODA

a) *Fragmenta gaudenziana*

Dice GACTO FERNÁNDEZ (11) que «un supuesto legal de concubinato forzoso se mantiene en la época visigoda y viene determinado por la incapacidad de los siervos para contraer matrimonio, dada su falta de personalidad jurídica. Las uniones entre siervos, o entre libre y siervo, serían en todo caso concubinato para la ley visigoda, aunque en el fuero interno pudiera tratarse de verdaderos matrimonios. Así cabe interpretar el capítulo 8 de los *Fragmentos gaudenzianos*, en donde, al regular la condición jurídica de los hijos naturales, se les supone nacidos de mujer sierva. En efecto, la relación con cualquier otra mujer con la que se conviviera establemente, sería considerada matrimonio o, al menos, el Derecho no la presumiría concubinato, aunque la condición social fuera distinta».

b) *Breviario de Alarico*

Aun cuando este cuerpo legal, promulgado por Alarico para la Galia visigoda, fue poco usado en Hispania (12), contiene una regulación del concubinato a la romana.

La *interpretatio* del repetido fragmento de Paulo, hoy recogido en *Receptae Sententiae*, 2, 20: «eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest», afirma que el que tiene mujer no puede tener concubina, para que el amor de la concubina no le separe de la mujer. Se regula la sucesión de los hijos de la concubina con las normas del Código teodosiano. La concubina, necesariamente, tiene que ser ingenua. La *interpreatatio* permite asignar a los hijos de la concubina, ingenua o liberta, una «onza» —12— de su haber hereditario. Si faltan otros herederos, la concubina y sus hijos tendrán derecho a tres «onzas» —3/12— (13).

(10) BRUGI: *Ob. cit.*, págs. 499-500.

(11) «La filiación no legítima en el Derecho histórico español», *Anales de la Universidad hispalense*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969, pág. 18.

(12) LALINDE ABADÍA: *Introducción histórica al Derecho español*, Ediciones Ariel, Esplugues del Llobregat, 1970, pág. 58.

(13) BRUGI: *Ob. cit.*, págs. 503-504.

c) *Codex revissus de Leovigildo*

Este cuerpo legal suprime la prohibición de los matrimonios mixtos entre visigodos e hispanorromanos. Sin embargo, el hecho de tal prohibición no significó que las uniones contraídas entre unos y otros, mientras estuvo vigente, fueran extramatrimoniales, pues parece que la prohibición no fue acatada por la población. No obstante, GACTO FERNÁNDEZ (14) entiende que aun siendo posible el matrimonio entre personas de desigual clase social y condición, «la opinión pública, aun desaparecidos los impedimentos legales, tomaría en consideración, ahora como antes, la desigualdad social entre las partes como indicio seguro de la constitución de un concubinato».

d) *Liber iudiciorum*

No regula el concubinato, sino se limita a prohibir la relación sexual entre la concubina del padre o de los hermanos, y de los hijos de aquél o de los colaterales de éstos. Pero como en esta época se impone la prohibición del matrimonio entre judíos y cristianos, se plantea el problema de si son matrimonios o sólo uniones extramatrimoniales, y cuáles sean sus efectos (15).

V. DERECHO MUSULMÁN Y OTROS DERECHOS VIGENTES EN AL ANDALUS

La conquista de gran parte de Hispania por los musulmanes dio lugar a que rigieran tres ordenamientos jurídicos en su territorio: el musulmán, para los musulmanes conquistadores o conversos al Islam —muladíes—; el *Liber iudiciorum*, para los cristianos hispanorromanos —«dimmes» o tributarios, «mozárabes»—, que conservaban su autonomía jurídica, y el Derecho mosaico —talmúdico, para los judíos de Sefarad, también «dimmes» o tributarios, como los anteriores.

El Derecho musulmán incide de dos modos en la regulación del concubinato. Por una parte, en la medida en que las fuentes jurídicas mu-

(14) *Ob. cit.*, pág. 17.

(15) «Alarico abolió la mayor parte de las leyes romanas relativas a los judíos, pero mantuvo la prohibición de matrimonios entre romanos y judíos, que también la ley judía prohibía y que ya el Concilio de Elvira había condenado a principios del siglo iv. Pero en el siglo vii aún había casos de matrimonios entre ellos y todavía eran considerados como un problema. El Concilio IV de Toledo trata de este asunto.» E. A. THOMPSON: *Los godos en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1971, págs. 68 y 395.

sulmanas regulan el concubinato religioso entre los creyentes. El varón musulmán puede contraer el matrimonio con cuatro mujeres libres, pero no le está limitado el número de las concubinas, que, necesariamente, sólo pueden ser esclavas. Sin embargo, el concubinato atribuye a los hijos habidos de la unión la condición de legítimos, como si hubieren nacido de un matrimonio con mujer libre. No existen hijos naturales, ni la institución de la legitimación o el reconocimiento forzoso de la paternidad «natural». El hijo nacido del concubinato puede investigar su filiación respecto de su padre, y en tal caso, no sólo accede a la condición de legítimo, sino constituye a su madre —concubina del padre— en una posición privilegiada: ella no podrá ser vendida, y a la muerte de su dueño será manumitida (16).

Según el rito malekita, de evidente implantación en Al Andalus y luego en Castilla durante toda la vigencia del Derecho musulmán en la Península, cabe pactar en los contratos matrimoniales que el marido se comprometa a no tomar concubina (17).

Resulta sumamente importante resaltar que el varón musulmán sólo puede estar unido en matrimonio con mujer o mujeres libres o tomar concubina o concubinas entre las esclavas: le está formalmente prohibido todo otro tipo de unión fuera de estas dos instituciones (18).

Por otra parte, los varones hispanorromanos-visigodos, ahora llamados mozárabes, no pueden contraer matrimonio con las mujeres musulmanas, aun cuando los varones musulmanes sí pueden hacerlo con las mujeres mozárabes o cristianas (19). No parece que hubiera limitación alguna para el concubinato de musulmán con cristiana o de cristiana con cristiano, salvo, para estos últimos, las prohibiciones canónicas, poco eficaces. Las graves prohibiciones que recaían en las uniones de cristiano con musulmana permiten afirmar que las mismas no se dieron en número significativo. No hay que decir que el Derecho musulmán primaba sobre el Derecho visigodo para la regulación y efectos de la unión entre musulmán y cristiana.

VI. EL DERECHO MOSAICO Y LA INTERPRETACIÓN TALMÚDICA EN ESPAÑA (SEFARAD) (20)

Los judíos españoles, como luego demostraré, durante casi un milenio utilizaron su propio Derecho contenido en la Ley, o Torah —el Pen-

(16) RAYMOND CHARLES: *Le Droit musulman*, Colección Que sais je?, P.U.F., París, 1979, págs. 56-58.

(17) Id., *id.*, pág. 49.

(18) Id., *id.*, pág. 51.

(19) LALINDE ABADÍA: *Ob. cit.*, págs. 75-76.

(20) BRUGI: *Ob. cit.*, págs. 469-472.

tateuco cristiano—, y en la interpretación de la misma, el *Talmud*, redactado entre los siglos II al VI de nuestra era en Babilonia.

El concubinato coexiste con el matrimonio en la Ley mosaica, que admite, además, la poligamia —cuatro mujeres—, regla luego adoptada también por el *Corán*. En ocasiones, el concubinato es facilitado por la propia mujer estéril con el fin de adoptar el hijo de la concubina: así, Agar con Abraham, y Billa y Zilpa con Jacob. El concubinato es una relación entre un amo y una esclava, y no varía en un ápice la relación de esclavitud. El amo puede despachar a la esclava, sea o no concubina. Moisés prohibió que «el año sabático» se aplicara a la concubina esclava vendida por su padre —hubiera recobrado su libertad contra su voluntad—, y si el amo pretende despacharla, debe facilitar que alguno la quiera adquirir y manumitir, estando prohibido venderla a un extranjero. Los hijos nacidos de concubina pueden recibir donaciones. Si la concubina es libre y pertenece a la nación hebrea, el *Talmud* enseña que los hijos legítimos no excluyen a los naturales de la herencia. En otro caso, el hijo sigue la condición de la madre y no puede ser heredero del padre, aun en defecto de otros herederos. Parece que en el Derecho mosaico antiguo, los hijos de esclava concubina no podían participar en la herencia paterna, al seguir la condición de la madre. Porque los hijos de una esclava se adscribían o correspondían al ama de ésta. El Derecho talmúdico se plantea el problema de si pueden ser hechas donaciones *mortis causa* a un hijo de concubina, y parece negarlo cuando la concubina fuera esclava —pues en tal caso, el hijo no podía suceder *mortis causa*.

Moisés prescribió que la concubina asignada a un hijo por su padre debía ser mantenida en casa de aquél como una hija, y aun cuando el hijo contrajera luego matrimonio, no por ello debía resolverse el concubinato, ni siquiera en el punto del débito conyugal. El hijo podía despacharla, pero la esclava debía ser puesta en libertad gratuitamente, sin deber ser rescatada con precio.

El *Talmud*, por influencia del Derecho romano y bizantino, introdujo la dote y la *donatio propter nuptias*. Por analogía con el Derecho vulgar romano, de que da cuenta PLAUTO, que tendía a considerar concubinato la unión entre hombre y mujer en que ésta no aportaba dote, los talmudistas entendían que si el prometido esposo no hacía donación a la esposa de la *chevudâ*, 100 ó 200 zuzim, según fuera viuda o virgen, no existía matrimonio, sino concubinato. Cuando falta la constitución de esta *donatio propter nuptias* —verdadera *dos maritalis*, típica del Derecho germánico— o la cantidad de la misma es inferior a la establecida por la ley, aunque sea por voluntad de la mujer, la unión no sería un

matrimonio, sino una unión ilícita, la *fornicatio*. Por ello parece que en tal caso los talmudistas niegan cualquier derecho a la concubina, incluso los alimentos. La *chevudâ* tenía como fin evitar la mendicidad de la mujer cuando quedara viuda o fuera repudiada.

¿Tuvo vigencia este Derecho hebreo en España? La persecución antisemita desencadenada por los reyes visigodos movió a los hebreos de Toledo, en 654, a formular un *placitum* de renuncia a su ley, usos y costumbres. *Placitum*, evidentemente, otorgado bajo la coacción del rey Recesvinto. Pero es evidente que la ruina del reino visigodo abrogó esta ley, y los judíos, como los mozárabes, fueron ahora protegidos —«dimmies»— por los musulmanes (21). «Libre y favorecida, / la comunidad judía / se vinculó estrechamente a Babilonia, donde bajo la protección de los persas florecían las escuelas de la ley... Desde el siglo III después de Cristo fue redactándose la *Misnah*, y luego la *Genara* —el complemento, las *Novellae*—: comentarios de la ley. *Misnah* y *Genara* formaron el *Talmud Torah* —estudio de la ley—, del que existieron dos versiones, la palestina y la babilónica, más extensa, profunda y magistral ésta, que según todas las presunciones fue utilizada en las comunidades judías de los territorios hispánicos» (22). MOSSEH, rabino de procedencia oriental, muerto en 965, restauró en Córdoba la escuela talmúdica. En los reinos de Taifas alcanzaron los estudios del *Talmud* notorio incremento. En esta época destacó por su independencia y doctrina la aljama de Lucena. Los rabinos, en su doble condición de jueces y maestros, mantuvieron la pureza de la ley. Las respuestas de RABÍ ACHER, de origen alemán, en Toledo, fueron coleccionadas por sus discípulos, en el primer tercio del siglo XIV, bajo la dependencia de los reyes castellanos de la época. Le sucedió su hijo YAHACOB, quien elaboró una nueva redacción del *Talmud*, a cuyo fin consultó con sabios alemanes, franceses y españoles, y hacia 1340 publicó el libro llamado *Tur u «órdenes»*, en el que prescindió de cuanto había caído en desuso (23).

La persecución de los judíos a fines del siglo XIV motivó el bautismo —más o menos forzado— de gran parte de ellos, que fueron llamados conversos: en el lenguaje despectivo del pueblo cristiano, «marranos». En 1492, el edicto de expulsión de los judíos que no se convirtiesen al cristianismo, terminó con la aplicación de la ley de Moisés en España.

(21) GIBERT: *Historia general del Derecho español*, Copigraf, S. L.; Madrid, 1973, pág. 169.

(22) Id., *id.*, pág. 170.

(23) Id., *id.*, pág. 173.

VII. LA BARRAGANÍA DE LOS FUEROS MEDIEVALES (24)

Hallamos en los fueros medievales y en el léxico jurídico y literario patrio, entre los siglos XI al XVI, referencia a la institución jurídica de la «barraganía» o «barraganería». No es una situación de mero hecho, como en otras partes de Europa, sino produce muy precisos y perfilados efectos jurídicos.

MARTÍNEZ MARINA (25) afirma que: «Según su fuero y costumbre antigua de España, podemos distinguir tres clases de enlace de varón y mujer autorizadas o toleradas por la ley»... Y después de enumerar el matrimonio, «celebrado con todas las solemnidades del Derecho y consagrado por la religión», matrimonio *in facie ecclesiae*, que constituía a la mujer en «mujer de bendición» o «velada», y el matrimonio, «a yuras» (26), define la barraganía:

«La barraganía no era un enlace vago, indeterminado o arbitrario; se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y fidelidad, según se expresa en esta ley del Fuero de Zamora: 'Home que hober fillo o filla de barragana, se los per lengua non heredar, non sean heredados, en os tragan a derecho. Et se fur barragana que coma con él a una escudilla e a una mesa, e casa contovier con ella, e non habier mulier a bendición, los fillos sean here-

(24) MOUTON OCAMPO: *Enciclopedia jurídica española* Seix, Barcelona, voz *Barraganía*, pág. 165, afirma que según manifiesta EGUILAZ en su *Glosario* procede del árabe Báleg, que significa mozo soltero, adulto, teniendo en cuenta que las barraganas eran solteras y púberes; otros autores, siguiendo los precedentes romanos, derivan la voz barraganía del latín bargania, cuya traducción literal es convenio; considerando, por consiguiente, la institución un simple contrato. Alfonso X dedujo la acepción etimológica de la palabra de otras dos: barra, que es de arábigo, que quiere tanto decir como fuera, y gana, que es de latín, que significa ganancia.

(25) *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, por el doctor don FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, canónigo que fue de la Real Iglesia de San Isidro, de Madrid, y de la Santa Iglesia de Lérida, 2.^a ed., tomo I, Madrid, 1834, pág. 262.

(26) MARTÍNEZ MARINA afirma que «consta del Fuero de Cáceres que el matrimonio a yuras era un contrato juramentado que inducía perpetuidad y las mismas obligaciones que el matrimonio solemne. Todo home que su mulier de bendiciones o de yuras lexare o ella a él, vaya al obispo o a quien tuviere sus veces, et el obispo mande a los alcaldes que lo aprieten que torne el varón a la mugier y la mugier al marido» (*ob. cit.*, pág. 262, nota 1).

LALINDE ABADÍA —*ob. cit.*, pág. 601— estima que «aunque igualmente válido, pero de menor condición social y obedeciendo a la falta de consentimiento, es el celebrado sin solemnidad ante un clérigo —'a juras', 'a yuras'—. Las Partidas consideran clandestinos —ascondidos—: a) los celebrados sin testigos; b) sin previa petición, arras y otros honores; y c) sin hacerlo saber públicamente —'concejera-mente'— en la iglesia donde son parroquianos. Las leyes de Toro persiguen estos matrimonios que concluye por anular el Decreto Tametsi».

dados e en cuanto ganaren en todo hayan su metade'...» (27). Fuero éste que concede los máximos derechos a la barragana y que quizá sirviera de modelo a un contrato de barraganía, la llamada «carta de Avila» — fechada en 1361 —, llamada «carta de mancebía e compañería», en que el hombre recibe a la mujer «por manceba e compañera a pan e mesa e cuchiello por todos los días que... visquíredes». «No hay nada que podamos interpretar como índice de sometimiento de la mujer. Por el contrario, ésta recibe una serie de rentas que le garantizan su independencia económica incluso después de la muerte del hombre y un trato respetuoso, reflejado en la afirmación de que comerá con él en la misma mesa» (28).

En el Fuero de Plasencia, «la barragana, si probada fuere fiel a su sennor, e buena, herede la meatad que amos en uno ganaren en muebles e en raiz» (29).

«La generalidad con que los fueros hablan de las barraganas, así de los clérigos como de los legos, y aun de los casados, y sus disposiciones políticas y leyes civiles acerca de la conservación, subsistencia y derechos de hijos y madres, prueban cuán universal era la costumbre, y si bien por algunos fueros estaba prohibido a los legítimamente casados tener barraganas en público, esta prohibición no se extendía a las de los solteros, a los cuales no era indecente ni indecoroso contraer y conservar descubiertamente semejante género de amistades... Los fueros consideraban las barraganas de los legos como unas mujeres de segundo orden, y las otorgaban casi los mismos favores que a las legítimas» (30).

Según DE HINOJOSA, la primera mención de la palabra barragana se halla en un documento de principios del siglo xi (31).

Para GACTO FERNÁNDEZ (32), «solían acogerse a esta unión las clases inferiores de la sociedad, poco inclinadas al matrimonio, precisamente por su rigidez, y también los hombres de alguna calidad que deseaban convivir con una mujer de inferior condición social, el matrimonio con la cual hubiera sido objeto de la repulsa de sus iguales».

Según MOUTON OCAMPO (33), «la barraganía de los clérigos ofrece importancia extraordinaria por la extensión que adquirió entre la clase sacerdotal en sus primeros y últimos grados durante la Edad Media principalmente, sin que lograran reducirla la severidad de las penas que las

(27) MARTÍNEZ MARINA: *Ob. cit.*, págs. 262-263.

(28) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 263.

(29) MARTÍNEZ MARINA: *Ob. cit.*, pág. 263.

(30) *Id.*, *id.*, págs. 263-264.

(31) *Obras*, tomo I: «Estudios de investigación», con estudio de ALFONSO GARCÍA GALLO sobre «Hinojosa y su obra», Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1498, pág. 211, nota 37.

(32) «El divorcio en España. Evolución histórica», en *Historia* 16, julio de 1978, pág. 33.

(33) *Ob. cit.*, pág. 167.

leyes impusieron a los mismos por quebrantar uno de los votos de su sagrado ministerio». No cabe duda que tales penas fueron solamente dictadas a partir del siglo XIII, y tuvieron escasa efectividad práctica hasta el final de la institución en el siglo XVI.

Afirma GACTO FERNÁNDEZ (34) que «parece que se dieron dos clases de barraganía: una, contraída en términos de especial dignidad para la mujer, que de hecho no se diferenciaba de la esposa legítima, en cuanto participaba de todas las facultades que se le reconocían a ésta, y la ya conocida de orden inferior, en que la barragana apenas se diferenciaría de los criados y siervos. Los límites de la primera de estas figuras y el matrimonio clandestino serían tan confusos que para diferenciarlos habría que acudir a la declaración expresa, como se hace en la carta de Avila, porque el contenido de ambas relaciones es exactamente idéntico. Determinar en cada caso cuándo se trataba de una u otra sería una cuestión de prueba...; el documento cumple aquí la función que para situaciones similares exige expresamente el Fuero General de Navarra, cuando establece la necesidad de un juramento de las partes que destruya la sospecha de matrimonio que pudiera levantarse en torno a la convivencia».

SÁNCHEZ ROMÁN (35) afirma que «además de las dos uniones citadas —el matrimonio solemne y el matrimonio a yuras—, las ilegítimas de carácter permanente, o sea, el concubinato, que los fueros llamaban barraganía, estaban sancionados por la ley, produciendo un estado civil que si inferior al de los matrimonios solemnes y a yuras, no dejaba de originar derechos importantes, tanto para la barragana como para la prole. El fondo jurídico de la barraganía era un convenio de afecto y compañía para toda la vida de los contrayentes y bajo la ficción de ser como casados; siendo de notar que los fueros permitían sin distinción a todos los solteros, legos o clérigos, y aun en ciertas localidades también a los casados, que tuviesen barragana, la cual había de reunir las condiciones negativas de no ser casada, ni religiosa, ni pariente, ni robada, esto es, las mismas que si fuera a tomarse por mujer de bendición o a yuras. Era la concubina una mujer inferior en categoría a estas dos, pero casi gozaba de iguales derechos, existiendo fueros, como el de Plascencia y Zamora, que le concedían la mitad de los gananciales. La prole procedente de esta clase de uniones era considerada como de la familia y acreditaba respecto del padre una reciprocidad de derechos y deberes igual a los reconocidos en la legítima, en defecto de ésta; pero concurrien-

(34) «La filiación...», cit., págs. 30-31.

(35) *Estudios de Derecho Civil... e historia general de la legislación española*, tomo I: «Introducción, Historia general de la legislación española», Madrid, 1899, página 228.

do con ella, era postergada, limitándose sus derechos a los señalados para los hijos ilegítimos».

MARTÍNEZ MARINA (36), tras hacer un parangón entre la prostitución y la barraganía, y lanzar sus invectivas contra la primera, afirma sin embarazo alguno: «a favor de la barraganía, según uso y costumbre antigua de España, está la unidad, la sanidad, la fecundidad; filiación conocida y segura educación de los hijos» (37).

Comparando la suerte de los «hijos de ganancia» o «de barragana» españoles, con los «hijos de perra» o «bastardos» franceses medievales, la situación no puede ser más favorable a los españoles. Ello ha causado cierta admiración a los investigadores extranjeros, que no en balde han estudiado, desde que lo hizo el germanista FICKER, la condición de los hijos de barragana. Otros han resaltado la regulación de la barraganía en las *Partidas* como un caso sin precedente en la Europa de su tiempo (37 bis).

(36) *Ob. cit.*, págs. 268-269.

(37) En la *ob. cit.*, pág. 263, MARTÍNEZ MARINA da las razones de la regulación de la barraganía: «Los legisladores dejaron de castigar el desorden por precaver mayores males, y toleraron esta licencia consultando al bien público y teniendo presentes las ventajas de la población, y esto fue lo que movió a Don Alfonso VII a publicar la siguiente ley en fuero de Oreja: Si quis cum qualibet muliere non juncta, excepto conjugata, vel sanguinis sui proxima, vel per violentiam rapta, fugerit ad Aureliam ut ibi unus ex populatioribus fiat: sit securus: et qui dominus Aureliae fuerit illum recipere non timeat».

(37 bis) No es de extrañar la admiración de los extranjeros ante el caso insólito de la regulación, humana y equitativa, de la barraganía en los fueros medievales españoles y en las Siete Partidas de Castilla-León. MARY MARTIN MAC LAUGHLIN —«Supervivientes y sustitutos: hijos y padres del siglo IX al siglo XIII», en *Historia de la infancia*, de LLOYD DE MAUSE y otros, Alianza Editorial, S. A.; Madrid, 1982, páginas 160-163— afirma que «dada la inestabilidad del matrimonio, especialmente en la sociedad de los primeros siglos medievales, y la desenfrenada sexualidad de muchos de sus miembros, el número de hijos ilegítimos era ciertamente muy elevado. Entre los pertenecientes a la nobleza cuyas familias se dice que 'estaban llenas de bastardos', el estigma de la ilegitimidad quizá no se juzgara muy grave, aunque constituía un serio obstáculo para heredar, en una sociedad en que ésta era una consideración primordial, y para tomar las órdenes eclesiásticas. Pero también en este caso recaía en los pobres la carga más pesada, no sólo de la vergüenza, sino también del mantenimiento, y concretamente recaía en las mujeres explotadas, la mayoría de las cuales no podían subvenir a las necesidades de sus hijos. En la perspectiva religiosa el nexo entre infanticidio y sexualidad ilícita está claro... Fue también en este período, desde fines del siglo XI en adelante, cuando los dos grupos de víctimas, hijos y madres, empezaron a atraer la atención de las influyentes figuras que desplegaron mayor actividad en los movimientos reformistas y religiosos de la época... Los primeros hospicios aparecieron en las florecientes ciudades italianas... Más trascendental por sus efectos fue la labor de la Orden del Espíritu Santo, fundada en 1160, uno de cuyos fines era el cuidado de los expósitos y de los huérfanos... La Orden obtuvo el patrocinio de Inocencio III, que, consernado al ver 'incontables' cadáveres de niños flotando en el Tíber (!!)...», ordenó establecer los hospicios de Santo Spirito y Santa Maria in Saxia...». Y en nota 110, en pág. 161, la misma autora entre otras cosas dice: «... A partir del siglo XI la condición de hijo ilegítimo era un impedimento para tomar las órdenes eclesiásticas y

Según GACTO FERNÁNDEZ (38), «en ocasiones, el Derecho regula la sucesión de los hijos naturales en los bienes paternos cuando existe también prole legítima y las soluciones previstas han variado a lo largo del tiempo y en función de los territorios... En Cuenca, donde se considera naturales a los hijos de barragana, éstos suceden a los padres indiferenciadamente con los legítimos, al menos hasta el año 1285, en que un privilegio de Sancho IV trata precisamente de desterrar esta práctica... Una ley muy parecida a la de Sancho IV incluyó su hijo Fernando IV en el Fuero de Plasencia...; es posible, sin embargo, que, como en Cuenca, aquí heredarían indistintamente naturales y legítimos antes de la promulgación de estas adiciones... El Fuero de Alcalá de Henares contempla un supuesto de supervenencia de hijos legítimos cuando existieran naturales reconocidos; todos heredan conjuntamente, como posiblemente sucedería también en Brihuega y en Fuentes de la Alcarria... Igualmente, en Alfambra, los hijos naturales gozan de un amplio derecho hereditario si han sido reconocidos por el padre. Un régimen similar de concurrencia de naturales y legítimos en los bienes del padre, regía en alguno de los lugares que conservaban su derecho tradicional y a los que posteriormente se concedió el Fuero Real... Otra postura que adoptan

requería la dispensa... La ilegitimidad era también *casi en todas partes* [no en España, por supuesto, agrego yo] un impedimento para heredar, aunque en muchas regiones de Europa, y con arreglo al Derecho eclesiástico, los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres quedaban legitimados en virtud del matrimonio ulterior de los mismos, siempre que pudieran casarse en la fecha en que el niño fue concebido. No era así en Inglaterra después del gran Concilio de Merton —1236—, en que la corte real se negó a reconocer estas formas de legitimación como aplicables al Derecho de sucesión en los bienes inmobiliarios». Los bastardos eran igualmente excluidos de los cargos eclesiásticos y seculares en virtud de dicho Concilio. También la *coutume* francesa de Beauvais privaba de derechos sucesorios a los hijos ilegítimos. «La situación general del hijo ilegítimo fue resumida por Berthold de Regensburg, predicador alemán del siglo XIII, haciendo notar lo vergonzoso del pecado que hacía al niño 'élos, und erbelos und rehtelos', privándole de un matrimonio honroso, de una herencia y de una situación legal, así como de los honores seculares y eclesiásticos. Según el derecho consuetudinario alemán de fines de la Edad Media, el hijo ilegítimo de padres campesinos era considerado como hijo vinculado únicamente a la madre, y no podía tener pretensión alguna respecto de la familia ni derechos de sucesión.»

«Los hospicios de Santo Spirito y Santa Maria in Saxia, en Roma, no fueron suficientes para evitar el infanticidio de los hijos legítimos y sobre todo ilegítimos.» Todavía en 1527 un sacerdote —romano— admitía que «en las letrinas resonaban los gritos de los niños echados en ellas» (!!) —LLOYD DE MAUSE: «La evolución de la infancia», en la *ob. cit.*, pág. 53—. En mi opinión, el reconocimiento de la barragana como unión honorable y provista de efectos jurídicos favorables para los «fijos de ganancia» o «de barragana» debió contribuir, como afirma MARTÍNEZ MARINA, a la crianza de tales hijos y —lógica consecuencia— evitó el abandono o infanticidio de no pocos de ellos. Lo que de ninguna manera puede decirse del resto de Europa, donde las uniones no matrimoniales fueron perseguidas desde muy pronto por la Iglesia y los poderes civiles.

(38) «La filiación...», *cit.*, págs. 179-181.

algunos ordenamientos jurídicos es la de permitir que el hijo natural concorra con los legítimos en igualdad de condiciones cuando el padre voluntariamente así lo decida... El Fuero Viejo de Castilla y el Libro de los Fueros de Castilla establecen este sistema... Un criterio análogo tuvo también vigencia en Aragón».

Nada de esto es siquiera concebible en el Derecho francés medieval, donde los bastardos son excluidos de la sucesión intestada de los padres por influencia del Derecho canónico.

La barraganía de los clérigos, pese a estar prohibida por el Fuero Juzgo, tuvo una gran importancia en el sistema de los fueros municipales... «En casi todos los fueros municipales, y con especialidad en los de Alcalá, Soria, Molina y Plasencia, no solamente se reconoce a los hijos de los clérigos la facultad de heredar a sus padres, y a éstos, la de instituir sucesores a sus descendientes tenidos con mujer barragana, sino que se habla de la barraganía de los sacerdotes con una claridad y des-
aprensión verdaderamente notables» (39) (40).

VIII. LA BARRAGANÍA EN LAS SIETE «PARTIDAS»

El título XIV de la *Partida* 4.^a regula cuidadosamente la barraganía, de la que supone que su etimología proviene del árabe «sin ganancia».

«Después de definir el Rey Sabio la barraganía y de sentar que los hijos nacidos de mujeres barraganas son llamados hijos de ganancia, consigna que pueden ser recibidas por barraganas tanto la mujer liberta como la sierva, siempre que ella no sea virgen menor de doce años, ni viuda honesta y de buena reputación, 'pues para recibir por barragana, todo hombre que no tenga impedimento de orden o de casamiento, a una viuda o a otra mujer libre desde su nacimiento, hay que hacerlo ante

(39) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 167.

(40) MARTÍNEZ MARINA: *Ob. cit.*, pág. 272: «Así que podían los clérigos instituir a sus hijos por herederos en todos sus bienes, y a falta de éstos a sus parientes, y muriendo abintestato, sucedían sus hijos, y después sus parientes, guardándose siempre el orden general establecido por las leyes. Aunque pudiera citar en comprobación de este punto muchas autoridades y leyes, nos ceñiremos a dos, tanto más notables cuanto establecidas por prelados eclesiásticos de la mayor recomendación y del más alto carácter: tales son los de los fueros de Alcalá y de Villa de Fuentes». Y —*ob. cit.*, pág. 265— recuerda que en el Concilio de Valladolid de 1228, con asistencia de los prelados de Castilla y León, «se armaron los legisladores contra el común desorden e hicieron los mayores esfuerzos para exterminar el concubinato y la barraganía, particularmente del clero, que era lo que más se afeaba: fulminaron contra el delincuente y también contra sus hijos las más terribles penas, excomuniones, infamia, desheredamiento e incapacidad de aspirar a los oficios públicos». Pero reconoce que no fue eficaz tal disposición del Concilio.

hombres buenos, diciendo manifiestamente que se la recibe por tal barragana'» (41).

Se prohibió tener por barragana a mujer parienta o cuñada hasta el cuarto grado, y el tener muchas barraganas, «porque según las leyes es llamada barragana la que es una sola, y tal si quisiese el que la tiene pueda casarse con ella».

Se permitió a los adelantados tener barragana, pero no mujer legítima, en tierras de su adelantamiento, y las personas ilustres y de gran calidad no podían tener por barragana «mujeres siervas, libertas, juglarescas, taberneras, regateras, ni hijas de ellas, ni de otra clase reputada por vil». La pena era la consideración de espúreos de los hijos de tal unión y la carencia de derechos respecto del padre de los mismos (42).

«Las *Partidas* recogen el sistema romano justiniano de sucesión de los hijos naturales en la herencia paterna cuando faltan los legítimos: *ab intestato*, el hijo puede recibir una sexta parte del patrimonio total, que ha de repartirse con su madre. Se prescinde del requisito romano que hacía depender esta sucesión de la inexistencia no sólo de hermanos de matrimonio, sino también de mujer legítima del padre, exclusión que las *Partidas* explican convenientemente —*Partida* 6.^a, 13,9—. Por testamento, siempre sobre la base de la ausencia de otros hijos legítimos, el padre puede instituir al hijo natural heredero universal, pero debe respetar la legítima —un tercio del caudal— de los ascendientes, en el caso de que sobrevivieran. Este ordenamiento, sin embargo, no reconoce al natural ninguna legítima testamentaria»..., pero reconoce el derecho a alimentos del hijo (43).

Con respecto a la madre, y según las *Partidas*, los naturales suceden junto con los nacidos de otras uniones, en la misma porción que los hijos de matrimonio, con las únicas excepciones del hijo incestuoso o del engendrado en mujer consagrada al servicio de Dios; la glosa de GREGORIO LÓPEZ incluye también entre los exceptuados a los adúlteros (44).

La Ley 43, título VI, *Partida* 1.^a, prohibió la barraganía a los clérigos, bajo pena de pérdida del oficio y beneficio. Y la Ley 44 obligaba al sospechoso de barraganía que se vindicase en juicio ante su obispo, so pena de la privación de su beneficio.

No hay que olvidar que las Decretales no regularon expresamente la prohibición del concubinato de los clérigos (45), aun cuando insertaron algunos antiguos cánones que sancionaban la pérdida del beneficio

(41) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 166.

(42) Id., id., págs. 170-171.

(43) GACTO FERNÁNDEZ: «La filiación...», págs. 170-171.

(44) Id., id., pág. 181.

(45) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 513.

a los clérigos que no abandonaban a su concubina o hacían incapaces a los cocubinarios para ser promovidos a la clerecía. Sin embargo, como afirma el propio autor, «no obstante, en la vida real, estas disposiciones tenían poca eficacia. Pero la Iglesia intentaba paulatinamente hacerlas más eficaces» (46).

Los clérigos de Roa y su Arciprestazgo solicitaron de Alfonso X que sus hijos pudieran heredarles previa legitimación, privilegio que confirmó Fernando IV en 1300. «Aceptada por el Rey la proposición y concedido el privilegio, inmediatamente surgieron peticiones idénticas de todos los lados de Castilla y Aragón, viéndose precisados los monarcas de ambos reinos a otorgar un sinnúmero de concesiones semejantes, entre las que descuella por su importancia y amplitud la redactada en beneficio de los clérigos del Obispado de Salamanca en 19 de junio de 1292» (47).

IX. DISPOSICIONES POSTERIORES A LAS SIETE PARTIDAS

El Rey Juan I, a petición de las Cortes de 1380, estableció restricciones indumentarias a las barraganas de los clérigos, y les prohibió instituir herederos a sus hijos.

Los Reyes Católicos suprimieron algunas penas de las barraganas de los clérigos, porque estos mismos, reunidos en Congregación general de Sevilla, se comprometieron a acabar con la barraganía de sus miembros. Por pragmáticas de 1491 y 1502 se restableció la autoridad de la doctrina católica, lográndose al fin extirpar aquellas uniones (48).

Los mismos Reyes, en las Leyes de Toro, incidentalmente rebajaron la importancia de la barraganía entre los laicos. En la medida en que el concepto de hijo natural ya no dependió del nacimiento de mujer barragana, como en las *Partidas* —Ley 1, título XV, *Partida* 4.^a—, sino que «cuando al tiempo que nascieron o fueran concebidos, sus padres se podían casar con sus madres justamente, sin dispnsación, con tal que el padre lo reconozca por su fijo, puesto que haya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola: ca concorriendo en el fijo las calidades susdichas, mandamos que sea fijo natural» —Ley 11 de Toro—, se hacía innecesaria la barraganía para atribuir tal calidad. Por otra parte, la prohibición bajo pena de confiscación de bienes y destierro del matrimonio «que la Iglesia tuviere por clandestino» —Ley 49— muestra un claro disfavor legal a la única barraganía lícita en tal momento: la de los legos.

(46) Id., *íd.*, pág. 513.

(47) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 168.

(48) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 168.

X. DERECHO CANÓNICO

Aun cuando según la «Constitución de los Apóstoles», la concubina libre o sierva debía ser despedida o casada; aunque San Agustín condena, en el plano moral, no en el jurídico, toda suerte de concubinato, y aunque San Jerónimo y San Ambrosio condenan el concubinato como pecado grave, parece claro que en los primeros siglos del cristianismo y aun en toda la Alta Edad Media, tales doctrinas fueron expresión de un ideal evangélico a proponer, antes que a imperar coactivamente (49). Por otra parte, la ausencia de una forma *ad solemnitatem* para la celebración del matrimonio canónico hasta la promulgación de los cánones del Concilio de Trento, permitía sostener que muchas uniones sólo *consensu*, sin solemnización *in facie Ecclesiae*, eran matrimonio o concubinato, según la intención presumible de las partes, lo que daba lugar a un complejo sistema de distinciones, muy elaborado con el tiempo, pero que a veces dejaba traslucir dudas. Por supuesto, era infinitamente menos segura la distinción que tras la imposición de la forma *ad solemnitatem* del matrimonio canónico por el Concilio de Trento.

El primer Concilio de Toledo, del año 400, de vigencia general en España, en su canon 17 ordenó la excomunión del que a la par tuviera esposa y concubina. Sin embargo, el que no tuviera mujer legítima y tuviera *pro uxore concubinam*, no debía ser excomulgado; se le permitía optar, o por «una» mujer o por «una» concubina. San Isidoro de Sevilla ordenó que al cristiano no le era lícito tener varias, ni siquiera dos mujeres, sino sólo una: o esposa legítima o concubina (50).

La Iglesia, en la Edad Media, se encara con el peligro de que los pueblos de Occidente adopten una forma familiar poligámica: existían peligrosos precedentes prácticamente en todos los pueblos que tuvieron contacto con el cristianismo (51). Dicho Concilio de Toledo parece sacar consecuencias disciplinarias del conocido texto de PAULO (52): «Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest». En la Edad

(49) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 510.

(50) *Id.*, *id.*, pág. 512.

(51) La poligamia era una realidad cotidiana entre semitas y germanos. TÁCITO —*Germania*, 17, *in fine*—, aun reconociendo la habitual monogamia de los germanos, admite que los jefes la practicaban. Los francos, como los antiguos germanos, son a veces polígamos. Se achaca tal conducta a Carlomagno, en pleno siglo VIII de nuestra era. OLAGÜE —*La revolución islámica en Occidente*, Publicaciones de la Fundación March, Guadarrama, 1974, págs. 302-303— afirma que «la poligamia como hecho social ha sido una costumbre que ha sido observada por los hispanos durante varios siglos», y sostiene que el penúltimo rey visigodo, Witiza, en el año 702, permitió expresamente tal práctica (págs. 267-268).

(52) *Receptae sententiae*, 2, 20, incluidas en la *Lex Wisigothorum*.

Media se entendió que el texto prohibía el concubinato simultáneo al matrimonio, cuando no fue tal el efecto práctico del texto originario del jurisconsulto en su tiempo, que debió ser reforzado, como apunté, por una Constitución imperial de Constantino.

En la Alta Edad Media española, el Penitencial silense repite la condena del Concilio toledano, prueba evidente de su inaplicación práctica. El Penitencial cordobés ordena, bajo pena de penitencia durante siete años, despedir a la concubina cuando simultáneamente se tiene ésta y mujer legítima (53).

La Iglesia combate la poligamia también en otros países. LEPOINTE (54) afirma que «los Concilios reformadores del siglo IX vuelven sobre la cuestión», y cita los de Roma, en 826, canon 37; Maguncia, en 851, canon 15; Roma, en 853, canon 37, y Tribur, en 895, canon 38. El mismo autor señala que «para robustecer esta disciplina, Benito *el Diácono* se esforzó en exigir la dote en cualquier matrimonio». Finalmente, otros autores opinan que el tercer Concilio de Letrán prohíbe definitivamente la poligamia (año 1179).

GRACIANO, en su *Concordantia discordantium canonum* (1140), incluyó los textos dichos del Concilio de Toledo y de San Isidoro, que parecen tolerar el concubinato del laico soltero, y aun cuando asimismo incluyó otros de San Ambrosio y de San Agustín, absolutamente hostiles al concubinato, lo hizo para proponer un modelo moral más elevado, desde el punto de vista cristiano. Realmente, los preceptos jurídicos son aquellos, y el ideal moral, el propuesto por éstos.

En este mismo plano ético, de elevación espiritual de la categoría de la unión matrimonial, que poco tiempo después sería elevada al carácter de sacramento, se halla la ficción moral, más que jurídica, del propio GRACIANO: la concubina que vivía establemente con el hombre debía asimilarse a la *uxor non solemniter ducta*. GRACIANO entendió que la tal *coniugium non legitimum, sed ratum tantummodum esse creditur* (55), y que el Concilio de Toledo admitió esta figura. BRUGI entendió que esta doctrina era una especie de «profecía al revés», valga la imagen, pues trasladaba teorías morales del siglo XII a preceptos canónicos, dictados con otra intención, en el siglo V.

Tal doctrina del *Decretum*, entiende BRUGI, pretende salvar la integridad de la doctrina moral cristiana sobre el matrimonio, pero jurídicamente, desde el punto de vista del Derecho canónico, no concede ningún efecto al concubinato. GRACIANO sentó las bases en su *Concordantia* para

(53) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 13, nota.

(54) *La famille dans l'ancien droit*, Éditions Montchrestien, París, 1957, páginas 86-87.

(55) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 512.

que los hijos habidos en concubinato pudiesen reclamar los alimentos, y las hijas, la dote a sus padres, pero con ello no les concedió ningún privilegio respecto de los restantes hijos ilegítimos no nacidos de concubinato: la equidad canónica fundamentaba tal derecho en uno y otro caso.

Era posible la legitimación de los hijos naturales, pero no por la propia fuerza del concubinato, como en las Constituciones imperiales, sino por la asimilación de los *filii spurii* y de los naturales en Derecho canónico. Y, finalmente, y esto es más importante, GRACIANO negó el derecho a la sucesión intestada de los hijos naturales, basándose en el axioma: «Nec potest habere hereditatis consortium qui non habet originis privilegium» (56).

Sin embargo, después de él, los canonistas, en Italia y en Alemania, admitieron tal sucesión intestada, haciendo causa común en este punto con los legistas civiles. No hay duda que GRACIANO, aparte de los principios morales hostiles al concubinato, tuvo en cuenta para sentar esta prohibición, el ejemplo de las capitulares carolingias y demás legislación bárbara que excluía a los hijos naturales nacidos de concubina de compartir la herencia con los hijos legítimos. Tal doctrina no era insólita en su tiempo, es claro. Es posible que no llegara a conocimiento de GRACIANO la Novela 18, capítulo 5, de JUSTINIANO, que estableció la sucesión intestada de los hijos nacidos de concubina.

Sin embargo, la doctrina canónica posterior, apoyándose en la opinión de los postglosadores —varios de los cuales eran ellos mismos *liberi naturales*, como JUAN ANDRÉS, JASON DEL MAINE, NICOLÁS DE PASSERI, DECIO—, que no condenaban el concubinato y entendían, como BALDO DE UBALDIS, que «debemos obedecer a las leyes y no a los cánones, porque los cánones no permiten el concubinato, porque se comete pecado mortal» (57) —la misma protesta formal de acatar la doctrina de la Iglesia que contiene el conocido texto de las *Partidas*, Introducción al título XIV, *Partida* 4.ª: «Barraganas defendió santa egleſia que non tenga ningún cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal»—, no dejó de reconocer efectos al concubinato incluso después de la prohibición del mismo por el Concilio de Trento.

BRUGI (58) afirma que «no se puede negar que el silencio del Derecho canónico sobre la eventual sucesión de los hijos naturales y de la concubina cuando no hay hijos legítimos ni mujer legítima; la duda sobre si el concubinato fuera prohibido asimismo por el Derecho civil; el favor de la prole, característico de la antigua jurisprudencia; la menor inmoralidad del concubinato que la de otros vicios, pese a la tendencia

(56) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 513, nota 5.

(57) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 516.

(58) *Ob. cit.*, pág. 521.

a equiparar a la concubina con la meretriz, han influido en conservar la sucesión intestada de los hijos nacidos de la concubina». Así lo reconoció en el siglo xviii la Rota Romana, aun cuando exigió que la concubina no fuera cualquiera, sino «legítima concubina», cuya convivencia tuviera unos rigurosos requisitos.

Curiosa, y lamentablemente para los hijos de ganancia o bordes nacidos en Aragón, la Compilación de Huesca de 1247, que prohibió la sucesión intestada del padre en favor de los hijos de la barragana, sólo adoptó la primitiva disciplina canónica, propia del *Decretum* de GRACIANO, pero no la posterior que acabo de relatar. Y curiosamente también, en Navarra, el Fuero General redactado entre los años 1260 a 1304, no recibe la doctrina del *Decretum* de GRACIANO, por lo que los hijos legítimos y los de barragana están absolutamente equiparados y en pie de igualdad en la sucesión *ab intestato* de la herencia de su padre —capítulo 22, título 4, libro 2.º, del Fuero General— (59).

El Concilio de Trento y el concubinato: Según BRUGI, «el Concilio de Trento debía aportar grandes reformas, máxime la de la abolición de los matrimonios clandestinos, que pareció y fue atrevida novedad». «La ceremonia eclesiástica llegó a ser el único modo de contraer matrimonio; éste debía ser a partir de ahora concluido con la publicidad derivada de la celebración *in facie Ecclesiae* y de la presencia del párroco elevado a oficial del estado civil. Todo matrimonio no concluido con la forma predescrita era declarado nulo: el matrimonio presunto era abolido y la misma cópula carnal, que anteriormente convertía en verdadero matrimonio los esponsales de futuro, perdía a partir de ahora toda eficacia. El matrimonio de conciencia, al igual que toda cohabitación sexual no acompañada de la celebración del matrimonio, debía considerarse un concubinato. Pero también a éste se le cerraba el camino con un canon —el 8 de la sesión 24, *de reformatione matrimonii*—» (60).

«Nunca como ahora la Iglesia católica se había expresado tan claramente contra el concubinato de los laicos. Es natural que, no obstante que de «la prohibición del mismo se pudieran encontrar huellas precedentemente, el citado canon llegó a ser la fuente a la que después aluden

(59) Se deduce de estos textos que los hijos legítimos, los legitimados y los hijos naturales reconocidos legalmente heredan con igualdad a sus padres si éstos mueren intestados. Si se trata de un hijo natural único, o sea, sin que existan hijos legítimos, hereda todos los bienes del padre, según declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de octubre de 1913, aplicando el capítulo 1, título 4, libro 4.º del Fuero de Navarra; lo mismo dispone el capítulo 12, título 6, libro 2.º (LACARRA y MENDILUCE: *Instituciones de Derecho civil*, tomo 2.º, Pamplona, Ed. Aramburu, 1932, pág. 280).

(60) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 514.

todos tratando de esta materia. No parece, no obstante, que el concubinato desapareciese» (61).

Tampoco calló el Concilio tridentino acerca del concubinato de los eclesiásticos. Por el contrario, después de haber repetido la prohibición del matrimonio a los eclesiásticos *in sacris* y a los regulares que han hecho voto solemne de castidad —canon 9 de la misma sesión—, prohibió severamente a todos los eclesiásticos tener junto a sí o fuera concubina u otras mujeres «de las que pudiera sospecharse», o de tener alguna convivencia con ellas, amenazando penas severísimas, y autorizando con oportunas disposiciones a conocer del concubinato de los eclesiásticos *sine strepitu et figura iudicii et sola facti veritate inspecta* (62).

XI. EL CONCUBINATO EN LA EDAD MODERNA ESPAÑOLA

La vigencia de tales cánones del Concilio de Trento en España vino exigida por la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 —*Novísima Recopilación*, 1, 1, 13—. En opinión de Iván C. Ibán (63), «desde nuestra perspectiva sólo cabe decir que supone la integración en el ordenamiento jurídico estatal de los cánones tridentinos, y más específicamente: la recepción en el ordenamiento estatal de la regulación matrimonial de Trento». Regulación matrimonial contenida en la sesión 24 del Concilio y que prohibía formalmente, aun a los legos, el concubinato bajo pena de excomunión, como he apuntado.

Creo que tal regulación matrimonial tridentina, en su conjunto, absolutamente contraria a la unión extramatrimonial todavía regulada por las leyes civiles —casos de Castilla y Navarra—, eliminó cualquier institución contraria a ella: el matrimonio a yuras o clandestino y los efectos civiles de la barraganía, en lo sucesivo simple concubinato, en términos canónicos, esto es, merecedor de toda suerte de penas, eclesiásticas e incluso civiles, como dijo ANTONIO GÓMEZ en sus comentarios a las Leyes 80 a 82 de Toro (64). Ya he apuntado arriba que la Ley 11 de Toro había establecido la pena de confiscación de bienes y destierro para los que contrajeran matrimonios clandestinos.

Pero la supresión de la barraganía como práctica social honorable, dotada de efectos jurídicos importantes —como apunté, tal fue durante, al menos, cinco siglos de los que tenemos noticia histórica—, obedeció no sólo a lo preceptuado por la Real Cédula, sino también a la persecu-

(61) Id., *id.*, pág. 514.

(62) Id., *id.*, págs. 514-515.

(63) Iván C. Ibán: «Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1979)», *ADC*, tomo XXXII, fasc. I, marzo 1979, pág. 92.

(64) Citado por BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 514, nota 6.

ción del «concubinato de Derecho canónico» por el Tribunal de la Inquisición.

KAMEN (65) afirma que «la inmoralidad llegó a ser perseguida por la Inquisición, no por el pecado en sí, sino por el presunto error mental que hubiera tras él. Como resultado, un sinnúmero de casos presentados ante el Tribunal suponían poco más que declaraciones atolondradas y a menudo inofensivas sobre la moralidad privada... En cuanto a la fornicación, se podía cometer, pero no había que creer en ella...; en 1784 (!!)..., Josef Mas, de Valencia, fue procesado por cantar una canción impropia en un baile».

CONTRERAS (66) afirma que «si la liberalidad en las relaciones prematrimoniales ocasionales abunda por doquier, en la documentación del Santo Oficio, las formas que denotan la existencia de concubinatos más o menos duraderos, no son tan frecuentes. No falta quien ve en el amancebamiento un estado preferible al del matrimonio. Es la opción temporal de dos personas libres frente al vínculo regularizado e indeleble del matrimonio oficial. Estamos ante uniones duraderas, lo que FRANCISCO BERTAUT, recogiendo la voz popular, llama 'amancebamiento a pan y manteles' [véase el Fuero de Zamora, que emplea parecidos términos], y tales uniones, para sus autores, no tienen ningún carácter penalizador... La defensa del concubinato no supone, aunque pareciere lo contrario, un ataque directo a la institución matrimonial, pero sí es preferible, para algunos procesados, al matrimonio fracasado».

No puedo precisar si se cumplían las admoniciones del Concilio de Trento contra los concubinatos como trámite previo para proceder contra ellos por la vía de la persecución inquisitorial. Quizá cabría sostener que del concubinato, en cuanto delito canónico ordinario, deberían entender los Tribunales eclesiásticos ordinarios —episcopales—; pero en cuanto delito contra la fe, evidente «delito de opinión», era competencia de los Tribunales del Santo Oficio. No hay que negar tampoco la competencia de los Tribunales civiles o reales para hacer ejecutar las disposiciones de los cánones tridentinos, en cuanto contrarios al orden matrimonial, que el Estado había acatado mediante la Real Cédula de 12 de julio de 1564.

Y que los Jueces reales podían proceder de oficio contra la mujer casada que viviere amancebada, lo demuestra LLAMAS Y MOLINA (67), comentando la Ley 1, título 26, libro 12, de la *Novísima Recopilación*.

(65) *La Inquisición*, Ediciones Grijalvo, pág. 214.

(66) *El Santo Oficio de la Inquisición en Galicia, 1560-1700. Poder, sociedad y cultura*, Akal editor, Madrid, 1982, págs. 641-642.

(67) *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1853, Comentario a la ley 80, en tomo I, págs. 539-540.

al afirmar que: «dice, pues, la ley que se proceda por las penas establecidas en derecho contra el marido que consintiere que viva su mujer públicamente amancebada; de que se ve que si al marido se le castiga y se procede contra él de oficio por mero consentidor, con igual y mayor razón debe procederse contra la mujer, como reo principal de aquel delito, pues en realidad no es menos delincuente el perpetrador de un delito que el que lo consiente». Y cita en su apoyo el canon citado del Concilio de Trento, y recalca la posibilidad de que se invoque para su ejecución el auxilio del brazo secular. Sin olvidar la persecución que el marido podía hacer de los adúlteros, a ambos o a ninguno —Ley 80 de Toro—, y que se cumpliera lo dispuesto en el Fuero Real, esto es, la entrega a la justicia privada del marido de los adúlteros, eso sí, de ambos, no pudiendo ejercerla contra uno solo de ellos.

Afirmo que la barraganía no terminó por causas meramente ocasionales o por una simple elevación natural de la moralidad de las costumbres (68). Esto es, trasladar ideas —prejuicios, más bien, diría yo— del siglo xx a la compleja realidad de la llamada con razón por AMÉRICO CASTRO «la edad conflictiva española». La barraganía a pan y manteles era una práctica hondamente arraigada en las costumbres nupciales de las Españas, por causas variadas que no puedo aquí intentar desentrañar. Su degradación del rango de institución honorable a mero delito perseguido por el fuego cruzado del Estado y de la Iglesia, fue una consecuencia más de la normalización católica impuesta por los poderes públicos de la época para unificar las plurales Españas. La unidad religiosa y moral de España no fue obtenida por la persuasión, sino imperada por la fuerza.

(68) No comparto en modo alguno la opinión de GACTO FERNÁNDEZ —«La filiación no legítima» citada—, tan agudo y erudito en todo lo demás, al afirmar que «no fue, pues, una reacción jurídica contraria lo que desterró el concubinato de la sociedad hasta dejarlo reducido a comportamientos individuales aislados, sino un proceso de evolución en la mentalidad social. El concubinato no fue condenado por la legislación civil, sino abandonado espontáneamente por la comunidad que fue dejando de ver en él una unión deseable cuando la moralidad pública experimentó un cierto progreso; prueba de que no fue jurídica la causa de su regresión es que, incluso en los momentos del más rígido puritanismo, individuos insolidarizados con la mentalidad general han podido constituir o continuar relaciones de este tipo sin resultar inquietados por el Derecho. El papel que éste ha desempeñado en contra del concubinato ha sido en todo caso indirecto, privando a la relación de toda una serie de ventajas y de efectos jurídicos que reconocía en cambio al matrimonio como unión perfecta y más completa que esta otra» (pág. 677). Pero yo creo que una cosa es, como dicen los autores franceses, *le concubinat*, relación jurídica más o menos reglamentada —nuestra tradicional barraganía—, y otra *le concubinage* —unión de hecho a la que el Derecho no concede efecto jurídico favorable y, en su caso, castiga con persecución criminal—. Discrepo de GACTO FERNÁNDEZ porque no distingue estas dos realidades: las gentes se refugiaron en la unión de hecho porque el Derecho privó de efectos a la barraganía, pero muy probablemente no hubieran dejado de aprovecharse de los efectos de ésta si les hubiera sido posible.

Como he dicho en otro lugar, citando a DUVERGER (69): «detrás del oropel del pretendido consenso y de la integración social; el recurso a la policía, al ejército, a las cárceles, al verdugo: tal es el último medio del poder para integrar la sociedad». La expulsión o conversión forzada de judíos o musulmanes entre 1492 y 1502 eliminó cualesquiera uniones no matrimoniales permitidas en sus respectivos sistemas religiosos. Y el catolicismo forzado de todos los súbditos de los Reyes de las Españas —empieza entonces a hablarse de España, como unidad política y religiosa— provocó la aplicación irremisible de los cánones del Concilio de Trento a todos los españoles: si preciso fuere, con la eficacia inmisericorde del Tribunal de la Inquisición.

La supresión de la barraganía no significó, como es lógico, que no subsistieran las uniones de hecho, ahora desprovistas de efectos jurídicos favorables y susceptibles de persecución criminal.

GARCÍA CÁRCCEL (70) afirma que la familia española de los siglos xvi a xviii no puede homologarse en todo a la europea, y cita entre las peculiaridades más destacadas, la baja natalidad, agravada con una muy elevada mortalidad infantil, y la abundante ilegitimidad... Existía una gran libertad sexual, en la que se desarrolló un clima propicio a las prácticas anticonceptivas, desde el *coitus interruptus* a las maniobras abortivas (71).

La mortalidad infantil excede, en el siglo xviii, el 300 por 1.000, aunque es mucho menor en Cataluña (72). Quizá por la frecuencia del concubinato abundó en España la natalidad ilegítima, y más en la ciudad que en el campo. Las cifras son elocuentes: 4,6 por 100 en la Valladolid del siglo xvi —sumando los niños expósitos un 10 por 100—, 4 por 100 en Calonge a fines de este siglo y un 7,4 por 100 en Talavera en igual periodo. En Valencia y Galicia descienden estas cifras, aproximándose al modelo europeo: 0,4 por 100 en Francia y 2 por 100 en Inglaterra, en el siglo xvii (73)... «El fenómeno genera un trasfondo social de niños abandonados. En Valencia, a fines del siglo xvii..., estos niños son el 20 por 100 de los bautizados, y el porcentaje aumentaría en el siglo xviii. La legitimación de los hijos naturales fue en progreso... El bastardo es una institución de la sociedad española...; esta asunción de los hijos ilegítimos sólo se dio en los estamentos privilegiados. Por lo general, es

(69) Prólogo del tomo II del volumen I de mis *Estudios de Derecho de Familia*, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1962, pág. XXI.

(70) «Pautas de conducta de la familia española», en *La familia en España, siglos XVI-XVIII, Historia*, 16, enero 1981, pág. 51.

(71) Id., *íd.*, pág. 55.

(72) Id., *íd.*, *íd.*

(73) Id., *íd.*, pág. 56.

bien evidente el desprecio a los bastardos, que se corresponde con el palpable desapego de la familia española por los niños» (74).

Falta en este poco ejemplar fresco de la familia española tradicional —para algunos, supuesto ejemplo de virtudes y de valores morales cristianos, a tono con la religiosidad católica «a machamartillo» de la época— el minucioso análisis con cifras porcentuales de las subespecies de los fenómenos sociales familiares que existe en los más elaborados y añejos estudios de los demógrafos históricos ingleses o historiadores de la familia franceses. Creo, no obstante, importante dejar anotada la opinión de uno de los máximos conocedores de la historia de la familia europea occidental acerca del concubinato y su represión en Francia —país católico, como España—, porque, a mi juicio, algunas de sus conclusiones pueden dar alguna luz a la investigación histórica española (75).

Todo parece indicar que los datos que tenemos acerca de las tasas de ilegitimidad españolas superiores a las medias europeas obedecen a que

(74) Id., *id.*, pág. 56.

(75) FLANDRIN: *Le sexe et l'Occident*, Éditions du Seuil, París, 1981, después de reconocer el carácter marginado en la sociedad francesa de los hijos nacidos de concubinato o bastardos a partir del siglo xvi, admitió que «su número era grande en la Edad Media y los recursos que procuraba un impuesto especial sobre bastardos en Normandía no eran despreciables». Reconoce que «la historia de la Edad Media está llena de sus hechos», y recuerda que Guillermo el Bastardo llegó a ser rey de Inglaterra bajo el nombre de Guillermo el Conquistador. En la Edad Media como en el siglo xviii se encuentran miserables que vivían en concubinato porque no eran suficientemente ricos para casarse. Otras veces eran eclesiásticos u hombres ricos que hubieran escandalizado a sus iguales casándose con una mujer pobre. Otras veces el concubinato era una consecuencia de la vida azarosa del militar de fortuna (págs. 177-178). En el siglo xvi la Iglesia ha intentado hacer desaparecer el concubinato. Pero ello llevaba a violaciones, abandonos de hijos, etc. En el siglo xviii había desaparecido prácticamente y sólo los reyes y los más altos señores educaban públicamente a sus bastardos. Cuando los burgueses o los buenos campesinos embarazaban a una sirvienta la despedían simplemente por temor al escándalo más que por avaricia. La estadística demográfica demuestra esta transformación de la costumbre: en Nantes, en el siglo xvi, el 50 por 100 de los hijos ilegítimos eran hijos de concubinas; el 6,5 por 100, entre 1735 y 1750; el 2 por 100, entre 1751-1787 (pág. 178). El resultado era que para los hijos extramatrimoniales «las posibilidades de sobrevivencia eran mucho menores que en el pasado. Las madres jóvenes, repudiadas por sus seductores y muchas veces expulsadas de sus aldeas, no tenían medios para educar al «hijo del pecado». Cuando ellas no lo ahogaban secretamente para preservar su honor, lo abandonaban generalmente a la caridad pública...» (pág. 180). No obstante la obra admirable de San Vicente de Paúl y de sus competidores en este terreno, la mortalidad de los expósitos era muy superior a la de los hijos educados por sus padres, incluso aquellos que habían estado en el siglo xvi en el cuadro del concubinato (pág. 180). «El matrimonio para reparar la falta» era mucho más frágil en el plano económico que los que habían sido libremente decididos por los interesados y sus familias. Tenían tales esposos una gran cantidad de hijos y por ello «se puede uno interrogar si la cristianización de las costumbres en el siglo xvii no tuvo consecuencias deplorables para los hijos» (pág. 180).

la represión del concubinato no siguió aquí las mismas pautas que en Francia. La presión del poder —Iglesia y Estado— debió ser de inferior eficacia en este lado que al otro del Pirineo contra las personas que vivían en concubinato. Debió ser importante la inquisitorial, siempre y cuando el delito cometido por los concubinarios fuera de opinión, contra la santidad del matrimonio, pero no cuando las gentes se limitaban a vivir ancestralmente, en «barraganía a pan y manteles» o en formas más clandestinas y disimuladas, pero sin pronunciar una sola palabra peligrosa acerca de su práctica social. Parece que hubo aquí menos «matrimonios forzados» o «para reparar la honra» que en Francia, donde eran moneda corriente desde la Baja Edad Media, aunque no puedo cuantificar su número. De todos modos, la estadística de niños abandonados, matrimoniales o extramatrimoniales, es sobrecogedora, a tono con la miseria general de las clases populares en el Antiguo Régimen español —hubo multitud de muertes por hambre, a consecuencia de malas cosechas incluso en pleno siglo XIX, cien años después de las últimas francesas, en el XVIII—. Creo que la prohibición del concubinato y su represión —Felipe IV, en uno de sus raptos de arrepentimiento por sus «pecados de la carne», cerró todos los burdeles de su reino, sin preocuparse de la suerte de las mujeres y los niños que en ellos hubiere, y de ellos vivían— debió agravar la situación de las clases populares respecto de la crianza y cuidado de los hijos.

Termino este estudio consignando la opinión del gran MARTÍNEZ MARINA, fino investigador de los fenómenos del pasado español, al transcribir las palabras del Rey Sabio —Introducción al título XIV, *Partida* 4.^a—: «Pero los antiguos que fecieron las leyes consintieron que algunos las pudieren haber (las barraganas) sin pena temporal, porque tovieron que era menos mal de haber una que muchas y porque los fijos que nascieren de ellas fuesen más ciertos». El propio autor, como antes dije, tras comparar barraganía y prostitución, da su dictamen favorable a la primera, al decir: «mas a favor de la barraganía según uso y costumbre antigua de España está la unidad, la sanidad, la fecundidad, filiación conocida y segura educación de los hijos» (76).

APÉNDICE

Las peculiaridades del Derecho de Familia de las Españas medievales anteriores a la recepción del Derecho Romano Canónico

Concluido el trabajo precedente y entregado su manuscrito a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, antes de su publicación he hecho

(76) *Ob. cit.*, págs. 268-269.

algunos interesantes descubrimientos en el área del Derecho de Familia medieval peninsular, español y portugués, que creo importante dar a conocer aquí por su novedad e interés y por estimar que corresponden al espíritu del primer epígrafe del artículo precedente: OPORTUNIDAD DE LA INVESTIGACION HISTORICA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES.

Existió un claro parentesco entre los Derechos portugués y castellano leonés durante toda la Edad Media como creo poder probar a continuación:

a) Derecho general portugués: Lo constituía el Liber iudicio rum visigótico, «cuyo conocimiento en la zona portuguesa aparece documentado hasta el principio del siglo XII —HESPAÑA: *Historia das instituições. Epoca medieval e moderna*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, página 181—. El mismo autor reconoce que (El Derecho canónico), «bajo la forma de disposiciones de la Iglesia española, especialmente de los concilios de Toledo, y después, de los de Coyanza y Oviedo, continuaron a influir en la organización temporal del reino portugués, como ya aconteciera en el reino visigodo —íd., íd., pág. 182—. También parece que los jueces populares portugueses aplicaron durante mucho tiempo en la Baja Edad Media no sólo el Liber iudiciorum, sino también la lex romana visigothorum —íd., íd., págs. 491-492—.

b) Epoca de «os foraes» —fueros municipales portugueses—: siglos XI a XIII. TEÓFILO BRAGA —*Historia do direito portuguez. Os Foraes*, Coimbra, Imprensa da Universidades, 1868, pág. 26— afirma que «los 'foaes' portugueses presentan tres clases distintas, moldeadas según el tipo del Foral de Santarem, del Foral de *Salamanca* y del Foral de *Avila*, apareciendo una u otra excepción, como el Foral de *Zamora*...» El Foral de Salamanca sirvió de tipo en la Beira Central, ramificándose por los Tras os Montes y el Alto Minho. El Foral de Avila, que se fijó en el de Evora, porque es siempre conocido, predominó en todo el Alentejo, donde se fundió con el de Santarem.

Yo he encontrado en mi investigación no exhaustiva como único ejemplo de Foral derivado del Fuero —breve— de Zamora, el de Chaves que otorgó el rey Alfonso III en 1258.

Las afirmaciones de TEÓFILO BRAGA han sido desarrolladas por posteriores historiadores del Derecho, sobre todo españoles. Debo sintetizar aquí sus conclusiones: El Fuero Breve de Salamanca, hoy perdido, concedido por Raimundo de Borgoña, que la repobló entre los años 1102 y 1106, puede reconstruirse, y así lo ha hecho la investigadora ANA MA-

RÍA BARRERO, mediante el análisis crítico y la comparación textual de los veintisiete «foraes» portugueses de esta familia de fueros otorgados a lo largo de un siglo y medio, desde el de Numão —1130— a Pena de Rainha en 1268. («El Fuero breve de Salamanca. Sus redacciones», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980, págs. 439 a 467. Hay separata.)

Según opinión de la misma investigadora existió un fuero breve de Avila, que debió ser concedido a esta ciudad hacia el año 1150 y que luego fue otorgado a la portuguesa de Evora en 1166 por el rey Alfonso I Henriques. Pero cree ANA MARÍA BARRERO ser muy difícil la reconstrucción de tal fuero e inservible para este caso la técnica empleada por ella para reconstruir el Fuero Breve de Salamanca a partir de los veintisiete «foraes» portugueses de su familia, puesto que los textos a analizar en los Fueros de Evora presentan muy pocas variantes.

MARTÍNEZ DÍEZ, en su artículo «Los fueros de la familia de Coria-Cima Coa», Publicación de la Faculdade de Letras da Universidad de Coimbra, Instituto de Estudos Históricos Doutor António de Vasconcelos, Coimbra, 1971 —págs. 370-371—, ha probado la conexión entre los siguientes fueros leoneses y portugueses: «El Fuero de Ciudad Rodrigo es el origen inmediato o mediato de los siete fueros de la Extremadura Leonesa: Alfaiates, Coria, Castelo Bon, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor, Cáceres y Ciudad Rodrigo. Este Fuero de Ciudad Rodrigo, hoy perdido, era un fuero extenso de unos cuatrocientos capítulos, posterior al fuero breve de 1185 otorgado por Fernando II. El Fuero Extenso hay que datarlo en el reinado siguiente, después del doce de Noviembre de mil ciento noventa...»

c) Recepción del Derecho común en el ordenamiento portugués: HESPAÑA —*ob. cit.*, págs. 492-493— afirma que «en el plazo de vulgarización e 'hispanización' del Derecho común adquieren gran importancia entre nosotros algunas obras doctrinales y legislativas castellanas, en que las soluciones del Derecho común no sólo son vertidas en lengua castellana, sino son confrontadas y compatibilizadas con las soluciones tradicionales de los Derechos hispánicos».

Y cita entre ellas Las flores del Derecho o Flores de las Leyes o Doctrinal de los pleytos y los Nueve tiempos del juicio del Maestro Jacobo de las leyes, así como el Fuero Real y las Partidas, éstas y aquél traducidas del castellano al portugués a fines del siglo XIII y utilizadas a partir de entonces como Derecho subsidiario del portugués.

Pues bien, quiero hacer una brevísima alusión a los descubrimientos que he hecho en estos últimos meses, investigando en los «foraes» portugueses y fueros españoles que robustecen mi tesis, que espero poder demostrar en su día con mayor sosiego: existen en el Derecho medieval

portugués y español una serie de instituciones matrimoniales y familiares ajenas completamente al espíritu y a la letra del Derecho Canónico clásico o Medieval. Este ordenamiento eclesial intentó en la Baja Edad Media implantar en toda la Europa Occidental su modelo matrimonial y familiar, y lo consiguió, ya a partir de la Contrarreforma del Concilio de Trento, pero sólo plenamente en los países del sur de Europa y del Centro de este continente de religión católica.

Sin embargo, en la Edad Media peninsular existen una serie de costumbres e incluso leyes y fueros que regulan un modelo mucho más antiguo del matrimonio y la familia del que propugna la Iglesia Católica. Este modelo, hispánico a mi juicio, obedece a las necesidades especiales surgidas de la repoblación a partir de fines del siglo XI de las tierras portuguesas y de los demás reinos peninsulares, pero también a la ancestral tendencia de todos los pueblos de las Españas a regirse en esta materia por las leyes visigodas y por prácticas consuetudinarias pluriseculares.

Debo referirme al divorcio vincular —alejado por sus caracteres del moderno divorcio judicial que se instaura en el norte de Europa a partir del siglo XVI, pero conforme con él en eludir la jurisdicción de la Iglesia—, a los efectos jurídicos de la barraganía, en la persona y bienes de la barragana, y a la equiparación o casi equiparación de los hijos de barragana con los hijos de mujer de bendición en la sucesión de su padre.

DIVORCIO VINCULAR

a) El Liber iudiciorum dedica el título VI, libro III, a *De divortiis nuptiarum et discidio sponsorum*. En él se contiene la regulación de la indisolubilidad del matrimonio y aun de los esponsales previos al matrimonio, en la línea de las leyes restrictivas del divorcio romano promulgadas por los emperadores cristianos de la última época de Roma. Sin embargo, como entiende ZEUMER, se regula asimismo el *divortium* de la mujer por el marido y del marido por la mujer. En opinión de este autor, «la ley contiene... testimonios positivos de que un *divortium communi consensu* era posible... de que el hombre podía disolver el matrimonio con el consentimiento de la mujer y que podía celebrar uno nuevo, de la misma manera que... la mujer podía hacerlo con el consentimiento del hombre» —*Historia de la legislación visigoda*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1944, pág. 278—. El marido podía divorciarse de su mujer tan sólo por adulterio de ésta, y por ninguna otra causa: si lo hiciere sin poder probar el adulterio, debería dejar en provecho de la mujer la dos maritalis, así como todos los bienes de ella —*íd.*, *íd.*, pág. 273—. La mujer puede contraer nuevas nupcias: si prue-

ba el *divortium* del matrimonio anterior o cuando el proceso de divorcio con su primer marido sea fallado en su favor, o cuando el primer marido ha contraído nuevas nupcias. Y puede acusar penalmente a su marido, con la consecuencia de la disolución del vínculo y posible paso a ulteriores nupcias de ella, cuando el matrimonio ha incurrido en el delito de sodomía o la ha entregado a la prostitución.

La entrada en religión de uno de los cónyuges no disuelve el vínculo, y el cónyuge que permanecía en el siglo no podía contraer nuevo matrimonio.

Es incontrovertible la vigencia del *Liber iudiciorum* durante los siglos anteriores al XIII, tanto en León como en Portugal. En Cataluña fue prohibido en 1258. El reino de Toledo, a partir de su reconquista en 1085, lo recibe asimismo y se impone en los siglos XII y XIII. Los mozárabes de Al Andalus, e incluso los mozárabes toledanos y portugueses en tierras cristianas de Portugal o Castilla, usaron igualmente dicho *Liber*.

Surge el problema de la derogación de la regulación divorcista del *Liber iudiciorum* y de los fueros divorcistas, que luego estudiaré por la recepción del Derecho Romano Canónico, que propugnaba como es sabido la indisolubilidad del matrimonio canónico, a partir del Decreto de GRACIANO y sobre todo de la solución al problema del elemento constitutivo de la indisolubilidad del mismo por Alejandro III a fines del siglo XII.

Yo pienso que el proceso de recepción del Derecho canónico en este punto, y en otros muchos, por el ordenamiento civil de los reinos de España no fue tan sencillo como al parecer fue en Italia y en Francia y que es perfectamente conocida en la Historia de su Derecho. Hay que probar, antes de dar por recibida y eficaz en el ordenamiento peninsular la regla canónica de la indisolubilidad del matrimonio —con las excepciones a dicha regla que conocemos y que se fueron delineando en la Baja Edad Media—, que existiera voluntad política en el soberano de cada territorio de integrar el ordenamiento secular con el religioso, que existieran equipos de juristas romanizados en número suficiente para controlar los tribunales reales y los locales donde se aplicaba anteriormente el consuetudinario derecho del divorcio altomedieval, y asimismo que funcionaran los tribunales episcopales para zanjar los problemas de nulidad de los matrimonios canónicos en sustitución del divorcio laico. Esto último es desconocido hasta ahora en España: conocemos los archivos de la Curia episcopal de París de los años 1384 a 1387, pero nada semejante, a lo que yo sé, se conoce en España. Me remito a la autorizada opinión al respecto de GACTO FERNÁNDEZ, que luego citaré: los pueblos se resistieron, y yo pienso que durante siglos, a la regla de la indisolubilidad matrimonial.

El Liber iudiciorum no tuvo vigencia sólo en el reino de León. Traducido al castellano, y llamado «Fuero Juzgo», fue concedido a Toledo, y luego a Sevilla, Córdoba, Carmona, condado de Niebla, Cartagena y Murcia: en suma, a los extensos reinos de Toledo, Sevilla, Córdoba y Murcia, como consecuencia de la conquista de estos tres últimos en el siglo XIII. Y creo que debe probarse que el capítulo estudiado del Liber iudiciorum no tuvo vigencia en ningún momento en dichos territorios y no simplemente dar por sentado que la solución de Alejandro III al problema del matrimonio rato y consumado zanja definitivamente la cuestión, en contados años, en toda la Cristiandad.

A mi juicio, la derogación de este punto del Fuero Juzgo en Castilla-León, tras los fracasos primeros del Fuero Real y de las Partidas que recogieron la doctrina de las Decretales sobre el matrimonio canónico y su indisolubilidad, tuvo lugar por el Ordenamiento de Alcalá en 1348.

En él, su ley 1.^a del título XXVIII establece un orden de prelación de fuentes que subsistió hasta la promulgación del Código Civil en 1889. En primer lugar había que aplicar según tal ley el propio Ordenamiento. En segundo lugar, en defecto de aquéllas, debían aplicarse los fueros municipales, «pero con una serie de restricciones que limitaban drásticamente su posibilidad de aplicación. Eran éstas: *que no fueran contra Dios*, contra la razón o contra el Derecho real y que pudiera probarse que tales fueros locales estaban en uso. Aunque el Fuero Juzgo no se menciona aquí, se entiende que seguía rigiendo en los lugares a los que se había dado, aunque desaparece su vigencia como Derecho territorial leonés» —GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN: *El derecho histórico de los pueblos de España*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 295—. Esta ley, a mi juicio, es la que deroga los preceptos tanto del Fuero Juzgo como de los demás fueros municipales castellano-leoneses, que regulan, al margen de la disciplina de la Iglesia, el divorcio vincular.

En los fueros municipales españoles y portugueses, y en las costumbres populares de ambos pueblos, entre los siglos X al XIII, vemos reconocidos el divorcio vincular, con posibilidades de tránsito a segundas nupcias, sobre todo del ex marido.

HINOJOSA —*El Derecho en el Poema del Cid*, en obra, tomo I, Estudios de Investigaciones, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, página 212— admite la disolución del primer matrimonio de las hijas del Cid, tal como se delinea en el Poema. «El Cid considera disuelto el matrimonio por abandono y los malos tratos que han sufrido sus hijas de parte de los Infantes... lo declara terminantemente... El casarse las hijas de nuevo, las hijas del Cid, en vida de los Infantes está en armonía con

las tradiciones y las prácticas de la época. Reinaban a la sazón ideas y costumbres muy laxas en punto a las relaciones matrimoniales. Reyes y magnates repudiaban frecuentemente a sus mujeres legítimas para casarse con otras o vivir públicamente en el concubinato.»

Y GARCÍA GONZÁLEZ —«El matrimonio de las hijas del Cid», *Anuario de Historia del Derecho*, 1961, págs. 564-565— entiende que el pago de los infantes de Carrión hacen en el Poema al rey de doscientos marcos de plata obedece a la necesidad de reparar [a uso del Derecho de la Extremadura castellana, añado yo] un acto que en el Derecho medieval era un delito que llevaba aparejada caer en enemistad y la correspondiente pena pecuniaria: el abandono de las mujeres, que equivalía a su repudio. Cita la disposición del Fuero de Cuenca, tan repetida luego en los demás fueros de su familia, que sanciona la ruptura de los esponsales por el esposo cuando ha tenido acceso carnal con la esposa, y establece para el caso una pena de cien áureos. Doscientos marcos de plata es la pena que cobra el rey, a razón de cien por cada infante, por el hecho del repudio. Así lo sugiere, dubitativamente, GARCÍA GONZÁLEZ. El mismo autor afirma que el problema fundamental del repudio de las hijas del Cid es de que se trata de «un acto que no está permitido por el Derecho canónico ni tampoco, salvo algunas excepciones, por el Derecho secular. Pero que, sin embargo, no aparece inscrito en el Poema como tal acto ilícito, sino como algo normal y corriente, perfectamente aceptado por todos» —*id.*, *id.*, pág. 566—. Y cita los casos del Fuero de Cuenca, luego tan repetido, «donde la situación de la enemistad, con todas sus consecuencias, no favorece ciertamente la continuidad del vínculo matrimonial». Cita asimismo el Fuero General de Navarra, 4, 1, 7, para los matrimonios «a fuero de la tierra», donde el matrimonio sí puede disolverse. Y asimismo el de Carcastillo, como luego también apuntaré.

La pista trazada por estos investigadores ha sido continuada por GACITO FERNÁNDEZ —«El divorcio en España. Evolución histórica», *Historia* 16, julio de 1978—, quien detecta que «a medida que en España se va produciendo la recepción del Derecho canónico, iniciada a fines del siglo XII, se adivina un forcejeo entre éste, que trata de desterrar el uso del divorcio, y la práctica generalizada de la sociedad, fortalecida por una tradición de varios siglos de antigüedad» —pág. 30—. Cita el Fuero de Navarra, 4, 1, 7, ya analizado por GARCÍA GONZÁLEZ, y señala la facilidad con que los matrimonios clandestinos podían disolverse, en España como en toda Europa cristiana, ante la dificultad de prueba de su celebración que, por definición, era privada —págs. 32-33—.

Yo he hallado, primero en Portugal y luego en todo el resto de la Península Ibérica, multitud de fueros municipales donde el divorcio vin-

cular anterior a la recepción romano-canónica, tan resistida por los pueblos, está perfectamente regulado.

I) Fueros de la familia de Salamanca: Son veintisiete, concedidos desde el de Numão —1130— hasta el de Pena de Rainha —1268—. En todos ellos se inserta una fórmula que esquemáticamente dice así: «Si el hombre deja a su mujer de bendición, peche un denario al juez. Y si la mujer dejare a su marido de bendición, peche trescientos sueldos».

No me interesa analizar ni las diversas personas o entidades a quienes abona la mujer que abandona al marido la caloña o pena, ni el problema numismático de la equivalencia de «sueldos» y «dineros» o su valor actual. Queda claro que el marido sufre una pena simbólica por el hecho de abandonar a su mujer: un denario-«un conejo», lo dice más incisivamente el más arcaico de los «foraes» portugueses que contienen la cláusula, el de Numão, año 1130.

A mi juicio, tales «foraes» relajan la regulación restrictiva del divorcio que analicé en el *Liber iudiciorum*. Como luego veremos, tienen su origen en la Extremadura castellana, donde el Liber no tenía vigencia y regían las fazañas de los jueces de Castilla. Cuando el abandono o repudio de la mujer por el marido no entrañaba injuria para ésta y sus parientes y no llevaba aparejada usurpación de sus bienes, se consideraba, a los ojos de todos, como un asunto privado de los esposos que no afectaba a la paz pública. La solución era patriarcalista, machista, pero tales eran los tiempos y era impensable una solución igualitaria para el marido y la mujer cuando ésta todavía no se ha alcanzado plenamente en 1983 en ningún país de Europa. El marido podía despedir libremente a la mujer, pagando en tal caso una pena simbólica, y la mujer en la práctica no podía repudiar al marido, pues la pena de trescientos sueldos, fueran de oro o de plata, en todo caso era una fuerte suma equivalente hoy a varios millones de pesetas.

Si el repudio de la mujer por el marido iba acompañado de injurias a la mujer o de usurpación de sus bienes, hacía incurrir a aquél en inimizia de los parientes de la mujer: la guerra privada a muerte, salvo que el marido repudiador se compusiera con ellos mediante el pago de un Wergeld o caloña.

La inimizia está presente en la regulación, por el Fuero de Cuenca y por varios de los fueros de su familia, del repudio de la esposa por el esposo cuando éste la hubiere conocido carnalmente, lo que constituía una injuria.

II) «Foraes» de la familia de Evora-Avila: Son treinta y uno, otorgados desde 1179 —Abrantes— hasta 1267 —Gravão—. Entre ellos se comprende el de Aroche, en la sierra de Huelva, otorgado por Alfonso III

en 1255. En virtud del tratado de Badajoz de 1267 fue cedido a Castilla-León, pero conservó al principio su fuero de Evora. Todos contienen la misma cláusula antes apuntada con las inevitables variantes, pero conservando la esencia disolutoria del vínculo que he descrito en los «foraes» de la familia de Salamanca. En algunos casos el «foral» lo otorga el obispo o el maestre de una orden religiosa militar —Temple o Avis—, sin que por ello desaparezca la cláusula vieja de más de cien años.

III) Otros «foraes»: La más primitiva regulación del divorcio en Portugal la constituye, a mi juicio, el «foral» otorgado por Fernando I de León entre los años 1055-1065 y confirmado por su bisnieto Alfonso I Henriques a las poblaciones de San João de Pesqueira, Penella, Paredes, Linhares y Anciaes. En él se prevé que el hombre «dimiserit uxorem suam». En 1065 no se había iniciado prácticamente la reforma gregoriana y faltaban casi cien años para la publicación del *Decretum* de GRACIANO —año 1140—. Veo claro el alcance disolutorio del vínculo de la frase, cualquiera que sea la complicada regulación de los bienes del ex matrimonio que el resto del texto refleja y el pago de las «ossas» o «huesas».

En Teixeira de Souto Rorigo —año 1206—, Lardosa —1223— y Antela —1255—, no pertenecientes a las familias de foraes de Salamanca o de Evora, se contiene la misma cláusula que en estas familias de fueros.

Tal cláusula o variantes de la misma, tan repetidas en los foraes portugueses, debió figurar en los fueros breves, hoy perdidos, de Salamanca y Avila, integrantes ambos de la Extremadura castellano-leonesa y repoblados entre los años 1075 a 1125 por los reyes leoneses o aragoneses.

El de Medinaceli está íntimamente emparentado con el de Carcastillo y Murillo el Fruto, en Navarra: el de Carcastillo contiene una cláusula parecida a la que a continuación voy a transcribir del latino de Sepúlveda.

El latino de Sepúlveda —otorgado el año 1076 por Alfonso VI de León— dice literalmente: «Si aliqua mulier laxaverit virum suum CCC solidos pectet; et si vir laxaverit uxorem suam, uno arienzo debitet». No puedo enumerar todas las localidades a las que fue otorgado el fuero de Sepúlveda —Uclés, Morella..., entre otras muchas—. Encuentro la misma cláusula del de Sepúlveda en el de Encisa, de Navarra, hoy desaparecida y próxima a Carcastillo. El fuero de Pozuelo de Campos obliga a pagar cinco sueldos al marido que despacha a su mujer, y si la mujer despacha al marido debe pagar sólo diez sueldos. El de San Román de Hornija, otorgado por el Abad de San Pedro de los Montes, distingue: si el caballero despacha a su mujer debe dar cinco sueldos al monasterio; si fuere un peón, pechará dos sueldos y medio; y si la mujer despachare

a su marido, pague treinta sueldos al monasterio, y de ellos, la quinta parte al concejo. El de Viguera y Val de Funes dispone que todo hombre que deje a su mujer peche trescientos sueldos —la pena ya no es simbólica— y la cuarta parte al señor, y si la mujer dejare a su marido peche otro tanto y las arras «e su pan e su vino hasta su sal». Finalmente, en el fuero concedido por la Condesa Ildonza a sus collazos, y que se contiene en el cartulario del Monasterio de Sahagún, se dice: «de mulieres que lexant suos maritos aut illos maritos ad illas mulieres, lexo vos inde tres partes et illa quarta sine toto rogo date». Pienso que la alusión de este párrafo a la cláusula de repudio que he analizado, a fuero de Sepúlveda, no es oscura, sino meridiana.

No acaba con esto la regulación del divorcio en la Edad Media española. El fuero latino de Cuenca contiene, como ya apuntó GARCÍA GONZÁLEZ, la regulación de la ruptura de los esponsales en términos que permiten suponer que en realidad era un divorcio. «Si desposado conociere carnalmente a la desposada y después la repudiare, peche cien áureos y salga enemigo.» La misma disposición se contiene —con variantes acerca de la moneda— en el de Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia e Inaztoraf.

El Derecho canónico medieval consideraba matrimonio rato y consumado los esponsales de futuro que fueran unidos a cópula carnal y lo calificaba de «matrimonio presunto». Por tanto, a los ojos de la Iglesia era nulo el repudio de la desposada por el esposo cuando hubiera mediado cópula carnal, pues se trata de un matrimonio rato y consumado indisoluble.

Si los fueros, por el contrario, prevén en tal supuesto una pena nada simbólica, pues ha habido injuria, y además decretan la «inimicitia» en contra del esposo que repudió con injuria a su esposa, es porque no han aceptado la regla canónica del *matrimonium praesumptum*. Contemplan el supuesto desde la óptica altomedieval y penan el acto del repudio, pero no lo declaran nulo.

GARCÍA GONZÁLEZ afirmó que era poco probable que subsistiera el matrimonio en tal situación de inimicitia. Yo creo que incluso la mujer repudiada contraería un segundo matrimonio, que incluso sería —¿por qué no?— de mano de capellán, dijera lo que dijera al respecto, y a lo mejor en la fecha en que se otorgó el fuero todavía no había dicho nada la Iglesia. No olvidemos que éste pudo ser el caso de las hijas del Cid, repudiadas por los infantes de Carrión, tal y como se desprende del Poema y prescindiendo de la historicidad, dudosa, del hecho que narra.

La redacción D del Fuero de Jaca, según la edición crítica de dicho Fuero dada a la luz por MAURICIO MOLHO, que ha sido editado por la Escuela de Estudios Medievales, Instituto de Estudios Pirenaicos, Zara-

goza, 1964, contiene la cláusula número 33 —pág. 323—, que tiene la siguiente rúbrica: «De quitar el marido». MOLHO añade una (!): no sabe qué quiere decir. Y continúa: «Ningún infanzón ni villano, que tenga mujer y la tenga jurada por fuero, no la debe amenazar ni forzar porque le haga la mujer carta de quitamiento del marido (!) que le prometió, si por ventura ella no lo quitaba [dejaba] por consejo de sus más cercanos parientes. Pero si de otro modo es hecho el quitamiento, no vale ni debe valer por ninguna razón, porque engaño ni fuerza no debe valer». Yo creo que carta de quitamiento del marido es carta de repudio del marido por la mujer, que el marido fuerza a la mujer a darle, y se inspira en la solución que al caso da el *Liber iudiciorum*, libro III, título VI, capítulo I, *in fine*: «porque si la mujer por miedo del varón o convencida o engañada con cualquier argumento suscribiere alguna escritura de sus propiedades a favor del marido que le había abandonado, la escritura no tendrá firmeza alguna y la mujer perpetuamente podrá reivindicar sus propiedades». En la interpretación que da ZEUMER al pasaje del *Liber* se desprende «que el hombre que obtiene por un medio coactivo documentos de divorcio o de renuncia de bienes de su mujer... incurre en severas penas. En todo ello aparece como condición previa que el marido intente verse libre de su mujer en contra de la voluntad de ésta por la astucia o por la fuerza» —*ob. cit.*, pág. 277—.

La originalidad del Fuero de Jaca respecto de la regulación del *Liber iudiciorum* estriba en la intervención de los parientes que aconsejan a la mujer en el otorgamiento de la carta de quitamiento del marido. Parece que el consejo negativo de los parientes permite a la mujer en tal caso retractar la promesa que dio al marido de otorgarle tal carta.

En la «fazaña de Doña Elvira, desposada con un caballero», narrada en el Fuero Viejo de Castilla, 5, 1, 4, se dice que dicha doncella se desposó con un caballero que le donó unos bienes muebles por razón del matrimonio prometido. Se rompió el compromiso matrimonial por causa no especificada, como dicen GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN —*ob. cit.*, pág. 168—. El juez, salomónicamente, defirió juramento a Doña Elvira «que si juraba que había abrazado y besado al caballero después que se juraron», que fuere suyo todo lo que el esposo le había dado en desposorio. Y si no otorgaba tal juramento, que devolviera lo recibido. La dueña no quiso jurar que había abrazado y besado al caballero, y hubo de devolver lo recibido.

Los autores citados entienden que el beso y abrazo podían interpretarse como «familiaridades que podían redundar en menoscabo de la fama pública de la doncella... En la doctrina de la Edad Moderna los tratadistas interpretan que tras el eufemismo del beso y el abrazo hay que

«dar, por supuesto, el trato carnal entre los desposados» —*ob. cit.*, página 168—.

Creo que la fazaña en cuestión demuestra que en la época en que se resolvió el caso que plantea tampoco se había recibido la regla canónica acerca del matrimonio presunto. Los esponsales de futuro y las incidencias del cumplimiento de la promesa de casamiento son competencia de los tribunales eclesiásticos, y así puede verse en los procesos matrimoniales de la curia de París —años 1384-1387—. Uno de los esposos demandaba en tales procesos el cumplimiento de la palabra de casamiento, probando que había mediado cópula carnal y previos esponsales de futuro. Si se probaban los esponsales y la cópula, el tribunal declaraba indisoluble el matrimonio y obligaba a solemnizarlo ante un sacerdote *in facie ecclesiae*. Entre los procesos de Derecho de Familia registrados en dicha curia en tales años, nada menos que cuarenta y uno entre unos seiscientos en total se refieren a este tipo de demandas que pretenden el reconocimiento de un matrimonio «praesumptum». (Véase LÉVY: «L'officialité de Paris et les questions familiales á la fin du XIV siècle», en *Etudes d'Histoire du Droit Canonique, dédiées a Gabriel Le Bras*, tomo II, París, Sirey, 1965, págs. 1274 y ss.)

Nada de esto se ve en la fazaña en cuestión. El juez que dicta la sentencia es laico: un adelantado de Castilla. Aunque se juzga la liquidación pecuniaria de un contrato de esponsales rotos, hubiera sido inconcebible que en la España del siglo xvi o en el París de 1384 alguien hubiera debatido una cuestión que afectaba a la indisolubilidad del vínculo ante un tribunal civil. Deferir la inexistencia de la posible cópula carnal, eufemísticamente disimulada tras los besos y abrazos, al juramento de la mujer para que ésta pudiera impunemente disolver un vínculo consumado hubiera sido también inconcebible en el siglo xvi. Si ello era posible en la fecha de la «fazaña» es porque la regla del matrimonio presunto no había sido aceptada por el Derecho castellano en pleno siglo xiii o quizá el xiv.

b) *Regulación de la barraganía*: El Derecho portugués conoce la institución de la «barregãa» y, sobre todo, los efectos que la misma produce respecto de los hijos habidos de la unión. PIMENTA, comentarista del Fuego Real en su versión portuguesa del siglo xiii —edición del Instituto para a Alta cultura, Lisboa, 1946, pág. 248—, afirma que «la barraganía fue casi una institución reconocida por el Estado, aunque contrariase a veces la severidad, incompatible con tales costumbres. La barraganía es, por decirlo así, un casamiento no legal...».

GACTO FERNÁNDEZ —«La filiación no legítima en el Derecho histórico español», *Anales de la Universidad Hispalense*, Publicaciones de la

Universidad de Sevilla, 1969, pág. 180— afirma que los hijos nacidos de un peón y de su barragana parten la herencia de su padre con los hijos de mujer de bendición, y por igual en las costumbres de Santarem y Beja. Asimismo, el propio autor, unas líneas más abajo, señala que «una fórmula obligatoria de concurrencia de hijos naturales con engendrados en mujer legítima se reconoció en Portugal durante el reinado de Alfonso III; la única diferencia ventajosa para los de matrimonio residía en que sólo ellos participaban en los bienes de abolengo. Una doctrina semejante, en este mismo reino, contienen las ordenanzas alfonsinas [1446-1447], atribuyéndola al Rey Don Dionis —fines del siglo XIII—: los hijos naturales heredan con los legítimos todo el patrimonio, y sino existe descendencia del matrimonio partes ellos solos, si bien se permite que el padre disponga de la tercera parte» —*ob. cit.*, pág. 181—.

Yo he encontrado lo que juzgo es un descubrimiento sensacional, en la medida que impone la costumbre portuguesa a la regulación de la barraganía de un «franco» con una portuguesa. En el «foral» de Lourinhã—dado por Alfonso I Henriques a los repobladores «francos-franceses» del Norte, que probablemente se quedaron en dicho lugar después de contribuir a la conquista de Lisboa en 1148— se disponen tres reglas que chocan frontalmente con la regulación de la «bâtardiae» o macula bastardias de las *coûtures* de Francia del Norte, que en principio hubiera debido aplicarse dada la vigencia de la *lex personalis*, característica del Derecho francés. Pues bien: el rey portugués elimina en este «foral» la aplicación de la macula *bâtardiae* del Derecho franco e impone, en la línea de lo que luego fueron las soluciones de las costumbres locales de Beja y Santarem, de las «*ordenações*» de Alfonso III y Don Dionis, y de tantos fueros de los demás reinos de España que he apuntado en el artículo que precede, una regulación favorable a los «*filhos de barregãa*». Son «*filhos de barregãa*», no «*bâtards*» según «*coûtume*» de Francia del Norte, aunque sus padres sean francos, viene a advertir Alfonso I Henriques en este «foral».

Dice, pues, este «foral»: «Si el franco hubiere hijo de barragana, éste tenga todo aquello que el padre dispusiere por testamento. Y si éste muriere repentinamente, tendrá el hijo lo que tres buenos hombres le concedan en Derecho. Y si no tuviere otros hijos, aquéllos lo darán todo a los hijos de barragana».

No puede chocar este «foral» más frontalmente con el Derecho de las «*coûtures*» del norte de Francia que declaraban incapaces para suceder a su padre a los hijos «*bâtards*». Estos eran excluidos de la sucesión *ab intestato* de aquél aún por los parientes más alejados del padre, y éste sólo podía disponer a su favor de un legado de bienes muebles de escasa entidad.

El orden público del reino portugués, en consonancia con el ancestral «uso y costumbre antigua de España», motivó esta regulación de la barraganía de francos con portuguesas, que sólo tenía vigencia y parangón posible en aquel momento con el resto de las ordenaciones de la baraganía de los demás reinos peninsulares, frente a la masiva condena del concubinato y marginación jurídica de los hijos «bastardos» en el resto de Europa Occidental. Sólo existe un lejano y poco significativo parangón con el Derecho danés antiguo, que ha estudiado FICKER en la obra arriba citada.

NOTA FINAL SOBRE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL DE LAS DECRETALES EN EL DERECHO FORAL VALENCIANO

Aunque las disposiciones del Fuero de Valencia relativas al matrimonio son escasas y dispersas, CASTAÑEDA ALCOBER —«Organización familiar en el Derecho valenciano», *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, enero a junio de 1908, págs. 257 a 277— sostiene la tesis de que «la falta de disposiciones de los fueros motivó la aplicación de los de las Decretales, y si a esto añadimos que por Derecho aragonés correspondían al Derecho canónico 'las causas del... matrimonio...', se comprenderá la razón de que en apurada situación habían de hallarse los abogados valencianos si solamente los fueros habían de invocar» —pág. 258—. «Los efectos que la unión producía, todos caían bajo la acción de la Iglesia... sería de derecho canónico todo lo que sobre este punto insistiéramos...». «El divorcio era incumbencia de la Iglesia, pues si ella regía con sus disposiciones la existencia del matrimonio, la misma era llamada a conocer de la separación de los cónyuges y de la nulidad del vínculo» —página 277—.

ANA MARÍA BARRERO —«El Derecho Romano en los Furs de Valencia de Jaime I, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1971, página 647—, tras hacer una cuidadosa comparación de los textos del Corpus iuris civilis, Lo Codi —compilación provenzal de Derecho Romano del siglo XII— y el de los Fori, demuestra la intensa romanización del texto de los Fueros de Valencia otorgados a esta ciudad por Jaime I de Aragón. Y sabemos que en la Edad Media el Derecho Romano era el caballo de Troya por donde penetraba en los ordenamientos tradicionales el Derecho Canónico. A mayor romanización, más segura recepción del Derecho Canónico, inclusive del matrimonial.

Sin embargo, no debemos olvidar que Morella, vieja ciudad foral valenciana, fue repoblada en 1232 a fuero de Sepúlveda y conocemos el al-

cance de la cláusula de repudio del mismo fuero. Y en Requena, repoblada a fuero de Cuenca —en la Edad Media, por supuesto, formaba parte de Castilla y sólo en el siglo XIX se incorporó al País Valenciano—, pudo tener vigencia la cláusula del repudio de la desposada por el desposado. El autor arriba citado ignoró en su día estos dos importantes fueros del Reino de Valencia o País Valenciano.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

Miembro del Comité de Expertos sobre el Derecho de los Esposos del Consejo de Europa, año 1980-1981; y del Comité de Expertos de Derecho de Familia, año 1983

Derecho civil y sistema de fuentes en el Estatuto de autonomía para las Islas Baleares

I

El artículo 10 del Estatuto de autonomía (1) dice que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: «22. *Conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma*». Debe señalarse, en primer lugar, que no parece correcta la utilización del plural para referirse al «Derecho civil especial» («Derechos civiles especiales» —dice el texto transcrito—), por cuanto el Derecho autóctono de las Islas Baleares en materia civil, aun cuando presenta modalidades diversas para cada una de las islas, se ha conocido tradicionalmente como «Derecho civil especial», y tal es la denominación que utiliza la actual Compilación de 19 de abril de 1961.

Ahora bien, hecha esta precisión terminológica, conviene resolver una primera duda: ¿qué se entiende por Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares? Este tema ha tenido especial eco en Cataluña —referido a su propio Derecho civil, naturalmente—, por cuanto el Estatuto catalán no utiliza a lo largo de su articulado —como pienso sería más correcto— la denominación «Derecho civil especial de Cataluña», sino que habla siempre de «Derecho civil catalán» (arts. 7.2, 9.2 y 26.3) o bien de «Derecho civil de Cataluña» (art. 7.1),

(1) «Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares». Ley orgánica 2/1983, de 22 de febrero (B.O.E. 1-3-83).

lo cual ha provocado que un sector doctrinal, en el que destacan ROCA TRÍAS y PUIG FERRIOL, interprete tal denominación en el sentido de que «Derecho civil catalán» es «todo» el Derecho civil que se aplica en Cataluña o a los catalanes; tesis ésta que ha sido combatida con acierto por DELGADO ECHEVARRÍA (2) en base a unas argumentaciones que en modo alguno pueden ser tachadas de antiforralistas. Pues bien, adscribiéndome a esta postura interpretativa, me parece evidente que el «Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares» no es «todo» el Derecho civil que se aplicará en las Islas Baleares, sino tan sólo aquella parte del Derecho civil que procede de los viejos textos legales y de la tradición jurídica de las Islas que hoy recoge —con mejor o peor fortuna— la Compilación de 19 de abril de 1961. Y cuando me refiero a la Compilación, no lo hago exclusivamente a la norma escrita, sino, además, al sistema de fuentes que —también con mejor o peor fortuna y precisión— de aquel texto se derivan.

De ahí que pueda ya formularse una primera afirmación que me parece segura: Como en Cataluña —y como en las demás Comunidades Autónomas que tengan competencias sobre Derecho civil especial o foral—, en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se aplicarán dos bloques de normas civiles: el encabezado por la Compilación, de una parte, y de otra, el Derecho civil general español, aplicable uniformemente en todo el territorio del Estado.

II

Una segunda cuestión a precisar aquí es la concreta competencia que, en materia de Derecho civil, otorga a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares su Estatuto de Autonomía, que, como todos los Estatutos, constituye la «norma institucional básica» de la Comunidad. Para ello es necesario, en primer lugar, observar qué dice la Constitución al respecto. Dice el artículo 149.1.8 que el Estado tendrá competencia exclusiva en materia de «legislación civil», pero que ello será sin perjuicio de reconocer a las Comunidades Autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran ya un sistema de normas forales o especiales, competencia legislativa exclusiva sobre su Derecho civil especial o foral, y siempre dentro de los límites de su conservación, modificación y desarrollo.

En este sentido, me parece extremadamente correcta la lectura que

(2) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: «La potestad legislativa de la Generalidad de Cataluña sobre el Derecho civil catalán», en *Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, Barcelona, abril de 1980, págs. 41-44.

hace LASARTE (3) de ese apartado del artículo 149. En su opinión, el artículo 149.1.8 dice lo siguiente:

«1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil.

2. Sin embargo, la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, corresponderán a las Comunidades Autónomas.

3. A pesar de la existencia de Derechos forales o especiales, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las reglas relativas a las siguientes materias: a) la aplicación y eficacia de las normas jurídicas; b) las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio; c) la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos; d) las bases de las obligaciones contractuales, y f) la determinación de las fuentes del Derecho.

4. No obstante la competencia exclusiva del Estado sobre la determinación de las fuentes del Derecho, han de respetarse en este punto las normas de Derecho foral.»

Desde esta interpretación constitucional que asumo, parece clara la coexistencia que se dará en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de dos bloques de normas civiles: las de Derecho común (cuya competencia legislativa corresponderá al Estado) y las de Derecho civil especial (cuya competencia legislativa corresponderá a la Comunidad Autónoma, siempre dentro de los límites de su conservación, modificación y desarrollo).

Ello es tanto más evidente cuando se observa que el propio Estatuto establece en el artículo 49.1 A) que la competencia de los órganos jurisdiccionales en las Islas se extenderá: «*en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en materia de Derecho civil especial de las Islas*», es decir, no a «todas» las materias de Derecho civil.

Ahora bien, como he apuntado ya, no quiere decir esto que el Derecho civil especial deba ser, en el futuro, el contenido hoy en la Compilación, por cuanto —según se ha visto— la Comunidad Autónoma podrá legislar sobre «*la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil especial*». ¿Qué significa ello en la práctica?

Dos posturas opuestas han surgido en el campo doctrinal: por un lado, la de conocidos juristas catalanes, como ROCA TRÍAS y PUIG FERRIOL, que nos ofrecen una interpretación extraordinariamente generosa del

(3) LASARTE, Carlos: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 46.

artículo 149.1.8, y de otro, la de los partidarios de una interpretación más restringida de este apartado.

ROCA TRÍAS y PUIG FERRIOL (4) entienden que la Constitución no se refiere exclusivamente al Derecho contenido hoy en las Compilaciones cuando atribuye a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales, sino que va mucho más allá. En efecto, en un conocido trabajo, ROCA TRÍAS (5) llega a afirmar que «con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho foral, para pasar a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma de que se trate, en este caso, de Cataluña...». Abundando en esta tesis, ROCA TRÍAS y PUIG FERRIOL llegan a afirmar que «en todo aquello que el Estado no se reserva de forma exclusiva, son competentes las Comunidades Autónomas para legislar sobre estas materias hoy contenidas en las Compilaciones de Derechos civiles», lo cual les permite concluir que «la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas no se circunscribe a los límites de su vigente legislación, sino que se amplía a todas aquellas materias cuya regulación no ha sido reservada en exclusiva al Estado».

Como ha dicho CLAR GARAU (6), el artículo 149.3 parece admitir esta competencia amplia de las Comunidades Autónomas cuando dispone, en su primera parte, que «las materias no atribuidas al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos»; pero para ello hace falta —añade CLAR— interpretar el artículo 149.1.8 como una reserva por parte del Estado, sólo de las materias específicas que enumera el propio apartado (aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, etc.), olvidando que lo que se reserva al Estado en este artículo es fundamentalmente la «*legislación civil*», y la expresión «*en todo caso*» no es más que un nivel mínimo e inexcusable, sin renunciar al resto de la legislación civil, con el límite de la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales o especiales.

Así parece entenderlo también DELGADO ECHEVARRÍA (7) cuando nos recuerda cómo en un primer momento, en el Anteproyecto de la Consti-

(4) ROCA TRÍAS, E., y PUIG FERRIOL, L.: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo I, Barcelona, 1979, págs. 144 y ss.

(5) ROCA TRÍAS, Encarna: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, Barcelona, 1979, págs. 23 y ss.

(6) CLAR GARAU, Raimundo: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra dirigida por MUNUEL ALBALADEJO. Tomo XXXI, vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 61.

(7) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: «Los derechos civiles forales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española*, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1979, página 328.

tución, se concedía potestad legislativa en materia de Derecho civil a todas las Comunidades Autónomas, «tanto si en ellas estaba vigente, o lo había estado, un Derecho civil foral o especial propio, como en el caso contrario». Ello —dice DELGADO— «pareció excesivo o inadecuado al legislador constituyente», por lo que «se pasó entonces de la consideración de la legislación civil como competencia posible de toda Comunidad Autónoma, a la restricción a aquéllas en que exista un Derecho civil foral o especial y dentro de los límites —por más elásticos que éstos sean— de su conservación, modificación y desarrollo».

Por todo ello, entiende DELGADO ECHEVARRÍA (8) que el límite fundamental del legislador catalán será la prohibición de solución de continuidad en su tarea legislativa en materia de Derecho civil. La condición básica, la progresividad del proceso, en la que cada fase ha de apoyarse en la anterior. «La conservación —dice DELGADO— sugiere la inercia del legislador: para conservar el Derecho vigente basta con no cambiarlo. La modificación y desarrollo, por su parte, suponen una relación de continuidad con el pasado, una evolución acorde con el espíritu del Derecho propio, con su tradición histórica, con los principios en que se inspira». Y concluye diciendo: «El Derecho civil catalán está hoy, en la forma que he dicho, representado señaladamente por los preceptos de la Compilación, integrados por los preceptos de otros cuerpos legales —en particular, del Código Civil—, animados todos por los principios informadores de las instituciones recogidas en la Compilación; el Derecho civil catalán del futuro podrá, mediante la obra legislativa de la Generalidad, abarcar otras materias (o prescindir de algunas), así como contemplar una evolución de sus principios, siempre que las sucesivas reformas mantengan un cordón umbilical con el bloque de Derecho civil catalán hoy vigente: éste es el difícil equilibrio a que obliga, en mi opinión, el desafortunado planteamiento 'foralista' de la Constitución, que el Estatuto catalán no ha podido eludir». Ello, entiendo, puede predicarse sin adición alguna del Derecho civil especial de las Islas Baleares y de las competencias legislativas que, en torno a su conservación, modificación y desarrollo, ejercerá el Parlamento Balear.

III

Aun cuando no es éste el lugar adecuado para estudiar en profundidad las excepciones que «en todo caso» el artículo 149.1.8 reserva como competencia exclusiva del Estado, conviene enumerarlas al objeto de

(8) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: «La potestad legislativa...», *op. cit.*, pág. 45.

precisar, en cada una de ellas, algunas cuestiones que sí afectan al Derecho civil especial de las Baleares:

a) *Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.*—Coincide este apartado con lo que establece el actual artículo 13.1 del Código Civil, y parece referirse a las normas que se regulan en los actuales artículos 3 a 7 del título preliminar del Código. Eso no obstante, con ello no quiere decirse que las normas forales estén excluidas de forma automática, pues, como indica LASARTE (9), «la misma generalidad de los principios establecidos en los artículos mencionados del Código Civil incrementa, sin duda, la dificultad de la materia». Por ello entiendo, con CERDÁ GIMENO (10), que las normas interpretativas contenidas en la Compilación balear (así, el art. 2.2) quedan con toda su vigencia. Lo que sí parece claro es la imposibilidad con que se encontrará el Parlamento de la Comunidad Autónoma para legislar, en el futuro, en materia de aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

b) *Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.*—No quiero entrar en el análisis de este apartado, de redacción bastante deficiente, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que no presenta especialidad alguna para el caso de las Baleares y que no parece añadir tampoco nada sustancial a lo que ya prevé, actualmente, el artículo 13.1 del Código Civil.

c) *La ordenación de los Registros e instrumentos públicos.*—Este apartado reserva al Estado la organización de los Registros públicos (de la Propiedad, Mercantiles y del Estado Civil), cercenando, a su vez, las facultades que pudieran tener las Comunidades Autónomas respecto del Notariado. Para el caso de las Baleares, el proyecto de Estatuto preveía la competencia de la Comunidad Autónoma para nombrar a los Notarios y Registradores, pero de conformidad con las leyes del Estado, así como para participar en la fijación de las demarcaciones registrales y notariales, y para determinar el número de Notarios y Registradores. Todo ello ha desaparecido en el texto definitivamente aprobado.

En orden a este tema, parece un tanto arriesgada la opinión de Roca Trías (11) y de CERDÁ GIMENO (12) en orden a reconocer una posible regulación de determinados derechos reales, como son las hipotecas, por la Comunidad Autónoma, lo cual implicaría la posibilidad de crear (o suprimir) determinados tipos de derechos reales de garantía, y ello aun

(9) LASARTE, Carlos: *Autonomías y Derecho privado...*, op. cit., pág. 117.

(10) CERDÁ GIMENO, José: «La competencia legislativa en materia de Derecho privado de Baleares», en *Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, op. cit., página 97.

(11) Roca Trías, Encarna: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», op. cit., págs. 30-31.

(12) CERDÁ GIMENO, José: «La competencia legislativa...», op. cit., pág. 98.

cuando tales derechos reales se ajustaran a las condiciones de publicidad que, a través de la organización de los Registros, establezca el Estado. Otra cosa es —como dice LASARTE (13)— que, por ejemplo, la Generalidad, en cuanto señalada y característica institución del Derecho civil catalán, decidiera modificar o desarrollar la regulación que la Compilación catalana (arts. 296 y sigs.) establece en la actualidad en relación con la enfiteusis. Ello sería predicable, en mi opinión, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en orden a instituciones análogas contenidas en la Compilación vigente.

d) *Bases de las obligaciones contractuales.*—Aun cuando pueda dar lugar a ciertas dudas, la expresión constitucional parece dejar claro que corresponderá al Estado fijar las bases del Derecho de obligaciones, sin perjuicio de la vigencia de aquellas normas que contienen hoy las Compilaciones forales al respecto y, por supuesto, a la capacidad futura de las Comunidades Autónomas para conservar, modificar o desarrollar sus instituciones obligacionales, con el debido respeto a las bases fijadas por la legislación del Estado.

e) *Normas para resolver los conflictos de leyes.*—Se refiere aquí la Constitución fundamentalmente a los conflictos planteados entre las diversas legislaciones civiles vigentes en el territorio nacional, lo que implicará la imposibilidad por parte de las Comunidades Autónomas de dictar normas sobre esta materia, en la que hay que incluir, lógicamente, las disposiciones sobre adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil.

Lo que ocurre es que si se ponen en relación los actuales artículos 14 y 15 del Código Civil (no se olvide que la vecindad civil es hoy la determinante de la sujeción al Derecho común o foral) con el artículo 6.2 del proyecto de Estatuto de las Islas Baleares, surgen algunos problemas. En efecto, el artículo 6.2 dice que «*los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al Derecho civil especial de las Islas Baleares mientras mantengan esta vecindad y salvo en el caso de que manifiesten su voluntad en sentido contrario*». El criterio seguido por el Estatuto no coincide, pues, con el del artículo 15.1 del Código Civil, según el cual, el extranjero, en este mismo caso, adquiriría la vecindad común, a menos que hubiere residido en el territorio de Derecho foral por el tiempo señalado en el artículo 14, y siempre que en el expediente hubiese optado por la correspondiente vecindad foral o especial. Sin duda, el Estatuto es —como Ley Orgánica del Estado— norma suficiente para regular esta cuestión y, posiblemente, la fórmula adop-

(13) LASARTE, Carlos: *Autonomías y Derecho privado...*, op. cit., pág. 131.

tada sea mejor que la del Código Civil, pero ello no quita que, en la práctica, puedan surgir algunos problemas.

El último apartado que corresponde tratar aquí es el relativo a la determinación de las fuentes del Derecho, pero dado que éste constituye un tema fundamental de este artículo merece comentario aparte.

IV

La determinación de las fuentes del Derecho es una de las materias que parece reservar, en exclusiva, para el Estado, el artículo 149.1.8. Pero, evidentemente, no es dicho artículo un modelo de claridad cuando trata de esta cuestión. De su texto parece deducirse que «no obstante ser competencia exclusiva del Estado la determinación del sistema de fuentes del Derecho, han de respetarse en este punto las normas de Derecho foral o especial», lo que plasma un contrasentido, por cuanto la excepción viene a desnaturalizar la regla. Por ello ha dicho ROCA TRÍAS (14) que «si se reserva al Estado la determinación de las fuentes del Derecho, entendiendo por tales las contenidas en el artículo 1.1 del Código Civil, pero a la vez se respetan las normas del Derecho foral o especial, resulta que el Estado no tiene competencia exclusiva en materia de fuentes del Derecho». En este mismo sentido, DELGADO ECHEVARRÍA (15) reconoce que «la fórmula (constitucional) es incongruente: uno de los términos destruye necesariamente al otro. Más exactamente, la salvedad elimina la regla, siendo, en definitiva, que las Comunidades Autónomas pueden legislar también sobre fuentes de los Derechos civiles forales o especiales, es decir, lo mismo que si no se hubiera reservado al Estado en todo caso la determinación de las fuentes del Derecho».

Parece, pues, evidente que el Estado no tiene competencia exclusiva en materia de «determinación de las fuentes del Derecho», por cuanto el artículo 149.1.8, después de atribuírsela con carácter presuntivamente exclusivo, deja luego a salvo lo que establezcan los Derechos forales. Pues bien, aceptando que estamos —nos guste o no— en presencia de una competencia compartida, debemos plantear aquí dos cuestiones fundamentales, a través de cuyo análisis podremos llegar, sin duda, a conclusiones más seguras y definitivas sobre el tema que nos ocupa:

- La primera consiste en resolver el interrogante de si el precepto constitucional está referido sólo a las normas de Derecho foral o especial sobre fuentes del Derecho ya existentes

(14) ROCA TRÍAS, Encarna: «El Derecho civil catalán .», *op. cit.*, pág. 33.

(15) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: «Los derechos civiles forales...», *op. cit.*, página 345.

o si, por el contrario, ha de entenderse que las respectivas Comunidades Autónomas tienen competencia para generar *ex novo* un sistema de fuentes e incluirlo en su legislación civil.

- La segunda (sea cual sea la respuesta que se dé a la primera) estriba en determinar la concreta atribución que el Estatuto de las Islas Baleares hace a la Comunidad Autónoma en materia de determinación de fuentes del Derecho; pues si la Constitución juega como tope o límite máximo (de ahí la importancia del primer interrogante), es el Estatuto el que debe concretar —dentro de los límites constitucionales— el alcance exacto de las atribuciones competenciales de la Comunidad Autónoma.

En definitiva, que la Constitución es —en orden a las competencias asumibles por cada Comunidad Autónoma— causa necesaria, pero no suficiente, pues depende de la generosidad de los Estatutos de Autonomía que se llegue o no a los topes constitucionales. Dicho esto pasemos al estudio de las dos cuestiones planteadas.

Resume LASARTE muy bien los dos planteamientos doctrinales que han abordado la interpretación, siempre difícil y compleja, del artículo 149.1.8. Por un lado, está la postura de ROCA TRÍAS; por otro, la suya propia. En efecto, entiende ROCA que las Comunidades Autónomas podrán asumir con carácter exclusivo competencia legislativa en cuanto a la determinación de las fuentes del Derecho, y ello en base a los siguientes argumentos:

1. «En primer lugar, la Constitución no habla para nada de normas actualmente vigentes (como lo hace cuando determina qué Comunidades Autónomas puedan crear Derecho civil), sino que se refiere sólo a normas de Derecho foral.»

2. «Además, este artículo no distingue entre aquellos sistemas nacionales que actualmente tienen un sistema de fuentes propio, de aquellos que no lo tienen, y por ello no puede distinguirse.»

3. «Por otra parte, la determinación clara de las fuentes del Derecho en aquellas regiones donde no existe en la Compilación una jerarquía de forma clara (tal sería el caso de Cataluña o Baleares frente a Navarra o Aragón, por ejemplo) entra dentro de las posibilidades de desarrollo del propio sistema nacional, reconocido en el propio artículo de la Constitución.»

4. «Por último (...) sería absurdo reconocer competencia legislativa en materia civil y suprimir la posibilidad de fijación de las fuentes del

propio ordenamiento, porque si se discrimina entre aquellas regiones que en la actualidad tienen un sistema de fuentes y aquellas otras que, por exigencias de política legislativa, no la tienen, se produciría una situación de privilegio por parte de los ordenamientos primeramente citados, con respecto a los segundos.»

De todo ello deduce la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña en orden a la determinación del sistema de fuentes del Derecho catalán (de «todo» el Derecho catalán). Por ello no debe extrañar que llegue a la siguiente conclusión: En materias de competencia exclusiva, «el ordenamiento catalán será total y no será necesario recurrir a un derecho supletorio, porque el sistema de fuentes lo evitará en gran parte» (16). A idéntica conclusión llega CERDÁ GIMENO con respecto al Derecho de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares cuando, después de reconocer la competencia del Parlamento para conservar, modificar o desarrollar su propio sistema de fuentes sin otro límite que el respeto al principio de jerarquía normativa emanado del propio sistema normativo foral de las Islas, concluye afirmando que «el tema de la supletoriedad del Derecho del Estado afecta única y exclusivamente a las competencias concurrentes o compartidas» (17).

Frente a estas conclusiones, LASARTE (18), aun reconociendo que de la Constitución no es fácil inferir tampoco la tesis restrictiva, aduce una serie de contraargumentos a los expuestos por ROCA TRÍAS, que, en síntesis, son los siguientes:

1. «Enfocar —dice— las diferencias posibles en materia de fuentes del Derecho entre los diversos regímenes jurídico-civiles forales como privilegio (...) parece técnica poco adecuada; sobre todo cuando la propia Constitución parte precisamente de una bipartición esencial que, de seguir tales razonamientos, habría de ser considerada de forma irrefragable como anticonstitucional: la distinción entre Comunidades Autónomas forales y no forales...»

2. «Afirmar que el propio desarrollo de los regímenes forales exige determinar las fuentes del Derecho, dicho de forma tan genérica y con tintes categóricos, es cuanto menos impreciso. ¿Se van a alterar a estas alturas, en los diversos regímenes jurídico-forales, las relaciones entre ley y costumbre? ¿O quizá se quiere utilizar la determinación de las fuentes del Derecho como impulso generador de un sistemático recorte de la

(16) ROCA TRÍAS, Encarna: «L'Estatut i el Dret civil», en *Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, op. cit., pág. 37.

(17) CERDÁ GIMENO, José: «La competencia legislativa...», op. cit., pág. 100.

(18) LASARTE, Carlos: *Autonomías y Derecho privado...*, op. cit., págs. 143 y siguientes.

aplicación de lo que ha llegado a ser Derecho privado general del Estado?» La pregunta, aun cuando tiene un claro trasfondo político, no deja de ser interesante.

3. Por último, cree LASARTE que la utilización del viejo brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, asentado sobre la primera proposición del artículo —más que discutible y susceptible de otras tantas interpretaciones contradictorias—, no parece suficiente para explicar la cuestión, cuando menos en los términos tan categóricos y seguros que utiliza la prestigiosa jurista catalana.

Por todo ello, cree LASARTE que «el respeto a las normas de Derecho foral o especial ha de venir inspirado por la interpretación restrictiva, refiriéndolo, por consiguiente, sólo a aquellos Derechos forales que en el momento de la publicación de la Constitución conocían un sistema de fuentes diferente al establecido en el título preliminar del Código Civil» (Aragón y Navarra). Ahora bien, aun cuando tal interpretación es la que le parece más correcta, el propio LASARTE añade que si se acepta la posibilidad de que cualquiera de las Comunidades Autónomas forales puede proceder a determinar las fuentes del Derecho de su respectivo régimen jurídico-civil, ello no debe implicar la inoperancia con carácter general de la reserva estatal, establecida sobre las fuentes del Derecho. Por ello concluye su razonamiento afirmando que, «en definitiva, y como aparente paradoja, resulta que en relación con la llamada 'legislación civil... sobre determinación de las fuentes del Derecho', el Estado tiene competencia exclusiva siempre que incida sobre 'materias' o 'legislaciones' que puedan calificarse de *no civiles*. En cambio, respecto de los diversos regímenes *jurídico-civiles* coexistentes en España, la reserva de competencia no puede considerarse *en todo caso* como exclusiva». Afirmación ésta que —como se verá luego— me parece la más correcta y precisa para interpretar el sentido exacto de la Constitución sobre el tema que nos ocupa.

La respuesta al segundo interrogante (el referente a cuál sea la postura concreta del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares en orden a la determinación del sistema de fuentes) interesa en un doble sentido: en primer lugar, para precisar el exacto nivel competencial de la Comunidad Autónoma, y en segundo lugar, porque al ser el Estatuto una Ley Orgánica del Estado puede, sin duda, ayudarnos a precisar el criterio del legislador sobre este confuso y espinoso tema, pues, en principio, no debemos presuponer la inconstitucionalidad del texto estatutario.

Ya he dicho anteriormente que muy posiblemente algunas interpretaciones maximalistas del Estatuto de Cataluña provienen de la utilización por éste de la expresión «Derecho civil catalán», en lugar de la tradicional

y más precisa «Derecho civil especial de Cataluña». Pues bien, tal ambigüedad no se produce jamás en el texto del Estatuto de las Islas Baleares, que distingue perfectamente entre «Derecho propio de las Islas Baleares» (cuando se refiere, en general, al Derecho producido por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias exclusivas) y «Derecho civil especial» (cuando se refiere al Derecho privado que hoy contiene la Compilación y que la Comunidad podrá, con carácter exclusivo, conservar, desarrollar o modificar).

Pues bien, análogamente a lo que establece el artículo 26 del Estatuto de Cataluña, el artículo 47 del Estatuto de las Islas Baleares se refiere a la aplicación de las normas del Derecho de la Comunidad, pero lo hace con unos términos más precisos. Dice el artículo 47.2 que *«en la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las Islas Baleares, se respetarán las normas que en el mismo se establezcan»*. Ello me permite realizar dos afirmaciones que me parecen seguras:

1.^a Que si en la determinación de tales fuentes deberán respetarse las normas que SE ESTABLEZCAN en el Derecho civil especial de las Islas Baleares, ello significa que el Parlamento tendrá indudablemente competencia para legislar en materia de fuentes del Derecho civil especial. La fórmula «SE ESTABLEZCAN» no puede interpretarse, en modo alguno, en el sentido que desearía LASARTE, pues implica, sin duda, una capacidad activa para, en el futuro, legislar sobre tales fuentes. Y

2.^a Que, a pesar de ello, tal posibilidad no puede alcanzar —cuando menos en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares— la dimensión que pretenden ROCA TRÍAS y CERDÁ GIMENO, pues al precisar el artículo 47.2 que *«en la determinación de las fuentes del DERECHO CIVIL ESPECIAL (denominación mucho más precisa y menos confusa que la de 'Derecho civil balear' o 'Derecho civil catalán')*, se respetarán las normas que en el mismo se establezcan», ello imposibilita, a mi juicio, ampliar tal competencia legislativa a un ámbito distinto del «Derecho civil especial» y, por tanto, la competencia que se otorga no puede extenderse a *«todo»* el Derecho que el Parlamento Balear produzca en el ejercicio de sus competencias exclusivas.

V

Estos razonamientos permiten abordar, como tema final, el de la aplicación del Derecho en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Para ello debemos tener en cuenta varios artículos del Estatuto. Dice, en primer lugar, el artículo 47.1, que *«en materias de competencia exclusiva*

de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de las Islas Baleares es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el Estatuto», a lo que añade el artículo 47.3 que «en todo aquello que no esté regulado por el Derecho propio de las Islas Baleares, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado». Interesa también tener en cuenta el artículo 7.7, a cuya virtud *«las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales».* Y no debe olvidarse el artículo 149.3 de la Constitución, que resalta la prevalencia del Derecho del Estado en todo lo que no esté atribuido a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, de todo lo dicho y del juego de estos artículos, puede llegarse, según creo, a las siguientes conclusiones:

1.^a En materias sobre las que tenga la Comunidad Autónoma competencia exclusiva, el Derecho propio de la misma se aplicará con preferencia a cualquier otro Derecho. Ello se hará atendiendo al sistema de fuentes que resulte aplicable con arreglo a la legislación del Estado (hoy, artículo 1.1 del Código Civil), salvo que se trate de materias relacionadas con el Derecho civil especial de las Islas Baleares, en cuyo caso se respetará el sistema de fuentes que en el mismo se establezcan (fuentes que podrán ser las recogidas hoy en la Compilación —pues, aunque ésta no las defina de manera clara y expresa, sin duda contiene un sistema de fuentes— o las que, en uso de su competencia, haya establecido el Parlamento de las Islas Baleares).

2.^a En materias respecto de las cuales sea competente el Estado de manera exclusiva, se estará al ordenamiento jurídico general.

3.^a Cuando se trate de materias cuya competencia esté compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma, se aplicará la norma —estatal o autonómica— que corresponda con arreglo al principio de competencia, por un lado, y atendiendo, por otro, al sistema de fuentes que establezca la legislación del Estado y al principio derivado del artículo 149.3 de la Constitución, según el cual, en caso de conflicto, prevalecerán, en todo caso, las normas del Estado sobre las emanadas de la Comunidad Autónoma.

Una última cuestión debe tratarse aquí. Es la referente al ámbito de aplicación de las normas. El artículo 47.1 precisa la naturaleza territorial del Derecho de la Comunidad Autónoma en materias de competencia

exclusiva, cuestión ésta que desarrolla el artículo 7.7, el cual recoge, como se ha visto, dos excepciones lógicas:

1.^a Cuando en virtud del Estatuto personal de las partes que intervienen en una relación jurídica deba aplicarse otra legislación que no sea la de la Comunidad, puesto que así lo determine el punto de conexión que corresponda utilizar (lo que, en algún caso, implicará también la aplicación del Derecho de las Islas Baleares fuera del territorio de la Comunidad Autónoma), y

2.^a Cuando deban regir el caso concreto normas extraterritoriales, lo que se dará cuando se trate de materias respecto de las cuales sea competente el Estado de manera exclusiva o en aquellos casos de competencias compartidas en que corresponda aplicar la norma estatal por alguna de las razones ya expuestas.

JOSEP MARÍA QUINTANA

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN DE MOLINA JUYOL y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOBLE INMATRICULACION: EL ARTICULO 1.473 DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE APLICARSE A LA DOBLE INMATRICULACION ATENDIENDO A LAS ULTIMAS INSCRIPCIONES DE CADA PARTE, COMO SI SE TRATARA DE UNA DOBLE VENTA, SINO QUE HAY QUE TENER EN CUENTA EL MOMENTO EN QUE SE PRODUJO ESA DOBLE VENTA DURANTE LA TRAYECTORIA HISTORICO-REGISTRAL DE LAS INSCRIPCIONES DE LAS FINCAS, SIENDO PREFERENTE EL TITULO DERIVADO DE OTRO MAS ANTIGUO CON INSCRIPCION REGISTRAL ANTERIOR Y ACREDITADO TRACTO SUCESIVO. REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1980).

Hechos.—Don Manuel R. H. y don Jesús M. R. formulan demanda contra la entidad «P., S. A.», sobre reclamación de propiedad y otros extremos, exponiendo que los actores y la demandada son, respectivamente, titulares de unas fincas que proceden por segregación de la misma finca matriz, existiendo duplicidad de ventas y doble inmatriculación registral en cuanto a una parte de la finca de los demandados, exponiendo que los actores traen causa del primer adquirente y con efectos desde el año 1898, mientras que el título de la demandada sólo trae causa y se remonta al año 1953.

La entidad demandada se opone señalando que estamos ante dos fincas distintas real y registralmente.

El Juez de Primera Instancia de Madrid número catorce dictó sentencia

estimando la demanda, por lo que declara la doble inmatriculación, siendo nulo el título de propiedad de la sociedad demandada en la parte que corresponde a la cuadrícula E-1 de la manzana ochenta y ocho de la Ciudad Lineal, así como las inscripciones producidas sobre esa finca en esa parte, incluso respecto de los que ostentaren la calidad de terceros registrales, debiendo cancelarse mediante mandamiento las expresadas inscripciones declaradas nulas.

Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandada, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia revocando la sentencia del Juzgado, absolviendo de la demanda a dicha sociedad.

Los actores interponen recurso de casación, basándose en lo siguiente: 1.º Interpretación errónea del artículo 1473 del Código Civil y violación por inaplicación de los artículos 17, 20, 24, 25, 33 y 38 de la Ley Hipotecaria, así como del principio de Derecho *prior tempore, potior iure*, acogido por la doctrina legal contenida en Sentencias, entre otras, de 12 de mayo de 1871, 13 de enero de 1916, 17 de enero de 1963 y 4 de febrero de 1967. El fallo recurrido parte de la base de la existencia de un supuesto de doble venta de fincas, siendo así que no se trata de tal supuesto, toda vez que las dos fincas han sido adquiridas de personas distintas, aunque procedentes de una misma. Por eso, entienden los recurrentes que el supuesto a contemplar es el de una doble inmatriculación registral de fincas, cuyo tratamiento será resuelto con arreglo a las normas del Derecho civil, y en especial a las del referido artículo 1473. La interpretación dada por la Sala al citado precepto es meramente literal, pues la referencia que hace al adquirente que antes la haya inscrito no puede ser identificada, como hace la Sala, con la situación de los «adquirentes actuales que son parte en el proceso», con abstracción de quiénes fueran los titulares anteriores de los que traigan causa y de los que, como consecuencia de tractos anteriores, hayan sido titulares registrales. Esto sería así, si se tratara de un caso de doble venta; entonces la preferencia respecto a la propiedad correspondería al primer adquirente que la hubiera inscrito. Pero cuando se trata de un supuesto de doble inmatriculación, éste habrá de ser interpretado en conexión con las demás normas que establezcan la prioridad, como prescribe la Sentencia de 4 de febrero de 1967. De acuerdo con sus precedentes, se llega así a la prioridad civil a través del Registro de la Propiedad. Hay que tener en cuenta la primera inscripción de la finca, siguiendo el tracto sucesivo registral. 2.º Violación por inaplicación del artículo 1.261, apartado segundo, del Código Civil, así como los principios de Derecho *nemo dat quod non habet* y *nemo ad alium transferre potest quam ipse habet*, acogidos por la doctrina legal del Tribunal Supremo, de tal modo que una vez vendida la finca por primera vez, la formalizada en segundo lugar carecía de objeto. 3.º Violación del artículo 348 del Código Civil y de la doctrina legal que lo interpreta, al no declarar la sentencia recurrida la procedencia de la acción reivindicatoria, a pesar de cumplirse los requisitos para el ejercicio de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara haber lugar al recurso por lo que se establece en su primera sentencia:

Considerando que son hechos cuya certeza es reconocida por las partes, en sus escritos de planteamiento de la cuestión litigiosa, que de la finca

matriz, número trescientos veintiuno, del Ayuntamiento de Canillas, inscrita en el Registro de la Propiedad número diecisiete de Madrid, y que por escritura pública de catorce de agosto de mil ochocientos noventa y cuatro fue adquirida de sus propietarias, doña Purificación y doña Emilia A. M., por la «Compañía M. de U.», se segregó la finca número seiscientos sesenta y nueve, que en la demanda se describe, y que fue vendida, por escritura pública de compraventa de veinticuatro de octubre de mil ochocientos noventa y ocho, por la citada entidad a don Juan G. H., la cual originó la inscripción primera de dicha finca el veintiuno de diciembre del mismo año mil ochocientos noventa y ocho, finca que corresponde a la cuadrícula E-1, de la manzana ochenta y ocho, según la división o parcelación hecha por la Compañía urbanizadora, y la cual ha sido objeto, a través de los años desde entonces transcurridos, de transmisiones diversas, cada una de las cuales ha tenido su reflejo registral en inscripciones de dominio que han seguido un correcto e ininterrumpido tracto hasta llegar a la inscripción novena, causada por la adquisición de la referida finca seiscientos sesenta y nueve, llevada a efecto por escritura pública de compraventa, otorgada en dos de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, entre sus propietarios titulares de la inscripción octava, como vendedores, y los actores, hoy recurrentes, como compradores, quienes la inscribieron a su favor en siete de agosto de igual año mil novecientos setenta y cuatro; y a su vez, en escritura pública de cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, la «Compañía M. de U.», tras su segregación de la anteriormente referida finca matriz número quinientos veintiuno, vendió a doña Dolores R. F. la finca número cinco mil ciento diez, correspondiente a las cuadrículas E-1 y E-2, de la manzana ochenta y ocho, de la división a que anteriormente se ha hecho referencia y que originó la inscripción primera de dicha finca, en dos de julio de mil novecientos cincuenta y tres, la que fue heredada por su hija doña Montserrat F. R., causando la inscripción segunda, la que, a su vez, la vendió en dos de diciembre de mil novecientos setenta y dos a la Sociedad demandada, ahora recurrida, que la inscribió en el Registro en veintiséis de junio de mil novecientos setenta y tres, produciéndose la inscripción tercera de la misma; teniendo declarado también la Sala de instancia en la sentencia recurrida, como hechos probados, que no han sido impugnados por la adecuada vía legal y por ello han quedado inalterables, que ambas fincas tienen su origen en una planificación de la finca inicial adquirida por la «Compañía M. de U.», en la que los terrenos que la integraban fueron concretamente divididos en manzanas, tableros y módulos, y «que la finca de los actores, correspondiente a la cuadrícula E-1, está comprendida dentro de la de los demandados, integrada por las cuadrículas E-1 y E-2, ambas comprendidas dentro de la manzana ochenta y ocho», lo que patentiza «tanto la identificación de la finca de los accionantes, como su integración dentro de la de la sociedad demandada»; y estos supuestos han de tenerse en cuenta por ser básicos para la resolución del recurso.

Considerando que contra la sentencia de la Sala de instancia que, revocando la de primer grado, declaró no haber lugar a lo solicitado por los actores en su demanda, se alza el presente recurso integrado por tres motivos, todos ellos amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el primero de ellos se denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo mil cuatrocientos setenta y tres del Código Civil, y la violación, por inapli-

cación, de los artículos diecisiete, veinte, veinticuatro, veinticinco, treinta y tres y treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, así como del principio de Derecho *prior tempore, potior jure*, acogido por la doctrina legal contenida en las sentencias que cita, por estimar los recurrentes que la aplicación del citado artículo mil cuatrocientos setenta y tres, en la forma en que lo ha hecho la sentencia recurrida, sería correcta si se tratase de un caso típico de doble venta de una misma cosa inmueble por un mismo vendedor, pero no cuando se trata de una doble inmatriculación, pues aun cuando haya que aplicarse el mismo precepto, éste habrá de ser interpretado en conexión con las demás normas civiles que establezcan la prioridad civil, y a este respecto resulta obligado declarar que, a los efectos de dicho artículo mil cuatrocientos setenta y tres del Código sustantivo, la doble venta es la que realiza una misma persona —dueña de la cosa vendida— a dos distintos compradores, y así se deduce de la propia regulación que la citada norma legal establece, pues parece lógico resolver el conflicto que pudiera suscitar la doble venta efectuada por distintas personas en favor de quien la hubiere adquirido de su legítimo propietario, de lo que se deduce que en el caso origen del presente recurso, y referido exclusivamente, como hace el Tribunal *a quo*, a las adquisiciones llevadas a efecto por demandantes y demandada, no cabe hablar de doble venta, por cuanto cada una de las partes compró la cuestionada finca a persona distinta, las cuales, a su vez, figuraban como dueñas y tenían a su favor la correspondiente inscripción con relación a la señalada en la cuadrícula respectiva como la E-1; pero esta doble venta, cuyos efectos regula el precitado artículo mil cuatrocientos setenta y tres, si se produjo durante la trayectoria histórico-registral de las inscripciones de aquélla y, concretamente, al ser segregada de la finca matriz número quinientos veintiuno la parcela de terreno que pasó a formar la finca número cinco mil ciento diez, enmarcada en la cuadrícula E-2, de la manzana ochenta y ocho, y venderse, en unión de la contigua E-1, a doña Dolores R. F., por la «Compañía M. de U.», por escritura pública de cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, finca que se inmatriculó, causando la inscripción primera, en dos de julio de mil novecientos cincuenta y tres, siendo así que, como anteriormente ha quedado expuesto, fue segregada y vendida de la misma finca matriz la número seiscientos sesenta y nueve, por la citada Compañía, a don Juan G. H., en catorce de agosto de mil ochocientos noventa y ocho, quien la inmatriculó en veinticuatro de octubre de igual año, por lo que a las fechas de mencionadas inscripciones es a las que hay que atenderse para determinar cuál de los controvertidos derechos es el preferente y cuál de las dos inscripciones debe prevalecer, y a la vista, tanto de los títulos de propiedad como de las inscripciones de los mismos, forzoso resulta reconocer que la inscripción de los recurrentes procede en línea y tracto registrales de una primera inscripción de la finca E-1 adquirida por titular registral, mediante contrato de compraventa, siendo éste y la inmatriculación de la referida finca, como anteriormente ha quedado expuesto, de una antigüedad en cincuenta y cinco años con relación a la segunda venta de aquélla a favor de la recurrida, en unión de la E-2, y la inscripción de la formada por ambas, como primera, y de la que trae causa la Sociedad recurrida, pues estando inscritos los títulos de ambas partes litigantes, y dadas las circunstancias concurrentes, de las que queda hecha mención, ha de ser de aplicación el conocido principio de Derecho *prior tempore, potior jure*, y, por ello, debe reputarse preferente el título de

dominio de los recurrentes por derivar de otro más antiguo con inscripción registral anterior y acreditado tracto sucesivo, y sin interrupción alguna, que aquel del que la entidad demandada trae causa, y así viene a declararlo la doctrina jurisprudencial en Sentencias, entre otras, de cinco y diecisiete de enero de mil novecientos sesenta y tres y veintitrés de enero de mil novecientos setenta y cuatro, por todo lo cual procede acoger el motivo, al haber incurrido la Sala sentenciadora en la infracción que en él se denuncia.

Considerando que sin entrar en el examen del motivo segundo, dado que al haber sido formulado alternativamente sólo para el caso de que el primero hubiese sido desestimado, como ha afirmado la parte recurrente en la vista del recurso, la estimación de éste lo hace innecesario, el motivo tercero, que acusa la violación del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil y de la doctrina legal que lo interpreta, también ha de ser acogido, como consecuencia derivada de haberlo sido el primero, pues habiéndose acreditado el dominio de la discutida finca E-1 por los recurrentes, como derecho preferente al alegado por la parte recurrida, y estando perfectamente identificada aquélla y justificada su posesión por la entidad demandada, como así lo declara la sentencia impugnada, es visto se cumplen los requisitos necesarios para la efectividad de toda acción reivindicatoria, y por ello ha de prosperar la en este sentido ejercitada por los demandantes recurrentes.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número catorce de Madrid.

NOTA.—La jurisprudencia ha venido señalando diversos criterios para resolver el problema que plantea la doble inmatriculación, según hemos expuesto con detalle en otra ocasión.

Fundamentalmente, el Tribunal Supremo ha seguido el criterio de la prevalencia del titular que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente al titular que no los reúna (así, en Sentencias de 12 de noviembre de 1970 y 31 de octubre de 1978), si bien en numerosas ocasiones ha aplicado el criterio de la inmatriculación más antigua como expónente del criterio de Derecho Civil de mejor condición (Sentencias de 31 de octubre de 1961, 5 y 17 de enero de 1963, 22 de junio de 1972). No obstante, después de la Sentencia de 31 de octubre de 1978, ya citada, parece que hay que atender primeramente al criterio del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y sólo en defecto de tal criterio (por ser los dos titulares terceros del art. 34 o por no serlo ninguno), cabe acudir al criterio del Derecho civil.

Pues bien, la presente sentencia no sigue ninguno de esos criterios, a pesar de que cita la doctrina jurisprudencial, y concretamente, las Sentencias de 5 y 17 de enero de 1963. Se trata del criterio de remontarse hacia atrás en el historial registral de cada una de las fincas, y en el supuesto de encontrar un origen común por haberse producido con anterioridad una doble venta, aplicar la inscripción más antigua de las dos que se practicaron en su día como consecuencia de aquella doble venta. Naturalmente, este criterio sólo puede aplicarse cuando se dé esa circunstancia de derivar una y otra inscripción de un mismo titular que en su día dio origen a una doble venta. El fundamento de tal criterio lo da el artículo 1.473 del

Código Civil, que es exponente del principio *prior tempore, potior jure*, como recuerda acertadamente la presente sentencia.

Lo que no cabe aplicar, como también con acierto denuncia la sentencia, casando la de la Audiencia, es el criterio de atender a la fecha de las últimas inscripciones de los respectivos folios de una y otra finca, comparando las de los dos titulares que entran en colisión en el pleito de doble inmatriculación. La sentencia de la Audiencia había seguido ese extraño criterio aplicando el artículo 1.473 del Código Civil, que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, no se refiere a la doble inmatriculación en sí, sino a la doble venta, por lo cual, para aplicar ese precepto hay que remontarse hacia atrás en el historial registral de las fincas, sin quedarse sin más en las últimas inscripciones vigentes de cada folio. Sobre este problema dijimos hace mucho tiempo lo siguiente: «En otros casos será procedente acudir al criterio de prioridad de inscripciones comparando las de los litigantes. Pero creemos que esto último sólo debe hacerse en el caso de la doble venta, y es así porque entonces entra en acción el artículo 1.473 del Código Civil, que concede preferencia al adquirente que 'antes' haya inscrito en el Registro de la Propiedad. En este caso especial, como los dos titulares tienen un mismo origen, ya no interesa remontarse a los títulos más antiguos de cada uno (pues, en este sentido, tienen idéntico origen), sino a la inscripción vigente de cada titular, cuya fecha denote una mayor diligencia». «Pero cuando no exista tal origen común habrá que utilizar el criterio de la inmatriculación más antigua, como mejor exponente del criterio del Derecho civil.»

La novedad de la presente sentencia consiste en aplicar el criterio de la prioridad del artículo 1.473 del Código Civil remontándose en el historial registral de cada finca hasta encontrar el origen común que dio lugar a la doble venta, con lo cual puede darse el caso de prescindir del criterio del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues en aquellas remotas fechas no es factible replantear el requisito de la buena fe o mala fe de uno u otro adquirente, siendo además posible que el titular que primeramente inscribió lo fuese a través de una inscripción de inmatriculación, mientras que el que inscribió después lo hiciese en el mismo folio registral de su transmitente, sin que esa mera «colocación» en uno y otro folio pueda excluir la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil. Por cierto, que este ejemplo es una prueba más de que la tesis monista del tercero hipotecario (ROCA SASTRE: todo tercero ha de reunir los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria) no es suficiente para explicar muchas situaciones registrales que pueden darse al margen del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DESAHUCIO DE INDUSTRIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.566 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don José María Gómez de la Bárcena, sienta la siguiente doctrina fundada en los considerandos que, dada su claridad y precisión, se transcriben en forma literal:

Considerando que para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso deben puntualizarse los siguientes antecedentes: A) que el recurrente actúa en el concepto de arrendatario y parte demandada en el juicio de desahucio de la industria de bar por causa de expiración del término de que dimana, siendo pacto del arrendamiento, folios cuarenta y cuarenta y uno, que la mensualidad en que se fracciona la renta anual pactada ha de abonarse «del uno al cinco de cada mes sin excusa ni pretexto alguno», y la demanda se dedujo en escrito de fecha nueve de marzo, repartido el trece de dicho mes, del año mil novecientos setenta y nueve; en cuyo juicio recayó sentencia, de fecha veintitrés de junio de mil novecientos setenta y nueve, por la cual, el Juzgado de Primera Instancia en que pendía, estimando la demanda en todas sus partes, declaró haber lugar al desahucio, con las costas; B) que contra dicha sentencia, que había sido notificada al siguiente día hábil, que fue el veinticinco del expresado mes por ser domingo el veinticuatro, el demandado interpuso recurso de apelación mediante el presente escrito, junto con el cual consignó la cantidad de cincuenta y cuatro mil pesetas, representativas de las rentas correspondientes a las mensualidades de febrero a julio de dicho año mil novecientos setenta y nueve; recayendo a dicho escrito la providencia del Juzgado de fecha dos de julio, que aparte admitir el recurso en ambos efectos y acordar el emplazamiento de las partes por el plazo legal, acordó ofrecer la cantidad consignada a la parte demandante, bajo apercibimiento de que no recibéndola en plazo de tres días, se consignaría en la Caja General de Depósitos; C) que contra dicha providencia se interpuso por la parte arrendadora-demandante, y ya apelada, recurso de reposición fundado en que no debió admitirse el recurso de apelación, «ya que —decía— con la interposición del recurso, no se ha aportado el recibo en que se contiene la última mensualidad pagada por el recurrente antes de iniciarse la consignación, circunstancia que impide determinar el momento exacto a partir del cual se adeudan las rentas», más sin añadir la expresión de que se le adeudaban mensualidades anteriores a la de febrero de mil novecientos setenta y nueve, que era la primera de las comprendidas en la consignación; D) que siquiera el Juzgado no tramitó el recurso de reposición por entender que carecía de competencia para ello en méritos de haberse admitido ya a trámite el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ante la cual se habían personado ambas partes y ante quien la demandante-apelada volvió a alegar —omitiendo también ahora la afirmación de hallarse el arrendatario recurrente en descubierto por razón de mensualidades anteriores no pagadas ni consignadas— que dicho arrendatario «no ha integrado su recurso presentando el recibo o comprobante del pago de rentas anteriores o últimas para de esa manera tener la certeza... de dónde se debe de partir para cualquier cómputo», dictó, no obstante que el arrendatario demandado-apelante aportó entonces el recibo de la renta de la mensualidad de enero de mil novecientos setenta y nueve, el auto que el presente recurso de casación impugna y que es de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, y en que la Audiencia razona que «no debió admitirse (por el Juzgado) el recurso de apelación a la parte que no acreditó al interponerlo, mediante unión del oportuno recibo último pagado, el lapso de tiempo por el que debía alquileres», y «que la presentación tardía y sólo después de repetidos escritos de la parte contraria del mentado

recibo, no puede afectar a lo mal hecho inicialmente, lo que impide seguir el trámite de apelación», procediendo en base a tales razonamientos, a declarar la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia de primer grado y lo demás consiguiente; E) que contra dicho auto se formalizó el presente recurso de casación por infracción de ley, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, y por infracción, mediante aplicación indebida, del artículo mil quinientos sesenta y seis, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; habiendo mediado el de queja, que resolvió el auto de esta Sala de catorce de febrero de mil novecientos ochenta, mandando, mediante estimar la queja, que la Audiencia expidiese el testimonio preciso al efecto; F) que por las puntualizaciones preinsertas, el *thema decidendi* es el de si, conforme a lo dispuesto en el artículo mil quinientos sesenta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la exigencia de haber de acreditar el demandado en un juicio de desahucio, al tiempo de interponer los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, de «tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas» o de consignarlas en el Juzgado o Tribunal, se entiende que para el cumplimiento de dicho requisito cuando el arrendatario utiliza la consignación, haya de integrarla o completarla documentando, mediante la presentación del recibo correspondiente a la última renta satisfecha, el alcance del descubierto que comprende la consignación, ello a fin de que, con vista de dicho documento, aprecie el órgano jurisdiccional, atendiendo a la cantidad consignada, la suficiencia de la misma.

Considerando que por grande que sea el rigor formal con el que se haya venido aplicando y haya de seguir siéndolo el artículo mil quinientos sesenta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es posible extraer de la literalidad ni de la finalidad que le son propias la desorbitada consecuencia pretendida por el arrendador-demandante-apelado y compartida por la Sala *a quo* de que deba rechazarse *a limine* el recurso de apelación, pese a haberse consignado al tiempo de interponerlo todas las rentas vencidas y adeudadas en ese momento —que es lo que exige literalmente el texto y explica el ordenamiento del artículo, que no es otro que evitar la perduración del descubierto de las rentas a favor de la prolongación de los juicios por el seguimiento de sus recursos—, en base únicamente a no haberse justificado, aun siendo la efectivamente adeudada, que dicha cantidad consignada era la debida por corresponder a las rentas posteriores al último recibo cedido por el arrendador a a medio de la presentación de ese recibo; justificación que no aparece exigida ni por la letra ni por el espíritu del artículo invocado por el recurso, por todo lo cual debe entenderse que basta con la consignación sin el acompañamiento del último recibo si aquélla no se tacha de insuficiente ni se cuestiona siquiera ese aspecto; siguiéndose que procede estimar el recurso casando y anulando el auto recurrido.

Fallamos que debemos declarar y declaramos ha lugar el recurso de casación por infracción de ley, a nombre de don T.-F. H. F., que contra el auto de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y nueve dictó la Sala de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, cuyo auto casamos y anulamos; no hacemos especial imposición de costas causadas en el presente recurso; devuélvase a la parte recurrente el depósito

constituido, y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

CONTRATO ATIPICO: SU REGULACION. OBLIGACIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1981).

Admitido en ambos efectos el recurso de apelación interpuesto por la representación del demandante, don I. M. N., la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó Sentencia con fecha 7 de mayo de 1979, en los términos siguientes: «Que estimando el recurso de apelación..., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado número nueve de los de esta capital, y en su lugar, estimando en parte la demanda, debemos condenar y condenamos a la Sociedad Mercantil..., a que por la resolución del contrato verbal que en su día existió entre ambos, que aquí se declara, abone al primero en concepto de daños el valor de las obras de restauración de la finca, propiedad de la esposa del primero..., y comprendiendo en ellas las operaciones de relleno, compactación, nivelación, limpieza de alquitrán y materiales sobrantes y reconstrucción de los metros lineales de valla demolidos, valoración que se fijará en período de ejecución de sentencia, desestimando en lo restante la demanda, todo ello sin hacer expresa condena en las costas en ambas instancias».

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, a nombre del demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Carlos de la Vega Benayas, sienta la siguiente doctrina, con arreglo, en otros, a los siguientes:

Considerando que el problema planteado en el recurso, como ya lo fue en las instancias, reside en la determinación de los efectos de un contrato verbal cuya existencia fue, en principio, puesta en duda por el hoy recurrente, si bien más tarde admitida aun con otra calificación jurídica y efectos muy restringidos, lo que no fue obstáculo para que la Sala de instancia lo calificara de «compraventa atípica» o «especial», determinada por la venta o entrega de la tierra que pudiera extraerse de la finca del «vendedor», con el compromiso de la otra parte beneficiaria de restaurar aquélla al estado anterior, amén de otras especificaciones que ahora se atacan en el presente recurso.

Considerando que para una mejor exposición de los problemas planteados por el recurrente convendrá iniciar su estudio por el motivo tercero —por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, en el que se propone el tema de la calificación del contrato y basado en la aplicación indebida del artículo mil cuatrocientos cuarenta y cinco del Código Civil (definidor de la compraventa), respecto del cual cumple decir que, como ya se hizo en Sentencias de esta Sala de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y siete de enero de mil novecientos ochenta y uno, en materia de contratos atípicos no es lo importante el *nomen iuris* para establecer la disciplina normativa

y efectos entre las partes, sino su completa o incompleta regulación por las mismas, es decir, de las especificaciones de los contratantes respecto del programa contractual, de tal modo que si éstas son completas y bastan para su calificación y cumplimiento a ellas habrá que estar, sin necesidad de encajar el convenio en cualquier figura típica legislativa, con solo el atenimiento al pacto —*lex privata*: artículos mil noventa y uno y mil doscientos cincuenta y cinco del Código Civil— y, en su caso, a la doctrina general de las obligaciones y contratos, si éstas bastan para ello.

Considerando que las mismas razones valen para declarar también inviable el motivo cuarto, que denuncia la no aplicación del artículo mil quinientos treinta y ocho del Código Civil, que define el contrato de permuta, calificación que según el recurrente es la que conviene al contrato, pero sin parar mientes en la inutilidad práctica de su aserto: primero, porque la Sala de instancia no lo califica de compraventa, sino de «compraventa atípica» o de «contrato especial», y segundo, porque de calificarlo de permuta, subsistirían del mismo modo las obligaciones derivadas del contrato verbal, que el juzgador da por constituido, e incluso admitido por el recurrente con efectos más limitados, bien se apliquen las normas de la permuta, que no son otras que las de la compraventa, por la remisión que así hace el artículo mil quinientos cuarenta y uno del Código Civil, ora las derivadas de la naturaleza de la convención conforme al uso (artículo mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil), en relación con las generales de los contratos (arts. mil ochenta y ocho al mil trescientos catorce del Código Civil).

Considerando que en el motivo quinto, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de interpretación errónea del artículo mil ciento veinticuatro, en relación con el mil noventa y ocho, del Código Civil, con el argumento, en modo alguno atendible, de que aquélla acordó a la vez la resolución y el cumplimiento del contrato y de que así fue solicitado por el actor en su demanda, extremos ambos inciertos según acredita la sola lectura del «suplico» de la demanda y la del fallo de la sentencia, en los que se pide la resolución del contrato y el abono de daños y perjuicios y así se acuerda en la sentencia, de conformidad con el párrafo segundo del artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil, en el que la petición de resarcimiento puede ser secuela tanto de la súplica de cumplimiento como de la de resolución y no supone, como se pretende ahora, la sustitución o equivalente del cumplimiento, que no se solicitó y que, de haberse hecho, sí hubiera provocado la entrada en juego del artículo mil noventa y ocho del Código Civil y de su complementario procesal, es decir, el novecientos veinticuatro de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la aplicación indebida del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil y, en concreto, la ausencia de nexo lógico entre el hecho que se declara probado —un contrato verbal— y las consecuencias u obligaciones derivadas del mismo, que la sentencia impone al recurrente, como contratante incumplidor.

Considerando que no puede decirse que falte la Sala de instancia a las reglas del criterio humano (art. mil doscientos cincuenta y tres del Código

(Civil), compuestas de lógica y experiencia, ni establezca una conclusión o presunción absurda, ilógica o inverosímil, cuando partiendo del hecho básico (art. mil doscientos cuarenta y nueve del Código Civil), probado y admitido por las partes, es decir, el de la existencia de un contrato entre ellas que llama de «compraventa atípica», obtiene y deduce de él ciertas naturales consecuencias (art. mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil) derivadas del vínculo contractual recíproco, tal, entre ellas, la obligación para el «comprador», o beneficiario de la tierra extraída de la finca del «vendedor», de cumplir, por su parte, con el *facere* estipulado con más o menos precisión —pero que la sentencia da por pactado—, o sea, el de reponer la finca al estado anterior.

Considerando que, por lo demás, lo expuesto constituye, evidentemente, la consecuencia natural de un contrato que, por el mecanismo normal de su naturaleza creadora de obligaciones recíprocas y compensatorias, impone y exige la sanción de su cumplimiento para evitar lo que su propia esencia quiere que se evite, es decir, el enriquecimiento de una parte sin fundamento alguno (argumento *ab absurdum*), según la propia sentencia recurrida indica también como base de su aserto y reafirmación de la presunción que utiliza.

Considerando que si hasta ahí puede estimarse correcta la conclusión general obtenida por vía presuntiva, es decir, la de que, dado por existente un contrato, es lógico y justo que produzca efectos, no puede decirse lo propio del total resto de las especificaciones o subpresunciones que la Sala de instancia establece, y no sólo por aquello de que *preaemptio de preasumptiones non admitur*, que, como a toda máxima, hay que mirarla *cum grano salis*, sino porque, como indica el artículo mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil, la eficacia y obligatoriedad del contrato se extiende a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, lo que, puesto en relación con el artículo mil doscientos ochenta y tres del mismo Código —que prohíbe la extensión obligatoria del contrato a lo no previsto, y que también se denuncia como no aplicado en el motivo segundo—, quiere lisa y llanamente decir que no se pueden imponer al contratante, acusado de incumplidor, más obligaciones que las previstas o las que razonablemente se deriven de sus actos en relación con el objeto, términos y sentido del contrato.

Considerando que, en este sentido, si se conjuga el estado físico de la finca de la que se extrajo la tierra, antes y después de extraerse ésta, según resulta de las fotografías tenidas en cuenta por el Juez de Primera Instancia («considerando» cuarto de su sentencia), con las declaraciones formuladas por la Sala juzgadora tendentes a sentar la obligación del demandado de «reponer la finca al aspecto externo que tenía», de «restaurar las alteraciones que en la superficie acuse la extracción» de tierra, es obvio y claro que la condena de hacer no puede extenderse a más que lo que la propia Sala admite como consecuencia del contrato, y en ese aspecto es en el que hay que acceder, en parte, a la estimación del motivo o motivos primero y segundo, puesto que, con exceso lógico, la sentencia impone al demandado la obligación de *nivelar* la finca, es decir, la de *transformar*, no de *reponer*, la superficie de la misma, superficie que no era llana según las fotografías muestran, incidiéndose así en la aplicación indebida del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil, siquiera sea parcialmente, es decir, por extensión indebida de las conse-

cuencias de la presunción en cuanto al nexo causal entre el contrato y una obligación contractual no procedente.

Considerando que, en su virtud, procede casar parcialmente la sentencia recurrida en el particular relativo a la obligación para el demandado recurrente de *nivelar* la finca de autos y, consecuentemente, proceder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto a nombre de «G. N. E HI-JOS, S. A.».

LEGITIMACION PROCESAL. RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LO CONSTRUIDO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1981).

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 1979, en la que condenaba a los demandados, «herederos de don L. P. G. y personas que formaron parte o fueron interesadas en la Inmobiliaria P. G., S. A.», a que solidariamente efectúen determinadas obras y, en síntesis, a la reparación de los defectos existentes en los edificios que afecten a la sanidad, salubridad, seguridad y estética de los mismos.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jaime de Castro García, no da lugar al recurso fundado en los siguientes:

Considerando que para la adecuada decisión de las diversas cuestiones planteadas en el recurso, es preciso tener en cuenta los antecedentes que se pasa a relatar, no sometidos propiamente a controversia en la instancia e inalterables en la casación: Primero. Mediante los correspondientes contratos otorgados en fechas que van del nueve de marzo de mil novecientos setenta y uno al dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y dos, los integrantes de las Comunidades de Propietarios de las veinticuatro casas numeradas en la demanda adquirieron los pisos a que la contienda se refiere, figurando en todos los negocios como vendedor don J. P. G., el cual las más de las veces lo hace como apoderado de su hermano, don L. P. (trescientas veinticinco viviendas) y en la enajenación de cincuenta interviene con el carácter de «Director-Gerente con facultades delegadas de la Compañía Mercantil Inmobiliaria, S. A.». Segundo. Esta sociedad, constituida mediante escritura de veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y tres con un capital social de treinta millones de pesetas, dividido en acciones de mil, de las que prácticamente la mitad han sido suscritas por los citados hermanos P. G., tenía como objeto «la construcción de viviendas de renta limitada subvencionadas o cualquier otra modalidad de vivienda que disfrute de los beneficios del Instituto Nacional de la Vivienda para su venta y explotación en alquiler», según reza en su artículo segundo la escritura constitutiva. Tercero. Los graves defectos en la edificación de los pisos, determinantes de lo que la sentencia de instancia califica de ruina parcial en rotunda declaración no combatida en el re-

curso, provocaron la consiguiente reclamación de las Comunidades de Propietarios indicadas a «Inmobiliaria G., en la persona de su Director-Gerente, don J. P. G., y herederos de don L. P. G.», que llevaron a efecto por acta notarial de dieciséis de mayo de mil novecientos setenta y cinco. Cuarto. Fallecido don L. P. G., el veintisiete de junio de mil novecientos setenta y dos, dejando viuda e hijos, en Junta General Extraordinaria, «celebrada en el domicilio social, el día veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, *con asistencia de todos los accionistas*», Inmobiliaria P. G., S. A., tomó por unanimidad el acuerdo de su disolución, con base en el cual es otorgada la escritura de rigor con fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, que figura inscrita en el Registro Mercantil, una vez seguidos los preceptivos trámites, el veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y seis. Quinto. Según hace constar el apartado D) de la certificación unida a dicha escritura, «los accionistas responderán en proporción al número de acciones de que sean titulares de cualquier deuda o débito de la sociedad que apareciera en el futuro y del que, en este momento, no tienen noticia».

Considerando que promovida demanda por las expresadas Comunidades de Propietarios contra don J. P. G., por sí y como Director-Gerente de la Compañía mencionada, contra los herederos de don L. P. G. y contra la Inmobiliaria P. G., S. A., «y para el caso de que se hallare disuelta contra todas aquellas personas que hayan formado parte de la misma», sólo compareció en el proceso el primer nombrado, por lo que, en proveído que ganó firmeza sin que mediara impugnación, fue acordada la rebeldía de todos los demás llamados al debate; resuelto por el Tribunal *a quo*, con revocación de la sentencia recaída en el primer grado que fue totalmente absolutoria para los demandados, manteniendo el pronunciamiento en cuanto a don J. P. G. y condenando a los restantes, es decir, a los «herederos de don L. P. G. y personas que formaron parte o fueron interesadas en la Inmobiliaria P. G., S. A., a que solidariamente efectúen las obras» postuladas en la demanda y que detalladamente se describen en la parte dispositiva, contra la que recurre el primero.

Considerando que en cuanto aspecto que es de la legitimación de las partes y manifestación del interés en obrar, ya se le conceptúa presupuesto procesal, bien elemento subjetivo del derecho sustancial o como una condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trata; y si en este sentido ya el derecho histórico exigía en los contendientes la *summa graminis* o «daño del pleyto quando fuere dado juicio contra ellos si se tuvieran por agraviados», como requisito indispensable para que «tomar puedan en alzada» (Partida tercera, título veintitrés, Leyes segunda y cuarta), esta Sala tiene declarado en reiterada doctrina que por virtud de ese presupuesto subjetivo, con su obligada consecuencia de que las acciones procesales y los recursos derivados de ellas solamente se otorgan para defender derechos e intereses propios por norma general (Sentencias de veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y siete y ocho de junio de mil novecientos sesenta y cinco), que es, en definitiva, lo proclamado en el artículo veinticuatro, párrafo primero, de la Ley Fundamental del

Estado al utilizar el pronombre posesivo «sus» refiriéndose a la protección judicial de los derechos, sólo la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional puede, como perjudicado o gravado por ella, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede para que se revoque o reforme, y entre ellos, destacadamente, el recurso de casación (Sentencias de veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y uno y veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y tres), que, evidentemente, no podrá ser mantenido alegando infracciones que no afectan al recurrente, que se erige así en defensor de intereses ajenos (Sentencias de doce de noviembre de mil novecientos setenta y tres y veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y cinco, que insisten en criterio ya mantenido por las de ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho y doce de febrero de mil novecientos setenta, entre otras).

Considerando que a la luz de lo expuesto es patente la total improcedencia de los motivos primero, segundo y tercero del recurso, en los cuales el recurrente, don J. P. G., sin titularidad jurídica material ni procesal que le legitime para ello, asume la defensa de la parte rebelde «herederos de don L. P. G.», para denunciar la infracción por violación de los artículos mil doscientos cuarenta y nueve, seiscientos cincuenta y nueve y novecientos ochenta y ocho del Código Civil, alegando —en síntesis— que la resolución del segundo grado ha presumido sin base alguna la existencia de sucesores del causante a título universal, a pesar de que no consta la aceptación indispensable y de que no puede hablarse de herencia de don L. P. G., por cuanto no se ha probado que haya dejado activo en su hipotética masa relicta; pues además de que, obviamente, no viene permitido al único recurrente utilizar medios defensivos que corresponden a otros demandados, ya que no es heredero de su hermano don L. ni ha esgrimido esta condición en ningún momento, la alegación tampoco podría prosperar, por las siguientes razones: A) aunque la expresión utilizada por la sentencia de la Sala de que dada la situación de rebeldía de tales herederos «y que, por tanto, nada han dicho al respecto, habrá de presumirse su existencia, como es lo corriente», resulta imprecisa y no ajustada al conveniente rigor técnico, tampoco ignora que en nuestro ordenamiento, seguidor del sistema denominado «romano», la herencia no se adquiere por el solo hecho de la delación, sino que ha de ser completada con la aceptación, según se desprende de los artículos novecientos ochenta y ocho y siguientes del Código Civil y lo tiene declarado la jurisprudencia (Sentencia de diecinueve de octubre de mil novecientos sesenta y tres), régimen que por lo que hace a los Derechos forales siguen el artículo noventa y ocho de la Compilación Catalana y la Ley trescientos quince del Fuero Nuevo Navarro; sino que atendiendo, aunque no haga explícita mención, a la evidencia de que don L. P. G. estaba casado y tenía descendientes, y a la circunstancia de que después de su fallecimiento se operó la disolución de la Sociedad con asistencia a la Junta General de todos los accionistas, presupone una aceptación tácita que viene corroborada por la falta de toda prueba «de la repudiación de la herencia»; B) ante el defecto de regulación en nuestro Derecho de la herencia yacente, que no puede ser personificada a los fines de ser llamada al proceso, en la práctica se interpela a quienes «resulten ser herederos o se crean con derecho a la herencia» del causante, esto es, a la masa o comunidad de interesados

a la que se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, según señaló la Sentencia de esta Sala de veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y tres; que es, a la postre, el camino seguido por los demandantes al dirigir sus pretensiones, entre otros, contra «los herederos de don L. P. G., de ignorados datos y a los que se emplazará por medio de edictos publicados en forma»; C) no obra en las actuaciones, ni lo refiere la sentencia recurrida, dato alguno en que poder basar el aserto de que la de don L. P. G. es una *hereditas damnosa*, como sostiene el recurrente, hipótesis poco conciliable con la devolución del nominal a los accionistas en las operaciones de liquidación de la entidad Inmobiliaria P. G., S. A., según proclama la escritura de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cinco y refleja el asiento registral; ello aparte de que no dejaría de producirse el fenómeno sucesorio por el hecho de que en la composición del caudal relicto el pasivo fuese superior al activo, según lo evidencia el texto del artículo seiscientos cincuenta y nueve del Código Civil.

Considerando que el motivo cuarto del recurso aduce, por el mismo cauce de los precedentes, violación del artículo mil seiscientos sesenta y cinco del Código Civil, ocasionada, en criterio del impugnante, al ser estimada una petición que por la generalidad de sus términos, al hablar de «personas que formaron parte o fueran interesadas en la Inmobiliaria P. G., S. A.», extiende la pretensión de condena a un círculo más dilatado que el propio de los socios, al que debería quedar reducido; alegación desatendible, pues, sin embargo, de unas expresiones que adolecen de inconcreción, la Sala de instancia las proyecta con acierto sobre quienes ostentaban la cualidad de socios al tiempo de la disolución de la Compañía y como tales accionistas asumen las deudas de la Sociedad por virtud de la estipulación referida, creando obligaciones que, a juicio de la sentencia recurrida, trascienden la fase de liquidación para ganar propia sustantividad, y puesto que tal apreciación no ha sido censurada por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos como errónea, es evidente la repulsa del motivo quinto, apoyado en la violación del artículo primero de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y uno sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, pues mal podrá argüirse con el «privilegio de la limitación de la responsabilidad del accionista» que tal precepto recoge, cuando dicho queda que no se trata de deudas nacidas, en parecer de la Sala de instancia, con arreglo a la específica normativa de tal figura social, sino de un pacto de los socios en trance de liquidación asumiendo la responsabilidad por las «numerosas reclamaciones pendientes de los titulares de las viviendas para que fueran reparadas».

Considerando que la regla general de mancomunidad simple establecida en el artículo mil ciento treinta y siete del Código Civil, a diferencia de lo prevenido en preceptos de otros ordenamientos (parágrafos cuatrocientos veintisiete y cuatrocientos treinta y uno del Código Civil alemán y art. mil doscientos noventa y cuatro del Código italiano) que siguen el sistema de la solidaridad pasiva de las obligaciones por entenderlo más ventajoso para los intereses del tráfico al robustecer la posición del acreedor, ha sido limitada por la jurisprudencia al terreno de las obligaciones nacidas de negocio jurídico, por lo que la presunción de no solidaridad no opera cuando se trata de responsabilidades derivadas del cobro de lo indebido o de enriquecimiento injusto (Sentencia de ocho de abril de mil

novecientos setenta y seis, que se remite a las de veintitrés de diciembre de mil novecientos tres y veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve), o si se trata de pluralidad de autores en caso de culpa extracontractual, que responderán *in solidum* (Sentencias de catorce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, ocho de febrero de mil novecientos sesenta y siete, veinte de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, catorce de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, veinte de febrero de mil novecientos setenta, cuatro y catorce de mayo de mil novecientos setenta y tres y veinte de marzo de mil novecientos setenta y cinco), al igual que acontece en la esfera del arrendamiento de obra para las obligaciones que alcanzan a contratista y arquitecto en el artículo mil quinientos noventa y uno (Sentencias de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno, diecisiete de mayo de mil novecientos sesenta y siete y uno de febrero de mil novecientos setenta y cinco, entre otras), norma, precisamente, en la que la Sala *a quo* se basa, en los supuestos de coactuación dolosa aun en el ámbito contractual (Sentencias de veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y siete y veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve) y en el caso de compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad, cuyos integrantes quedan solidariamente obligados frente al proveedor (Sentencias de treinta de marzo de mil novecientos setenta y tres y uno de febrero de mil novecientos setenta y cinco); solución contraria al principio *concurso partes fiunt* y, por consiguiente, en pro de la solidaridad, que ha sido propugnada asimismo para las situaciones en que si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos ellos responden a una misma causa y se ha producido entre los varios interesados interdependencia y comunidad de intereses.

Considerando que conforme se deduce de esa fundada orientación, tienen que correr igual suerte desestimatoria los motivos sexto y séptimo del recurso, que amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, reprochan, respectivamente, a la sentencia de la Sala violación del artículo mil doscientos cincuenta y siete del Código Civil, al ampliar los efectos de los distintos contratos de compra-venta de las viviendas a personas no otorgantes del negocio, e interpretación errónea del artículo mil ciento treinta y siete del propio Cuerpo legal, consiguiente a la imposición de una responsabilidad solidaria que este precepto no consiente, pues la exclusión de la mancomunidad simple viene exigida como solución más equitativa por las particularidades del caso, ya que a pesar de la variedad de las personas representadas (unas veces la jurídica Inmobiliaria P. G., S. A., y otras la individual don L. P. G., socio de la primera) en todas las operaciones actúa como representante don J. P. G. y responde al mismo designio, mereciendo ser destacadas las características de los inmuebles enajenados en descripción de la sentencia recurrida, que en casación no se combate, afirmando que «no están individualizadas las viviendas que se dice fueron construidas por uno u otro de los constructores, sino que están dispersas a través de los bloques de edificación, y no se determina la índole del convenio entre éstos para el intercambio o intercomunicación entre los elementos comunes a unas y otras viviendas (solar, portales, escaleras, cubiertas, sótano común a todos los bloques, zona donde están instalados por Iberduero determinados dispositivos eléctricos, antenas colectivas de TV, etc.), y lo que a juicio

del Tribunal es definitivo, el conjunto de las viviendas constituye una unidad arquitectónica, puesto que la distribución interior, su composición de fachadas, sistema constructivo y materiales, responden a un mismo criterio y a un mismo estilo, sin que la inspección del conjunto pueda diferenciar las distintas etapas y personas intervinientes en ella».

Considerando que por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso, con la preceptiva imposición de costas al recurrente (art. mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y sin que haya lugar a pronunciamiento alguno en cuanto al depósito por no haberse constituido dada la disconformidad entre las sentencias de una y otra instancia.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don J. P. G., contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en fecha veintiocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve; condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso, y a su tiempo comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

**DOCUMENTOS AUTENTICOS. PRECEPTOS MERAMENTE PROCESALES.
DISPOSICIONES DE CARACTER REGLAMENTARIO (SENTENCIA DE 10
DE NOVIEMBRE DE 1981).**

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don José María Gómez de la Bárcena López, sienta la siguiente doctrina:

1.º Es constante y reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que no pueden ser esgrimidos como documentos auténticos, a efectos de casación, los que han sido objeto de discusión en la litis, siendo interpretados y valorados en la instancia (Sentencias de 3 de julio de 1962, 20 de junio de 1969, 7 de abril de 1970, 8 de febrero y 3 de marzo de 1980 y 21 de febrero y 13 de abril de 1981).

2.º Los preceptos meramente procesales no pueden servir de soporte a un recurso de casación por infracción de ley, ya que nunca pueden determinar un vicio *in judicando* (Sentencias de 21 de mayo y 25 de junio de 1963, 20 de diciembre de 1970 y 16 de abril de 1980).

3.º Los preceptos contenidos en disposiciones de carácter reglamentario no son aptos para fundar en ellos el recurso de casación por infracción de ley, como establecieron las Sentencias de 25 de marzo de 1940, 7 de mayo de 1955 y 5 de abril de 1972.

**CONTRATO DE OBRA: SU INTERPRETACION (SENTENCIA DE 13 DE NO-
VIEMBRE DE 1981).**

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Andrés Gallardo Ros, no da lugar al recurso de casación por infracción de ley de la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia

Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo, por los siguientes, entre otros:

Considerando que los dos primeros motivos, en los que por el cauce procesal del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se denuncia la interpretación errónea del artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil, han de ser desestimados por la sencilla razón de que, declarado probado por la Sala que en el contrato de obra celebrado únicamente fue objeto del mismo la adopción y decoración de los locales al negocio del demandado, quedan fuera del mismo los vicios posibles de construcción, sin que por ello le sea aplicable al caso el contenido del citado artículo.

Considerando que los motivos tercero y cuarto, en que por el mismo cauce procesal se denuncia, respectivamente, la aplicación indebida del artículo mil doscientos cincuenta y ocho y del mil ciento cinco, ambos del Código Civil, han de correr la misma suerte desestimatoria que los anteriores, puesto que en cuanto al primero, se pretende, al igual que en los anteriores, que se declare una responsabilidad derivada del artículo mil quinientos noventa y uno, que, como ya ha sido establecido anteriormente, es inaplicable al caso, y en cuanto al segundo, porque efectivamente, aun cuando tal precepto lo fuera, no cabe duda de que dados los hechos de la premisa fáctica establecida por la Sala, el evento de las humedades no podía ser previsto por la parte encargada de las obras y derivó de un hecho fortuito.

Considerando que el último motivo, que denuncia por el mismo cauce de los anteriores la aplicación indebida del artículo mil doscientos setenta y tres del Código Civil, comienza, al pretender razonar la infracción, por hacer supuesto de la cuestión, al partir en su razonamiento de un supuesto de hecho contrario al establecido por la Sala de instancia, que declara la existencia de un objeto cierto en el contrato celebrado, cual es la habilitación y decoración de un local de negocio, pero que no hace referencia en forma alguna a los vicios de construcción de dicho local y, por tanto, sin que por los mismos le pueda alcanzar al recurrido la menor responsabilidad que derive directamente de dichos vicios.

ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL: SU INTERPRETACION (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez, sienta la siguiente doctrina:

Que la resolución impugnada, al reconocer que el hecho en cuestión fue debido a la conducta negligente de los demandados, con realidad del daño y relación de causa a efecto entre éste y aquélla, indudablemente cumple las exigencias del artículo 1.902 del Código Civil, por lo que ninguna interpretación errónea hay que estimar producida de tal precepto por la Sala sentenciadora de instancia, siendo inoperante a tal fin el que por ésta se haya reducido el importe de la indemnización fijada en primera instancia, pues esa limitación no determina errónea interpretación del

indicado artículo 1.902, desde el momento que éste no establece módulos cuantitativos indemnizatorios, que ciertamente son atributo, en su fijación, del Tribunal de instancia y que como cuestión de hecho no es susceptible de impugnación por el cauce de la interpretación errónea del mencionado artículo.

Que el artículo 1.902 del Código Civil, en manera alguna contiene aspecto de prueba preestablecida, sino simplemente la expresión de la triología de los requisitos de precisa concurrencia —comportamiento culposo o negligente, resultado dañoso y relación entre aquéllos y éstos— para configurar una situación de hecho y jurídica generante de culpa extracontractual o aquiliana, pero no módulo alguno probatorio determinante del adecuado *quantum* al resultado dañoso.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. EXCESO DE JURISDICCION
(SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El señor Juez de Primera Instancia de Denia, en sentencia de fecha 31 de mayo de 1978, estimó la demanda interpuesta en nombre de don T. I. contra don W. M., de nacionalidad alemana, y don F. S., de nacionalidad austríaca, en cuya sentencia ordenaba:

a) Declarar y declaro que don T. I. O., por la construcción de la casa chalet del demandado, don W. M., en la partida Baladrar de Benisa, número cinco de la Urbanización Montemar, tiene pendiente de cobro la cantidad en pesetas equivalentes a sesenta y cinco mil ciento dos marcos alemanes. b) Declarar y declaro que las obras extras efectuadas en el citado chalet importan un millón trescientas ochenta y tres mil ochocientas ochenta pesetas. c) Condenar y condeno a don W. M. a pagar al señor I. O. los sesenta y cinco mil ciento dos marcos alemanes, señalados en el extremo a), de cuya cantidad, convertida en pesetas, según el cambio oficial vigente el veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y dos, se descontarán un millón veintinueve mil ciento veinte pesetas, liquidación que se efectuará en ejecución de sentencia, debiendo reintegrar el exceso, si lo hubiere, el señor I. al señor M. Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador señor G., en nombre de don W. M., en juicio de mayor cuantía número ciento cincuenta de mil novecientos setenta y siete, acumulados al trescientos diecinueve de mil novecientos setenta y seis, contra don F. S., representado por el Procurador señor P. y don T. I. O., representado por el Procurador señor B., debo absolver y absuelvo a los citados señores de todas las pretensiones del señor M. Y debo absolver y absuelvo al señor S. de todas las pretensiones formuladas por el señor I. O. en el auto de juicio de mayor cuantía número trescientos diecinueve de mil novecientos setenta y seis.

Dicha sentencia fue revocada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia en fecha 29 de junio de 1979, habiendo sido recurrida en casación tanto por la representación de don F. S., como por la del demandante.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jaime

Santos Briz, casa la referida sentencia, sentando la doctrina que se deduce de los siguientes considerandos:

Considerando que en el recurso de casación que en estas actuaciones promovió la representación de don F. S., su único motivo, al amparo del número sexto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega «abuso o exceso de jurisdicción por el Tribunal recurrido en el ejercicio de la jurisdicción, al conocer y pronunciarse sobre el contrato de veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y dos, que no era de su competencia al haberse sometido las partes, respecto de él, al Derecho alemán y al Tribunal de Düsseldorf, infringiéndose al conocer sobre dicho particular, el artículo diez, número cinco, del Código Civil»; para resolver sobre este motivo es preciso partir de que el primero de los dos juicios de mayor cuantía sustanciados por las actuaciones de que dimana este recurso fue promovido por don T. I. O., de nacionalidad española, demandando a dos extranjeros, los señores S., actual recurrente, y M., pero apoyándose en un contrato de obra que el demandante, señor I., dice celebrado por él mismo, como contratista, con los otros dos demandados, como arrendadores de obra; a dicho juicio se acumuló posteriormente el de la misma clase iniciado por el señor M., como demandante, contra los señores I. y S., en el que el actor, ahora recurrido, se apoya en un contrato escrito de obra con original redactado en alemán, en documento privado traducido que obra en los autos, celebrado entre el mismo señor M. y el señor S.; y también es preciso tener en cuenta que en los escritos alegatorios de ambos litigios ninguna de las partes, ni actores ni demandados, hicieron alegación alguna acerca de la supuesta competencia de los Tribunales alemanes para conocer de ambos pleitos; por consiguiente, en primer lugar, es en este momento plenamente desestimable este motivo único, porque implica una cuestión nueva, no debatida en las instancias, que en su momento debió dar origen a la inadmisión de este motivo, a tenor del artículo mil setecientos veintinueve, número cinco, de la citada Ley Procesal Civil, y que ahora, como ya se deja indicado, origina su desestimación; pero es que aunque así no fuera, es evidente que el primero de los litigios expresados no se apoya en el contrato, que el recurrente estima confiere jurisdicción a Tribunales extranjeros, y en el segundo de aquéllos, los demandados que comparecieron no hicieron petición alguna para que el Tribunal español se abstuviera, a través del ejercicio de la correspondiente excepción de incompetencia por declinatoria, y toda vez que es improcedente la abstención de oficio, al haber concurrido en el supuesto debatido el punto de conexión parcial que integra la sumisión de todos los litigantes que confirió jurisdicción a los Tribunales nacionales, sin olvidar, por último, que la concurrencia, como demandante en el primero de los litigios y demandado en el segundo, de persona de nacionalidad española ello por sí solo constituye un vínculo de conexión ante el cual debe ceder cualquier otro, aunque también sea absoluto, en favor de una jurisdicción extranjera, pues ni el español en estos casos podría intentar que su jurisdicción deje de conocer, lo que en el caso contemplado no se dio, ni el extranjero, si es demandado, como el recurrente, señor S., puede pretender ganar la declinatoria de jurisdicción frente al actor español.

Considerando que en cuanto al recurso promovido por la representación de don T. I. O., la sentencia recurrida se basa sustancialmente en la

prueba de un contrato de arrendamiento de obra entre los señores S. y M. plasmado en documento privado, a virtud del cual, según la tesis del Tribunal *a quo*, el primero de ellos efectuó la construcción de una vivienda y anejos para el segundo, prescindiendo del hecho también probado en la instancia de que la construcción la llevó a cabo el demandante en el primer litigio, don T. I., actual recurrente, con la tolerancia y aquiescencia tácita del dueño de la obra, señor M., el cual satisfizo cantidades al señor I. como contratista, unas directamente y otras por conducto del señor S., e interviniendo también el citado contratista recurrente en los trámites previos a la realización de la obra y en relación con el Arquitecto que la dirigió, señor M.; habiéndose efectuado en la sentencia de primer grado una apreciación de la prueba reflejada en sus considerandos por la que se llega a una estimación parcial de la demanda formulada por el señor I., se desestima la formulada por el señor M., declarando que el señor I. tiene pendiente de cobro la suma de sesenta mil ciento dos marcos alemanes, en su equivalente en pesetas, de cuya suma se descontará la de un millón veintinueve mil ciento veinte pesetas, lo que se efectuará en ejecución de sentencia; en cambio, la sentencia recurrida, revocando la apelada y desestimando la demanda del señor I. y estimando la del señor M., declara que el demandado, señor S., tiene recibida del señor M., a cuenta del total precio de la obra, a que el pleito se refiere, la cantidad de tres millones sesenta y tres mil doscientas una pesetas, suma que deberá deducirse del precio señalado en el contrato «en razón a un tanto por unidad de las tres clases de construcciones que se contemplan, precio que deberá fijarse precisando previamente la extensión de lo construido en cada una de dichas clases de edificación, agregándose a la cuantía que se obtenga el precio concreto de la piscina, con lo que resultará un saldo líquido», y se condena al señor S. «a que satisfaga al señor M. el saldo resultante de la anteriormente expresada comparación, pero sólo en el caso de que él sea el que quede como acreedor del mismo».

Considerando que el primero de los motivos del recurso que formula la representación del señor I. O. aduce, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «la violación por inaplicación del artículo mil doscientos veintisiete del Código Civil y doctrina legal que lo interpreta», desarrollando el motivo frente a la declaración de la sentencia recurrida que confiere efectos en contra del recurrente derivados del documento privado en que se recoge un contrato de ejecución de obra entre los señores S. y M., y no se reconoce al recurrente, señor I., su cualidad de contratista constructor del inmueble edificado para el señor M., declarando además la inexistencia de toda relación jurídica entre el citado y el recurrente, precisamente a consecuencia de la repercusión que sobre el último ha tenido el contrato expresado, contenido en el también expresado documento privado; conclusión que esta Sala no puede aceptar porque basándose el Tribunal de Apelación en el documento sin fecha redactado en alemán, pero figurando en autos mediante traducción incontestada (folios cincuenta y cuatro a sesenta), y siendo también admitida su cualidad de documento privado, sin intervención alguna, hasta cierto modo, oficial del traductor jurado en veintiséis de enero de mil novecientos setenta y siete, fecha posterior a la interposición de la demanda del señor I. O., que tuvo lugar el veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y seis, es indudable que tal

documento privado, que se dice de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y dos, carece de todo efecto para terceros, cual es el recurrente, señor I.; efectos que se pretende consistan en desconocer los hechos que admite como probados la propia sentencia recurrida, según los cuales el recurrente citado intervino como contratista por encargo del señor M., recibió cantidades en tal concepto y gestionó la ejecución de la obra, y siendo así es manifiesta la violación por el Tribunal de segunda instancia de lo dispuesto en el artículo mil doscientos veintisiete del Código Civil, lo que acarrea la estimación de este motivo primero, y sin necesidad de examinar el segundo y el tercero, estimar también el cuarto de ellos, ya que se infringe por aplicación indebida el artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil por la sentencia recurrida, cuando de la conclusión a que llega, de existir un contrato de ejecución de obra entre los señores M. y S., deduce que es incompatible otro contrato entre el primero de ellos y el señor I., y declara la inexistencia de este segundo contrato de obra; deducción obtenida sin que entre el hecho que se dice demostrado y el que de él se pretende derivar haya el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano que exige el artículo que se invoca como infringido; resultando de tal deducción más bien ilógica y anómala, máxime cuando de pruebas directas se acreditó la ejecución total de la obra discutida por el recurrente, señor I.; por todo lo que procede dar lugar al recurso formulado por dicho recurrente.

El Tribunal Supremo, en su segunda sentencia, confirma la dictada por el Juez de Primera Instancia.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS Y PERJUICIOS PROVOCADOS POR ACCIDENTE AUTOMOVILISTICO. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1981).

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia con fecha 30 de octubre de 1979, en la que confirmaba la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid número uno, la cual absolvía a los demandados de la reclamación en concepto de daños y perjuicios de carácter personal sufridos por la parte demandante con motivo de accidente automovilístico.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, a nombre del demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Carlos de la Vega Benayas, casa la sentencia recurrida y sienta la siguiente doctrina:

Considerando que es ya doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de dos de julio de mil novecientos setenta y nueve, diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, catorce de octubre de mil novecientos ochenta, veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y uno, treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y uno y veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y uno) que en los supuestos de exigencia de responsabilidad civil, derivada de daños y perjuicios provocados por accidente automovilístico, y ejercitada la acción por la vía de los artículos

mil novecientos dos y mil novecientos tres del Código Civil en proceso ordinario, la iniciación del cómputo para la prescripción del daño que señala el artículo mil novecientos sesenta y ocho, segundo, del mismo Código, una vez terminadas las diligencias penales instruidas conforme a la Ley especial de veinticuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, texto refundido, no lo fija o no se cuenta desde la fecha o la notificación del auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales, sino desde la fecha o notificación del auto llamado de fijación de cantidad máxima exigible por el perjudicado, que ha de dictarse según lo ordenado por el artículo diez de dicho texto refundido, de veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, auto que interrumpe hasta su fecha o que veda el nacimiento de la acción civil de rescacimiento del artículo mil novecientos dos del Código Civil, bien porque aquél sea todavía en cierto modo una actuación penal con los efectos de los artículos ciento once y ciento catorce de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por prevalencia de la jurisdicción de ese orden y óbice de la acción civil (Sentencia de treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y uno), bien porque dicho auto suponga una actividad procesal demostrativa del ejercicio del derecho y de su conservación por la parte, que contraría la presunción de abandono como fundamento subjetivo de la presunción (Sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve).

Considerando que, en consecuencia, si, según el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, el tiempo para la prescripción de las acciones se ha de contar desde el día en que pudieron ejercitarse —doctrina de la *actio nata*—, y si conforme al mil novecientos setenta y tres, la interrupción se opera por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, es claro que los dos motivos del recurso, el primero por interpretación errónea del artículo mil novecientos sesenta y nueve, y el segundo por no aplicación del mil novecientos setenta y tres, han de ser estimados en tanto en cuanto la sentencia impugnada considera como fecha decisiva y determinante del nacimiento de la acción la del auto de archivo de las actuaciones penales, no obstante haberse seguido con las diligencias que determinaron el pronunciamiento o auto de fijación de cantidad máxima exigible, y desde la cual fecha es matemáticamente obvio que no se cumplió el año cuando se presentaron las papeletas de conciliación previas, pues siendo la fecha de la notificación del auto la de veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y seis, las conciliaciones se celebraron en veintiocho de julio de mil novecientos setenta y siete y doce de septiembre de mil novecientos setenta y siete, y dentro del plazo legal de dos meses se formularon las respectivas demandas, después acumuladas en un mismo proceso.

Considerando que, en su virtud, procede casar la sentencia recurrida y proceder conforme a lo dispuesto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excepto en lo que respecta a la devolución del depósito, aquí no constituido por la condición de pobreza legal de los recurrentes.

DOCUMENTOS AUTENTICOS. ACCESION INVERTIDA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don José María Gómez de la Bárcena, sienta la siguiente doctrina:

Que no gozan del carácter de auténticas, a los efectos del recurso extraordinario de casación, las certificaciones expedidas por los Ayuntamientos, ni por los Arquitectos o Colegios de Arquitectos, ni las del Registro de la Propiedad; el documento básico otorgado ante Notario tampoco sirve a los pretendidos efectos, por ser el que principalmente interpretó el Tribunal de Apelación, y en todo caso, aunque los documentos alegados presentasen una autenticidad innegable para valer como auténticos en este recurso, la expresión de verdad que de ellos resulte habría de estar en contradicción con el criterio del Juzgador y ser demostrativos de su error de una forma palpable y evidente (Sentencias de 17 de enero de 1967 y 24 de enero de 1970). Por otra parte, la mención indiscriminada de diez documentos y el examen y crítica conjuntos que de la prueba que de ellos resultan verificados por los recurrentes en este motivo, hacen caer a éste, porque, como declaró la Sentencia de 19 de abril de 1972, el motivo en que se denuncie error de hecho en la apreciación de la prueba debe, inexcusablemente, individualizar y concretar no solamente los documentos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador, sino aquella parte de los mismos que se halle en contradicción palmaria con los hechos fijados formalmente en la sentencia combatida.

La jurisprudencia acerca de la accesión invertida, mantenida a partir de la Sentencia de 30 de junio de 1923, exige para la aplicación del principio *accessorium cedit principali*, como excepción a la regla *superficie solo cedit*, recogida en el artículo 361 del Código Civil, que se trata de una edificación que invada parcialmente el terreno colindante ajeno, que sea realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto y que lo edificado resulte en un todo indivisible, es doctrina que resulta aplicable al supuesto objeto de este recurso.

IMPUESTOS QUE GRAVAN LA EXPLOTACION DE LAS FINCAS RUSTICAS. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez, no da lugar al recurso de rescisión, sentando al efecto la siguiente doctrina:

Primero.—Que una cosa es el mero incremento de renta por repercusiones legales, en que rigen las normas contenidas en los apartados trece, catorce, quince y dieciséis del artículo séptimo del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, y otra, el convenio de integro pago de los impuestos que gravan la explotación de las fincas arrendadas, consistentes específicamente en el impuesto provincial, el porcentaje de Seguridad Social, de la contribución, guardería legal y plagas del campo,

para los que rige el principio de autonomía de la voluntad que, en tanto no venga limitado o condicionado, tiene genérica aplicación en todo contrato.

Segundo.—Que no tratándose en el presente caso de prestaciones que debían hacerse periódicamente por años u otros plazos más breves, sino de cantidades que estaban a cargo de los recurrentes y que abonadas por los recurridos habrán de ser reintegradas a éstos por aquéllos; claro es que la pretensión de ese reintegro es significativa de una acción personal sometida a la normativa del artículo 1.964 del Código Civil.

INSUFICIENCIA O ILEGALIDAD DEL PODER DEL PROCURADOR. RATIFICACION (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Antonio Sánchez Jáuregui, no da lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, de acuerdo con la doctrina contenida en los siguientes considerandos:

Considerando que es uniforme y reiterada la jurisprudencia de esta Sala —Sentencias, entre otras muy numerosas, de catorce de febrero de mil novecientos sesenta y uno, tres de julio de mil novecientos sesenta y cinco y dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y nueve—, según la que «la insuficiencia o ilegalidad del poder del Procurador del actor, así como los defectos formales del mismo, son faltas subsanables mediante la ratificación de la parte, ya que con ello desaparece toda posibilidad de impugnación proveniente del litigante irregularmente representado», por lo que, como expresó la ya citada Sentencia de tres de julio de mil novecientos sesenta y cinco, «una vez efectuada la subsanación no es posible fundar en tal falta el recurso de casación por quebrantamiento de forma autorizado por el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Considerando que en el caso aquí contemplado, el Procurador de la parte actora, inmediatamente después de denunciada la falta de insuficiencia del poder que acreditaba su representación, al no estar incluido entre los profesionales apoderados en el mismo, aportó a autos copia autorizada del otorgado por las personas a quienes representaba en el litigio, donde dichas personas no solamente se la conferían, sino que, además, ratificaban la demanda y cuantas actuaciones procesales había instado y practicado en su nombre el referido Procurador, lo que al entrañar la subsanación de la falta determina la procedente desestimación del único motivo del presente recurso, en que, por la vía del ordinal segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo tercero de la propia ley.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO. PACTO SUCESORIO EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES NAVARRAS. DONACION «PROPTER NUP-TIAS». REVERSION. Leyes 116, 149, 176 y 177 de la Compilación Navarra (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1981).

El supuesto de hecho que motiva esta sentencia es el siguiente: Con motivo del matrimonio de los cónyuges navarros don J. A. C. y doña J. L. L., se otorgaron capitulaciones matrimoniales el 19 de julio de 1945, en las que ésta fue instituida heredera de su madre doña J. L. E., haciéndola donación universal de todos sus bienes presentes y futuros y estableciendo en el apartado E) la siguiente cláusula: E) La donataria y esposo o sobreviviente de ambos podrán distribuir los bienes donados y los demás que por cualquier título les pertenezcan entre sus hijos de la forma que mejor les pareciere o nombrar un heredero entre ellos, sin distinción de edad ni sexo, bien por testamento, bien por contexto, en la forma acostumbrada en esta región, señalando a los demás sus dotes y legítimas como tengan por conveniente. Si fallecen ambos cónyuges sin hacer dicha distribución o nombramiento de heredero, tendrán iguales facultades los parientes consanguíneos más en grado de los citados cónyuges, mayores de edad, no imposibilitados y residentes en esta región, uno por cada parte, y tercero en discordia pariente o nombrado por ellos que resolverá sin ulterior recurso.

La donataria J. L. L. murió el 9 de febrero de 1977 en estado de casada con el actor J. A. C., dejando de su matrimonio cinco hijos, bajo testamento otorgado el 14 de diciembre de 1976, instituyendo heredero a su hijo, demandado, apelado y recurrido, A. A. L.

Por su parte, el viudo J. A. C. otorgó el 10 de marzo de 1977 escritura de capitulaciones matrimoniales nombrando heredero de sus bienes propios y de los de su esposa fallecida a otro hijo, P. A. L., demandante en el actual pleito juntamente con su padre, quienes pretenden que se declare nulo el testamento materno y válidas las capitulaciones matrimoniales de 1977, con las consecuencias pertinentes.

El Juez de Primera Instancia de Aoiz desestimó la demanda, siendo confirmado el fallo por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, según las siguientes consideraciones:

Que el motivo primero del recurso, formulado con base, igual que los dos restantes, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por violación, a causa de su inaplicación, del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, según el cual, si los términos de los contratos son claros y no dejan lugar a dudas, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, alegando la parte recurrente que al estimar la sentencia impugnada que la condición E) de la cláusula segunda de la escritura de donación, otorgada en diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, por doña J. L. E., su hija doña J. L. L.

y el esposo de ésta don J. A. C., es de carácter meramente facultativo o potestativo, por lo que cada cónyuge podía, en vida del otro, disponer de sus bienes donados, incurre en la infracción denunciada, ya que los términos de dicha condición E) son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, y si bien es cierto que la palabra «podrán», que en aquella aparece, denota el carácter facultativo de esa condición, sin embargo, dicho vocablo se refiere al sujeto pasivo, es decir, «a quién» se puede distribuir los bienes, así como a la forma en que podrían hacerlo —por testamento o por contrato—; pero en cuanto al sujeto activo, la cláusula es clara y contundente al decir «la donataria y su esposo o sobreviviente de ambos», pues la conjunción copulativa «y» está indicando claramente que, en vida de ambos cónyuges, podían nombrar heredero, pero siempre de forma conjunta y no separadamente; mas a este respecto ha de hacerse constar que los recurrentes, no obstante sus alegaciones previas en orden a la facultad interpretativa que a los Tribunales compete, no lo tienen en cuenta en el presente caso y olvidan la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, que por conocida resultaría ocioso citar, según la cual, la interpretación de los contratos es facultad privativa de la Sala de instancia, la que ha de llevarse a efecto conforme a la realidad de los hechos y a los términos de lo convenido, y que ha de prevalecer en casación, salvo que contradiga alguna de las normas de hermenéutica contractual y resulte ilógica, absurda o desorbitada, circunstancias éstas que no concurren en la sentencia objeto del presente recurso, por cuanto en ella se establece el carácter potestativo y no imperativo del pacto sucesorio que dicha condición E) contiene, en virtud del cual pudo la fallecida esposa del recurrente don J. A. disponer, como lo hizo, por sí sola, de todos los bienes de su pertenencia, estipulación facultativa que los propios actores, ahora recurrentes, reconocen, aunque referida solamente a los destinatarios de los bienes, porque, además, en la interpretación que del contrato se hace por el Tribunal *a quo*, se tiene en cuenta no sólo el tenor literal del expresado apartado E) de la cláusula segunda aisladamente considerada, como hacen los recurrentes, sino poniéndolo en relación con el apartado C) de la referida cláusula segunda, en la que la donante, de manera clara y expresa, afirma que «esta donación se entiende a libre disposición de la donataria, y para ello la donante renuncia a los beneficios establecidos a su favor por el Amejoramiento del Fuero y Ley de la Novísima Recopilación, que lo interpreta», para terminar declarando la sentencia recurrida que la donataria podía disponer libremente, tanto por «actos *inter vivos*» como «*mortis causa*», de los bienes de su pertenencia que por tal donación recibió, es decir, que la Sala sentenciadora no sólo no ha incurrido en la violación del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, que el motivo denuncia, sino que, además, ha tenido en cuenta también lo que el artículo 1.285 de dicho Cuerpo legal dispone, interpretando una con otra las cláusulas contractuales, atribuyendo a la dudosa, como en el presente caso pudiera serlo la del apartado E), dados los términos de la misma, el sentido que del conjunto de una y otra —apartados C) y E)— resulte, para llegar así a conocer lo que las partes contratantes se propusieron, razonamientos todos éstos que obligan a desestimar el motivo.

Que el motivo segundo acusa la violación, también por inaplicación, de la Ley 176 del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil de Navarra, de primero de marzo de mil novecientos setenta y tres, según la cual, «los

pactos sucesorios se interpretarán e integrarán conforme a la costumbre del lugar y, supletoriamente, según las disposiciones de esta Compilación sobre otros actos de última voluntad», y en Navarra, afirman los recurrentes, es costumbre, evidente y notoria, y que la sentencia de primer grado, en su considerando cuarto, aceptado por la recurrida, admite la designación obligatoria, como heredero único, de uno de los hijos de los llamados. amos jóvenes, siendo tal designación de mutuo acuerdo de éstos, y la escritura de capitulaciones matrimoniales de diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, a que anteriormente se ha hecho mención, en cuanto al sujeto activo, no sólo no rechaza la costumbre navarra, sino que la aplica de forma total y absoluta, aunque sólo en cuanto al nombramiento conjunto por ambos cónyuges —la donataria y su esposo— del hijo o hijos que habrían de sucederles como herederos, si bien separándose de la costumbre en cuanto ésta exige un heredero único; motivo que ha de decaer por cuanto, de una parte, está haciendo supuesto de la cuestión al afirmar que la designación de heredero habían de hacerla conjuntamente ambos esposos, contrariamente a lo que tiene declarado la sentencia impugnada, según la interpretación que en ella se hace de la cláusula segunda, apartado E), como ha quedado anteriormente expuesto, y que ha de prevalecer, pretendiendo así sustituir por el suyo propio el más autorizado, objetivo e imparcial criterio de la Sala sentenciadora, y de otra, porque la mencionada escritura de capitulaciones contiene una donación *propter nupcias*, hecha por doña J. L. E. a su hija doña J. L. L., con ocasión del matrimonio de ésta con el actor recurrente don J. A., de todo el patrimonio familiar, para que los cónyuges viviesen en compañía de la donante, es decir, que hizo donación de todos sus bienes presentes y futuros, con reserva de la administración y usufructo vitalicio de los mismos; donación que se hizo, como ya ha quedado expuesto, «a libre disposición de la donataria», y que reconocida ya en el Fuero antiguo —vigente cuando dicha donación se produjo—, también se halla prevista en las Leyes 112 a 118, ambas inclusive, de la vigente Compilación, y cuyo acto dispositivo reúne todos cuantos requisitos exigen dichas leyes, que son por las que ha de regirse, y que fue hecho en uso de la facultad que reconocía el Derecho tradicional de Navarra, y que hoy se recoge en la Ley 149 de la Compilación, para disponer libremente, sin más limitaciones que las establecidas, ninguna de las cuales comprende a la donación *propter nupcias*, objeto del presente recurso, y como ésta se hizo «a libre disposición de la donataria», con renuncia por parte de la donante al derecho de reversión que le reconocía el Amejoramiento al Fuero del Rey Don Felipe I, y la Novísima Recopilación que lo interpreta, vigente en la fecha de la donación y que ahora lo establece la Ley 116 de la moderna Compilación, es indudable que, como la sentencia recurrida declara, la donataria estaba facultada no sólo para disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, como afirman los recurrentes, sino también por actos *mortis causa*, de lo que deriva la inaplicabilidad al presente caso de la Ley 176, que en el motivo se alega como infringida, pues la estipulación E) de la cláusula segunda del contrato de capitulaciones matrimoniales, a que se viene haciendo referencia, previene una forma de designación del destinatario o destinatarios de los bienes donados distinta a la que la mencionada costumbre del lugar contempla, ello aparte de que, en ningún caso, sería de aplicación, ya que dicha disposición legal no impone, frente

a la voluntad de los contratantes, claramente expresada, la obligatoriedad de la costumbre que se alega, sino que solamente establece una fuente de interpretación de los pactos sucesorios, para el caso que ofrezca alguna duda cuál hubiese sido la intención de los contratos, debiendo atenderse, en primer término, a la voluntad contractual, conforme establece la Ley 7.ª de la tan mencionada Compilación del Derecho Civil de Navarra.

Que igual suerte desestimatoria que los dos primeros motivos ha de correr el tercero y último, en el que se alega interpretación errónea de la Ley 177 de la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, en relación con las 172 y 182 del mismo Cuerpo legal, por cuanto la Sala sentenciadora no ha hecho aplicación alguna de la citada Ley 177, por lo que, en modo alguno, ha podido ser interpretada errónea o acertadamente, y es doctrina declarada en jurisprudencia de esta Sala —Sentencia, entre otras, de cinco de junio de mil novecientos sesenta y uno, dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis y veintidós de diciembre de mil novecientos setenta y siete— que no puede existir interpretación errónea de preceptos legales que realmente no se han tenido en cuenta para formar el juicio decisorio definitivo, pues tal infracción solamente puede producirse cuando el Tribunal de instancia se adentre en la exégesis de un precepto legal o lo aplique o rechace partiendo de la base de un equivocado sentido del mismo, y en el presente caso lo que la Sala sentenciadora ha afirmado es que la estipulación E) de la cláusula segunda del contrato de capitulaciones matrimoniales carece de efectos vinculantes, ya que ni siquiera a estos efectos se trata de un verdadero pacto sucesorio en el que se estableciese o del que pudiera surgir alguna concreta obligación para alguien, sino de disposición o advertencia de la donante, sin más alcance que el meramente potestativo o facultativo, deduciéndose de estas afirmaciones la inaplicabilidad al caso de los preceptos supuestamente infringidos, a juicio de la Sala de instancia, por lo que no fueron interpretados acertada ni desacertadamente por la misma, y lo que la parte recurrente pretende es, haciendo nuevamente supuesto de la cuestión, que prevalezca su criterio de considerar supuestos independientes y sin conexión alguna entre ellos los de los apartados C) y E) de la cláusula segunda del mencionado contrato frente a la interpretación dada por la sentencia recurrida, y de la que ya se ha hecho mención, según la cual el testamento hecho por la donataria instituyendo heredero de todos sus bienes a su hijo, el demandante, hoy recurrido, lo fue en uso de la facultad de disposición, tanto por actos *inter vivos* o *mortis causa* que su condición de donataria a libre disposición, con renuncia al derecho de reversión por la donante, le atribuía.

TITULOS NOBILIARIOS. DISPOSICIONES POR LAS QUE SE RIGE LA SUCESION. PREFERENCIA DEL TITULO FUNDACIONAL. VALIDEZ DE LA CONDICION DE CASAR CON PERSONA NOBLE (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de

Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, conforme a los siguientes considerandos, de los que se deducen los hechos:

Considerando que son esenciales cuestiones de hecho, para decidir en orden al recurso de que se trata, documentalmente acreditado, con admisión en la sentencia recurrida e incluso reconocido por las partes intervinientes en el juicio en cuestión, las siguientes: A) Que en el año mil setecientos treinta y tres don L. J. R. de C. y S., actuando por sí y como apoderado de su mujer en segundas nupcias doña M. L. C., instituyó fundación de vínculo y mayorazgo al que se adscribió el oficio de la Vara de Alguacil Mayor y Alcaldía de la Cárcel de la Real Chancillería de Granada, con agregado ya de las que tiene y tuviese en adelante, que pertenecía a la mencionada doña M. por consecuencia de escritura de venta que le había hecho don B. R. C. en veintidós de septiembre de mil setecientos treinta, en favor de don F. R. de C., hijo del referido don L. J. en su primer matrimonio, así como de sus hijos, descendientes y demás sucesores que la gozaren por vía de mayorazgo y vínculo, con preferencia siempre el varón a la hembra y el mayor al menor y sus descendencias, con la condición, entre otras, de que todos los poseedores o poseedoras del mencionado vínculo habían de casar con persona igualmente noble, quedando excluido de no hacerlo de su goce el que no lo hiciere, pasando al siguiente que deba suceder y reasumiéndose el derecho en favor del que casare con persona que no sea noble para el caso de que enviudare y casare por segunda vez con persona igualmente noble B) Que por Real Carta de veintinueve de abril de mil setecientos noventa y nueve, Su Majestad el Rey Carlos IV, en compensación y equivalencia a la incorporación a la Corona del indicado oficio de Alguacil Mayor y Alcalde de la Cárcel de la Chancillería de Granada, a que se refiere el precedente epígrafe, y en lugar del relacionado oficio, que el Señor Rey Don Felipe III había hecho merced, por Despacho de veintidós de julio del año de mil seiscientos seis, a don B. V., y que posteriormente pasó a la meritada doña M. L. C. y ejerció su esposo, el aludido don L. J. R. de C. y S., hasta la expresada fundación de vínculo y mayorazgo en favor del precitado don F. R. de C., concedió a don L. R. de C. y B. de B., adjudicándosele en lugar del meritado oficio de Alguacil Mayor, al mismo mayorazgo a que estuvo afecto, *para que suceda en tal mayorazgo y en título unidos por el mismo orden de primogenitura que está prescrito en la fundación del mayorazgo*, libre y con relevación de lanzas y annatas por las vidas de los dos primeros poseedores, y disponiendo se guarde a dicho don L. R. de C. y B. de B. y a sus hijos y sucesores nacidos de legítimo matrimonio, cada uno en su tiempo, todos los honores y prerrogativas inherentes al expresado título concedido. C) Que no habiendo instado doña J. M. de H. y R. de C., a la muerte de su madre, la sucesión a su favor del indicado título de Marqués de Cartagena, quedó éste vacante, determinando que el mismo fuese declarado suprimido administrativamente, por caducidad, por Real Orden de diecinueve de agosto de mil ochocientos sesenta y ocho, y en estas circunstancias don J. L. de A.-V. y P. de H. solicitó y obtuvo de Su Majestad el Rey Don Alfonso XIII la rehabilitación a su favor del referido título de Marqués de Cartagena, sin perjuicio de tercero, para sí, sus hijos y sucesores legítimos, pretendiendo ahora el demandante recurrente don J. C. y J. tener mejor derecho frente al demandado recurrido

don J. L. de A. y de C., sucesor de dicho rehabilitador del título, por causa de preferencia por el resultado del contraste genealógico con el concesionario y primer titular don L. R. de C. y B. de B. D) Que la sentencia recurrida establece que en tanto el aludido don J. C. y J. no ha probado el requisito de haber contraído matrimonio con persona noble, sí lo ha acreditado el precitado don J. L. de A.-V. y de C.

Considerando que con base en los antecedentes fácticos enunciados en el precedente, y por entender la Sala sentenciadora de instancia que el debate jurídico generado plantea la cuestión primordial de si la sucesión en el Marquesado de Cartagena ha de regirse por lo establecido en el Mayorazgo fundado en mil setecientos setenta y tres o, por el contrario, aquel título nobiliario y esta vinculación son y operan con absoluta independencia, unido a que habiéndose de estar, en primer lugar, en la sucesión de títulos nobiliarios a lo que se determine en la carta de sucesión, y al haber sido concedido el título de Marqués de Cartagena en compensación de un cargo que estaba unido al Mayorazgo, declarándose en la Carta de Concesión incorporado y, por consecuencia, adjudicado el referido título al dicho Mayorazgo, para que se sucediese en uno y otro, *«unido por el mismo orden de primogenitura que está prescrito en la fundación del mismo Mayorazgo»*, de modo que se hacía gracia del referido título de Castilla *«al mismo Mayorazgo»* que poseyó el titular de aquél *«y a que estaba afecto el oficio (Alguacil Mayor), para que suceda en el Mayorazgo y en el título unidos»*, se llega a la solución en la sentencia recurrida de que la persona que hubiere de suceder en el expresado vínculo había de casar con persona notoriamente noble, como se requería con relación al indicado Mayorazgo, y en su defecto quedaba excluido de su goce y pasaba al siguiente, por lo que aun estando el demandante recurrente don J. C. y J. en grado más próximo que el demandado don J. L. de A.-V. y de C. respecto al primer titular, no ha probado la concurrencia dicho demandante recurrente del referido requisito a que se viene haciendo mención atinente a la nobleza, mientras que, por el contrario, aparece acreditada la concurrencia de tal exigencia en lo que se contrae al mencionado demandado recurrido; y contra esa apreciación se alzan los tres motivos que sirven de soporte al recurso ahora examinado.

Considerando que el primero de los motivos se formula al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida interpretación errónea de los artículos tres-uno y mil doscientos ochenta y uno del Código Civil; artículo quinto del Real Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho; Ley Especial creadora del orden general de suceder en el Título de Marqués de Cartagena contenida en el Real Despacho del Rey Don Carlos IV, de veintinueve de abril de mil setecientos noventa y nueve, y Real Decreto de catorce de agosto de mil novecientos diecinueve, que rehabilitó esta dignidad a favor de don J. L. de A.-V. y P. de H., porque partiendo del principio u objetivo de que la fundación de todo Mayorazgo en nuestro Derecho tradicional siempre obedecía a un acto de Derecho patrimonial (Leyes cuarenta a cuarenta y cinco de las de Toro y Leyes una a veinte del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación), sin motivación alguna con cualquier posible concesión del bien ideal que supone la creación de cualquier título de nobleza, así como de

que las causas que promovieron la fundación del Mayorazgo de mil setecientos setenta y tres, a que se viene haciendo referencia, fueron las de vincular al mismo oficio de Alguacil Mayor de la Audiencia y Chancillería de Granada con la Alcaldía de su Cárcel, y determinar quiénes habían de ser en el futuro los titulares del Alguacilazgo y Alcaldía referidos, atemperando sus llamamientos a las condiciones específicas que, conforme a la legislación vigente, en la fecha se exigía de las personas que ostentaren tales oficios, sin relación alguna en su momento con la posesión y disfrute de cualquier dignidad nobiliaria, unido a que la causa de la concesión nobiliaria, según revela la Real Carta de Concesión del Título de Marqués de Cartagena en mil setecientos noventa y nueve, fue la de compensación por la renuncia llevada a cabo por el agraciado y consecuente incorporación a la Corona de los expresados oficios de Oficial Mayor de la Real Audiencia y Chancillería de Granada y Alcalde de su Cárcel, así como que la literalidad de los llamamientos contenidos en la Carta Fundacional de la Merced Mobiliaria, al declarar incorporado y, por consecuencia, adjudicado el Título de Castilla de que se trata al Mayorazgo referido, «para que se sucedan el uno y otro unidos por el mismo orden de primogenitura que está prescrito en la Fundación del Mayorazgo»; por «el nombrado don L. R. de C. o cualquiera de vuestros hijos y sucesores en el expresado título nacidos de legítimo matrimonio», sin condicionamiento alguno en la mencionada Real Carta de Concesión a que el destinatario del Marquesado de Cartagena hubiere de contraer matrimonio con persona noble, y que el propio rehabilitador en el año mil novecientos diecinueve de tal título, don J. L. A.-V. y P. de H., en su petición formulada al respecto en fecha siete de abril de aquel año, nada haya dicho sobre la cualidad de su persona en cuanto a la exigencia de que el sucesor en la dignidad debería haber contraído matrimonio con persona noble, limitándose a manifestar que era pariente consanguíneo del concesionario, con proyección al Real Decreto de Rehabilitación de catorce de agosto de mil novecientos diecinueve, en cuanto previene que la rehabilitación es «sin perjuicio de tercero de mejor derecho, el título de Marqués de Cartagena a favor de don J. L. A.-V. y P. de H., para sí, sus hijos y sucesores legítimos», conduce, en criterio del recurrente, a que el orden de sucesión al meritado título no viene afectado por la condicionante, exigida en la sentencia recurrida, de que el sucesor al contraer matrimonio debiera de hacerlo con persona noble.

Considerando que la desestimación de dicho motivo primero surge de que si, como ya reconoce el recurrente don J. C. y J., y es reiterada doctrina jurisprudencial reflejada, entre otras, en Sentencias de veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintitrés, primero de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, dieciocho de febrero de mil novecientos sesenta, seis de julio y diez de octubre de mil novecientos sesenta y uno y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y tres, para la sucesión en los títulos nobiliarios habrá de estarse, en primer lugar, a lo que se determine en la carta de sucesión, y así lo confirma el artículo cinco del Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, que desarrolla la Ley de cuatro de mayo del mismo año, al disponer que el orden de sucesión en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y sólo en su defecto al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia, consistente en las reglas con-

tenidas en la Ley segunda del título quince de la Partida segunda; Ley cuarenta de Toro, incluida en la Novísima Recopilación como Ley V del título XVII del libro X, y artículo sesenta de la Constitución de mil ochocientos setenta y seis, hoy derogada; hay que entender en el presente caso, según certeramente aprecia la resolución impugnada, tanto por el contenido del tercero de sus considerandos como por el segundo, que esencialmente acepta de la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia, que el orden sucesorio del indicado Título de Marqués de Cartagena viene afectado por la condición de que su titular haya de casar con persona noble —que tanto quiere decir al respecto, en su alcance institucional, con persona de linaje nobiliario—, y que no acreditada esa circunstancia por el recurrente don J. C. y J., según establece la sentencia recurrida sin ataque de tal aserto por la vía o cauce del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, genera un aspecto fáctico vinculante en casación impositivo de conferir a dicho recurrente la preferencia que pretende en relación con el título cuestionado, porque al disponerse en el Real Despacho del Rey Carlos IV, de veintinueve de abril de mil setecientos noventa y nueve, creador del Marquesado de que se viene haciendo referencia, que era concedido a favor de don L. R. de C. y B. de B., para sí, sus hijos y sucesores legítimos, como compensación del oficio de Alguacil Mayor de la Audiencia y Chancillería de Granada, que aquél ostentaba y que fue acordado incorporar a la Corona, con la manifestación de que el título concedido quedaba unido desde su creación al Mayorazgo que en treinta y uno de agosto de mil setecientos treinta y tres fundó don L. J. R. de C. y S., de forma que «quede en su lugar este título de Castilla... al mismo Mayorazgo que poseyó y a que estaba afecto el oficio, *para que suceda en el Mayorazgo y en el título unidos por el mismo orden de primogenitura que está prescrito en la fundación del Mayorazgo*», indudablemente está poniendo de manifiesto, de una parte, que el título concedido, tan citado, quedaba adscrito al referido Mayorazgo en lugar, o sea, en sustitución del mencionado oficio que a aquél pertenecía, como remedio compensador de su privación por pase del mismo a la Corona, y de otra parte, que el orden sucesorio de primogenitura del título de Marqués de Cartagena, tan citado, quedaba sometido al establecido para el Mayorazgo a que se agregaba y, por tanto, a los condicionamientos para éste prevenidos al ser instituido, entre los que expresamente figuraba, en cuanto a la primogenitura y representación, y como requisito indispensable, que el poseedor del Mayorazgo haya de casar con persona notoriamente noble, y caso contrario, tanto el llamado a suceder, como sus hijos y descendientes, quedarían excluidos en la sucesión en el Mayorazgo y sus agregados; que, en consecuencia, ha de ser tenido en cuenta para la sucesión del título de que se trata, ya que el entender lo contrario, cual pretende el recurrente don J. C. y J., es decir, que mientras el Mayorazgo estaba afectado por ese condicionante, no sucede lo mismo con el expresado título nobiliario, significaría desvirtuar la norma de concesión, que al prevenir que Mayorazgo y título de Marqués de Cartagena *«se suceda en uno y otro unidos por el mismo orden de primogenitura que está prescrito en la fundación del mismo Mayorazgo»*, *«para que suceda en el Mayorazgo y en el título unidos»*, está comprendiendo para ambas sucesiones —la del Mayorazgo y la del Marquesado aludidos— dicho condicionante establecido en la

fundación del Mayorazgo, tantas veces referido, en el orden de suceder por primogenitura de que «la persona que ubiere de suceder en el expresado vínculo aia de casar con persona notoriamente Noble, y en su defecto sea excluido del goce del y pase al siguiente en grado aunque sea hembra o varón el mal nacido», puesto que ése era, en realidad y en definitiva, el orden de primogenitura creado en tal Mayorazgo y al que se remite la concesión del título objeto de controversia, dado que por orden de primogenitura a tal fin no hay que entender exclusivamente los llamamientos que el instituyente hace, sino también los condicionantes a que los supedita para que puedan ser comprendidos en el orden sucesorio del vínculo creado, porque es la norma que el fundador creó para configurar la primogenitura sucesoria del expresado Mayorazgo y, en consecuencia, la a tener en cuenta asimismo en la sucesión al título de Marqués de Cartagena, por la remisión que en la Real Carta de su creación se hace a dicha modalidad de primogenitura fijada para el indicado Mayorazgo, que en tal particular, por causa de aquella remisión, es Ley en la sucesión del título al ser complemento, en ese aspecto, de la mencionada Real Carta de creación del Marquesado sometido a controversia, y más en razón a que tal condicionante a casar con persona notoriamente noble supone una alteración en el orden regular sucesorio configurado por el instituyente y como de tal índole vinculante para los destinatarios sucesivos, y que habrá de serlo incluso para el título de Marqués de Cartagena aun en el supuesto de desvinculación del Mayorazgo y, por tanto, de vida independiente de éste, toda vez que, como terminantemente dispone el artículo trece de la Ley desvinculadora de mil ochocientos veinte, «los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales disfrutaban como anejas a ellas, subsistirán en el mismo pie y seguirán el orden de suceder prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia, que, en definitiva, es consecuencia del principio esencial en la materia, proclamado por esta Sala en Sentencias, entre otras, de veintiséis de enero de mil ochocientos sesenta y seis, treinta y uno de mayo de mil novecientos doce, cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete y veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno, de que las normas contenidas en los Mayorazgos son ley suprema de regulación en la materia, cuyo principio lógicamente ha de tener también adecuada aplicación cuando, como en el presente caso ocurre, se trata de sucesión de título nobiliario creado unido al Mayorazgo por el mismo orden de primogenitura para éste establecido, y, por tanto, con adaptación a lo prevenido en cuanto a tal orden de primogenitura por la voluntad de los instituyente y creador respectivos.

Considerando que de lo precedente expuesto se deduce que la interpretación dada por la Sala sentenciadora de instancia a la examinada Real Carta de concesión del título de Marqués de Cartagena, manteniendo la dada asimismo en tal aspecto en la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia, debe ser respetada, al ser materia privativa del juzgador que dictó la resolución impugnada, por entrar en el ámbito de su soberanía, al no evidenciarse, por lo que viene razonado, que no es absurda, ilógica, no racional o inverosímil el alcance y efectos dados a la relación jurídica en que vienen interesados el recurrente don J. C. y J. y el recurrido don J. L. de A.-V. y de C., por derivación de los documentos

constatadores de los meritados Mayorazgo y título de Marqués de Cartagena, y concretamente de las consecuencias de hecho y jurídicas que aquél proyecta sobre éste.

Considerando que a todo ello en nada obstan las circunstancias, a que se refiere el recurrente don J. C. y J., que en la Real Carta de Creación del mencionado título de Marqués de Cartagena no se haga expresa mención de ese condicionante en la primogenitura, y el que se hubiese rehabilitado el referido título sin hacer referencia a ella; en cuanto a lo primero, porque tratándose la referencia en dicha Real Carta de Creación a la primogenitura establecida en la fundación del precitado Mayorazgo del año mil setecientos setenta y tres, se trata de una norma de remisión y, en consecuencia, basta su mera referencia a ella para que le afecte en todos sus términos, alcance y efectos, y entre ellos, el del expresado condicionante, en cuanto que, una vez más sea dicho, forma parte de lo que ha sido configurado como ley de la sucesión; y en lo referente al segundo, debido a que lo en esencia a contemplar en el presente caso no son los aspectos de la rehabilitación del precitado título por don J. L. de A.-V. y P. de H. y del efecto que ello produzca en su hijo, el demandado recurrido don J. L. de A.-V. y de C. —que, por otra parte, reconoce la sentencia recurrida, sin impugnación de tal aserto por el recurrente, estar acreditado haber casado con persona noble—, sino simplemente el de si concurren en dicho demandante recurrente don J. C. y J. los requisitos precisos para que pueda tener acceso al tantas veces mencionado título de Marqués de Cartagena, como base primordial e ineludible para tener preferencia con relación a dicho demandado recurrido.

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en orden al motivo segundo, amparado, como el anterior, en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida violación del artículo primero de la Ley de cuatro de mayo del mil novecientos cuarenta y ocho; artículos primero y segundo del Decreto de cuatro de junio del mismo año; artículo trece de la Ley Desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte; Ley cuarenta de las de Toro, que pasó a constituir la Ley quinta del título diecisiete del libro diez de la Novísima Recopilación, confirmada por la noventa de igual título y libro, y artículo cincuenta y siete de la Constitución de mil novecientos setenta y ocho, en cuanto recoge los principios tradicionales de sucesión a la Corona de España, y doctrina jurisprudencial que se cita, como ineludible consecuencia de lo razonado en el precedente considerando, porque si ciertamente los preceptos citados en apoyo de dicho motivo segundo conducen a que, en materia de sucesión nobiliaria, la primogenitura es «mayoría en nacer primero, es gran señal de amor que muestra a los hijos de los Reyes, a aquellos que le da entre sus hermanos que nacen después dél...», generadora de un orden sucesorio regular, sin posibilidad de extensiones o interpretación extensiva, ello es en cuanto la carta fundacional no haya establecido condicionantes alteradores de esa regularidad, que, una vez más sea dicho, es precisamente el supuesto ahora examinado, en que, con la remisión de la Real Orden creadora del título de Marqués de Cartagena al orden sucesorio establecido para el Mayorazgo, fundado en el año mil setecientos treinta y tres, se hace también al condicionante de casar con persona notoriamente noble para

poder suceder en el tan aludido título, por ser inherente a la primogenitura prevenida en el referido Mayorazgo, al que se hace remisión al efecto.

Considerando que tampoco procede acoger el motivo tercero, asimismo amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada violación del número primero del artículo tercero del Código Civil, artículo setecientos noventa y dos del mismo texto legal y artículos diez, catorce y treinta y dos-uno de la Constitución de mil novecientos setenta y ocho, en cuanto contiene los principios rectores de una realidad social actual respecto a la dignidad de las personas, igualdad ante la ley e igualdad jurídica y libertad en el hombre y en la mujer para contraer matrimonio y doctrina jurisprudencial que se cita; puesto que, de una parte, y en contra de lo alegado por el recurrente, la circunstancia de que la concesión del título de Marqués de Cartagena, producida por la Real Carta de veintinueve de abril de mil setecientos noventa y nueve por Su Majestad el Rey Carlos IV a don L. R. de C. y B. de B., sus hijos, descendientes y demás sucesores nacidos de legítimo matrimonio, cada uno en su tiempo, con preferencia siempre el varón a la hembra y el mayor al menor y sus descendencias, y el condicionante de que todos los poseedores o poseedoras del mencionado título habían de casar con persona notoriamente noble, en manera alguna es significativo de violación del precitado número primero del artículo tercero del Código Civil, dado que tal condicionante no deja de ser conforme a la realidad social del tiempo de aplicación, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas, sino que, por el contrario, se adapta a la voluntad del instituyente del referido Marquesado y, por tanto, lo hace también a la norma creadora del mismo, que es ley en materia de sucesión de títulos nobiliarios, según viene dicho, con la consecuencia de producir una legal regulación al respecto determinante del espíritu y finalidad que anima a la institución, y, por tanto, en cuanto que esa regulación mantiene actualidad de vigencia, conectado con la realidad social a que el indicado número primero del artículo tercero del Código Civil alude, pues que precisamente esa realidad social viene determinada por la circunstancia de que en los tiempos actuales se mantiene la vigencia de los títulos nobiliarios con proyección en un específico ordenamiento jurídico reflejado en una normativa de trayectoria histórica con manifestación de vigencia actual, en la que concretamente se apoya el recurrente don J. C. y J. para formular su pretensión a ser titular del Marquesado, tantas veces aludido, con preferencia al recurrido don J. L. de A.-V. y de C., aparte que si, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias citadas, lo regulador al respecto es la carta de sucesión, tanto significa el que en materia vinculada no es aplicable la normativa del Código Civil, sino la especial que rige la vinculación; de otra parte, en discrepancia también con tesis del mencionado recurrente, no se trata de una condición que deba tenerse por no puesta, como contraria a las leyes o a las buenas costumbres, ya que al existir una normativa histórica actualizada viabilizadora en el ámbito jurídico y, consiguientemente, en el orden legal, con reconocimiento de la norma institucional como ley sucesoria en la materia, permite el establecimiento de condicionante a que la atribución del título haya de someterse, pues que emanando su concesión de la libre voluntad del concedente indudablemente se faculta para establecer las condiciones que estime precisas en el orden sucesorio, en ortodoxa

aplicación del principio de que quien puede lo más, igualmente puede lo menos, es decir, el crear limitaciones condicionantes para la efectividad del derecho voluntariamente creado; y, finalmente, porque el relacionado condicionante para poder acceder al título de Marqués de Cartagena de que quien acceda a él con arreglo al orden sucesorio establecido haya de contraer matrimonio con persona notoriamente noble, en la misma línea discrepante con el criterio del recurrente, en modo alguno ataca a los principios de dignidad a la persona, igualdad de los españoles frente a la ley y derecho del hombre y de la mujer a contraer libremente matrimonio con plena igualdad jurídica, proclamados como derechos fundamentales en los artículos diez, catorce y treinta y dos-uno de la Constitución de mil novecientos setenta y ocho, porque no siendo en principio y en su origen la creación del título nobiliario en cuestión un derecho inherente objetivamente a la personalidad, sino derivado simplemente de la libérrima voluntad del concedente, emanante de la facultad real para concederlo con los condicionantes que el acto de concesión establezca, claro es que el supeditar su posesión a contraer matrimonio con persona notoriamente noble, ni ataca a la dignidad de las personas, ni altera la igualdad ante la ley, ni es impedimento a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, puesto que estos principios amparados constitucionalmente pueden ser mantenidos en toda su plenitud con el único efecto de no poseer el título de Marqués a que se contrae la litis entablada, que tratándose de un derecho dimanante de una voluntaria concesión con tal condicionante, por uso real del derecho de gracia al respecto, no es productor, en el ámbito jurídico, de un derecho inherente a la personalidad que deba ser objetivamente amparado con absoluta plenitud en todo tiempo y circunstancias, pues que no todos tienen derecho a título nobiliario y sí únicamente aquellos a los que se les haya legalmente concedido y con los condicionantes que se haya fijado en la concesión para poderlo ostentar, y de serle concedido con riguroso sometimiento a los condicionantes que hubieren sido establecidos en la concesión, que insistiendo en lo ya dicho, es la ley ordenadora de la sucesión y a la que vienen sometidos todos los destinatarios del título de Marqués de Cartagena, tantas veces mencionado y afectado por la litis de que este recurso dimana.

PARTICION. ACTOS PROPIOS. *Artículo 1.058 del Código Civil.* (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, de acuerdo con los siguientes pronunciamientos, de los que resultan los necesarios antecedentes:

Considerando que en la litis de que dimana este recurso extraordinario se discutió acerca de la validez de la partición de bienes relictos de doña F. G. G., madre de los colitigantes, llevada a efecto por el demandante y actual recurrente, don A. F. G., y sus hermanos, los actuales recurri-

dos, doña F. y don F. F. G., demandados en primera instancia y apelantes en la segunda; siendo hechos probados apreciados en la sentencia recurrida, de los que hay que partir para la resolución de este recurso por no haber sido debidamente impugnados, los siguientes: a) Doña F. G. G., habiendo otorgado testamento en veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, falleció el veintiuno de julio de mil novecientos setenta y cinco, designando en aquel testamento tres albaceas contadores partidores «con amplias facultades, que podrán ejecutar juntos o separadamente». b) No obstante, el Tribunal *a quo* declara como supuesto fáctico probado (considerando cuarto) que los herederos mayores de edad, que eran los tres hermanos litigantes, prescindieron formalmente de los servicios de los contadores partidores, añadiendo que estos últimos «no mostraron empeño en el ejercicio de sus funciones». c) Consecuentemente, «de forma privada fueron repartiéndose los bienes, actuando en forma por completo independiente de los ejecutores testamentarios que quedaron al margen de las operaciones de inventario, avalúo y adjudicación de hijuelas, realizadas mediante sorteo y previa aquiescencia de los interesados a los lotes formados». d) El actor, ahora recurrente, consta por apreciación del Tribunal de instancia que intervino en la partición, otorgando y suscribiendo documentos tendentes a realizar la misma, aceptó en tal concepto parte de la herencia y enajenó en unión de los demás coherederos bienes de gran importancia económica, entregando el mismo a los demás la participación que les correspondía en el precio, actuando (los tres litigantes) como plenos titulares de los bienes repartidos, añadiendo la sentencia recurrida (quinto considerando) que existen intereses de terceros que fiados en esos actos particionales han actuado consecuentemente. e) Por último, declara el Tribunal *a quo*, previa apreciación de la prueba, que no quedó demostrado error, dolo o lesión algunos en la partición efectuada, ni mala fe en los intervinientes; consiguientemente, la sentencia impugnada desestima la demanda en que se había solicitado la nulidad de la partición cuestionada.

Considerando que ante tal resultancia fáctica es plenamente desestimable el primero de los motivos del recurso, donde, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción por interpretación errónea del artículo mil cincuenta y ocho del Código Civil, puesto que en el desarrollo de este motivo se parte de hechos no acreditados en la instancia, cuales son que los albaceas contadores partidores estaban dispuestos a llevar a efecto la partición de la herencia de doña F. G. G. y que el demandante y actual recurrente no intervino en la partición efectuada ni aprobó la misma, sino muy al contrario, lo probado en la instancia fue que los contadores partidores «no mostraron empeño en el ejercicio de sus funciones», aunque sí intervinieron en varios de los actos particionales efectuados, y fueron también demandados de conciliación por el recurrente, lo que implica que éste aceptaba implícitamente su intervención en aquellos actos, y, por otra parte, también se acreditó que el actor recurrente intervino en la partición, otorgó y suscribió documentos tendentes a realizarla y enajenó conjuntamente con sus coherederos bienes de precio elevado, creando así intereses de terceros que no pueden ser defraudados ni perjudicados sin ser oídos y vencidos en juicio; por todo ello es evidente que el Tribunal *a quo* no infringió el artículo mil cincuenta y ocho del Código Civil

por interpretación errónea, ya que concurre el presupuesto que exige tal precepto, para la licitud de la distribución de la herencia entre los herederos, de no haber hecho la partición el testador ni encomendado a otro esta facultad, pues a esto equivale que los ejecutores nombrados, como en el caso debatido, no mostrasen empeño en realizar su cometido, aunque lo aceptaran expresa o tácitamente, ni impugnaran dentro o fuera de plazo legal los actos de partición efectuados por los herederos, con lo cual mostraron una inequívoca conformidad a lo efectuado por los mismos; por lo que, en definitiva, habiendo concurrido a los actos de partición efectuados todos los herederos, que mostraron su consentimiento a ellos, y habiendo otorgado los albaceas contadores partidores su aquiescencia a la partición que los herederos llevaron a cabo, lo que resulta por actos concluyentes de no oposición a la misma, ha de aceptarse la legalidad de la partición, siguiendo así, por otro lado, doctrina ya sentada por esta Sala en sus Sentencias de dos de marzo y siete de noviembre de mil novecientos treinta y cinco y treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Considerando que habiendo intervenido el recurrente en la partición que intenta se declare nula, según consta como hecho probado en la sentencia recurrida, y aceptado su consecuencia incluso ante los actos dispositivos que realizó conjuntamente con sus coherederos, es evidente que carece de facultad para impugnar esa partición y desconocerla, pues hacerlo y pretender anular lo que fue libremente convenido va en contra de sus propios actos, en materia estrictamente privada, a la que ya no afecta el imperativo del cumplimiento de la voluntad del testador, imposible de cumplir en ese orden, ante la dejación que de sus funciones hicieron los albaceas contadores partidores en el caso ahora contemplado, máxime cuando la libre voluntad del recurrente creó a través de los actos particionales que ahora impugnamos derechos a favor de tercero, y que fueron, por tanto, productores de efectos jurídicos que no pueden ser contrariados válidamente por otros posteriores, por impedirlo, como declaró la Sentencia de siete de enero de mil novecientos treinta y dos, el principio de derecho recogido por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos»; por todo ello decae también el motivo segundo de los del recurso, en el que, también al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número primero, de la Ley Procesal Civil, se acusa infracción por aplicación indebida del referido principio general de Derecho.

COLACION. ACEPCIONES. VALORACION DE LOS BIENES DONADOS.
Artículos 818, 1.035, 1.036 y 1.045 del Código Civil.

El antiguo artículo 1.045 del Código Civil se refiere al «valor» de lo que recibió el donatario determinado por su cotización actual al abrirse la sucesión (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y ape-

lada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que al atender para fijar el valor de lo donado a la fecha del fallecimiento del último de los padres donantes estimó en parte el recurso de la parte actora interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, que si bien había declarado inoficiosa la donación, atendió, para fijar el valor del bien donado, a la fecha de la donación.

Las razones de nuestro más Alto Tribunal son las que resultan de los siguientes considerandos, inspirados en motivaciones de equidad y a fin de evitar un enriquecimiento injusto.

Considerando que en la demanda origen de la litis de que dimana este recurso los hermanos don E., doña M. C., doña M. J. y doña C. O. M. demandaron en juicio declarativo de mayor cuantía a sus hermanos don F. I., doña M. y doña J. O. M., solicitando en esencia se declare inoficiosa la donación verificada en escritura pública de 11 de noviembre de 1948 por los cónyuges, padres de los litigantes, don J. y doña M., del caserío denominado Cortaburu, a favor de su hijo don F. I., por perjudicar íntegramente los derechos de legítima de los coherederos del donatario, debiendo ser reducida tal donación «en la proporción de una veintiunava parte de cada uno» de los demandantes, proporción en que consiste la legítima de los mismos referida al «valor actual del terreno que constituye la finca Caserío Cortaburu y sus pertenecidos, con exclusión de las edificaciones sobre ella levantadas y de las mejoras realizadas en la finca por el donatario», y se cancele la actual inscripción registral de dicha finca, en la que este último aparece como dueño exclusivo de la totalidad de la finca; a estas pretensiones se opuso el demandado, que como dimanante de juicio de *ab intestato* formuló asimismo demanda, después acumulada a la de sus hermanos, concretando sus peticiones en que en las operaciones divisorias por fallecimiento de sus padres, el Caserío que éstos le donaron debe colacionarse «con el valor que tenía en la fecha de dicha donación», que es de 139.453 pesetas, o en su defecto, el que resulte de este juicio, siendo la legítima paterna y materna de cada uno de los demandados (demandantes en la primera demanda) de 6.640,61 pesetas o, en su defecto, la que resulte de este juicio; ante el expuesto planteamiento de la litis, la sentencia de primera instancia, ateniéndose a la literalidad del artículo 1.045 del Código Civil, accedió a la posición del demandado, señalando, en definitiva, cada cuota legitimaria de los actores en la indicada suma de 6.640,61 pesetas; en cambio, la sentencia recurrida señaló dichas legítimas en una veintiunava parte «del valor asignable en el mes de agosto de 1971 (fecha del último fallecimiento de los donantes) al terreno que constituye el Caserío Cortaburu y sus pertenecidos», con exclusión de las edificaciones y mejoras antes aludidas, «cuyo valor habrá de determinarse en ejecución de sentencia».

Considerando que frente a los pronunciamientos del Tribunal de apelación, este recurso extraordinario, formalizado por el demandado, consta de dos motivos, ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que obliga a admitir los hechos fijados en la instancia que no han sido impugnados, consistentes en que los bienes comprendidos en la donación efectuada mediante escritura pública de 11 de noviembre de 1948 a favor del actual recurrente por sus padres integraron la totalidad de la herencia de los donantes, no obstante existir

otros seis hermanos legitimarios; que el último de los donantes falleció el día 9 de agosto de 1971; que la voluntad de los mismos donantes fue conservar la unidad del caserío donando a su hijo don F., y que pericialmente se ha acreditado la indivisibilidad de la mencionada finca; se dispuso, además, en la misma escritura que el importe de la donación se imputase a los tercios libre y de mejora de las respectivas herencias de cada donante «en cuanto excediesen de las oportunas legítimas», expresión que indujo a la Sala de instancia a sostener que la tal donación no fue inoficiosa, puesto que «se otorgó con indudable respeto de los posibles derechos legitimarios».

Considerando que la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el artículo 1.035 del Código Civil en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el artículo 818 del dicho Código, así en su antigua como en la vigente redacción; operación de colacionar que no lleva consigo ningún desplazamiento de bienes, limitándose a ser una modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relicto; en cambio, el cálculo de la legítima lleva como consecuencia la posible reducción de legados y donaciones; por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1.036 del mismo Código Civil; cediendo, por tanto, el sistema de alteración puramente contable a través de adjudicaciones compensatorias en las cuotas, propio de la colación, al sistema de compensación en especie, también seguido para la colación (arts. 1.047 y 1.048), pero esencial en la imputación para fijación de las legítimas (arts. 820 y 821).

Considerando que atendiendo a la redacción originaria del artículo 1.045 del Código Civil, vigente al ocurrir los hechos objeto de la litis, aunque no en la actualidad, en norma aplicable a la colación en sentido amplio, para efectuarla de una manera contable no se traerán a la partición las mismas cosas donadas, «sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio»; mas ya con anterioridad a la redacción vigente, dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que atiende al valor del tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, la doctrina científica predominante, ante el moderno fenómeno de la continua depreciación monetaria, consideró la injusticia que supondría que el donatario reciba una cosa cuyo valor nominal al tiempo de la donación es muy inferior al valor real que pueda tener al fallecer el causante, con lo que resultarían perjudicados los coherederos, si se tiene en cuenta en la partición aquel valor nominal y no el real de la cosa determinado al abrirse la sucesión, y desde luego ha de excluirse una solución que permitiese al donatario aportar solamente el valor nominal de lo donado al tiempo de la donación, cuando en virtud de la depreciación de la moneda al tiempo de abrirse la sucesión aquel valor nominal resultase irrisorio o muy bajo en relación con el valor real y actual de las cosas que recibió en donación; se faltaría con ello a la equidad

y se consagraría un enriquecimiento injusto en perjuicio de los coherederos del colacionante, y se infringiría el texto del Código Civil, que se inspira en la idea de que los coherederos todos reciban en supuesto de colación cuotas equivalentes, a través incluso de compensación específica (artículos 1.047 y 1.048, y 1.049, párrafo 2, precepto este último que supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que, de la misma especie, existan todavía en la herencia); puesto que la norma de que el donatario «tomará de menos tanto como ya hubiese recibido» no se cumpliría si se limitase a aportar el valor nominal de lo recibido al tiempo en que se hizo la donación; por tanto, el anterior artículo 1.045 se refiere al «valor» de lo que recibió el donatario determinado por su cotización actual al abrirse la sucesión, pero teniendo en cuenta los bienes tal como se encontraban al hacerse la donación y no sus aumentos o deterioros posteriores o sus pérdidas totales, que serán, como dice el artículo 1.045, párrafo 2, a cargo y riesgo o beneficio del donatario.

Considerando que la conclusión expuesta, acorde, en definitiva, con la sostenida por el fallo impugnado, aunque con fundamentos distintos, además de acomodar el antiguo texto del artículo 1.045 del Código Civil al espíritu y finalidad de las normas sobre colación de bienes, como previa a la partición hereditaria, atiende, como manda el artículo 3, apartado 1, del mismo Código, no sólo a la realidad social actual, recogida ya en la vigente redacción de los artículos 818 y 1.045, sino también al tradicional criterio del tan citado Cuerpo legal acerca de la determinación y protección de las legítimas (arts. 820, 821 y 822) y reducción de donaciones (artículos 636 y 654), que atienden a la computación de los valores de las cosas al tiempo de la muerte del donante; debiendo interpretarse la originaria redacción de los artículos 818 y 1.045 en la forma expuesta para evitar resultados inequitativos; máxime cuando el fenómeno de la depreciación monetaria radica no en que los bienes aumenten de valor intrínseco o real, sino en la disminución del poder adquisitivo de la moneda, cuestión ajena a los interesados en una herencia, cuyas consecuencias han de evitarse en cuanto les perjudiquen, puesto que, en todo caso, el artículo 1.045 no plantea ni resuelve el problema de los cambios de valor del dinero en que la cosa ha de estimarse; por tanto, hay que estimar el valor en el momento de la donación con arreglo a las circunstancias monetarias del día del fallecimiento del causante; deduciéndose de todo lo expuesto la desestimación del primero de los motivos del recurso, que denuncia «la violación por inaplicación de los artículos 818 y 1.035 del Código Civil, así como el 1.045 del mismo Cuerpo legal y doctrina legal concordante», y la misma suerte desestimatoria ha de correr el segundo y último de dichos motivos, que acusa «la aplicación indebida por la analogía del artículo 4.º del Código Civil del artículo 1.056, párrafo 2», del mismo Cuerpo legal, en cuanto que la conclusión a que llega la sentencia de instancia, de señalar cada una de las legítimas de los actuales recurridos en la veintiunava parte del valor asignable al inmueble discutido al tiempo de abrirse la sucesión de los donantes, no implica infracción alguna de los preceptos legales invocados en dicho motivo, sino meramente la satisfacción en metálico del valor de la legítima atendido el momento expresado, valor que se determinará en ejecución de sentencia.

COMENTARIO.—La redacción dada al primer párrafo del artículo 1.045 del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha venido a consagrar

legislativamente la solución más justa con la que estaba conforme la casi unanimidad de la doctrina, al manifestar que «no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». Esta referencia al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios no debe entenderse referida exclusiva y únicamente al tiempo del fallecimiento del causante, sino más bien al tiempo en que se efectúe la partición, ya que de otro modo podría ser igualmente injusta la solución y nada se habría conseguido con la reforma legislativa.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

IMPUESTO SOBRE LOS BIENES DE LAS PERSONAS JURIDICAS. FUNDACION CULTURAL PRIVADA. EXENCIONES (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1981).

Hechos.—La cuestión litigiosa se centra en determinar si está o no ajustada a Derecho la liquidación girada por la Dirección General del Tesoro a la «Hermandad de los Santos», de Lebrija (Sevilla), como importe de los intereses por el segundo semestre de 1975, por la inscripción nominativa de Deuda Perpetua del Tesoro al 4 por 100 propiedad de dicha entidad, al deducir de la misma el Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, alegándose por la recurrente ser Fundación benéfico-cultural, clasificada como benéfico-docente de carácter particular y declarada exenta del referido Impuesto, a lo que se opone por la Administración la circunstancia de no haber solicitado la exención, ya que no es automática, y haberse canjeado las primitivas láminas por las actuales sin exacta correspondencia entre las que disfrutaban de exención y las que en la actualidad están representadas por la lámina 36, propiedad de la parte apelada.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, declara ser procedente la aplicación de la exención en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que para la resolución procedente debe tenerse en cuenta: 1.º, que está acreditado en el expediente administrativo que la Fundación fue clasificada como de beneficencia particular por Real Orden del Ministerio de Instrucción Pública de 16 de diciembre de 1918 con la obligación de rendir cuentas al Patronato; 2.º, que la citada Fundación solicitó exención, que le fue concedida por la Dirección General de lo Contencioso del Estado en 22 de febrero de 1954 y 14 de enero de 1958, en relación con determinadas láminas intransferibles de la Deuda Perpetua Interior del Estado, que se reseñaban, depositadas en la sucursal del Banco de España en Sevilla, en atención a estar adscritas a los fines fundacionales, por lo que se declararon exentas del Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas; 3.º, también consta por certificación del Ministerio de Hacienda obrante al ramo de prueba en primera instancia, que por aplicación del Decreto de 25 de abril de 1974 y Orden ministerial de 22 de

mayo de 1974, la «Hermandad de los Santos», de Lebrija, presentó al canje determinadas inscripciones de Deuda Perpetua al 4 por 100 por otras nuevas de fecha 1 de julio de 1974, expidiéndose por el total importe de las antiguas una nueva lámina número 36.

Considerando que la Administración reconoce el carácter de la Entidad apelada como Fundación de beneficencia particular, sin negar la afirmación de la misma de ser sus cargos patronales y de representación legal de carácter gratuito, requisitos únicamente exigidos en el artículo 65, 1, 1.º, c), del Texto Refundido sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, por lo que en relación de dicho precepto con el artículo 49, 1, 1.º, del mismo Texto hay que estimar exentos los bienes de la referida Fundación del Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, sin que el artículo 277 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 pueda impedir la aplicación de tal exención establecida por norma de rango legal, que no limita la referida exención, por lo que no se requiere la confrontación en orden a la identidad entre las láminas respecto a las que se solicitó y obtuvo previamente la exención, y las que, en definitiva, integraron la inscripción 36, ya que dicho canje se debió a disposición de la Administración, y, por otra parte, en definitiva, la petición de exención consta en el expediente con referencia a las láminas anteriores al citado canje, razones por las que procede desestimar la apelación, sin declaración alguna sobre sus costas.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. PRESTAMO HIPOTECARIO PARA SU CONSTRUCCION. EXENCIONES (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1981).

Hechos.—Con motivo de un préstamo concedido a cierta entidad, se constituye hipoteca sobre un edificio en construcción, acogido a la legislación de viviendas de protección oficial, solicitándose la aplicación de la exención prevista en el artículo 65, 1, 67, del Texto Refundido del Impuesto y no la del número 63.

Sobre estas premisas, la Abogacía del Estado gira liquidación, que confirma el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y Central, basándose en que no es posible, sin conculcar la doctrina de los actos propios, acceder a la pretendida aplicación de la exención.

Planteadas reclamación ante la Sala de Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, se dictó sentencia, por virtud de la cual se anularon los acuerdos impugnados, así como la liquidación girada, por no ser ajustada a Derecho, declarando el derecho de la entidad a la exención del Impuesto en cuestión.

Contra esta última sentencia, la representación del Estado interpone recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Sainz Arenas, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que, respecto del primero de los motivos enunciados, ha de reiterarse ahora lo que, en semejante ocasión, expuso y ra-

zonó esta Sala en reciente sentencia dictada con fecha 14 de octubre de 1980, a saber: que en el escrito de alegaciones presentado por la sociedad reclamante ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid, y en el de posterior recurso de alzada ante el Tribunal Central, invocó las dos exenciones en que intentaba ampararse, esto es, las de los números 63 y 67 del párrafo 1.º del artículo 65 del Texto Refundido, habiéndose limitado ambos Tribunales a pronunciarse sobre la segunda de ellas y no haciéndolo con relación a la primera, pese a su expresada alegación; omisión administrativa que no puede constituir obstáculo eficaz que impida el conocimiento y decisión en el proceso contencioso-administrativo de la cuestión que así había sido propuesta y planteada en la vía económico-administrativa, y obligue, en cambio, a la dilación que llevaría consigo el reenvío o devolución a la Administración del asunto, para recabar de ella una resolución que pudo y debió adoptar, tanto por haberle sido propuesta por la reclamante, como en uso de las amplias facultades que el artículo 46 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959 —mantenidas en el artículo 17 del Real Decreto de 12 de diciembre de 1980— confiere a los Tribunales que revisan los actos de gestión, que hacen posible en todo momento que la Administración pueda ajustar sus decisiones, bien a las normas jurídicas que resultan de aplicación, bien al resultado de las actuaciones, hasta el instante en que la vía administrativa queda agotada y cede paso a la judicial, corrigiendo, incluso por su propia iniciativa, los actos de gestión o resoluciones económico-administrativas de rango inferior, cuando en los expedientes aparezca acreditada la precedencia de rectificarlos, haciendo así innecesaria su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa; ello también posible ahora, conforme a la evolución operada en el criterio con que la doctrina jurisprudencial viene tratando el principio del carácter revisor de esta jurisdicción, expuesto en las Sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1977, 2 de noviembre de 1978 y 4 de enero y 26 de noviembre de 1980, que autoriza a los Tribunales para examinar en cada caso cuál haya sido el planteamiento de las cuestiones por los interesados y el actuar administrativo, y para decidir entre devolver las actuaciones a la Administración o resolverlas, aunque la Administración no las haya resuelto antes.

Considerando que, de otra parte, el hecho de que la escritura de constitución del préstamo hipotecario contenga la solicitud de aplicación de la exención del artículo 65, 1, 67, no puede entenderse como acto propio vinculante en tales términos que impida a los contratantes solicitar, al mismo tiempo o posteriormente, la del número 63 del mismo precepto, ya que, sin necesidad de expresa petición de los contribuyentes, el ejercicio de la función calificadora encomendada al liquidador incluye, para hacer efectivas las disposiciones de los artículos 7.º del ya citado Texto Refundido y 25 de la Ley General Tributaria, la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, y que, como afirma la Sentencia de esta Sala de 24 de junio de 1978, dictada con ocasión de la impugnación de una autoliquidación, esto es, de un acto personal del propio interesado, que podría entenderse serle más vinculante que la sola solicitud de que sea la Administración quien le aplique determinada exención fiscal, los contribuyentes están legitimados para formular toda clase de pretensiones, incluso fundadas en sus propios errores, sean de hecho o de derecho.

Considerando que si la falta de referencia a la naturaleza y carácter de las viviendas hipotecadas, que el segundo motivo de la apelación denuncia como omisión de datos de preciso conocimiento para poder formar juicio acerca de la pertinencia de aplicar la exención del número 63 del artículo 65 de la Ley del Impuesto, pudo operar en el momento en que la liquidación se practicó sin más elementos que el texto de dicha escritura, no fue así en la primera instancia de la reclamación económico-administrativa, puesto que la petición formulada en ella por la sociedad reclamante fue acompañada de la aportación al expediente de la escritura de declaración de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal que dicha sociedad había otorgado el 6 de diciembre de 1973, en la que hizo constar que la finca objeto de tales actos se hallaba acogida a la Ley de Viviendas de Protección Oficial, Grupo I, Expediente número M-GI-186/72, y había obtenido la calificación provisional con fecha 17 de octubre de 1973, extremo que también aparece acreditado en las mismas actuaciones mediante fotocopia de la correspondiente cédula, que no ha sido objeto de reparo alguno; y puesto que el préstamo hipotecario se constituyó en escritura formalizada el 25 de enero de 1974, con garantía, según el texto de la propia escritura, de las mismas viviendas descritas en la citada de 6 de diciembre del año anterior, ajustando la realización o entrega de cantidades a lo que fuera resultante de las certificaciones de obra construida o inversión realizada en las fincas o viviendas que se fueran expidiendo —con lo que quedó predeterminado y asegurado el destino íntegro del préstamo—, no habiéndose otorgado la calificación definitiva hasta el 5 de febrero del año 1975, inmediato siguiente, fecha en que la reclamación se encontraba pendiente de resolución en el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid, resulta evidente que antes que el expediente fuera resuelto constaba acreditada en sus actuaciones la concurrencia de los requisitos exigidos para que la exención solicitada al amparo del repetido número 63 pudiera y debiera ser otorgada, como lo ha reconocido y declarado la sentencia objeto de esta apelación.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. EXENCIONES. LA EXENCION DEL ARTICULO 65, 1, 29, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO SE APLICA TANTO SI LA TRANSMISION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL TIENE LUGAR POR DOCUMENTO PUBLICO COMO PRIVADO, SI BIEN, EN EL SUPUESTO PLANTEADO, LA FECHA DEL DOCUMENTO, A EFECTOS DEL COMPUTO DEL PLAZO DE SEIS AÑOS, SE ESTIMA QUE ES LA DE SU ELEVACION A ESCRITURA PUBLICA, POR NO HABERSE PRESENTADO ANTES EN LA OFICINA LIQUIDADORA, NI ENTREGADO A FUNCIONARIO PUBLICO, NI INCORPORADA A REGISTRO PUBLICO (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1981).

Hechos.—Por documento privado de fecha 22 de marzo de 1966 se transmitió una finca sujeta al régimen de viviendas de protección oficial, siendo elevado a público mediante escritura de fecha 1 de marzo de 1975, sin que con anterioridad a esta última fecha se hubiera presentado dicho docu-

mento privado en la oficina liquidadora, ni incorporado a ningún Registro Público, ni entregado a Funcionario Público por razón de su cargo, por lo que tal documento no puede ser conocido ni ponderado —en razón a su extravío— por la Hacienda Pública, ni existió posibilidad de imponerlo a terceros, razones éstas por las que se giró al adquirente liquidación, sin que se aplicase la exención pretendida.

El Tribunal Supremo desestima el recurso en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que pretendiendo el hoy apelante beneficiarse de la exención del artículo 65, 29, del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, en relación con los preceptos concordantes de la legislación de viviendas de protección oficial, es evidente que, según el artículo 114 de la Ley General Tributaria era a él y sólo a él a quien incumbía probar que se daban todos y cada uno de los hechos que excluían la deuda tributaria, y que en este caso concreto era que la transmisión del local de negocio se había operado dentro del plazo señalado al efecto por el artículo invocado, esto es, dentro de los seis años de haberse obtenido la calificación definitiva, que fue el día 5 de agosto de 1967, por lo que la transmisión debió de realizarse antes del mismo día del año 1973.

Considerando que pese a sus muy extensos razonamientos, la parte apelante no puede prescindir de una realidad, y ésta es que la única fecha fehaciente en la que se operó la transmisión del local adquirido es la que consta en la escritura pública de 1 de marzo de 1975, escritura que se denomina de elevación a pública o reiteración de un contrato privado de compraventa, y en la que se hacen constar una serie de antecedentes de hecho, carentes en absoluto de relevancia para terceros, en cuanto a las fechas anteriores a la incorporación o bien de los documentos privados que en la escritura reseñada se incluyen, o bien de la existencia de un contrato de compraventa anterior, puesto que nos hallamos en presencia de un documento público, regulado por el artículo 1266 del Código Civil, y, por tanto, y según el artículo 1.217, es el Notario el que da fe en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse, pero solamente con la fuerza y eficacia que sanciona el artículo 1.218 del Código Civil, esto es, haciendo prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, con lo que en el presente caso solamente puede atribuirse a la escritura de 1 de marzo de 1975, la eficacia probatoria de que es a partir de esa fecha cuando se celebró el contrato que las partes instrumentaron en ese documento, y que ese contrato era el de la compraventa de los locales comerciales en el edificio «Cantabria» de la ciudad de Las Palmas, siendo intrascendente que se hable en la escritura de compraventa de 1975 de que ésta se había hecho anteriormente en documento privado, y de que había mediado un requerimiento notarial para la elevación del documento privado a escritura pública, ya que tales manifestaciones o documentos, se hagan de palabra o se incorporen a la escritura, no son sino manifestaciones hechas ante un funcionario público o documentos que le son entregados, y que solamente hacen prueba frente a terceros desde el momento en que se expresan de palabra ante el Notario o se incorporan a un documento público.

Considerando que, por tanto, carentes de eficacia alguna todos y cada uno de los documentos privados o manifestaciones hechas con anterioridad al 1 de marzo de 1975, es evidente que al otorgarse esta compraventa, ya habían transcurrido más de seis años a partir de la obtención de la cali-

ficación definitiva en 1967 del edificio «Cantabria», por lo que falta el requisito exigido para que la exención pueda tener lugar, no bastando para acreditar la pretendida transmisión anterior a esa fecha el acta de 21 de marzo de 1980, ya que mediante ella lo que se hace es incorporar a un protocolo notarial un documento privado que pese a estar fechado en 22 de marzo de 1966, solamente puede producir efectos entre quienes no fueron contratantes, desde el momento en que se incorpora ese protocolo a archivo, pero no antes, al igual que carece de eficacia alguna la letra de cambio y el talón por importe de 3.750.000 pesetas, puesto que no ha quedado acreditada la causa de esta letra de cambio, al carecer de eficacia alguna, frente a terceros, los documentos privados que se pretende ser causa de la letra y que se dicen otorgados con fecha anterior a la calificación definitiva, que ya el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, el Central y la Sala de Instancia entendieron celebrado en el año 1975, documentos que esta Sala tampoco puede tener en cuenta, porque frente a la pretensión de la parte apelante de dotar de eficacia a unos documentos privados desde el año 1966, mediante su incorporación o adición a una escritura pública o entrega a un Notario en el año 1975, se alza insalvable el artículo 1.227 del Código Civil, que determina que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro Público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o desde el día en que se entregaron a un funcionario por razón de su oficio, supuesto este último que es precisamente el que se da en el presente caso, como tantas veces se ha repetido.

Considerando que no es, por tanto, y como razona el apelante, que sea necesario hacer constar la transmisión de la finca en documento público para obtener la exención pretendida, o que se prive de ese beneficio cuando la transmisión se opera por documento privado, sino que lo que exige la exención es que se verifique la transmisión dentro de un plazo máximo de seis años a partir de la calificación definitiva, y es este hecho y no la forma de la transmisión, lo que debe de probarse, prueba no realizada en el presente caso, en el que incluso alegando la parte apelante la aplicación del Decreto de 3 de enero de 1963 —que está admitiendo la eficacia de unos documentos privados—, sin embargo, no hace prueba alguna sobre un hecho tan esencial como el cumplimiento del propio Decreto, que exige la presentación de los contratos celebrados entre promotores y adquirentes en la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda, al objeto de obtener los promotores la autorización para la percepción de cantidades de dinero antes de la calificación definitiva, cantidades que solamente se percibirán (o generalmente, se percibirán) de los compradores de viviendas, lo que obliga a concluir que, fuera el promotor, fuera el comprador, debieron de presentar el contrato celebrado ante la Delegación Provincial, pese a lo cual ni siquiera se ha intentado esa prueba, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional; y como mediante esa prueba, se pudo haber acreditado que la transmisión se operó antes de la fecha de 1 de marzo de 1975, al no haberse acreditado esa transmisión anterior, hay que rechazar los argumentos del apelante y, por tanto, su recurso de apelación, al no haber desvirtuado los acertados razonamientos de la sentencia apelada, que, por otra parte, no son sino la confirmación de los contenidos en los dos acuerdos de los Tribunales Económico-Administrativos.

C. M. A.

LIBROS

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Estudios de Derecho agrario* (segunda serie). Secretariado de Publicaciones del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, 1981. Un tomo de 266 págs.

Echando de menos una suficiente autonomía científica del Derecho agrario, dice el autor en el prólogo que esta disciplina actualmente sólo se cultiva por civilistas, académicos o prácticos, y a veces por administrativistas, los cuales, en todo caso, la suelen considerar tan sólo como una simple actividad secundaria. Claro que también es cierto que la consecución o no de su categoría independiente dentro del sistema de las disciplinas jurídicas depende en gran parte de los propios agraristas; son éstos los que han de asumir el conocimiento del porqué del Derecho agrario, toda vez que está demostrado el interés científico, humano y social que es capaz de suscitar.

Dice que actualmente la doctrina iusagrarista española, si dejamos a salvo media docena de nombres, es escasa y de gran pobreza. Bien es verdad que en los años setenta se han publicado obras importantes y han tenido lugar en España varios congresos internacionales, seminarios y jornadas; igualmente se siguen celebrando con bastante éxito los cursos que cada año organiza en Madrid la Asociación Española de Derecho Agrario y se han leído varias tesis doctorales en las Facultades de nuestras Universidades sobre materias de Derecho agrario, aunque no tantas como sería de desear.

Entre esos pocos, pero buenos agraristas, está, por supuesto, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, a quien no es necesario presentar, por ser bien conocida su amplia obra jurídica civilista y agrarista. Por eso no tratamos ahora de hacer balance de dicha obra, lo que sería bien difícil, ciñéndonos tan sólo a comentar este libro recientemente aparecido.

Es una segunda parte de otro que con el mismo título se publicó en 1972 por la Editorial Tecnos de Madrid. En la primera parte se ordenaron y recogieron, entre otros, diversos trabajos del autor sobre Derecho agrario como ciencia, reforma de estructuras, contratos y derecho sucesorio agrario, de acuerdo con la legislación por entonces vigente. El autor justifica la tardanza en la aparición de esta segunda parte en cierta paralización legislativa que se ha notado en los últimos años. Sea como fuere, aquí está y vamos a comentar el libro.

El estudio inicial se refiere al *estado actual del Derecho agrario*, disciplina de aparición aún más reciente que el Derecho del trabajo. Lo anómalo del Derecho agrario radica en su interdependencia respecto a la política y a la economía agraria; de ahí que tenga una base coyuntural que, por ser cambiante, no puede constituir un cuerpo coherente de doctrina. Salvo

aquellas materias pertenecientes al Derecho privado, tan estables como la propiedad, los contratos o el crédito, las instituciones del Derecho agrario tienen más bien un carácter circunstancial y momentáneo. Por ello entiende De Los Mozos que la denominación más significativa de esta rama jurídica sería la de Derecho de reforma de la agricultura; esto explica que el Derecho agrario se integre, de una parte, en el Derecho social y económico, y de otra, como un auténtico *ius novum*, produzca su impacto en los viejos cuerpos. Gradualmente se podrían distinguir el Derecho civil agrario, el Derecho de reforma de la agricultura y el Derecho de la empresa y el empresario agrícola. De ahí el fundamento de su carácter interdisciplinario, dotado de un sistema múltiple que comprende tanto el *fundus* como el *rus* y la propia actividad agrícola. Sus relaciones con el Derecho civil serán las que en cada caso establezcan las normas concretas y determinadas de una regulación cualquiera, apareciendo unas veces como un Derecho excepcional y otras como un Derecho especial, ya que el carácter de *ius proprium* sólo es atribuido a la totalidad del fenómeno.

En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola se titula el segundo de los estudios incluidos en este libro, resaltándose por el autor que no resulta fácil encajar los conceptos económicos en el campo del Derecho. Así ocurre con la explotación agrícola, que es algo dinámico que fluye constantemente y sólo puede ser fijada cuando, partiendo de las cosas objeto de los derechos, tratamos de atribuirles un significado de tipo ideal, aludiendo a su función o destino. Por eso, opina el autor que esta materia debe regularse en dos campos distintos: por una parte, en el Derecho de reforma del suelo, en torno a la finca rústica en sentido estricto; por otra parte, la regulación dinámica, que da a la explotación una mayor sustantividad. Partiendo de esta dicotomía expone la necesidad de una regulación especial de la propiedad agraria como presupuesto previo, siendo lo más importante del nuevo sentido del concepto de finca su carácter eminentemente social, como reacción frente al individualismo.

Este nuevo sentido de finca se materializa en las nuevas formas que van apareciendo para su individualización y descripción, haciendo constar su situación, delimitación y naturaleza. La reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 ha introducido para las fincas rústicas la expresión de la clase de cultivo y la referencia al número de parcela y el polígono catastral. Dentro del tema, el autor estudia las materias de las unidades mínimas de cultivo y el régimen jurídico del control del tráfico de las fincas rústicas y, por último, repasa la normativa jurídica de la explotación agrícola desde el Código Civil y la legislación hipotecaria, pasando por la *non nata* Ley de Explotaciones Familiares de 1962, la de Arrendamientos de 1935 y algunas disposiciones de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Entiende el autor que deben conjugarse los diversos aspectos de la dinámica de la explotación agraria, haciendo posible la utilización de una normativa basada en criterios económicos en torno a la actividad agraria; es lo que se llamaba ordenación rural, y que actualmente la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario denomina ordenación de explotaciones.

La propiedad agraria en el Derecho indiano como aportación a las técnicas de reforma agraria, es contemplada por el autor partiendo de la premisa metodológica de considerar la recepción del Derecho romano en el Nuevo Continente a través de un nuevo proceso de «provincialización» de caracteres singulares, viniendo a ser el Derecho indiano como un nuevo

ius gentium. Esto resulta evidente como consecuencia de la inclusión de aquellos inmensos territorios en la monarquía castellana y a través del Derecho español en América, donde el romano cumple función de «Derecho común» mediante el Derecho castellano, el cual se convierte, a su vez, en Derecho común frente al Derecho indiano. Aunque no es fácil comprender la terminología de entonces, podría considerarse la llamada «propiedad provincial» como inferior dentro de los bienes de realengo, o sea, los propios territorios del rey como señor feudal. La Real Cédula de 1591 regulaba los modos de adquisición y conservación de las tierras, proclamando que todas las tierras que no estuviesen concedidas por real gracia, así como los bienes vacantes, pertenecen a la Corona, debiendo quedar libres de posesión para que puedan ser objeto de nuevas concesiones. Se requería la posesión efectiva y el cultivo de la tierra adjudicada, y su incumplimiento llevaba aparejada como consecuencia la restitución de las tierras, de las cuales disponía nuevamente la Corona. La idea de la unidad de cultivo, una de las más queridas del Derecho moderno, ya aparece con claridad en la política indiana a propósito del régimen de las tierras realengas. Uno de los principales medios de repartir tierras, en la Real Cédula de 1631, era darlas a censo; de esta manera, al no abundar mucho el numerario, se acudía al recurso de darlas en censo, con lo que el legislador indiano se anticipó a algunas de las reformas más famosas que después se han llevado a cabo mediante dicha fórmula.

Esta primera parte del libro se completa con dos trabajos de muy distinto sentido. Uno se refiere al *derecho de caza*, estudiando los precedentes históricos y su regulación en el Código Civil y la legislación posterior, especialmente en los presupuestos y requisitos para ejercitar tal derecho. El segundo artículo contiene un proyecto de *agricultura de montaña*, sobre la base de restaurar el modelo ideal de la Mesta para explotar la riqueza ganadera de León.

El tema genérico de los *arrendamientos rústicos* es objeto de la parte segunda del libro, en la que se incluyen tres estudios escritos en 1974, 1975 y 1977, cuando se estaba preparando y debatiendo aún en el terreno doctrinal la reforma de la normativa, que ha desembocado en la Ley de 31 de diciembre de 1980. Aunque podría parecer que ya el tema no tiene demasiado interés por ser a «toro pasado», la verdad es que manifiesta el valioso trabajo realizado, permitiendo a los parlamentarios encontrarse ya con una más trillada y prácticamente terminada.

El primer trabajo de esta parte está constituido por la ponencia que presentó JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS a las II Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario, bajo el título de *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español*. El autor hace un repaso de los antecedentes legislativos de esta figura desde el Código Civil, estudiando el sentido de la regulación vigente por entonces en España, tanto general como regional, que configuraba al arrendamiento como un contrato agrario típico. A continuación se exponen los diversos aspectos técnico-jurídicos que, a su juicio, deberían tomarse en consideración a la hora de reformar la legislación del colonato: En cuanto al concepto, se entiende que es el arrendamiento de una finca de naturaleza rústica para el establecimiento de una explotación agrícola, ganadera o forestal, teniendo la finca el carácter de objeto principal o complementario de la explotación.

La capacidad para arrendar se acomodaría al Código o las legislaciones forales. En los elementos reales se presentan la finca y sus especialidades, la renta con la posibilidad de su revisión o reducción y la duración del contrato con sus posibles prórrogas. Tras considerar al arrendamiento como contrato no formalista, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS estudia lo que podría ser el esquema de los derechos y obligaciones de las partes, deteniéndose en las mejoras y los derechos adquisitivos que se plasman en el tanteo y el retracto. La sucesión, la cesión y la extinción del arrendamiento completan la materia, junto con la aparcería y las correspondientes normas registrales y procesales.

En otro estudio se contemplan *los arrendamientos colectivos y forzosos como instrumento de reforma de estructuras*, a la luz de los preceptos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y concluye que ambas figuras especiales del arrendamiento responden a un fundamento uniforme y su implantación descansa en la propia función social de la propiedad; vienen a ser un sustitutivo de la expropiación forzosa y son una expresión parcial de la misma referida a una de las facultades del dominio, o sea, el uso y aprovechamiento de la finca. Por ello, existiendo esta identidad en el fundamento y en los fines, la legislación debe hacer de ambas regulaciones una misma institución, aunque esta unidad institucional no sea incompatible con las diversas aplicaciones que pueda llegar a alcanzar.

La parte tercera del libro está dedicada al estudio del *Derecho sucesorio agrario*, contemplando los diversos aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, al que comúnmente se le achaca un acentuado individualismo jurídico, que se manifiesta en su sistema de legítimas y la escasa libertad de disponer a título *mortis causa*. Los foralistas dicen al respecto que el Código no ha tenido en cuenta a la familia, por lo que carece de elementos para la protección de las explotaciones familiares; pero el autor contesta que aunque el Código adolezca de ciertos errores fácilmente subsanables, esto no autoriza a afirmar que sólo en los Derechos forales se encuentren todas las excelencias: las instituciones forales suelen estar basadas en algunas realidades singularísimas y muchas de ellas no son susceptibles de extensión o trasplante, pues chocarían a veces con una conciencia jurídica totalmente extraña. Dentro del Derecho común, siempre que haya dinero en la herencia y quiera el testador mantener indivisa la explotación agrícola, le sobran recursos y medios para ello: así, el artículo 1.062 del Código Civil permite pagar la legítima en dinero si la cosa es indivisible o desmerece al dividirse; el artículo 1.056 autoriza la disposición especial del padre de familia dirigida a mantener indivisa la unidad agraria, y el artículo 829 regula la mejora en cosa determinada, dando pie a la finalidad conservativa en el Derecho común, donde esta práctica está arraigada entre grandes familias campesinas; igual puede decirse del legado de cosa cierta, que el artículo 828 reputa mejora cuando el testador lo ordena o no quepa en la parte libre.

Como apéndice de la obra, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS incluye el texto de una conferencia dada en el Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato, el 20 de febrero de 1979, sobre *Sociología y Derecho agrario*, estudiando las relaciones entre ambas disciplinas. Dice que mientras el Derecho es uno de los modelos más antiguos de la especulación humana, como conjunto de saberes, la Sociología es una ciencia relativamente reciente. No obstante, su acoplamiento es necesario, ya que el estudio del

Derecho como fenómeno sociológico se va imponiendo sin discusión. Lo más importante de la Sociología jurídica es contribuir al estudio de las reacciones del medio social ante una regla del Derecho, es decir, si recibe esa norma o la rechaza y si ha tenido efectos benéficos o perjudiciales.

Desde el punto de vista de la Sociología jurídica, dice DE LOS MOZOS, ésta aparece más como un método que como una ciencia, lo que no supone en modo alguno rebajar a la Sociología frente al Derecho, sino simplemente incorporar sus resultados a las propias tareas jurídicas, ya que aquélla se basa en la observación de los hechos o fenómenos sociales. Por ello define la Sociología jurídica como una rama de la Sociología general que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales, los fenómenos jurídicos, añadiendo que no se diferencia del Derecho dogmático por razón del objeto, sino por su diferente punto de vista; esto se aprecia, sobre todo, en su trascendencia externa como fenómeno social, lo que nos confirma en la observación ya apuntada del carácter complementario del aspecto sociológico del Derecho.

Poniendo en relación la Sociología con el Derecho agrario, resalta su importancia, que viene impuesta por dos razones fundamentales, que son:

- Venir constituido el Derecho agrario por un núcleo central que se relaciona íntimamente con la planificación económica y social.
- El hecho de tomar en consideración el Derecho agrario categorías y conceptos que desde su propia peculiaridad descansan en datos tomados de la realidad empírica.

Por ello, concluye DE LOS MOZOS, se unen y complementan Sociología y Derecho agrario, pudiendo llegar aquélla donde éste no puede en su tarea de moldear convenientemente las estructuras agrarias; sobre todo, al pretender cambiar la mentalidad del agricultor como elemento más importante de tales estructuras y como objetivo último de una disciplina social y humana. El sociólogo, dice, puede hacer lo que el jurista no puede, pues, como decía CARNELUTTI, el Derecho que se inspira en la justicia es una virtud cardinal, mientras que el amor o la caridad es una virtud teológica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GIL RODRÍGUEZ, J.: *El usufructo de acciones. Aspectos civiles*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

Debo pedir disculpas al autor de este estudio monográfico por no haber dado salida a este comentario hace tiempo, pero miles, millones de palabras ordenadas en artículos han tenido la culpa. Yo estaba confeccionando un libro y había que intentar ponerlo al día, y ello llevaba tiempo que no dejaba hueco humoral para el comentario de otros. Con la bandera desplegada de mi justificación arremeto el comentario de esta publicación.

Para mí es nuevo el autor, pero viejo el tema. A mí me ha hecho siempre mucha impresión aquello que decimos los hipotecaristas de que inscrito el usufructo no hace falta decir más, pues ya la ley perfila, controla

y aglutina las facultades y derechos que la figura conlleva. Quizá desde el punto de vista registral no sea preciso decir más —aunque la electrónica puesta al servicio de la rapidez permite un campo disparatado de extensión en la redacción de asientos—, pero es evidente que en esta modalidad de disfrute de acciones hay una complejidad de relaciones internas y externas —según dice el prologuista GARCÍA CANTERO— que nacen de esta modalidad de disfrute y que acaso ha podido motivar el escaso tratamiento recibido hasta ahora por la doctrina civilista.

Para mí, el usufructo —mezcla de uso y fruto— es figura que me ha llamado siempre la atención. No es figura dócil, permite construcciones diferentes, admite soluciones distintas y lleva a complicadas afirmaciones. El juego de la división de derechos, de propiedad gravada, de responsabilidad sucesoria, de titularidad, etc., suponen un cúmulo de interrogantes que exigen, como esas escaleras empinadas sin ascensor, reposar en el «descansillo». Yo recuerdo de mis épocas de oposiciones cómo un antiguo opositor, en esa versión humorística de las figuras y las instituciones jurídicas, hacía alarde de ingenio y al presentar la «Revista teatral de Derecho» describía uno de sus números, que era el de las «usufructuarias» y las «foreras», pero nunca pudo representarse porque la censura, que admitió que todas salieran vestidas de usufructuarias y foreras, no permitió a la primera *vedette* salir de «nuda propiedad».

El estudio, tesis doctoral de su autor, ofrece una distribución de materias en nueve capítulos, pero por razones de simplificación, nosotros los vamos a reducir a seis, ya que uno de ellos, el referido a su contenido, tiene en la obra diversos capítulos. Existe una introducción y el prólogo, al que nos hemos referido, del director de la tesis, en el que hace referencia a la construcción dogmática del concepto (usufructo de derechos), al nacimiento, el contenido, la modificación y extinción, que son la base de las partes que distinguimos:

A. *Construcción dogmática.*—Después de poner de relieve la ausencia de estudios sobre la materia en nuestro Derecho —parte concebida como introducción—, el autor afronta tres puntos esenciales en la construcción dogmática del concepto o en el «entronque» dogmático del usufructo de acciones, ya que va recorriendo la categoría dogmática de los derechos sobre derechos como posible figura jurídica, el usufructo de derechos, para desembocar en el usufructo de acciones.

El tema se plantea con objetividad cuando el autor, partiendo de la opinión de los mercantilistas en orden a la conceptualización de la acción, como fracción de capital, conjunto de derechos o como título o documento, trata de concretar el objeto preciso del usufructo de acciones y se plantea estas disyuntivas: el objeto es la posición de socio o el documento a que se halla incorporada. Parece ser que la tesis del autor es considerar al usufructo como un supuesto de usufructo de derechos, con el condicionamiento que la cualidad de socio está incorporada a un documento cuya posesión es necesaria para el ejercicio de los derechos que integran aquélla, con lo que ello permite hablar de usufructo de acciones para significar el usufructo del derecho o cualidad a ellas incorporado.

B. *Aspectos y regulación.*—Dice el autor que en el usufructo de cosas, el titular percibe los frutos y utilidades que aquéllas producen, sin precisar el concurso de otras personas. Cuando de títulos-valores se trata entra

en escena otra personalidad cuyo comportamiento resulta relevante en el proceso fructivo: la sociedad emisora de los títulos usufructuados, lo cual genera un cúmulo de relaciones de naturaleza diversa. Sobre estas bases, el autor va deslindando la materia utilizando el Código Civil y el conocido artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, para llegar a la conclusión que las relaciones internas se regirán por las normas del usufructo sobre derechos, y las externas, en cuanto a la cualidad de socio, por el artículo 41, y respecto de los demás derechos, por los estatutos sociales.

C. *Constitución y entrada en el goce de las acciones*.—Se destaca en este punto las incidencias y repercusiones que en la constitución pueden tener las normas sobre transmisión de acciones y sus restricciones, planteando los temas de si es o no posible la constitución antes de estar inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, con cláusula de restricción o limitación, con o sin intervención de fedatario público, etc. Se examina igualmente el origen constitutivo del usufructo por ley o por negocio jurídico y se plantea la problemática de su adquisición por usucapión. Completa el estudio la exposición de las obligaciones previas al disfrute: inventario, fianza e inscripción en el Libro Registro de la Sociedad.

D. *Contenido del usufructo de acciones*.—Es la parte más amplia de la obra, que el autor parcela en cuatro capítulos, que se corresponden al conjunto de derechos que fundamentalmente constituyen el contenido del usufructo. Es evidente que el primer tema abordado sea el de la cualidad de socio y en quién reside la misma, así como el hecho fáctico de la posesión del documento-acción. Seguidamente, se expone el problema de los derechos administrativos de asistencia y voto en las Juntas Generales, el de impugnación e información y aquellos otros que no son administrativos, como el de conversión de títulos, venta de acciones y separación de la sociedad. En la vertiente fructífera de la acción, el tema obligado es el del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, que exige, como estudia el autor, una precisión inicial de conceptos y matizaciones en los casos de dividendos con cargo a beneficios o a reservas. Igualmente, se estudia el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación. Se hace muy difícil resumir, aunque fuera esquemáticamente, esta última problemática, ya que el mismo autor arranca en su estudio con seis interrogantes, que van desde la legitimación durante el período liquidatorio hasta la diversidad de casos que se pueden plantear cuando se trata de sociedades con pocos accionistas o con un negocio determinado, pasando por el tema del valor nominal de la acción y ganancias no repartidas durante la vida de la sociedad.

D. *Modificación del usufructo*.—Las dos grandes incidencias que pueden provocar esta modificación del usufructo están en el aumento de capital o en la reducción del mismo, cuestiones ambas que el autor estudia, distinguiendo en el primer caso si la ampliación se realiza con bienes de la sociedad (plusvalías, reservas, etc.) o con nuevas aportaciones. Igualmente, en el caso de reducción de capital distingue diferentes supuestos según exista restitución de aportaciones, condonación de deudas, existencia de pérdidas, con cargo a beneficios o reservas libres.

E. *Extinción del usufructo*.—Como norma general, dice el autor, puede admitirse que todas las causas de extinción del usufructo pueden ser aplicables al de acciones, salvo que ese usufructo se haya convertido previamente en cuasiusufructo de las sumas percibidas (separación, amortización o liquidación), al que no podrán afectar las causas 5.ª y 7.ª del artículo 513 del Código Civil. Especialmente dedica una atención preferente al impago de dividendos pasivos de acciones no liberadas.

La obra se completa con una bibliografía importante que exige la tesis documentada, un sumario índice, un prólogo y una introducción, a los que ya nos habíamos referido. También contiene una tabla de abreviaturas. Si la tesis fue calificada de *sobresaliente cum laude*, al libro publicado debe reconocérsele también esa calificación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, y LUNA SERRANO, AGUSTÍN: *Parte general del Derecho civil*. Vol. 1.º: Introducción (tomo 1.º De los elementos de Derecho civil de José Luis Lacruz). Librería Bosch, Barcelona, 1982, 273 págs.

El título de la obra, anteponiendo el vocablo «elementos», contrasta con todos los manuales jurídicos del presente siglo, que nunca lo usan (1). Parece que hubiera querido enlazarse con textos inolvidables del siglo pasado (2), que sistemáticamente lo situaban ante cualquier disciplina del Derecho. No por plagio, ni rutina, sino por razón de reformas universitarias, tan sugestivamente estudiadas por MARIANO PESET REIG (3), que denominaban las diferentes cátedras con la frase «elementos de...», significando que lo pretendido era diseñar un conjunto institucional, de ideas muy claras, sin mengua de rigor científico, en contraposición al anterior bagaje de enciclopedias, prácticas, librerías, etc., complejas por abundancia de citas y, en general, asistemáticas.

Entonces los autores se encontraban con el tránsito desde un Antiguo Régimen resistente a desaparecer, a un constitucionalismo que no acertaba a consolidarse. Epoca difícil, contradictoria, de tensiones, en que sólo una gran imaginación y cierta humildad en los planteamientos permitían una base segura, sin riesgo de perderse, para ulteriores y más ambiciosos perfeccionamientos. El resultado fue ese conjunto de obras, todavía admiradas, que permitieron un giro trascendental en la ciencia del Derecho.

Diríase que hoy estamos en situación análoga. El Derecho civil y sus textos positivos tienen que vaciarse en nuevos moldes institucionales, como consecuencia del Estado autonómico de nuestra Constitución. Existen Parlamentos que pueden legislar Derecho foral con los límites previstos en la norma constitucional y sus Estatutos de Autonomía. Y esto requiere

(1) Excepción: ROYO VILLANOVA en sus *Elementos de Derecho Administrativo*.

(2) ESCRICHE, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, SILVELA, COLMEIRO, ORTIZ DE ZÚÑIGA, en sus *Elementos de Derecho Patrio, Civil y Penal, Mercantil, Político y Administrativo, Práctica Forense*, etc.

(3) *La Universidad española en los siglos XVIII y XIX*, Taurus, Madrid, 1974, en colaboración con su hermano JOSÉ LUIS.

una sutil precisión de fronteras, en la que tiene mucho que decir la técnica jurídica, como vía de sosiego de apasionamientos políticos. Ya resultan trasnochados un Derecho castellano general, que quiere sobreponerse a cualquier instancia no estatal, como también un Derecho foralista que no admite otros productos normativos que su propia singularidad. No puede hablarse de tales prejuicios, ni recíprocas derogaciones o complejos de superioridad.

Por el contrario, se necesita un conjunto de sistemas civiles en pie de igualdad, sin excesos, conviviendo y enriqueciéndose mutuamente, sentido como propio hasta en sus últimos matices y descansando en un entramado de Derecho general y bases —ejemplo, obligaciones y contratos— o incluso aspectos de exclusiva competencia estatal, pero abierto a todas las sugerencias, no centralista. Y habrá que derrochar imaginación y objetividad porque dicho entramado sólo puede plasmarse en un Derecho positivo modélico y útil, cuando previamente la doctrina científica ha decantado categorías y elaborado nuevos moldes, conservando sin rebozo cuanto sirva, que es mucho, de nuestra secular y pluralista tradición.

De otra parte, manuales y monografías al uso habían llevado las exposiciones teóricas a tal grado de amplitud que acababa perdiéndose la perspectiva fundamental. Había que cambiar esquemas, condensar saberes, depurar esencias libertándolas de excesos adherentes, dotándolas de un talante de modernidad que sólo especiales responsabilidades, experiencia y cierto ascetismo intelectual podían asumir con éxito.

Pues bien, el profesor LACRUZ BERDEJO, sobre la base de su *Parte general*, de 1974, pionera en aquel entonces de cuanto venimos diciendo y recogida en su integridad, ha desarrollado una encomiable capacidad de movilización de sus colaboradores, señores SANCHEO REBULLIDA, LUNA, DELGADO (4), y todos han conseguido plasmar un texto muy superior al de un Derecho civil convencional de profesores. Es un serio intento de reorientación de la docencia, en base a las siguientes consideraciones:

— Se estudian las instituciones desde el prisma cálido de la vida jurídica, que las va diseñando, discutiendo y conformando. Por ello es un auténtico reportaje de las transformaciones y acontecimientos que experimentó el Derecho civil en estos últimos años, con actualización completa de la doctrina nacional y extranjera.

— Es impecable la paridad de los sistemas civiles. Tradicionalmente, se exponía el Derecho general, y en pregunta aparte, por supuesto, letra pequeña, las especialidades forales, que muchos estudiantes soslayaban. El libro, en cambio, y esto no es nuevo en LACRUZ, recoge en un mismo contexto cualquier principio del Código Civil, y a seguidas, su réplica foral confirmándolo o desviándose, con lo que el Derecho se comprende en su rica variedad de formas y posibilidades.

— El texto contempla, además, la picaresca emboscada detrás de cada figura, atenta a sus finalidades prácticas, que desvelan el Derecho funcionando en la vida misma, sin faltar ciertas anécdotas y referencias históricas muy interesantes, que las ambientan y explican. Por ello resulta muy

(4) Se trata de otro ejemplo más del esfuerzo que dicho Catedrático viene realizando en la brecha de cada Reforma Civilista, canalizando auténticas aportaciones. Así, *Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil Matrimonio y Divorcio*, los tomos de Derecho de Familia y Sucesiones de estos Elementos, el nuevo régimen de la Familia todos ellos en Civitas, Madrid, 1981-82.

útil también a profesionales y estudiosos, invitándoles a profundizar en lo que a veces sólo puede esbozarse dada la naturaleza de la obra.

— Finalmente, hay una cuidada selección de párrafos de distintos autores, muy gráficos y expresivos de la idea que en cada momento se detalla, citados honestamente como ajenos, aunque se asuman, y que conducen insensiblemente al lector, incitándole la curiosidad por conocer las obras referenciadas.

Entrando en el detalle de la exposición, hay dos partes diferenciadas: Introducción y Teoría de las normas. Desde un concepto del Derecho y sus divisiones —natural y positivo, público y privado—, se aborda el Derecho civil como teoría y en la historia. Esquemas tradicionales, pero con buena dosis de originalidad. Así, la distribución, más aparente que real, entre Derecho público y privado, se centra en aspectos prácticos y realistas, no metodológicos. Contiene una exposición histórica de los Derechos civiles españoles que aparecen en pie de igualdad (5) y, en cierto momento, se desdobra en dos áreas, la Codificación y el Derecho foral. La última fase, representada por la Constitución, supone una feliz síntesis de la contraposición Derecho castellano-Derecho foral, que se supera en unidad, pero asumiendo el pluralismo de las más hondas vivencias. El efecto se consigue por la posición que alcanzan los Parlamentos autónomos forales: no sólo desarrollan o modifican el contenido de las compilaciones, sino que *innovan*, creando normas en su esfera peculiar cuando las convicciones y la cambiante realidad sociales lo demanden.

La postura es progresiva y coherente, si se quiere aceptar la Constitución hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, a fuer de honradez y eclecticismo, se recoge con detalle la posición contraria y los argumentos de una y otra resultan equilibrados para que el lector escoja.

Muy interesante y novedoso el resaltar el Proyecto de Código Civil de 1836, recientemente descubierto, y el de 1851 con el precioso libro de GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, indispensable y siempre válido para la comprensión de nuestro Cuerpo legal civil, que ya el profesor LACRUZ, a la sazón catedrático en Zaragoza en 1974, divulgó con su publicación, precedida de una nota preliminar y una tabla de concordancias con el Código Civil.

En punto a la teoría de las normas, destaca la exhaustiva exposición de la Ley como fuente del Derecho, recogiendo los más actualizados trabajos sobre el particular, y la peculiar opinión sobre la jurisprudencia: aunque no fuente del Derecho, sí poder de hecho por cuanto produce un fuerte impacto de convicción en los que pretenden ganar un pleito. De otra parte, resulta muy clara la exposición previa de orden procesal, imprescindible para la comprensión del tema, por parte de los que inician sus estudios sobre el particular.

Valiente y sincera la exposición de los principios generales del Derecho, apeada de toda idea trascendente y no confundida, en cuanto fuente del Derecho, con los grandes postulados filosóficos, ni el Derecho natural, que debe inspirar, en todo caso, el ordenamiento jurídico. Se conciben como una suerte de técnica jurídica que enlaza con la postura mante-

(5) La idea hizo fortuna en las últimas exposiciones de Historia de Derecho, principalmente LALINDE ABADIA, TOMAS y VALIENTE, y más recientemente GACTO ALEJANDRE y GARCÍA MARÍN en su trabajo colectivo *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1982

nida por el señor GARCÍA DE ENTERRÍA en su *Curso de Derecho administrativo* desde 1974.

Especial interés merece la parte de Metodología o aplicación de las normas, cuidada con singular esmero. Se inicia con una clara visión de las teorías habidas, escuela histórica, uso alternativo del Derecho, etc., para luego abordar con soltura temas tan difíciles como el fraude de Ley en sus diferentes versiones de producción desde el exterior de la norma o nacido de su propio seno, y las técnicas de interpretación con su amplia operativa de raciocinios lógicos.

Mas todas estas técnicas y argumentos lógicos de interpretación y aplicación del Derecho son puros cauces formales, desvitalizados, si no les penetra esa fluencia íntima, la solidaridad social, que les dé sentido, evite su esclerotización e impida la tendencia a convertir el conjunto normativo en instrumento útil al servicio de una clase o privilegio dominante.

Dicha solidaridad es un concepto clave para todo el ordenamiento jurídico. Pero cobra especial relieve ubicada en la entraña misma del Derecho transitorio y la retroactividad como compromiso entre dos tensiones: el individualismo y la sociedad. Sin ella, no puede avanzarse en una más justa ordenación de la convivencia.

Y mayor relieve todavía en épocas de sensibles cambios legislativos, desorientación y crisis, en que intereses egoístas tienden a perpetuarse, emboscando en sutiles argucias de respeto al Derecho adquirido insolidariamente, lo que no son más que expectativas o abusos, producto de una excesiva inflación del aspecto activo, frente a un olvido simultáneo del deber jurídico que el propio Derecho comporta. Desde esta óptica, se comprende que no se trata de una solidaridad arrasante de cualquier aspiración legítima, sino de un principio que debe ambientar de modo constante el problema de la retroactividad. Y resaltarlo es, a mi juicio, el mayor acierto del libro.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

HATTENHAUER, HANS: *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*. Prólogo de Antonio Alvarez de Morales. Traducción de Miguel Izquierdo Picavea. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, 409 págs.

He aquí un manual de historia del Derecho alemán, lleno de interés para quien guste asomarse a los siglos XIX y XX en aquellas tierras. Junto a *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, de F. WIEACKER (Gotinga, 1952, traducido, Madrid, 1957; segunda edición alemana, Gotinga, 1967), constituye una síntesis histórica sugerente para quien haya de ocuparse de temas histórico-jurídicos alemanes. Su enfoque —en ambos casos— significa primar las ideas o doctrinas jurídicas sobre la mera narración de las leyes; HATTENHAUER, además, recoge, como fondo, la historia política y social de Alemania. En un momento en que la historiografía del Derecho se encuentra dudando entre los viejos esquemas heredados y nuevas direc-

ciones para presentar una explicación coherente de la historia de nuestro Derecho —me refiero a nivel de manuales—, la lectura de este libro puede resultar, además de por su contenido, interesante por sus enfoques. El jurista culto —el que lee más que aquello que indispensablemente le exige la práctica— puede encontrar en estas páginas innumerables sugerencias.

Se inicia con un planteamiento de lo que supone el sacro imperio romano germánico en los últimos siglos de su historia. ¿Un monstruo sin vida, como quiere PUFENDORF, o una realidad a través de la dieta y del tribunal imperial? Su exposición se centra en ciertas ideas de sacralidad y jerarquía, de organización de estamentos. En definitiva, un ámbito de vigencia del Derecho romano o del Derecho común, reinterpretado por el *usus modernus pandectarum* —LEYSER—, que se había recogido en los códigos ilustrados. Un sinnúmero de estados dominados por los príncipes. La Ilustración y el Derecho natural racionalista sembraron dudas acerca del sentido del Imperio. Impulsó el principio de igualdad legal —acuñado definitivamente con la Revolución francesa—, que iba a ser concepto central de una nueva época. Este principio se insertó en niveles públicos con las pretensiones de una representación igual en la política o el principio de legalidad penal; con la aparición de una *parte general* en el Derecho civil, a niveles privados, o la fundamentación de las sentencias en procesal... Incluso en el Derecho tributario, con la proporcionalidad y la desaparición de privilegios o exenciones. La emancipación de los judíos o su igualdad, decretada a partir de 1812 en Prusia; grandes juristas alemanes pertenecieron a esta minoría en el pasado siglo, por ejemplo, STAHL o LABAND. El autor de estas páginas entronca en el principio de igualdad las nuevas ideas, revolucionarias en el campo jurídico —para él, la libertad es difícil de entender e imprecisa, aunque surge con claridad en el 1848.

Alemania fue un país en donde la revolución liberal fue lenta, tardía, limitada en sus consecuencias. En las guerras contra Napoleón surge un potente nacionalismo, que no cuaja en una revolución decidida. El romanticismo exalta a la nación y al pueblo, pero sin las secuelas que estas ideas habían de producir en Francia o en España. La gran polémica acerca de la introducción del nuevo Derecho francés —que había estado vigente en algunos territorios y lo seguiría estando— o la conservación del Derecho romano llenan el mundo jurídico del inicio del siglo XIX. El reino de Westfalia napoleónico mostraba pautas y caminos que sólo en muy ínfimo grado se transmitieron a la nueva Alemania del XIX. La polémica surge con los nombres de KARL SALOMO ZACHARIAE VON LINGENTHAL o JOHANN ANTON LUDWIG SEIDENSTICKER, con el barón HEINRICH VON GAGERN y, sobre todo, con los de ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIEBAUT y FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. El fondo de la cuestión era, sin duda, la pugna entre revolución y restauración. «Lo que SAVIGNY había querido propiamente en su lucha contra el código nacional era el restablecimiento de las situaciones legales prerrevolucionarias en Alemania, las consecuencias de la Revolución francesa en el ámbito del Derecho» (pág. 99). Sobre el viejo Derecho común, en Alemania habían entrado en vigor las codificaciones prusiana y austríaca, así como el Código Napoleón; el aplazamiento de cerca de un siglo de la unificación significó asimismo el triunfo de la restauración en materia civil... La revolución sólo alcanzó a ser reforma, que, según HATTENHAUER, es una modificación a cambio de indemnización, a diferencia del cambio revolucionario. Más bien, creo que la reforma se carac-

teriza porque no cambia esencialmente las relaciones de poder, sino tan sólo las suaviza o actualiza, conservando el sistema, a diferencia de los movimientos revolucionarios. El edicto de 9 de octubre de 1807 liberó a los campesinos, desgajándolos de su adscripción a la tierra; asimismo autorizó para ostentar la titularidad de bienes inmuebles de todo tipo a cualesquiera personas, de modo que los nobles pudieron adquirir bienes de todas clases, no sólo señoriales, y los burgueses y campesinos pudieron lograr la posesión de fincas rústicas y urbanas y pasar de la clase campesina a la burguesa, y de ésta a aquélla. Al no variar el sistema de fuerzas sociales, la nobleza adquirió todavía mayor número de propiedades, eliminando buena parte del campesinado libre, sobre todo en la margen oriental del Elba. El edicto de regularización de 14 de septiembre de 1811 impuso, para la liberación de los campesinos, que éstos cediesen a los señores un tercio o la mitad de las tierras, ya que, aunque se previó la posibilidad, no disponían de dinero para redimirse. Todavía el edicto de 28 de mayo de 1816 —tras la restauración— anulaba el anterior de 1811, limitando a los pequeños campesinos que no tuviesen una yunta, la posibilidad de regularizar su situación, y no hacía forzosa la regularización contra la voluntad de los señores. Las relaciones enfiteúticas se interpretaron como arrendamientos y se destruyeron las relaciones feudoseñoriales mediante la apropiación de la tierra por los señores, que, además, mantuvieron sus jurisdicciones... Otras reformas municipales, en la universidad o el ejército o en la administración, tampoco significaron un profundo cambio.

Su análisis de la restauración es penetrante. Suponía una reestructuración política de Alemania a través de la confederación germánica, regulada por el acta federal de 1815 y el acta final de Viena de 1820. Sus diversos niveles aparecen bien entrelazados: desde la legislación federal, que tiende a vigilar las universidades y la prensa, a evitar los movimientos revolucionarios, hasta el proceso constitucional en los diversos Estados, unos más liberales, otros —los poderosos de Austria y Prusia— anclados en el absolutismo más esencial. Las cuestiones de la venta de bienes públicos, que se anulan, o de los funcionarios como personas dependientes de los príncipes, enriquecen este sector, junto a un excursus sobre SAVIGNY y su época ministerial y mayores detalles sobre su obra. En éste, como en otros lugares, la narración de HATTENHAUER es fluida, sin rigideces de sistemática, lo que —a mi parecer— hace de estas páginas un texto sugerente, con multitud de perspectivas: en una palabra, un texto abierto.

En el apartado que titula *El ciudadano y su derecho* plantea los momentos de cambio en Alemania. La burguesía de comerciantes va logrando su fuerza —frente a la nobleza— y quiere alcanzar la libertad civil. En Frankfurt, en 1848, surge un movimiento reflejo de los acontecimientos europeos; se aprueba una Constitución en 1849, que aunque no entraría en vigor es modelo de las posteriores y, sobre todo, consagra, en el terreno de las ideas, un Estado nuevo y unos derechos fundamentales. La Constitución de Prusia de 1850, aunque otorgada e incluso menospreciada por los monarcas, supone cierto avance en este cambio. Paulatinamente, se logra una independencia judicial, y si los derechos —que estaban en la Constitución de Frankfurt— de tipo político no son demasiados, el Código Civil podría consagrar una libertad civil.

Después dos capítulos que complementan la visión de aquella época: la sociedad industrial y las valoraciones de los juristas. Dos temas dispa-

res, sin duda alguna, que se yuxtaponen con toda naturalidad para ir integrando una visión sin limitaciones, dentro de la idea central que del Derecho, como fenómeno cultural, requiere su contexto. «La creencia en un Derecho autónomo está actualmente extinguida» (pág. 78). «El Derecho no es autónomo. Es un ámbito parcial dentro del contexto, más amplio, de un área cultural y no puede comprenderse sin los demás elementos integrantes de ésta... La historia del Derecho en una cultura depende de su historia, de su entorno, su economía, su filosofía y teología, su literatura y arte. Esta es la consideración fundamental que MONTESQUIEU había ya aportado al siglo XVIII» (pág. 199). Otra cosa será la manera particular como se conciba esa integración; en todo caso, lo que es evidente en este libro es que no se conforma con posturas «juridicistas» o con limitaciones positivistas. Y propugna una narración abierta a muy diferentes sectores. La sociedad alemana vivía la pobreza que desencadenó la revolución, con la proletarianización y el desamparo en que se hallaron campesinos y obreros hasta las primeras leyes laborales o la intervención del Estado —así, Prusia en la minería—. Los ferrocarriles, la gran obra del momento, fueron contruidos por sociedades privadas, pero controladas por el Estado, por las concesiones. En su misión de vigilancia, el poder apenas se preocupó de los obreros que construyeron los tendidos; un carnet de trabajo servía más que nada para su control, y sus salarios se dejaron al juego de mercado. Los gremios todavía se mantuvieron, hasta que se rompen sus últimos vestigios en 1869, por el Código industrial de la Confederación de Alemania del Norte; se sustituyen, en cierto modo, por cooperativas privadas, que tan amplio desarrollo tuvieron en Alemania. La legislación obrera —el contrato de trabajo— daba lugar en 1902 a la primera obra de Derecho laboral, de PHILIPP LOTMAR. Junto a estas realidades, los juristas se plantearon el sentido y fundamento del Derecho, cuando las viejas bases cristianas o iusracionalistas empiezan a fallar. Se buscó en la nación y en el espíritu del pueblo, que conducía al Derecho romano, según SAVIGNY, mientras en el liberal BESELER se buscaba el germanismo y el Derecho popular frente al Derecho de los juristas. Las cuestiones jurídicas hasta JHERING o MENER son expuestas en estas páginas...

El Imperio prusiano, creado por BISMARCK bajo la inspiración de la Prusia militar —con LABAND como máximo teórico de su Derecho constitucional—, constituye otro capítulo, que se completa con las leyes de la seguridad social. Pero he de terminar esta descripción del libro, por no hacerla demasiado extensa: continúa con sucesivos apartados sobre Weimar, la época nazi y el presente —tanto una como la otra Alemania—. Prefiero destinar mis últimas líneas a expresar con mayor detenimiento el sentido de este libro. Lo he calificado de abierto, en sentido de que no sigue un esquema rígido en sus desenvolvimientos, y centrado en temas jurídicos, abre su narración a diversos sectores para construir una visión amplia del Derecho. Su nervadura esencial se apoya en los cambios políticos y sociales de la Alemania de los dos siglos últimos. La legislación, pero, sobre todo, los juristas, son los protagonistas de sus esquemas: cosa no frecuente entre nosotros, que desconocemos nuestra doctrina. El Derecho como cultura, como cultura de los juristas, integrada en otros órdenes de pensamiento y también de la realidad: éste sería su enfoque —como era también, en parte, el de WIEACKER u otros—. A mi juicio, es un enriquecimiento de la historiografía jurídica, de que estamos faltos en España. Y, además, no olvida otros niveles de la realidad, como creo haber

dejado claro. No obstante, los juristas teóricos o prácticos, profesores, ministros o jueces, con ser importantes, no creo que puedan expresar, en el fondo, las realidades y mecanismos del Derecho; creo que, junto al pensamiento, hay que incidir en la aplicación del Derecho, en las condiciones sociales de cada época. No afirmo que no lo haga —repito que es un libro abierto—, pero las dosis en que lo hace no me parecen las adecuadas. El Derecho es un fenómeno cultural, desde luego, pero en su vida cotidiana es, además, un fenómeno social; no se mueve en el mundo de las ideas, sino de las realidades. Con esta ligerísima crítica termino mi valoración de este amplio manual, que, sin duda, nos permite entrar en la historia del Derecho alemán —en la historia de Alemania— con profundidad y comprendiendo sus complejidades...

MARIANO PESET

SOLANES, MIGUEL: *Las organizaciones de regantes en el Derecho y la Administración de algunos países de América latina*. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Edición en español, francés e inglés, 1981, un tomo de 101 págs.

La F.A.O., siglas con las que es más conocida la Organización para la Agricultura y la Alimentación de las Naciones Unidas, publica semestralmente una selección de leyes y reglamentaciones relativas al ámbito de la materia que le compete y que se hallan en vigor en los países que la integran, proporcionando con ello un valioso material de información y trabajo.

El número 24 de esta Colección Legislativa ha sido redactado y ordenado por MIGUEL SOLANES, del Instituto de Economía, Legislación y Administración del Agua de Mendoza. Recoge la normativa, no muy uniforme que digamos, de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Méjico, Perú y Venezuela, o sea, de los países más caracterizados de Hispanoamérica. La expresión «América latina» que emplea el libro en su título es bastante impropia y hemos de afirmar que nos repele: En América, sólo España y Portugal han sido verdaderas creadoras de pueblos; los otros latinos sólo han puesto allá bien pocas cosas y más bien malas, como la mafia, por mostrar algún ejemplo.

Resumiendo ya el contenido del libro, se empieza diciendo que el principio publicista en lo tocante a la propiedad de las aguas impera prácticamente en todas las naciones citadas, con excepción de Argentina y Venezuela, donde coexisten las aguas públicas y privadas.

Los usuarios de aguas para riego participan a diversos niveles de gobierno y a través de algunas estructuras administrativas, tales como definición de políticas hidráulicas, de terminación de planes y programas y desempeñando en forma directa o indirecta tareas de administración, reglamentación y jurisdicción.

La caracterización jurídica de los tipos de asociaciones de usuarios no es uniforme en las distintas legislaciones nacionales contempladas. No se define a veces en estas leyes si se trata de personas públicas o privadas,

e incluso a veces queda dudosa su personalidad jurídica y la capacidad correspondiente. Según los diversos países, estas asociaciones pueden existir de facto o por virtud de ley y su personalidad, si se les otorga, puede ser de Derecho público o de Derecho privado. Se les suele conferir carácter público cuando las aguas alcanzan la categoría de recurso crítico por su calidad o cantidad o son elemento fundamental para los programas de desarrollo estatal. Cuando el uso en la parte alta de una cuenca afecta a otros regantes aguas abajo, ha sido solucionado el problema por algunas legislaciones mediante la creación de asociaciones o entidades zonales reducidas, integradas a su vez en organismos de cuenca, región o distrito.

En cuanto a los modos de creación de estas entidades, pueden serlo de modo voluntario o por mandato legal. Lo normal es que la cualidad de usuario del agua conlleve automáticamente la de miembro de estas asociaciones de regantes, de tal modo que no se permite la salida voluntaria de la entidad si a la vez no se renuncia a la cualidad de usuario del riego. Pueden estar compuestas por personas físicas y jurídicas, y por regantes particulares y representantes del Estado u organismos oficiales; a veces, se exige un número mínimo de usuarios y una determinada extensión regada para conformar una asociación nueva.

Respecto a la competencia territorial, la actuación sobre el recurso hidráulico plantea el problema de si es posible determinar con exactitud las áreas de dicha competencia. A una menor extensión del área controlada corresponde una mayor cohesión de la entidad colectiva de usuarios. Del repaso de las legislaciones hispanoamericanas concluye el autor que se siguen dos procedimientos posibles, bien sea la determinación discrecional de un área de influencia, bien sea un sistema flexible de extenderla hasta el punto límite de la comunidad de intereses.

Por regla general, las características esenciales de cada entidad de regantes se determinan dentro del marco de una ley básica. Sobre estas directrices principales, se articula una más detallada regulación de los distintos órganos de decisión o administrativos mediante los cuales funcionan las asociaciones o corporaciones de usuarios. El voto de los componentes se ha determinado tradicionalmente sobre la base de los intereses de cada miembro, en razón de los beneficios que éste percibe, regulados por el número de hectáreas regadas o por los volúmenes de agua que se reciben.

Estas asociaciones han de gozar, naturalmente, de las facultades precisas para conseguir sus objetivos, y para ello necesitan de unos poderes cuyo tipo y alcance varían en cada uno de los países que se estudian. Mientras en unos pueden incluso dictar sus propias regulaciones y ejecutarlas, en otros sus funciones se limitan a la consulta o a la simple asistencia a las autoridades centrales, que son las realmente ejecutivas.

Es normal que a estas entidades de regantes se otorguen facultades punitivas menores, pudiendo denunciar las infracciones cometidas en materia de aguas, con posibilidad aneja de sancionar debidamente las faltas leves que afecten a la materia.

Su régimen financiero puede basarse en las contribuciones de los miembros que la integran o en aportaciones y subsidios del Estado. La modalidad más frecuente es la carga sobre el usuario, según el interés de éste en la asociación, representado por sus derechos sobre el agua. A veces, se puede recurrir al crédito público o privado, aunque con el obligado reembolso.

Punto en el que coinciden todas las legislaciones hispanoamericanas es el cuidado de los respectivos Estados de reservarse el control sobre estas entidades de usuarios, dada su importancia en la cadena de órganos de la Administración hidrológica. La fiscalización se manifiesta principalmente en la facultad de dictar normas básicas estructurando esas corporaciones de regantes. Igualmente, se suele controlar la constitución de los órganos, sus cuentas, los planes de obras y servicios y, por último, el Estado se reserva la facultad de intervenir cuando lleven a cabo su gestión de forma deficiente. Un caso especial de control se da cuando las decisiones de las entidades afecten a intereses particulares de terceros, pudiendo entonces ser revisadas por la autoridad superior competente.

Siguiendo la sistemática vista, el autor expone en cada uno de sus apartados las leyes y normas singulares de aplicación en los distintos países contemplados, con lo que escueta, pero claramente, se hace un estudio comparado bastante completo, que puede resultar útil para quienes tengan interés en el tema.

Como final, el autor hace una síntesis de cada apartado, con la conclusión correspondiente y las sugerencias que considera aceptables para dar solución a los problemas planteados. Hay también una extensa lista de citas bibliográficas y una remisión a los preceptos legales que antes se han resumido.

La publicación tiene el mismo formato que las ordinarias en la F.A.O. y se caracteriza por su finalidad puramente práctica. Aunque no contenga demasiada doctrina ni apenas comentarios, supone una apreciable ayuda para mejor conocer la normativa de Hispanoamérica en materia de aguas. Ahora que tanto se habla de reformar la vieja Ley de Aguas española, quizá pudiera extraerse algún dato de este folleto.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

WILHELM, WALTER: *La metodología jurídica en el siglo XX*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, 147 págs.

La actividad doctrinal de la escuela histórica y, en general, de los juristas alemanes del siglo XIX es muy importante para comprender el presente. El jurista actual vive inmerso en el positivismo, que deriva de la escuela de la exégesis francesa, pero en especial de la doctrina pandectística alemana. Por esta razón, los estudios históricos acerca de SAVIGNY y sus sucesores poseen un indudable interés. La obra de WALTER WILHELM es extraordinariamente penetrante sobre el significado de aquella «revolución» doctrinal, como también las de M. FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milán, 1979, o P. VON OERTZEN: *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt del Main, 1974.

Se centran las primeras páginas en SAVIGNY y PUCHTA, en primer término, para pasar después a analizar el método de GERBER y de JHERING. Son, sin duda, quienes realizaron mayores aportaciones teóricas al método, que tan amplio desarrollo tendría en Alemania, hasta desembocar

en el Derecho privado, en la obra de WINSCHIED, y en el Código Civil alemán de 1896. Los presupuestos de que parten son analizados con rigor, sobre todo son puestos en relación con las situaciones reales —políticas y sociales— de la época y con el efectivo desarrollo que hicieron de sus ideas metodológicas. Porque una cosa son las ideas acerca del método; otra, cómo se desenvuelven en el tratamiento de los problemas jurídicos, y, por fin, una tercera, las condiciones en que han sido formuladas. Estos tres niveles son abordados en estas páginas...

SAVIGNY, el gran jurista alemán de comienzos de la década anterior, es el gran impulsor de la escuela histórica, que busca desarrollar el Derecho alemán con fuertes contenidos históricos, en contacto con el *Volksgeist* o espíritu del pueblo. Participa en una dura polémica con THIBAUT, con denodada oposición a la codificación, que significaba renovar el Derecho privado en Alemania; THIBAUT significaría más los deseos de las clases burguesas para un cambio jurídico; «rechazaba la justificación del Derecho en bases históricas y exigía una forma jurídica general que siguiese sólo los dictámenes de la razón y las necesidades del presente; hablaba con esto en interés jurídico-político de la burguesía liberal» (páginas 65-66).

SAVIGNY se manifiesta como una dirección enraizada en la historia del pueblo y establece su doctrina metódica desde esa perspectiva: la conexión con la historia y la sistemática aseguran la perfección de las instituciones o conjuntos de normas. El estudio histórico de una materia permite conocerla de modo evolutivo, pero a un tiempo extraer los principios dogmáticos y actuales de la misma. SAVIGNY cultivó la historia del Derecho romano; sin embargo, sus aportaciones no guardan relación con su labor doctrinal. No obstante, formuló una visión dogmática o sistemática en el *System*, que sirvió de base, junto con PUCHTA, a toda la pandectística posterior. Esta es la contradicción de su obra: la historia era la legitimación de un inmovilismo en el campo del Derecho. Por otro lado, el espíritu del pueblo, tan difícil de aprehender, se consideraba logrado en la ciencia jurídica, en los juristas que eran capaces de conectar con esas aspiraciones vagas del *Volksgeist*... Todas estas cosas las describe y explica el autor con cuidado, así como las líneas generales de la metodología de SAVIGNY: las instituciones, las reglas jurídicas, los principios... Son conceptos que seguimos utilizando los juristas actuales y conviene volver a las fuentes para saber exactamente qué decimos en cada momento.

En PUCHTA, los planteamientos históricos van quedando en lontananza. Importa construir los conceptos de la nueva dogmática y dar vida a una forma de discurrir sobre el Derecho, basada en la lógica de esos conceptos. La sistematización del Derecho logra un campo autónomo desde donde resolver las cuestiones, sin necesidad de una elaboración histórica ni de tener en cuenta las relaciones sociales o de hecho en que ha sido creado. El Derecho científico o la ciencia del Derecho va adquiriendo los tonos y enfoques de un positivismo jurídico, que se considera capaz de extraer las máximas y reglas del juego conceptual, de la deducción lógica; las instituciones poseen una fuerza vital, capaz de producir unas soluciones jurídicas...

La obra que comento no continúa el análisis de esta línea en los grandes iusprivatistas alemanes —DERNBURG o WINSCHIED—, que desarrollan estas ideas en su obra. Se vuelca, más bien, hacia el introductor de estas posiciones en el Derecho privado alemán, FRIEDRICH VON GERBER, y el

romanista RUDOLF VON JHERING —sin duda, de mayor interés en sus aportaciones metodológicas—. El Derecho alemán era fruto de diferentes momentos históricos y, por tanto, requería de la historia para ser comprendido, pero GERBER aplica las nuevas ideas. En el campo romanista se había logrado la transformación del Derecho romano en un sistema; según GERBER, SAVIGNY y PUCHTA habían logrado ofrecer una reproducción del Derecho extranjero presentándolo como un Derecho alemán nuevo. Su labor en el campo del germanismo se basa en la idea de que aquel Derecho, nacido de condiciones dadas, había ido logrando independizarse de ellas, creando unas formas capaces de dominar las situaciones o realidades de hecho. Su tarea —explicada por WILHELM— fue elaborar dogmáticamente aquel viejo Derecho. En el Derecho público —a que se destina el capítulo IV— introdujo análogo método en donde la dogmática rechazaba la filosofía, la historia y la política: construía sobre los derechos públicos subjetivos, instituciones, conceptos... Sus elaboraciones conducían a una legitimación de las instituciones públicas alemanas, que después, a partir de la unificación de 1870 del *II Reich*, lograría decisivos desarrollos por otros juristas —LABAND el más importante.

JHERING, que en cierta manera inició posiciones críticas frente a estas direcciones, se entronca con ellas. Para él, la jurisprudencia o doctrina científica describe primero las reglas jurídicas, y después alcanza su análisis «superior» en las instituciones, que pueden ser estudiadas desde un enfoque histórico-natural; en este nivel era creativa, desarrollaba el Derecho... Más adelante, cuando empieza a abandonar estas posiciones, dará paso a nuevas formulaciones jurídicas, a la jurisprudencia de intereses... En todo caso, interesa señalar que los análisis de WALTER WILHELM están conectados con las realidades del tiempo (véase págs. 114-118). Teorías y situación se explican mutuamente y permiten una ruptura con positivismos ingenuos o visiones excesivamente ideológicas. Es lástima que la traducción española sea deficiente, porque hace su lectura más difícil, a veces oscura —las erratas son numerosas—; en todo caso, el libro es del mayor interés...

MARIANO PESET

