

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVII ○ Noviembre - Diciembre 1981 ○ Núm. 547

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

- D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
- D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
- D. José Poveda Murcia.
- D. Pío Cabanillas Gallas.
- D. Antonio de Leyva y Andía.
- D. José Luis Lacruz Berdejo.
- D. Juan Vallet de Goytisolo.
- D. Ginés Cánovas Coutiño.
- D. Aurelio Menéndez Menéndez.
- D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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:

- «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil»,
por PEDRO ÁVILA ALVAREZ 1373
- «La nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbani-
stática», por CAYETANO UTRERA RAVASSA 1407
- «¿A qué inventario y a qué citación se refiere el párrafo segundo del
artículo 1.057 del Código Civil? ¿En qué medida es aplicable a Cata-
luña?», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 1441

NOTAS:

- «La reorganización del Registro (Ideas registrales de Joaquín Costa)»,
por ANTONIO PAU PEDRÓN 1521

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del
Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETE-
RO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y JOSÉ MANUEL GAR-
CÍA GARCÍA 1531
- II. Sentencias del Tribunal Supremo:
1. Jurisprudencia civil, por JUAN DE MOLINA JUYOL, FRANCISCO
JOSÉ FLORÁN FAZIO, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRAN-
CISCO CASTRO LUCINI 1571
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS. 1608
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON-
ZÁLEZ SALINAS 1610

LIBROS:

- «Tributación eclesiástica», de S. COLMENAR VALDÉS y L. STAMPA SÁN-
CHEZ, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 1627

	<i>Págs.</i>
«A Agricultura latifundiaria na Península Ibérica», de FUNDAÇÃO CA- LOUSTE GULBENKIAN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1630
«Cooperative di Produzione e agricultura di gruppo», del INSTITUTO NACIONALE DE SOCIOLOGIA RURALE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.	1637
«Il Registro delle Imprese», del CONSIGLIO NACIONALE DEL NOTARIATO, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1645

REVISTAS

II. Noticia de Revistas	1653
--------------------------------	------

ESTUDIOS

[illegible]

El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil*

S I N O P S I S

I. INTRODUCCION

II. BREVE REFERENCIA A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

A) Algunos problemas:

- a) *Contenido.*
- b) *Modificación.*
- c) *Ineficacia.*

B) La forma.

C) Aspectos registrales.

III. PROBLEMAS COMUNES

A) La disposición de la vivienda habitual de la familia.

B) Los actos a título gratuito:

- a) *Regla*
- b) *Ambito.*

C) La confesión de privatividad.

- a) *Contenido.*
- b) *Efectos:*
 - a') En cuanto a terceros.
 - b') En cuanto a los herederos voluntarios.
 - c') En cuanto a los herederos forzosos.
 - d') En cuanto a los acreedores.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A) Disposiciones generales.

B) La administración:

- a) *Ambigüedad legal.*
- b) *Atribución.*

(*) Conferencia de don PEDRO AVILA ALVAREZ (24 de noviembre de 1981) en el Centro Europeo de Seminarios, Estudios y Conferencias (CESEC) de Madrid.

- C) La disposición. El consentimiento del «otro cónyuge»:
 - a) *El consentimiento previo.*
 - b) *El consentimiento general.*
 - c) *El consentimiento «concebido en términos generales».*
- D) La adquisición.
- E) El cobro de créditos.

V. EL NUEVO REGIMEN DE PARTICIPACION Y SU POSIBLE INFLUENCIA EN EL TRAFICO

VI. LA SEPARACION DE BIENES. SU REPERCUSION REGISTRAL

I. INTRODUCCION

La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de 19 de mayo último de la Ley de 13 del mismo mes es la causa de que nos encontremos ahora reunidos, no para que yo enseñe, sino para que juntos pensemos sobre el alcance y trascendencia de la citada Ley, en la parte referente al régimen económico matrimonial.

Doy por conocidos los conceptos generales sobre los distintos regímenes matrimoniales para que nos limitemos a considerar las modificaciones introducidas. Pero como el tiempo de que disponemos es escaso, no podremos ocuparnos de todas ni podremos hacerlo profundamente (o «en profundidad»). Por otro lado, mi no sé si formación o deformación profesional, me inclinaré a considerar preferentemente lo que pueda afectar más directamente al tráfico de inmuebles.

Y apenas es necesario indicar que lo que yo diga, lo diré a título de ensayo, con posibilidad de rectificación ante opinión mejor fundada, y sin dogmatismo alguno, que sería impertinente: por la persona que os habla, un modesto estudioso del Derecho, a quien —diría parodiando a TERCENCIO— nada de lo jurídico le es ajeno, y por la materia de que os habla, la reforma del Código Civil, virgen todavía, no hollada por la doctrina ni la jurisprudencia.

* * *

Si quisiéramos señalar los hitos principales de la reforma introducida en el Código Civil por la Ley citada, en el tema que nos ocupa, tendríamos que fijarnos en estos tres:

1) La libertad de contratación entre cónyuges, como consecuencia de la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

2) La administración conjunta de los bienes gananciales, como consecuencia de las tendencias igualitarias de ambos sexos (aunque éstas también aprobarían una administración solidaria).

3) La introducción del régimen de participación, como consecuencia de la inadecuación del régimen de gananciales a concepciones, a mi juicio equivocadas, sobre la familia y el matrimonio.

Tengamos en cuenta estos tres hitos para lo que vamos a decir.

II. BREVE REFERENCIA A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

A) Algunos problemas

Aquí quiero tratar solamente de tres puntos conflictivos, referentes al contenido de las capitulaciones, a su modificación y a la ineficacia especial de ellas por la no celebración del matrimonio proyectado.

a) *Contenido*

Según el artículo 1.328: «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o *limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge*».

¿Es contraria a la igualdad de derechos la atribución de la administración a uno solo de los cónyuges en los distintos regímenes?

Claro que en los regímenes de separación o de participación, todos los bienes son privativos y entonces no podría atribuirse, por ejemplo, la administración de los bienes de la mujer al marido, pero no porque no estando a la recíproca el pacto sería limitativo de la igualdad, sino porque el marido sólo podría actuar en representación de la mujer, y esta representación no puede concederse irrevocablemente, ya que está basada en la confianza y ésta puede desaparecer. Sería más que contrario a la igualdad, contrario a la moral, que un cónyuge tuviera que estar y pasar por una administración irregular de sus bienes por el otro cónyuge.

Lo mismo puede decirse respecto a los bienes privativos en la sociedad de gananciales, cuya administración corresponde al respectivo cónyuge propietario. Pero respecto a los bienes comunes surge el problema que parece que habrá que resolver en el sentido de la posibilidad de

atribuir a un solo cónyuge la administración (incluyendo en ella la disposición), por las siguientes razones:

1.^a Porque no repugna a la razón que en una sociedad se instituya una dirección única.

2.^a Porque no se sabe hasta qué punto puede hablarse de que con tal atribución se contradice la igualdad de derechos y si no sería más acertado decir que se va contra la igualdad de obligaciones.

3.^a Porque con ese criterio restrictivo habría que prohibir las donaciones de un cónyuge a otro e incluso los contratos onerosos entre cónyuges, a menos que se demostrara la exacta equivalencia de las prestaciones.

4.^a Porque la regla (del art. 1.375 del Código Civil) de administración conjunta de los bienes gananciales por ambos cónyuges admite pacto en contrario en capitulaciones matrimoniales, es decir, que dicho artículo permite la atribución de aquélla a un solo cónyuge.

b) *Modificación*

Uno de los requisitos para que sea válida «la modificación de las capitulaciones» es que se realice «con la asistencia y concurso de las personas» que en ellas intervinieron como otorgantes si vivieren, y «*la modificación* afectare a derechos concedidos por tales personas».

El problema que hay que resolver aquí es si la palabra modificación ha de traducirse por «capitulación matrimonial modificativa» o por «estipulación modificativa contenida en una nueva capitulación matrimonial», porque con el primer significado, la nulidad por la falta de asistencia y concurso de los terceros (es decir, los otorgantes distintos de los esposos) otorgantes de la primera capitulación, se extenderá a todo el nuevo otorgamiento, aunque sólo uno de sus pactos afectase a derechos concedidos por esos terceros; en cambio, con la segunda traducción, la nulidad o validez habrá que estudiarla cláusula por cláusula para rechazar por nulas solamente las que afecten a dichos derechos.

Me inclino por esta segunda solución porque no se ve el interés de esos terceros en que se declare la nulidad total de la capitulación, cuando su voluntad queda respetada con la nulidad parcial, es decir, con la no validez del pacto que afecte a los derechos concedidos por ellos. Aparte de que el criterio riguroso de nulidad total podría burlarse fácilmente sin más que incluir en otra escritura distinta las cláusulas no afectantes a los repetidos derechos.

c) *Ineficacia*

«Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales —dice el artículo 1.334— bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.»

Dada la referencia del artículo a lo que se estipule «bajo el supuesto de futuro matrimonio» habrá que entender que la ineficacia no se producirá respecto a aquellos pactos que expresamente estén no subordinados a la celebración de aquél, sino únicamente a los que estén necesaria o expresamente subordinados, así como a los que según la interpretación de las capitulaciones resulte que se hayan implícitamente subordinado a tal celebración.

Si aun después de transcurrido el plazo, el matrimonio llega a contraerse (vgr., a los trece meses de otorgadas las capitulaciones), el matrimonio se registrará por el régimen de la sociedad de gananciales, y si con posterioridad los cónyuges deciden «revitalizar» aquellas capitulaciones, habrán de proceder a la liquidación de aquella breve sociedad.

¿Y qué suerte correrán los asientos que hayan podido practicarse en el Registro de la Propiedad recogiendo los actos contenidos en las capitulaciones que devienen ineficaces? No tenemos ninguna norma hoy que autorice la cancelación de tales asientos si no es con el consentimiento de todos los interesados; pero es de suponer que en futuras reformas de las normas hipotecarias se permita la cancelación a solicitud de una sola parte, si bien deberá exigirse, creemos, un requerimiento (después del año) a los demás interesados, así como el transcurso de otro breve plazo desde el requerimiento para que los demás puedan oponerse a la cancelación presentando vgr. el certificado que acredite la celebración del matrimonio dentro de plazo.

B) **La forma**

Está claro que las capitulaciones han de constar en escritura pública en todo caso, sin la antigua, y creo que desusada, excepción del artículo 1.324, antiguo, hoy derogada.

En cambio, la regulación del aspecto formal de las modificaciones (que también han de constar en escritura pública en todo caso) no es precisamente un modelo de claridad: «La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones —dice el artículo 1.332— se indicará

mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida».

Pues bien. Este precepto plantea, entre otros, estos problemas:

1.º ¿Qué es lo que hay que indicar? No será ciertamente el hecho de «la existencia de pactos modificativos», como dice el artículo, sino el hecho del otorgamiento de dichos pactos y las circunstancias que permitan «localizarlos» (Notario autorizante, fecha, población, etc.).

2.º ¿Qué es lo que ha de hacerse constar en las copias? A pesar del empleo del pronombre neutro «lo» (y nunca mejor dicho lo de «neutro») por el artículo que comentamos, lo que el Notario deberá hacer es transcribir en las copias la nota que habrá puesto en la matriz con los datos indicados antes.

3.º ¿A qué copias se refiere? ¿A las de la modificación o a las de la escritura modificada? Como lo primero no tiene sentido, hay que entender que la nota se extenderá en la matriz de la primitiva escritura y se transcribirá en las copias que posteriormente se expidan de ella, con lo cual no se sabe si el legislador conseguirá su finalidad, puesto que en las ya expedidas no aparecerá para nada la modificación.

En resumen, que, a mi juicio, el artículo habrá que entenderlo como si dijera: «el otorgamiento de pactos modificativos de las capitulaciones matrimoniales se hará constar por nota en la matriz de la escritura que las contenga, y el Notario transcribirá dicha nota en las copias que en lo sucesivo expida de dicha escritura».

C) Aspectos registrales

En relación con el Registro de la Propiedad, los artículos del Código Civil referentes a las capitulaciones matrimoniales solamente contienen esta breve indicación: «Si aquéllas o éstos (los pactos, resoluciones y hechos modificativos) afectaran a bienes inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria» (art. 1.333).

A la vista de este precepto hay que preguntar ¿cuándo y cuánto se inscribe del contenido de las capitulaciones matrimoniales? Porque el precepto es demasiado amplio y demasiado escaso... «Cuando afectaran a bienes inmuebles». Pero si los cónyuges o futuros cónyuges carecen de bienes de momento y pactan un régimen de comunidad de inmuebles, las capitulaciones afectarán a bienes de esta clase y, sin embargo, no

serán inscribibles. Y esto mismo puede ocurrir aunque aquéllos tengan bienes inscritos a su nombre. Porque lo que se inscribe (y con esto contestamos al «cuánto») no son ciertamente las capitulaciones matrimoniales, sino únicamente aquellos actos que contengan de los a que se refieren los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º de su Reglamento, relativos a bienes inmuebles o derechos reales concretos y determinados, es decir, el contenido propiamente capitular, el establecimiento de un régimen económico matrimonial concreto, raras veces habrá que hacerlo constar en los inmuebles ya inscritos.

No se ocupa el Código, porque no es misión suya, de que en la inscripción de actos referentes a bienes comunes de los cónyuges o privativos de cualquiera de ellos, se haga constar el régimen económico-matrimonial pactado, al menos cuando no sea el supletorio de la sociedad de gananciales, con referencia a las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones. Quizá tampoco sea necesario regularlo, pero sí lo es indicar que de las estipulaciones contenidas en aquéllas sólo será preciso mencionar las que modifiquen las facultades del dominio o titularidad del bien inmueble o derecho real de que se trate, y eso siempre que no constaren ya en anterior inscripción de la finca.

¿Será necesario acreditar ante el Registro la vigencia de las capitulaciones en cuya virtud se actúe? Creemos que en los actos de disposición de bienes inscritos y de cuya inscripción podrá deducirse, por su silencio o por su consignación expresa, el régimen matrimonial aplicable, bastará consultar el Registro y tener en cuenta la modificación que en su caso representen las capitulaciones respecto al régimen allí proclamado, aunque no sean las últimas. Tratándose de actos de adquisición, como el Registro no dirá nada respecto al régimen matrimonial del adquirente, si el cónyuge que comparece solo declara estar vigente el de la sociedad de gananciales, no necesitará probar su vigencia, porque si el régimen vigente fuera el de separación o el de participación, él sería el primer interesado en demostrar esa vigencia. Pero si tal cónyuge declara que adquiere en régimen de separación o de participación, habrá de presentar las capitulaciones y acreditar su efectividad en el momento de la adquisición.

III. PROBLEMAS COMUNES

Antes de abordar los problemas de cada uno de los regímenes matrimoniales regulados por el Código, quiero referirme a otros que pueden darse en más de un régimen matrimonial, a saber: la disposición de la vivienda habitual de la familia, los actos realizados por los cónyuges a título gratuito y la confesión por un cónyuge respecto a la pertenencia de un determinado bien.

A) La disposición de la vivienda habitual de la familia

Regula esta materia, como sabéis, el artículo 1.320, introducido en el Código Civil por la reforma que nos ocupa y sin antecedentes en nuestro Derecho patrio.

La doctrina que se deduce de la combinación de los dos párrafos de este artículo, la concreto así (refiriéndome al inmueble):

En caso de disposición de un piso o edificio privativo de un cónyuge, que pueda servir de vivienda o morada, habrá de manifestar el disponente que aquéllos no constituyen la vivienda habitual de la familia; y si, por serlo, no pudiera hacer tal manifestación, será preciso para el acto de disposición el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial.

Sentada esta doctrina (aplicable, por cierto, en toda clase de regímenes matrimoniales) hay que resolver estos dos problemas: 1.º ¿Qué significa la expresión legal «disponer de los derechos sobre la vivienda habitual»? 2.º ¿Qué es vivienda familiar habitual?

Para mí, en virtud de la expresión legal dicha, entran en los actos de disposición los siguientes:

- La transmisión por cualquier título oneroso o lucrativo de la propiedad del piso o edificio, aun con reserva del derecho de arrendamiento, puesto que con éste la posición de los ocupantes (familia) sería más débil que antes de la transmisión.
- La transmisión de la nuda propiedad, aun reservándose el disponente el usufructo, porque tal transmisión, o mejor, la inevitable extinción del usufructo, impediría la adjudicación de la vivienda al otro cónyuge si es el superviviente, conforme al número 4.º del artículo 1.406 del Código Civil.

- La constitución de una hipoteca, porque implica una enajenación en potencia, o la de un derecho real de goce, como una servidumbre de paso, que dificultaría o perjudicaría el uso normal de la vivienda.

En cuanto al segundo de los problemas dichos (¿qué es vivienda familiar habitual?), no será difícil precisar, a los efectos de exigir la declaración o manifestación dicha o el consentimiento conyugal, qué es vivienda, para excluir los solares, locales de negocio, fábricas, etc.; por su parte, el adjetivo «habitual» es bastante significativo para excluir de la norma que nos ocupa aquellas viviendas que la familia, sin abandonar su hogar o morada, ocupe temporalmente (segunda residencia). Pero puede suscitar dudas cuándo una vivienda deja de ser familiar. Veamos un supuesto:

Si el marido, por ejemplo, deja el domicilio conyugal, que es de su propiedad, y en el que sólo habita la mujer, por carecer de descendencia, ¿podrá hacer la manifestación de que no se trata de vivienda familiar o habrá que entender que la vivienda seguirá siendo hogar familiar mientras la habite cualquier familiar *strictu sensu* distinto de su propietario? Parece más aceptable esto segundo: el mismo artículo 96 (de nueva redacción), que trata de los efectos de la nulidad del matrimonio, separación y divorcio, atribuye el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden en esos casos de anormalidad del matrimonio, y establece que para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Ante todo esto concluimos: ¡Ay de los matrimonios cuyo único lazo de unión sea la unidad de vivienda! Más le valiera al cónyuge propietario cederla en arrendamiento y alquilar otra para hogar familiar. El inquilino puede llegar a ser amigo; el o la cónyuge puede llegar a ser enemigo, por lo que quizá sea preferible tener inquilino fuera que cónyuge dentro. Pero algo se suavizarán los inconvenientes con la posibilidad de autorización judicial.

B) Los actos de título gratuito

a) Regla

Nos referimos, claro está, a la disposición a título gratuito de bienes comunes, porque la de los privativos sólo tiene relevancia en el régimen de participación.

El Código Civil viene a establecer una separación tajante entre los actos a título oneroso y los actos a título gratuito. Así como, celebrados por un solo cónyuge, aquéllos son anulables por el artículo 1.322, 1, y, por tanto, susceptibles de confirmación, éstos son nulos de pleno derecho por quedar excluidos del párrafo uno citado. Pero es que, además, el artículo 1.378 exige para la validez que «concurra el consentimiento de ambos cónyuges», es decir, la actuación simultánea de ambos.

Yo entiendo que, en consecuencia, no es posible para estos actos ni el consentimiento previo de un cónyuge que venga a autorizar *a priori* el acto de liberalidad que «actúe» el otro ni el consentimiento *a posteriori* (o ratificación), porque cuando éste se diera vendría a actuar sobre un acto nulo, muerto, al que no podría vivificar. Tampoco creo que pueda valer un pacto en capitulaciones matrimoniales que habría de ser general: la sociedad de gananciales es una «sociedad» de ganancias y poco se gana con una donación.

¿Quiere esto decir que no hay medio de salvar para un acto a título gratuito las distancias geográficas o morales que puedan impedir la comparecencia simultánea de ambos cónyuges? No, porque siempre cabría la posibilidad de un poder especial, a menos que derogemos la regla *potest facere per alium quod potest facere per se ipsum*.

Y no nos escandalicemos por esta rigurosa conclusión. La misma Dirección General de los Registros y del Notariado, en 6 de octubre de 1966, a pesar de no existir entonces un artículo como el 1.378 citado, declaraba:

«Tales actos (a título gratuito de bienes inmuebles gananciales) habrán de ser realizados por ambos cónyuges, BIEN CONJUNTAMENTE —LO QUE SERIA LA FORMULA TECNICAMENTE MAS CORRECTA—, y que es la empleada en los (antiguos) artículos 1.343 y 1.409 del Código Civil, o bien incluso por uno de ellos con el consentimiento del otro —como alguna vez ha apuntado la jurisprudencia *para tratar de salvar el negocio*, dada la existencia clara de una plena conformidad del acto—, de modo que la no prestación del consentimiento por uno de los esposos acarrea la nulidad plena de la transmisión verificada.»

b) *Ambito*

Hay una excepción al principio antes dicho: las liberalidades de uso. Y esta excepción lo es no sólo a la regla de concurrencia, de mutuo acuerdo, de actuación doble, sino también a la regla de los dos consen-

timientos. Es decir, que para estas liberalidades basta el consentimiento de un cónyuge.

Lo que puede discutirse es si el principio de que se trata es aplicable solamente a la donación o lo es también a otras atribuciones patrimoniales que no entran dentro de su concepto, pero que también carecen de contraprestación, como la hipoteca por deuda ajena o la renuncia a un derecho ganancial (vgr., el retracto de colindantes o el de comuneros por razón de una finca o participación gananciales), o a otros actos gratuitos, como el préstamo sin interés o el comodato, en los que hay gratuidad, pero no donación. Mi opinión es que todos estos actos podrá realizarlos un cónyuge con consentimiento del otro, es decir, actuando uno solo con consentimiento previo, simultáneo o posterior del otro. En cambio, yo daría la solución contraria para las donaciones onerosas, que caerían, a mi juicio, en la órbita del artículo 1.378.

Queda, por último, determinar si, ya que no cabe en los actos a título gratuito la actuación de un solo cónyuge, supliendo el Juez el consentimiento del otro (como cabe en los actos a título oneroso), sería posible, en los casos de transferencia de la administración legal o judicialmente a un cónyuge, con arreglo a los artículos 1.387 y 1.388 (v. gr., casos de ausencia o de abandono de familia), que el cónyuge administrador obtuviese autorización judicial (que aquí no sería suplencia del consentimiento) para realizar la donación de un bien inmueble. Piénsese, para resolver, que el artículo 1.389 permite en esos casos excepcionales, los actos de disposición del cónyuge administrador con autorización judicial para ciertos bienes, y no distingue entre actos a título oneroso y actos a título gratuito, y que si se niega la posibilidad de la donación, puede impedirse, vgr., la colocación de un hijo que exija un fuerte desembolso, viniendo así a sumarse a una desgracia familiar, otra.

C) La confesión de privatividad

Con este epígrafe aludo al contenido del artículo 1.324, reformado, del Código Civil, que dice así: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

Antes de exponer nuestra inteligencia de este precepto ha de advertirse:

1.º Que se trata de resolver, en parte, la injusticia que se producía antes de atribuir carácter ganancial, por el artículo 1.407 del Código Civil, a bienes que en realidad tenían el carácter de privativos de uno de los cónyuges.

2.º Que se aplica a toda clase de regímenes, puesto que incluso en los regímenes de separación o de participación siempre hay bienes cuya propiedad no puede determinarse (alhajas, muebles, etc.).

3.º Que enerva, en parte, tratándose del régimen de la sociedad de gananciales, la presunción de ganancialidad del nuevo artículo 1.361, que ha venido a sustituir al artículo 1.407 antiguo, sin más cambio que la sustitución, con mejora del tecnicismo, de las palabras «se reputan» por las de «se presumen», y la expresión «todos los bienes del matrimonio» por la de «los bienes existentes en el matrimonio», con lo cual no sé si mejora la redacción, porque si inexacto era partir de que el matrimonio tiene bienes, inexacto es también que en el matrimonio existan bienes...

4.º Que la confesión no constituye título para la adquisición del dominio, como explicaré más adelante.

Sentado esto quiero poner las cartas boca arriba y anticipar que mi interpretación del artículo 1.324 me lleva a «leerlo» como si dijera así: «Si se duda a quién pertenece un bien poseído por los esposos, por no existir título de adquisición del mismo, podrá probarse la pertenencia exclusiva a uno de ellos por la confesión del otro; pero si bien éste y sus herederos voluntarios habrán de estar y pasar por tal confesión, ésta podrá ser desconocida por los herederos forzosos del confesante y por los acreedores».

A pesar de mi impericia, quizá logre aclarar esto a continuación, distinguiendo en la confesión que nos ocupa su contenido, sus efectos y sus consecuencias.

a) *Contenido*

El precepto lo concreta: que determinados bienes *son propios* del cónyuge del confesante, es decir, que ha habido un título material (careciéndose de título formal) por el que el otro cónyuge ha adquirido la propiedad del bien de que se trate.

Pero esta confesión no podrá hacerse cuando exista un título de propiedad de un cónyuge, que viniera a desmentir la confesión: Si un cónyuge ha adquirido por donación un inmueble, no puede confesar que es propiedad del otro cónyuge, porque esta confesión se desmentiría por

el título y la inscripción (en su caso) a favor del confesante; para destruir éstos (título e inscripción) habría que probar la existencia de otro título posterior por el que se transmitiera la propiedad al otro cónyuge (v. gr., una donación del cónyuge propietario al otro, una compraventa, etc.). La propiedad se adquiere —no es necesario recordarlo— «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», y la confesión no es ese contrato que se necesitaría para la adquisición por el otro cónyuge.

Esto quiere decir que el precepto que nos ocupa sólo puede aplicarse respecto a aquellos bienes, como los fungibles (entre ellos, el dinero), cuya conexión con el título de adquisición es tan difícil, o como los bienes muebles (mobiliario, alhajas, cuadros, etc.), en que no suele haber título, sino que viven al amparo del *possession vaut titre*, proclamado por el artículo 464 del Código Civil.

Entonces se dirá, ¿no cabe la confesión en materia de bienes inmuebles que no funcionan como fungibles, que tienen, por lo general, título e inscripción y que es donde se produce la mayor dificultad? Aquí quería yo venir a parar y mi contestación es: no cabe confesión respecto a un inmueble titulado como ganancial o como propio de un cónyuge, pero sí cabe respecto al dinero que se entregue como precio de la adquisición, porque este dinero es fungible y cabe la duda de a quién pertenece. Y una vez confesada su privatividad ésta arrastrará al inmueble por la subrogación que proclama el artículo 1.346, 3.º, del Código Civil.

Pero si en la adquisición del inmueble no se ha hecho la confesión de privatividad del precio y, en consecuencia, no se deduce aquella subrogación, cabrá hacer la subsanación de la escritura de compra (pongamos como ejemplo de contrato) correspondiente para incluir tal confesión y con ello obtener la rectificación de la inscripción que proclamaba la ganancialidad de la adquisición.

b) *Efectos de la confesión*

a') En cuanto a terceros

A primera vista, el artículo 1.324 puede dar la impresión de que se trata de una norma de liquidación de la sociedad conyugal, que solamente ha de tenerse en cuenta en dicha liquidación, pero no en el tráfico durante la vigencia del régimen ganancial. Así podría deducirse de la expresión «para probar entre cónyuges», con la cual parece que la confesión es indiferente para los terceros, los cuales si los bienes carecen de título o aparecen como gananciales, tienen que considerarlos con

este carácter por muchas que sean las protestas de un cónyuge de no tener arte ni parte en aquéllos.

Sin embargo, considero engañosa tal apariencia por lo siguiente:

1.º Si se tratara de una norma de liquidación estaría incluida entre los preceptos dedicados a la liquidación de la sociedad conyugal y no entre unas «disposiciones generales» aplicables a todos los regímenes.

2.º La expresión «probar entre cónyuges» no quiere limitar los efectos de la confesión, porque para esto está el final del precepto dedicado a determinar a quién no perjudicará la confesión, sino que lo que quiere es limitar el ámbito de aplicación, como si dijera «tratándose de cónyuges», para indicar las personas que pueden hacer la confesión.

3.º La prueba, según la expresión del Código, es de que determinados bienes *son* (presente de indicativo) propios de un cónyuge, es decir, lo son hoy y lo serán en lo sucesivo hasta su enajenación. Si se tratara de una norma que sólo hubiera que tener en cuenta al extinguirse la sociedad, no serviría para los bienes que se hubieran enajenado, a menos que se refiriera a los bienes que «habían sido» propios del cónyuge.

4.º Se trata de un reconocimiento de propiedad, de que los bienes son propios; pero el reconocimiento de una propiedad que no surta efectos *erga omnes* (con determinadas excepciones) sería una burla.

Por tanto, el cónyuge, digamos «confesado» es dueño contra terceros y a favor de terceros, de donde resulta que el que adquiriera solamente de ese cónyuge adquiere bien, sin necesidad de que el cónyuge confesante preste su consentimiento para la enajenación.

Y esto es lógico. Si el marido (v. gr.), en el régimen de la sociedad de gananciales, confiesa que el precio de la adquisición del inmueble es privativo de la mujer y que, por tanto, él no tiene nada que ver con tal inmueble, pensará con razón que carece de ella el que le requiera para que preste su consentimiento al acto de administración o de disposición que la mujer pretenda realizar sobre dicho bien.

b') En cuanto a los herederos voluntarios

Respecto a éstos, la confesión produce todos sus efectos. Ellos no pueden pretender que se incluyan en la masa hereditaria del confesante ni los bienes «confesados», ni los que por subrogación los hayan sustituido. Aquí bien claramente quedan incluidos *a sensu contrario*, entre los perjudicados, los herederos voluntarios, frente al confusionismo del artículo 655, que concede derecho a pedir la reducción de donaciones a todos los que tengan derecho a una parte alícuota de la herencia:

c') En cuanto a los herederos forzosos

¿En qué consistirá ese «no perjuicio» a los herederos forzosos? Pues sencillamente en la consideración de la confesión frente a ellos como una donación, con la consiguiente aplicabilidad del artículo 654 del Código Civil, es decir, que se considerará dentro de la masa hereditaria del confesante, al menos contablemente y acaso realmente, la participación que en el bien confesado o subrogado le correspondiera.

d') Efectos en cuanto a los acreedores

Para no extenderme demasiado, en este punto sólo diré:

1.º Que a pesar del laconismo del artículo 1.324, habrá que entender que se refiere a los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la confesión.

2.º Que cualquier impugnación del acreedor se detendrá ante el tercero hipotecario, como se detiene la impugnación por fraude ante el adquirente del donatario, a menos que sea cómplice en el fraude.

c) *Consecuencias*

Quiero abordar ahora dos cuestiones en relación con lo dicho, dentro del campo registral inmobiliario:

1.ª Vengo sosteniendo que la confesión sólo sirve respecto al precio del inmueble, no respecto a éste. Pues bien, ¿cómo se compagina esta restricción con la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí «toda clase de contratos», según el artículo 1.323? O si se quiere de otra forma: ¿cómo podrá pasar un bien registrado del patrimonio ganancial al privativo y viceversa? Distingamos:

a) Del patrimonio ganancial al de un cónyuge (a título, por ejemplo, de compraventa). No creo pueda articularse una compraventa directa porque tendrían que vender ambos cónyuges a uno solo (con confesión o justificación de privatividad del precio), y este último cónyuge tendría que ser al mismo tiempo vendedor y comprador. Será preciso un rodeo: el de la previa conversión de la comunidad ganancial en comunidad romana. En efecto: parece que nada se opone a que, puesto que los cónyuges pueden liquidar en cualquier tiempo la sociedad, se permita la liquidación parcial de ésta concretada a la finca de que se trate, adjudicar ésta por mitad a ambos cónyuges y que uno venda al otro su mitad indivisa.

b) Del patrimonio de un cónyuge al ganancial. No sé si el problema será el mismo, pero aquí, al menos, pueden cubrirse formalmente las apariencias sin necesidad de rodeo: un cónyuge transmite actuando en nombre propio y el otro adquiere «en representación» (entre comillas) de la sociedad conyugal.

2.^a En la inscripción del inmueble cuyo precio es privativo de un cónyuge según confesión del otro, pero sin justificación alguna (objetiva) de tal privatividad, ¿será menester que se haga alguna referencia a la inmunidad de herederos forzosos y acreedores? Entendemos que no, porque si después no surge el tercero hipotecario habrá sido inútil tal referencia, y si surge como según lo antes dicho, no se verá afectado por ella, ésta sólo serviría para enturbiar el Registro y confundir al tercero. Lo que sí debe quedar claro para conocimiento de herederos (forzosos) y acreedores es que la privatividad no tiene más prueba que la confesión.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A) Disposiciones generales

He de confesar, para que se vea que no todo son críticas adversas, que a mí el artículo 1.344 (moderno), que viene a ser una descripción del régimen de la sociedad de gananciales, me gusta bastante. Por este régimen, viene a decir, se hacen comunes de ambos cónyuges «desde ya» ciertos bienes, y cuando se extinga tal régimen cada uno de los cónyuges tendrá derecho a la mitad del conjunto de esos bienes.

No me explico que hayamos estado cerca de cien años sin darnos cuenta, o mejor dicho, para no pluralizar, que haya estado yo muchos años (aunque menos de ciento) sin darme cuenta de la falta de lógica del Código Civil, que sin darnos en el artículo 1.392 más que una norma de liquidación de un régimen matrimonial y sin explicarnos en qué consiste la ganancialidad de un bien, señalaba en el artículo 1.401 una serie de bienes que se llamaban gananciales. Sólo por deducción podíamos llegar a la conclusión de que bienes gananciales eran aquellos que estaban destinados (ellos o los que los sustituyeran) a formar parte de la masa partible entre ambos cónyuges a la extinción de la sociedad.

En cambio, el nuevo artículo 1.344 me parece más correcto: empieza por sentar que en el régimen que nos ocupa se hacen comunes de ambos

cónyuges determinados bienes, y termina con una norma de distribución aplicable a la disolución del régimen. Con esto ya resulta lógico que el Código dedique otro artículo (o varios) a señalar con el apelativo de gananciales qué bienes son los que se hacen comunes, aunque esta sinonimia entre gananciales y comunes no la indique expresamente, como podría haberlo hecho para más precisión en el artículo 1.347, con ésta o parecida entrada: «son bienes gananciales o comunes de ambos cónyuges».

También es de alabar la inclusión en el artículo 1.362, entre los gastos a cargo de la sociedad de gananciales, los de adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; porque si desde ahora (es decir, sin esperar a la disolución) se hacen comunes las ganancias brutas de un cónyuge (v. gr., el resultado de su trabajo o industria), es lógico que sea la comunidad la que satisfaga los gastos realizados para la obtención de esas ganancias.

En cambio, la norma que determina el nacimiento de la sociedad no me parece tan exacta. Al decir el 1.345 que empieza «en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales», olvida, por lo menos, un caso en que ni comienza con el matrimonio ni precisa pacto en capitulaciones, a saber, el del confuso 1.374: cuando la sociedad se disuelva por embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge, se aplicará el régimen de separación, «salvo que en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales». O sea, que comienza una nueva sociedad sin pacto, sin capitulaciones y por la sola opción de un cónyuge.

B) La administración

a) *Ambigüedad legal*

Si se me permite, voy a distinguir sin gran rigor científico, que tampoco es necesario para el fin que ahora persigo, entre los actos que pueden recaer sobre un bien o un patrimonio, tres clases: actos de conservación, actos de explotación y actos de disposición, entendiendo por los primeros aquellos que tienden a salvaguardar el bien o patrimonio impidiendo su deterioro o corrigiendo el que se haya producido; por los segundos, aquellos que tienden a la puesta en valor normal, a la fructificación, del bien o patrimonio, y por los terceros, los que implican una

enajenación total o parcial, actual o potencial, de aquéllos. Y esta distinción es interesante porque, como sabemos, estos últimos actos por comprometer el porvenir (en la expresión de PLANIOL) exigen muchas veces requisitos, habilitaciones, autorizaciones o consentimientos especiales.

Pues bien: el Código Civil después de la reforma dedica una sección de su articulado, la cuarta del capítulo VI del título III del libro IV, a lo que llama «administración de la sociedad de gananciales». Y ¿qué clase de actos de los antes indicados se comprenden en esa administración? Aquí está la ambigüedad del Código. Porque unas veces la administración comprende las tres clases de actos indicadas, como en el epígrafe de la sección o como en los artículos 1.388 y 1.389, porque este último, en su apartado dos, contiene una excepción para los actos de disposición de determinados bienes, lo que demuestra que la regla general de disposición está incluida en la «administración» de que hablan el 1.388 y el primer apartado del 1.389. Otras veces, en cambio, por la oposición a la disposición, sólo comprende los actos de conservación y explotación de que hemos hablado, como ocurre en los artículos 1.384 y 1.390.

Pero me parece observar que cuando el Código emplea la expresión «administración», se refiere a las tres clases de actos, y que cuando emplea la expresión «actos de administración», se refiere a las dos primeras clases de actos, excluyendo, por tanto, los de disposición. Y si mi observación no es cierta (por la excepción que significaría el artículo 1.387, que habla de administración y disposición sin aludir a los actos), me parece que es *ben trovata*, y a ella me voy a atener en lo que sigue.

Sin embargo, no para ahí la cosa, porque en el primer artículo de la serie, que abre la sección cuarta, el 1.375, se introduce otro término distinto, que, por cierto, ya no vuelve a utilizarse en esta sección, a saber, el de «gestión», para atribuir, en la forma que luego veremos, «la gestión y disposiciones» de los bienes gananciales. ¿Querrá referirse el Código con la palabra «gestión» solamente a los actos que hemos llamado conservativos, quedando así descolgados los actos de explotación? No lo creo, y creo, en cambio, no sólo que en la traducción de «gestión» por «conservación y explotación» no hay peligro alguno, sino también que si no lo hacemos así, si no entendemos por gestión todo lo que no sea disposición, queda ininteligible el régimen de la sociedad de gananciales.

b) *Atribución*

En esta materia de atribución de la administración creo que pueden sentarse estas reglas:

1.^a La administración corresponde a un cónyuge o a los dos, solidaria o conjuntamente, según lo pactado en las capitulaciones matrimoniales.

2.^a A falta de pacto capitular corresponde a ambos cónyuges conjuntamente.

3.^a Aun correspondiendo la administración conjunta a ambos cónyuges según ley, hay casos en que se suple el consentimiento de un cónyuge por la autorización judicial (art. 1.376 y 2.º párrafo del 1.377) y otros en los que cabe la administración en sentido estricto (actos de administración) de un solo cónyuge (art. 1.384).

4.^a Cualquiera que sea el contenido del pacto capitular, hay supuestos excepcionales en que rige la administración individual (transferencia posterior de la administración *ope legis* o judicialmente por los artículos 1.387 y 1.388) con más o menos limitaciones.

Esto quiere decir que así como la regla legal de administración conjunta se ve afectada por lo dispuesto en los artículos 1.376 y siguientes, en cambio, no consideramos de derecho necesario más que algunos de esos artículos, como los señalados de transferencia legal o judicial de la administración.

Pero volvamos a la regla primera, porque no es tan indiscutible como la he sentado.

Creo que no debe haber duda acerca de la posibilidad del pacto de atribución de la administración solidariamente a ambos cónyuges. Tampoco debe haberla respecto a la atribución a un cónyuge de la facultad para realizar actos de administración. El mismo artículo 1.376 admite *a sensu contrario* la posibilidad de que no sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges para actos de administración.

El problema grave es el de determinar si es posible pactar la atribución de la disposición a uno solo de los cónyuges. En contra de esta posibilidad podría argumentarse lo siguiente:

1.º El artículo 1.375 sienta dos normas para decidir a quién corresponde la administración, por este orden: 1) La norma pactada. 2) La norma legal. Y poco después, el artículo 1.377 dicta que «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges». Ahora bien, este precepto

(artículo 1.377) no se refiere al caso de que rija la norma legal, puesto que ésta es de administración conjunta y no va a repetir una exigencia ya establecida; luego tiene que referirse al caso de que rija la norma pactada, que, en consecuencia, habrá de respetar esta regla del doble consentimiento para la disposición.

2.º Obsérvese la diferencia entre el artículo 1.376 y el 1.377, al tratar de suplir el consentimiento de un cónyuge por la autorización judicial. El primero viene a decir: «Si fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges para actos de administración...», y el segundo: «Será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para actos de disposición...». Aquél acude a un caso que puede ocurrir; éste sienta una regla sin limitación.

3.º Parece ilógico que se exija siempre, por la trascendencia de los actos de disposición, la suplencia del consentimiento conyugal por la autorización judicial (1.377, 1.387, 1.389) y, en cambio, se permita que una inexperta y enamorada novia atribuya irrevocablemente la facultad de disponer, olvidándonos de las garantías que hay que tomar ante los esposos *ne mutato amore invicem spoliarentur*.

A pesar de estos argumentos, me inclino por admitir la posibilidad del pacto que nos ocupa por estas, entre otras, razones:

1.^a La expresión «sin perjuicio», que hace que los artículos siguientes puedan entrar en juego, sólo puede referirse, por su colocación en la frase y por la estructura de ésta, a la norma legal de administración conjunta, y quiere decir que aunque, en principio (a falta de pacto), la administración (incluyendo, como sabemos, la disposición) es conjunta, hay algunos casos en que, por aplicación de los artículos siguientes, no es precisa tal conjunción (v. gr., actos de administración del artículo 1.384 o casos de los arts. 1.387 a 1.389). Pero tal expresión deja intocado el pacto capitular si lo hay.

2.^a Sería una extraña manera de legislar, erigir en primera norma sobre administración de la sociedad de gananciales, el pacto capitular y luego declarar intocable, es decir, de Derecho necesario, todo el contenido de la sección dedicada a esta materia. Si tal fuera la voluntad del legislador, habría establecido, al revés, la prioridad de la regulación legal y la posibilidad de que en lo poquito no regulado rigiera lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.

3.^a El artículo 1.375 viene a decir que si en materia de gestión y disposiciones, los cónyuges o futuros cónyuges no pactan otra cosa, aquéllas (gestión y disposición) serán conjuntas; por tanto, esa otra cosa que pueden pactar tiene que ser la administración no conjunta, es decir, la individual o la solidaria.

4.^a La reiteración que significa el artículo 1.377 tiene cierta explicación. El legislador de 1981 se encontró con el artículo 1.413 de 1958, que exigía para los actos de disposición del marido el consentimiento de la mujer, y al introducir el principio de administración conjunta debió de parecerle que quedaba menos remachada que en 1958 la exigencia del doble consentimiento, e introdujo la norma del artículo 1.377 aprovechando que tenía que prever los casos en que no fuera factible la conjunción en la disposición, como lo había previsto en el artículo 1.376 para los actos de administración.

5.^a El argumento de la debilidad del llamado sexo débil es un tanto melodramático y trasnochado. Hoy la mujer, joven o no, sabe exigir sus derechos tan bien como antes (y ahora) cumplía sus deberes y buscar asesoramiento cuando desconoce aquéllos.

C) La disposición

Ya he tenido ocasión de decir que el párrafo 1 del artículo 1.377 dispone que: «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges», dedicándose el segundo párrafo a la posibilidad de que el consentimiento de un cónyuge sea suplido por el Juez, a la que sólo podemos aludir.

¿Son estos actos de disposición a los que se refiere el artículo 1.322, que necesitan que uno de los cónyuges actúe con consentimiento del otro? Yo creo que sí, entre otras razones, porque si aquel precepto, el 1.322, no se refiriera a los actos de los artículos 1.376 y 1.377 quedaría sin aplicación. Es decir, que en los actos de disposición a título oneroso puede actuar un cónyuge con consentimiento del otro, lo que no es exactamente igual a que tengan que actuar los dos. Y es que la posición de los cónyuges no es la misma que la de dos comuneros. Estos están uno al lado de otro y actúan en líneas paralelas que nunca llegan a encontrarse; aquéllos, los cónyuges, se integran en una unidad y actúan en líneas convergentes (aunque a veces lo hacen en líneas divergentes...). Por ello en la copropiedad dispone no un comunero con consentimiento del otro, sino ambos (o mejor dicho, cada uno respecto de su cuota, art. 399 del Código Civil), y en la comunidad ganancial puede actuar un cónyuge con consentimiento del otro.

Pues bien: de este «consentimiento del otro» es de lo que tenemos que hablar ahora. Yo no puedo ni sé hacer un estudio exhaustivo de esta materia. Por eso me voy a limitar a tratar de tres problemas que se me ocurren, y al socaire de ellos sentar algunas ideas sobre dicho

consentimiento conyugal. Los tres problemas aludidos son: si cabe el consentimiento previo, si cabe el consentimiento general y si cabe el consentimiento concebido en términos generales.

a) *El consentimiento previo*

Creo que el consentimiento conyugal no necesita, en actos a título oneroso, ser simultáneo a la actuación del otro cónyuge, sino que puede ser anterior a ésta y posterior (en este caso, mediante la forma de ratificación del acto realizado por el cónyuge que llamaríamos actuante).

Que éste es el criterio del legislador se deduce del artículo 102 del Código Civil cuando en su nueva redacción (dada por la Ley de 7 de julio de este año) dice que por la admisión de las demandas de nulidad o separación de matrimonio o de divorcio quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. En efecto, esta revocación no puede referirse al consentimiento posterior al acto de que se trate (v. gr., a la venta realizada por un cónyuge), porque el contrato ya se ha perfeccionado y no cabe revocación contra la voluntad del comprador, ni puede referirse al consentimiento simultáneo al acto (lo que no necesita demostración), luego tiene que referirse al consentimiento previo.

Por otro lado, el Código en los actos a título oneroso no habla de concurrencia de los consentimientos, a diferencia de lo que ocurre en los a título gratuito. Y, por último, exigir la concurrencia sería un formalismo inútil y perturbador para el tráfico, ya más dificultado con la exigencia del doble consentimiento.

Queda, pues, sentado que cabe el consentimiento previo, y no es necesario decir que tal consentimiento no es un poder (que también es posible, naturalmente, entre cónyuges): en aquél, el cónyuge manifiesta su voluntad positiva, que al unirse con la del otro cónyuge constituye e integra el consentimiento contractual de una de las partes; en éste no se presta todavía el consentimiento, sino que se deja su prestación a la voluntad del apoderado. Con el consentimiento se da vía libre al acto proyectado por el otro cónyuge; con el poder se confiere la representación para que la actuación del cónyuge apoderado repercuta en el poderdante. Tras el consentimiento, la responsabilidad probablemente queda limitada a los gananciales y a los bienes del actuante; tras el poder quedan también comprometidos los bienes del poderdante.

b) *El consentimiento general*

El consentimiento conyugal, ¿ha de concretarse a un acto determinado o puede ser más o menos general?

Continuemos, para contestar, con el artículo 102. Como sabemos, decreta la revocación de los consentimientos lisa y llanamente, sin limitación alguna, y nosotros hemos deducido de él que caben los consentimientos previos. Pero ¿tendrá en mente sólo los especiales? Yo creo que precisamente el artículo 102 está pensando preferentemente en los consentimientos generales. He aquí por qué:

Si el consentimiento previo es especial para un acto concreto, verbi-gracia, la venta del piso en Barcelona, ¿es posible que sin más ni más, cuando el marido, por ejemplo, haya viajado, haya gestionado, haya contratado preliminarmente con el proyectado comprador, a la vista del consentimiento obtenido de la mujer, el artículo 102 decrete la revocación sin consecuencias perjudiciales para la mujer que presenta la demanda de separación? Creo que si la revocación del artículo 102 se refiriese solamente al consentimiento especial, el legislador no hubiera dejado de regular las consecuencias y el alcance de dicha revocación e incluso de establecer alguna limitación a la revocación. Esto aparte de que ésta parece más aplicable a los consentimientos generales, que escapan más fácilmente a la fiscalización del cónyuge que los da.

Por otra parte, ¿qué razón hay para limitar el consentimiento previo al caso de que sea especial y dónde termina la especialidad? ¿Ha de comprender un solo acto? ¿No podrá comprender la venta de todos los pisos de una casa? ¿Y los de dos casas? ¿Y de un número indefinido de casas? ¿Es menos comprometedor el consentimiento de una mujer para la venta de los sesenta pisos de un edificio ganancial, que el consentimiento general de otra mujer en cuya sociedad conyugal no haya más inmuebles que un pisito?

No creo que quepa aplicar aquí aquella jurisprudencia que no admitía los consentimientos o autorizaciones generales de los padres a los hijos menores emancipados, porque se exige «en quien ha de prestar el consentimiento un examen de las circunstancias del caso, ya que no una formal apreciación de utilidad y necesidad». Aquí no es cuestión de capacidad, sino de confianza: la «longitud» del consentimiento debe medirse por la fiabilidad del cónyuge «consentido».

c) *El consentimiento «concebido en términos generales»*

De sobra sabemos que cuando la mujer autoriza al marido (y lo mismo se diga de la autorización del marido a la mujer) para la adminis-

tración de los bienes de la sociedad de gananciales, no erige un órgano gestor de una persona jurídica porque aquella sociedad no es tal. Pero puesto que la sociedad de gananciales sigue siendo, sin duda, como la ha calificado reiteradamente la Dirección General de los Registros, «una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas y sin facultad de pedir la división», y añadimos, con un fin superior a los intereses individuales, alguna diferencia ha de haber entre atribuir la administración de ese mancomún y atribuir una representación, que podíamos llamar inorgánica, al simple apoderado, sin vinculación real alguna con el poderdante.

Y esta diferencia podemos centrarla ahora en la extensión de las facultades de actuación: el apoderado no debe tener más facultades que las que se le concedan expresamente; el gestor de ese mancomún no debe carecer de más facultades que de aquellas de que se le priva expresamente. Dicho en otras palabras: que por la finalidad de la atribución de la administración al marido por la mujer o viceversa, por la vinculación entre marido y mujer, por el destino del patrimonio ganancial, el consentimiento de la mujer (o del marido), «concebido en términos generales», siguiendo la terminología del artículo 1.713 del Código Civil, debe comprender todos los actos de administración y disposición (a título oneroso) menos, repetimos, aquellos que se excluyan expresamente. Aquí no rige, no debe regir, el últimamente citado artículo del Código.

D) La adquisición

a) A pesar de la amplitud del epígrafe, solamente voy a tratar de un punto y no se diga que pretendo escurrir el bulto, porque precisamente ese punto es de los más vidriosos de la reforma. Me refiero a la inscribibilidad o no inscribibilidad (por ir al final del trayecto del proceso adquisitivo) de las compras (adquisiciones en general) de bienes inmuebles hechas por uno solo de los cónyuges, es decir, sin intervención del otro y sin declaración alguna sobre la pertenencia del dinero invertido en la adquisición. Y para mayor facilidad en la terminología vamos a suponer que quien adquiere en el acto que se pretende inscribir es la mujer: ¿Podrá ésta obtener la inscripción del inmueble de que se trate sin que recaiga el consentimiento del marido?

Ya sabemos que la administración y disposición de bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges. Ahora bien: para adquirir ese inmueble, la mujer tiene que disponer de un dinero para entregárselo al vendedor como precio, y eso le está vedado, puesto que el dinero se presume ganancial. Luego la adquisición no será inscribible.

Pero me parece que algo falla aquí. Aquella regla de administración conjunta, ¿cómo se cumplirá tratándose de bienes fungibles, como el dinero? ¿Será preciso que para ingresar en el Banco sus respectivos sueldos (que son, sin duda, gananciales) vayan juntos los dos cónyuges y para extraerlos vuelvan para recibirlos los dos? ¿No será posible que la mujer celebre con el Banco un contrato de depósito en cuenta corriente y con consentimiento tácito de su marido vaya ingresando, v. gr., el dinero de sus rentas sin justificar si es propio o común? Y una vez ingresado, y mientras el marido no reclame la «conjunción», ¿qué podrá hacer aquélla: sólo sacarlo para volver a ingresarlo o podrá disponer de él, es decir, invertirlo en la adquisición de otro bien? Y si lo que consiente el marido tácitamente es que la mujer conserve ese dinero en su poder, ¿será con la no muy sana intención de comprobar todas las noches si hay el mismo número de monedas en el caletín o más bien con la finalidad de que la mujer lo administre e invierta en la adquisición de otros bienes materiales (muebles o inmuebles) o inmateriales (como el crédito para la devolución de lo prestado o depositado)?

El panorama en caso de necesaria conjunción en la administración del dinero sería desolador. Es preciso que exista algún precepto que permita la administración y disposición individuales del dinero que obre en poder de un cónyuge o que de algún modo aparezca a su nombre, entre otras cosas, porque esa situación fáctica y de tolerancia del otro cónyuge ya implica un consentimiento de éste.

Pues bien, afortunadamente ese precepto existe. Es el artículo 1.384 moderno del Código Civil, que en su primer párrafo dice así: «Serán válidos los actos de... disposición de dinero... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren».

Es decir: que la regla general ya considerada de disposición conjunta tiene, entre otras, esta excepción: la mujer puede disponer (es decir, invertir en la adquisición de otro bien mueble o inmueble, puesto que el art. 1.384 no distingue) del dinero que obre en su poder. Y en el caso que nos ocupa no cabe duda que el dinero que entregó como precio al vendedor estaba en su poder, porque para entregarlo tenía que poseerlo.

Por tanto, la adquisición propuesta es perfectamente válida y perfectamente inscribible.

Pero aparte estas razones generales que postulan dichas validez e inscribibilidad, si espigamos en el Código Civil reformado, encontramos otros preceptos que nos confirman en esa opinión. Veamos algunos ejemplos:

1.º Según el artículo 1.347, 3.º, son bienes gananciales «los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Y esta última expresión o presupone que es un solo cónyuge (en el caso que nos ocupa, la mujer) el que interviene o es inexacta o, al menos, incompleta. En efecto, si intervienen los dos cónyuges y se hace la adquisición para la mujer, será por una de estas dos causas: o porque el marido le ha hecho donación del precio o porque confiesa la pertenencia privativa a la mujer, y en ambos casos la adquisición será privativa por el artículo 1.324, en contra de lo que dice el 1.347, 3.º Es decir, que este último precepto tiene que presuponer una adquisición válida con dinero ganancial hecha por un solo cónyuge.

2.º El artículo 1.356 sólo se concibe como una excepción al artículo 1.355. En éste se sienta una regla general de libertad de los cónyuges para *de común acuerdo* atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran *interviniendo ambos*. Ese acuerdo no es posible cuando sólo adquiera uno, y por ello el artículo 1.356 dicta unas presunciones sobre el carácter del bien adquirido, pero presuponiendo la validez de la adquisición. Si no la presupusiera no tendría por qué hablar el Código en el artículo 1.356 de un solo cónyuge, y en el 1.355 de ambos.

3.º Dos categorías distingue el artículo 1.356 citado en los bienes adquiridos a plazo *por un cónyuge solamente*; subrayamos lo de un solo cónyuge:

1.ª Adquiridos con un primer desembolso de dinero ganancial.

2.ª Adquiridos con un primer desembolso de dinero privativo del cónyuge adquirente.

Y declara que la primera adquisición es ganancial y la segunda privativa. Esta segunda es perfectamente válida con la intervención de un solo cónyuge, la mujer, porque si el dinero era privativo no tenía por qué intervenir el marido. Y si esta segunda es válida, válida ha de ser también la primera, porque sería absurdo deducir que el precepto regula simétricamente, en pie de igualdad, diríamos, dos adquisiciones: una válida y otra viciada.

4.º Un precepto muy interesante a estos efectos es el artículo 1.370: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro —dice— responderá *siempre* el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Este artículo viene a contrapesar muy prudentemente la norma antes vista del artículo 1.384, de disposición «unilateral» del dinero. Sin el artículo ahora traído a colación, la mujer podría aventurarse a comprar una finca por un precio elevado (para la posición económica de la sociedad conyugal), pagando una pequeña parte de él con dinero ganancial que tenga en su poder o a su nombre y obligando ella sola a la sociedad por el resto del precio. El precepto en cuestión no le impide que compre sola, sin intervención del marido, sino que se lo permite, pero advierte al vendedor que así como cuando la mujer paga todo el precio no hay problema, el precio aplazado, si no media el consentimiento del marido, sólo podrá cobrarlo de la finca vendida, a menos que proceda la responsabilidad de otros bienes gananciales por aplicación de otros preceptos del Código. Es decir, que yo leo el artículo 1.370 como si dijera: «El contrato es válido y por el precio aplazado responderá, en todo caso, el bien adquirido, pero los demás bienes gananciales sólo responderán si se dan las circunstancias exigidas para ello por otros preceptos del Código». O sea, que ni traduzco el «siempre» por «mientras no se haya pagado y aunque pase la finca a manos de un tercero», ni excluyo la responsabilidad de otros bienes, v. gr., si hubo consentimiento del otro cónyuge (art. 1.367) por medio de una carta, que no tendrá relevancia a efectos registrales, pero sí para tranquilizar al vendedor respecto al cobro. Pero aun sin tal medio, no puede decirse, por la limitación de responsabilidad indicada, que haya burla para el vendedor si el bien se enajena, puesto que para esta enajenación se necesita el consentimiento del marido, con lo cual ratifica la compra de la mujer y desata la responsabilidad por el precio aplazado de los demás bienes gananciales.

En resumen, de la combinación de estos dos preceptos (arts. 1.384 y 1.370) yo deduzco la siguiente regla: libertad de compra por la mujer; limitación de responsabilidad por el precio aplazado.

Después de este repaso del Código Civil, permítaseme argumentar sobre la base de la función protectora del Registro de la Propiedad:

Puede suceder que la mujer compre declarando que el precio es privativo de ella, pero que de momento ni puede acreditar tal carácter ni puede obtener la intervención del marido por estar ausente. Y supongamos que tal precio sea efectivamente privativo. Sería inicuo que no pudiera la mujer acogerse a los beneficios de la inscripción (defensa contra una segunda venta por el vendedor, inmunidad frente a un gravamen posterior, etc.), aunque sea con carácter ganancial, a reserva de determinar el día de mañana con el marido el verdadero carácter del bien adquirido. Siéntense por los Códigos y Reglamentos reglas y presunciones sobre el carácter de los bienes y su inscripción, pero no se

impida ésta por una dificultad de «régimen interior» entre los cónyuges. Se dirá que según esto también debería inscribirse la enajenación por uno solo de los cónyuges «con reserva», pero es que en la enajenación tropezaríamos con el artículo 1.377 y no podríamos acudir al 1.384.

Pues bien: si este razonamiento es correcto, no vemos razón para que no se inscriba cuando la mujer no hace declaración alguna sobre el precio, porque estamos lejos de dar valor sacramental a tal declaración.

b) Tras el comentario que he dedicado al artículo 1.370 no necesito indicar que la adquisición que nos ocupa me parece inscribible, incluso cuando el precio no sea pagado al contado, sino con posterioridad a la perfección de la compraventa. Pero al lado de estas dos hipótesis (precio al contado, precio aplazado) hay que considerar, aunque sea brevemente, dos subhipótesis: precio aplazado con condición resolutoria por impago del precio y precio aplazado con hipoteca en garantía de su pago.

La primera subhipótesis puede suscitar duda por esa tendencia (he estado a punto de decir «manía») de considerar esa condición como un derecho de garantía, cuando no es más, ni tampoco menos, que un elemento accidental del negocio de compraventa. Pero ¿qué diferencia hay a estos efectos entre esa condición y la clásica que estudiábamos en Derecho romano *si navis ex Asia veniret* (como resolutoria)? Pues que en la primera cabrá la resolución de pleno derecho del artículo 1.504, y en la segunda será preciso para la resolución la demostración ante el Juez del cumplimiento de la condición. ¿Y tampoco esta segunda podrá pactarse? Contestar que sí sería hacer entre condiciones una distinción que nada autoriza; contestar que no sería concluir que la mujer sólo podrá comprar sin condición, es decir, en adquisición no condicional, pura, y esto sería un exceso de puritanismo...

En cuanto a la segunda subhipótesis (precio aplazado con hipoteca), yo creo lícito aplicar aquí la misma doctrina de los actos complejos que aplicaron las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1968 y 4 de noviembre del mismo año, para permitir al marido (que entonces era el que podía realizar actos de disposición de inmuebles gananciales, pero con consentimiento de la mujer) «adquirir bienes para la sociedad conyugal, hipotecándolos en forma simultánea y conexa, sin necesidad de obtener el consentimiento de la mujer».

Pero aparte de esto, consideremos que con la hipoteca en garantía del precio aplazado, la mujer no vendría a agravar la situación que

para la finca adquirida implica el artículo 1.370 comentado, sino únicamente a reforzar esa responsabilidad dándole efecto contra tercero, de modo que si posteriormente el marido consiente la enajenación, el vendedor podrá en su día ejercitar por el impago la acción hipotecaria (aparte de la responsabilidad de los demás bienes gananciales por el consentimiento *a posteriori* del marido).

Se dirá que puede suceder que por impago de intereses el vendedor-acredor pida ampliación de la hipoteca, al amparo del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, con lo cual se agrava la situación de la otra parte. Pero hay que tener en cuenta: que si la finca permanece en poder de la adquirente, la ampliación se verifica sobre la misma finca, y que si ésta ha pasado a manos de un tercer poseedor, la ampliación tendrá que hacerse sobre otros bienes del deudor, que en este caso será la mujer, si bien ese tercer poseedor sólo surgirá con el consentimiento *a posteriori* del marido.

E) El cobro de créditos

A pesar del enunciado, no me voy a referir ahora a toda clase de créditos, sino a uno en particular, a saber: el que se genera en la venta con precio aplazado a favor del vendedor para ser satisfecho del importe de dicho precio. Cuando el objeto de la compraventa es un bien ganancial, ese crédito tendrá también tal carácter: ¿quiere esto decir que el ejercicio judicial o extrajudicial de tal crédito corresponde conjuntamente a ambos cónyuges? En principio, y partiendo de que no exista norma contractual, judicial o legal de atribución de la administración a un solo cónyuge, hay que contestar afirmativamente: la regla general de administración conjunta del artículo 1.375 así lo impone.

Pero esta regla general admite dos excepciones: una derivada del artículo 1.385, 1, y otra del principio de libertad de contratación entre cónyuges proclamado por el artículo 1.323.

1.^a ¿Cuándo será aplicable el primero de dichos artículos? Pues cuando el crédito aparezca constituido a nombre de uno de los cónyuges. Esto sucederá cuando el inmueble esté inscrito a tal nombre, aunque lo sea para la sociedad conyugal. No queremos decir que en este caso el crédito no sea ganancial, sino que nace en cabeza de un sólo cónyuge, y a éste corresponderá reclamarlo judicialmente y percibirlo extrajudicialmente, dando recibo, carta de pago, del mismo, sin perjuicio de que su importe pase a ser ganancial.

2.^a Nada impide que apareciendo inscrito a nombre de ambos cónyuges el inmueble que se enajena, en la escritura de compraventa o en que se formalice cualquier otra transmisión, uno de los cónyuges faculte al otro para recibir el pago del precio o parte de él que se aplaze. Esta o aquél seguirán el destino que ambos cónyuges hayan convenido, y como éste puede ser el de hacerse privativos del cónyuge perceptor, admitimos incluso que tal facultad de cobro se conceda con carácter irrevocable; queremos decir que como cabe que el conferimiento de tal facultad presuponga un reconocimiento de propiedad privativa, cabe que no sea revocable, puesto que con su revocación el cónyuge que antes facultó y ahora se vuelve atrás iría contra sus propios actos.

Pero ¿qué sucederá cuando el precio aplazado se halle enlazado con la condición resolutoria de la compraventa por impago de aquél? ¿Alcanzará la facultad de cobro de un cónyuge en los dos supuestos antes dichos a la, a mi juicio, mal llamada cancelación de la condición resolutoria?

Entiendo que sí porque la ineficacia de la condición resolutoria es consecuencia necesaria y directa del pago, sin que quepa similitud con la hipoteca, que es un derecho real accesorio de la obligación asegurada, pero distinto de ella. Es decir, que lo que el vendedor-acreedor hace es declarar el incumplimiento de la condición resolutoria pactada, sin cancelación alguna.

V. EL NUEVO REGIMEN DE PARTICIPACION Y SU POSIBLE INFLUENCIA EN EL TRAFICO

Aunque este régimen es nuevo en nuestro Derecho, todos sabéis en qué consiste. Como dice el artículo 1.569 del Código Civil francés: «Durante el matrimonio (mejor sería decir durante la vigencia del régimen) éste funciona como si los esposos estuvieran casados en el régimen de separación de bienes», y a la extinción —añadimos— cada cónyuge participa en las ganancias del otro, es decir, en el superávit del patrimonio final sobre el inicial, en la proporción establecida e igual para ambos cónyuges.

Esta proporción es la mitad, si bien cabe pactar otra participación distinta a menos que existan descendientes no comunes, es decir, de uno solo de los cónyuges (habidos con un tercero). Y aquí empiezan las dificultades: Porque supongamos una adquisición por uno solo de los cónyuges, para cuya inscripción en el Registro como privativa se presentan

(a fin de impedir la inscripción en el Registro como ganancial) las capitulaciones matrimoniales en que se pacta por los cónyuges el régimen de participación, pero con participación de la tercera parte de las ganancias. ¿Será preciso exigir la prueba de que no existen descendientes comunes, puesto que la existencia de éstos determinaría la nulidad? ¿O habrá que entender que la capitulación es válida, pero con ampliación de la participación a la mitad (si existen tales descendientes), a pesar de que los cónyuges podrían preferir la participación reducida o, por nulidad de la capitulación, el régimen ganancial?

Y lo que, desde luego, habrá que rechazar es la ampliación de la cláusula, v. gr., del tercio a la mitad en caso de que el descendiente no común naciera posteriormente al convenio de participación. ¡Tendría gracia que el adulterio pasara con esta interpretación de ser un delito a ser una fuente de enriquecimiento!

Pero volviendo al superávit partible: la fijación del que pueda darse en el patrimonio de cada cónyuge exige un «pesaje» de los patrimonios inicial y final. Y ante la posibilidad de que alguno de los cónyuges pretenda escamotear bienes de su patrimonio para reducir o anular el superávit mediante donaciones o actos fraudulentos, el Código, con buen acuerdo, manda traer, contablemente, al menos, a la respectiva masa patrimonial de cada cónyuge los bienes que hubieran salido de ella a título gratuito sin consentimiento del otro consorte, e incluso permite (artículo 1.433) a éste impugnar esas enajenaciones (y las realizadas en fraude de su derecho) durante el plazo de dos años desde la extinción del régimen si no hubiese bienes en el patrimonio deudor.

Y aquí viene el porqué del epígrafe. ¿Esa impugnación afectará al primer adquirente del donatario de los bienes, que vendrían así a quedar fuera del tráfico (o poco menos) por la amenaza pendiente? No; el Código (art. 1.434) defiende a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, y yo creo que esta buena fe no desaparece por el conocimiento que ese adquirente tenga por el Registro de la Propiedad (o por cualquier otro medio) de que falta el consentimiento del otro cónyuge, porque han de cumplirse otras dos condiciones para que nazca la facultad de impugnar: que no haya bienes en el patrimonio deudor y no hayan transcurrido dos años desde la extinción del régimen. Y el Registro no puede informar al que pretenda adquirir durante la vigencia del régimen, si en su día existirán o no bienes en el patrimonio deudor, y después de extinguido, si han transcurrido o no los dos años aludidos.

¿Que será conveniente, no obstante, que en la escritura de donación,

y en su caso, en el Registro, conste el consentimiento del cónyuge del donante? Desde luego que sí, para evitar dificultades en su día.

¿Que será conveniente que en el Registro conste expresamente la falta de consentimiento del cónyuge del donante? Desde luego que no, para evitar enturbiar el tráfico jurídico.

VI. LA SEPARACION DE BIENES. SU REPERCUSION REGISTRAL

En esta rápida exposición de problemas y cuestiones, para que este régimen no se sienta menospreciado, voy a ocuparme de hacer un ligero comentario del artículo 1.436 y una advertencia respecto al 1.444, 2, que puede confundir a alguno.

a) El artículo 1.436 viene a imponer la anotación o inscripción de las demandas o sentencias, respectivamente, de separación de bienes en el Registro de la Propiedad si recayeran sobre inmuebles. Pero hay que decir a este respecto:

1.º Que a pesar del empleo por el mismo del verbo «deber» no son obligatorias ni la anotación ni la inscripción.

2.º Que el supuesto para tales anotación e inscripción no es que «recayere sobre bienes inmuebles», porque la demanda y la sentencia a las que se refiere el verbo recaer, a pesar de ir en singular, no recaen sobre los bienes, sino que tal supuesto es el de que entre los bienes comunes de los cónyuges haya inmuebles.

3.º Que dado que ahora para la administración y disposición de los bienes comunes es necesario, por regla general, el consentimiento de ambos cónyuges, no se ve utilidad, en general, en dichos asientos registrales. Para lo que puede interesar el conocimiento del cambio de gananciales a separación es para que la adquisición por un solo cónyuge no se inscriba como ganancial, y para esto ni el Registro dirá nada respecto a la finca de que se trate, por estar en el patrimonio del transmitente, ni podrá dispensarse la prueba de la separación en el momento de la adquisición. Sólo en los casos excepcionales en que corresponda la administración a uno de los cónyuges puede resultar útil la constancia registral de la separación para cortar la actuación unilateral de ese cónyuge.

4.º Que si el régimen vigente hasta la separación es el de participación tampoco tiene utilidad la registración del cambio, puesto que en

ambos regímenes sólo existen bienes propios de los que puede disponer libremente el cónyuge propietario, y la constancia del nuevo régimen sólo puede interesar cuando se done algún inmueble, para que se vea que no es de aplicación el ya estudiado artículo 1.433 (posibilidad de impugnación de la enajenación a título gratuito), por lo que no es necesario anticiparse a hacer constar el nuevo régimen en todas las fincas, por si luego se dona alguna... y se dan las demás circunstancias del artículo 1.433.

b) La advertencia aludida respecto al artículo 1.444, 2 (que salvo para acreditar el día de mañana la propiedad de bienes de los que se carezca de título, se considera perfectamente inútil), se refiere al empleo de la expresión «los bienes que..., en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial». ¿Cómo va a ser un bien, en parte, ganancial y, en parte, privativo? Porque ni aun en el caso del actual artículo 1.354 ocurre eso, sino que hay una participación totalmente ganancial y otra totalmente privativa.

La expresión que viene, modificada, del artículo 1.439 del Código Civil antes de la reforma (que hablaba correctamente de «la totalidad de los bienes, aunque, en todo o en parte, sean los mismos existentes antes»), habrá que entenderla en el sentido de que los bienes se considerarán privativos, aunque alguno, algunos o todos hubieran tenido carácter ganancial. Y para esto no se necesitaba gastar medio artículo...

PEDRO AVILA ALVAREZ

Notario de Madrid (excedente)
Registrador de la Propiedad de Madrid

La nota marginal del artículo 169 del reglamento de gestión urbanística

NOTA.—*Cuando estoy corrigiendo este trabajo me llega la triste noticia de la muerte de JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS, jurista y amigo.*

Con él recorrí caminos en el mundo de la Administración Local y con él compartí la «manía» de la unidad del Ordenamiento jurídico: «El Derecho no se divide en ramas caprichosamente. Es unitario en su concepto, y lo que varía es el ángulo de observación.»

La lectura de su «Tratado de Derecho Administrativo» ha tenido mucho que ver con mi planteamiento del urbanismo jurídico. Y con este trabajo, también. Descanse en paz.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. DERECHO POSITIVO. A) Artículo 129, 1, LS B) Artículo 169 RGU. C) Remisiones a la reparcelación —II. ELEMENTOS DE LA NOTA MARGINAL. A) Sujetos legitimados. B) Fincas sobre las que se practica. C) Título y circunstancias de la nota. a) Título. b) Circunstancias. 1) Relativas a la Junta. 2) Relativas a las fincas. 3) Relativas a la titularidad de la Junta sobre las fincas. III. LAS OBLIGACIONES INHERENTES AL SISTEMA. A) Las obligaciones en el sistema de compensación. a) Obligaciones de dar. b) Obligaciones de hacer y no hacer. B) Cumplimiento y sanciones por incumplimiento. a) El cumplimiento de las obligaciones. b) El incumplimiento. 1) Incumplimiento de la Junta. 2) Incumplimiento individual del propietario.—IV. LOS EFECTOS, SEGÚN LA LEGISLACIÓN DEL SUELO, DE LA NOTA MARGINAL. A) La nota marginal del expediente de reparcelación a) El sistema de cooperación. b) El expediente de reparcelación. B) Los efectos que dice el artículo 169, 3, que produce.—V. LOS VERDADEROS EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL. A) Efectos que produce la práctica de la nota. a) Efectos respecto al tercer adquirente. b) Efectos respecto a la Junta. B) Efectos que produce la omisión de la nota marginal. a) Cuestión previa. b) Posibles soluciones. 1) Primacía de los principios registrales. 2) Primacía de los preceptos de la Ley del Suelo. 3) Intento de solución conciliadora.—CONCLUSIONES.

A mi vuelta a la profesión después de «unas vacaciones» que me tuvieron en contacto con la Ley del Suelo (aunque desde la otra orilla), no resisto la tentación de entrar en ese laberinto de las relaciones del urbanismo con nuestro sistema inmobiliario registral.

El problema está latente desde 1956, pero se ha ido agudizando desde que empezó la Administración a aplicar la Ley del Suelo y, sobre todo, desde que apareció en el horizonte el propósito de reforma.

La necesidad de concordancia es una preocupación constante en la doctrina y en la práctica. «La posible falta de enlace entre el Registro y la planificación urbanística puede poner en entredicho la fuerza obligatoria de la Ley del Suelo o la eficacia jurídica para la cual se creó el Registro», señala, por ejemplo, JOSÉ MARÍA CHICO (1).

Ya en el I Congreso de Derecho Registral, NARCISO FUENTES (2), en la última conclusión de su ponencia, reclama una modificación de la entonces vigente Ley del Suelo, «... para que sus preceptos alcancen virtualidad práctica en el campo del Derecho privado».

Y el legislador de 1975 parece que le hace caso, pero le devuelve el reto.

Le hace caso porque en la nueva Ley es constante la preocupación, traducida en normas concretas, de la necesidad de reflejar en los libros del Registro las situaciones jurídicas que afectan al dominio y derechos reales sobre las fincas; recientemente lo ha puesto de relieve en esta misma revista BENAVIDES (3). Pero le devuelve el reto, pues la Ley de 2 de mayo, en su disposición final decimotercera, ordena taxativamente: «... se dicten las disposiciones precisas para acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en esta Ley...» Probablemente tiene razón; la reforma puede ser necesaria, pero de no adoptarse las debidas cautelas, sin lugar a dudas será peligrosa.

Téngase en cuenta que parece haber alcanzado mayor difusión (entiéndase en el sentido lato de la palabra: haber llegado a más gentes) la llamada literatura jurídica urbanista, impregnada de conceptos revisionistas y asentada sobre los pilares de la doctrina administrativa, que los trabajos elaborados por los que pudiéramos llamar (sin afán de distinción de clases) profesionales de cuño clásico, formados en el Derecho común, y en consecuencia más recelosos (¿conservadores?) con las no-

(1) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ: «Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad». *RCDI*, núm. 484, pág. 484.

(2) NARCISO FUENTES SANCHIZ: Publicación del I Congreso de Derecho Registral: *Registro de la Propiedad y urbanismo*, pág. 39.

(3) JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY: «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo». *RCDI*, núm. 538, páginas 609 y sigs.

vedades que pueden dar al traste con el equilibrio esencial del Ordenamiento jurídico.

La Ley Hipotecaria, como cualquier otra, se modifica por una Ley posterior; pero, a diferencia de otras, es piedra angular de un sistema elaborado día a día a partir del famoso Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que denunciaba a nuestras antiguas leyes, «condenadas por la ciencia y la razón», y así con el aval de más de cien años «... ha garantizado y garantiza suficientemente la propiedad, ha ejercido y ejerce saludable influencia en la prosperidad pública, ha asentado y asienta sobre sólidas bases el crédito territorial...», y si no da suficiente actividad a la circulación de la riqueza y si no modera —sobre todo en los momentos actuales— el interés del dinero no es precisamente a causa de la Ley ni del sistema.

La Ley se puede modificar, y el sistema, también. (¿No es mucho más importante la institución familiar y se está preparando, al hilo de los tiempos, una reforma para darle la vuelta como un calcetín?) El peligro radica en que, obsesionados por «coordinar» dos normas o dos leyes, «descoordinemos sin querer» todo el sistema.

De precipitaciones legislativas no sé si estarán llenos los infiernos; pero, desde luego, el *Boletín Oficial del Estado*, sí.

Ejemplo reciente, y precisamente en este tema: por Real Decreto 2187/78, de 23 de junio, se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, y después del verano, el Real Decreto 2473/78, de 14 de octubre, suspende la vigencia de sus artículos 12 a 17, ambos inclusive.

Creo que la tarea de hoy —como la de siempre— es estudiar la norma nueva, a la luz del propósito del legislador de dar soluciones nuevas a situaciones nuevas y antiguas, de un lado, y de otro, la concepción del Ordenamiento jurídico en su integridad, que antes y después de la nueva Ley tiene que seguir siéndolo, y que, lejos de ser lastre perturbador, es firme garantía del orden jurídico y social.

Con esta mentalidad («¿clásica, conservadora?») he estudiado, no sé si con acierto o error, la Junta de Compensación, en su naturaleza jurídica y régimen constitutivo (4), y ahí he tropezado con el primer problema registral, la «anotación en el Registro de la Propiedad» del artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, que con buen criterio el artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU) traduce en *nota marginal*.

Y de la mano de esa nota penetro en el laberinto que no sé si conduce a la «coordinación», con reincidencia manifiesta y sin propósito alguno de la enmienda, en la mentalidad clásica o conservadora.

(4) Trabajo publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, núms 109-110, páginas 161 y ss.: «La Junta de Compensación; su naturaleza jurídica; negocio jurídico de constitución».

I. DERECHO POSITIVO

A) Art. 129, 1 (inciso 2.º), LS

«En todo caso, los terrenos quedarán directamente afectos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema con *anotación* en el Registro de la Propiedad en la forma que se señale reglamentariamente.»

¿Qué quiere decir «afectos» con «anotación»? ¿Es que la afección nace con la constancia registral? ¿Es que sin ésta no hay aquélla?

Esta es la primera encrucijada del laberinto; vamos a penetrar en él, tratando de no perder la entrada, por si acaso no encontramos la salida.

En primer término, está claro —y así lo vio JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (5) antes de la publicación del RGU— que el concepto de anotación no se emplea en el sentido estricto de anotación preventiva; por eso la «forma que se ha señalado reglamentariamente» es la nota marginal.

Pero, además, creo que su contenido es mucho más amplio que la nota del artículo 169; esa anotación en el Registro se está refiriendo a la constancia registral de todo el proceso.

Comprende la nota propiamente dicha, momento del ingreso en el Registro del sistema de compensación y su Junta, así como los posteriores asientos durante el desarrollo del sistema que traigan tracto de la inscripción de dominio (supuesto de actos dispositivos del propietario de la finca) o de la propia nota (actos de disposición de la Junta, cuando pueda hacerlos); como asimismo, entiendo, comprende en su ámbito a las inscripciones de las nuevas fincas resultantes de la compensación (cuyo historial queda enlazado con las antiguas precisamente con la nota marginal), con la consiguiente «afección al cumplimiento de las obligaciones» en términos genéricos y la específica derivada del saldo de la cuenta de liquidación, que recae sobre las fincas con el carácter de «gravamen real» y que goza de preferencia sobre cualquier otra afección «y todas las hipotecas y cargas anteriores», con excepción de determinados créditos en favor del Estado (arts. 126 y 178 RGU).

En definitiva, ese precepto legal contiene una norma y un principio: los bienes quedan afectos al cumplimiento de determinadas obligaciones, y esa afección se exterioriza a través de los libros del Registro de la Propiedad.

(5) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, en nota 5 de la página 696.

B) *Art. 169 RGU*

«1. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 de la LS, la afección de los terrenos comprendidos en un polígono o unidad de actuación al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación se hará constar por *nota marginal* en el Registro de la Propiedad.

2. Dicha nota se extenderá a instancia de la Junta de Compensación, con aportación de certificación administrativa de haber quedado constituida la Junta de Compensación y de estar la finca incluida en el polígono o unidad de actuación.

3. La nota producirá los mismos efectos que señala el artículo 102 de este Reglamento para las que en dicho precepto se disponen en el procedimiento de reparcelación.»

El precepto es claro y ordenado; recoge el mandato legal e indica que el asiento adecuado para hacer constar en el Registro el comienzo del proceso que lleva consigo la ejecución del sistema es la nota marginal (número 1); a renglón seguido señala la legitimación (que ya veremos si es tal u otra cosa) y los documentos en cuya virtud se practica la nota (núm. 2); para terminar, por vía de remisión, señalando los efectos de la misma (núm. 3), y aquí pueden estar los problemas.

C) *Remisiones a la reparcelación*

La del artículo 169, 3, no es la única remisión que hace el Reglamento a las disposiciones relativas a la reparcelación; el artículo 174 (números 3, 4 y 5), al regular el final del proceso compensatorio, se remite (al art. 113) en cuanto a la forma pública que debe revestir el proyecto de compensación ya aprobado, así como su contenido, y (al artículo 114) en orden a las inscripciones de las nuevas fincas y paralelas cancelaciones, cargas subsistentes y operaciones complementarias. Este paralelismo nos podría llevar a la conclusión de la identidad entre ambos procedimientos; identidad y remisión que pueden ser válidas en los aspectos puramente formales (no tendría sentido copiar, por ejemplo, dos veces el art. 113), pero que ofrece muchas más dudas cuando incide en aspectos sustantivos, como el caso del artículo 102, que en su número 3 dice:

«3. La nota marginal expresada en el apartado anterior *solamente* producirá el efecto de que los interesados que hagan

constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones.»

Y cabe preguntarse: ¿sólo para esto se lleva al Registro la Junta de Compensación y la ejecución del sistema? ¿Es que en el procedimiento reparcelatorio y en la ejecución del sistema de compensación hay identidad de fines y actuaciones?

Intentando desentrañar estos enigmas, veamos en primer término los requisitos y circunstancias de la nota; las obligaciones inherentes al sistema, que crean una afección y cuya afección parece que se produce a través del Registro; para, finalmente, analizar si la nota marginal produce solamente esos efectos o sirve para algo más.

II. ELEMENTOS DE LA NOTA MARGINAL

En el estudio de los elementos (según la clásica metodología, subjetivos, objetivos y formales), nos vamos a encontrar con la siempre sana y beneficiosa intercomunicación entre las dos leyes; al intérprete corresponde ajustar cada pieza a su sitio: la Ley Hipotecaria tiene que modular y, por supuesto, suplir las previsiones de la Ley del Suelo, a la par que los principios de ésta y la dinámica interna del fenómeno de la comprensión nos puede imponer una nueva óptica en la interpretación de las normas registrales.

A) *Sujetos legitimados*

Una primera lectura del artículo 169 nos puede llevar a la impresión errónea de que la única legitimada para solicitar la nota marginal es la Junta de Compensación («... se extenderá a instancias de la Junta...»), con supresión de los demás personajes a quienes el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria les confiere tal derecho.

Tal vez a lo que autorice el RGU (y, en definitiva, lo que quiere decir) sea a distinguir a los «legitimados» de los «responsables».

Están «legitimados» todos los que en nuestro Derecho lo están indistintamente para pedir la práctica de los asientos del Registro (art. 6.º de la Ley Hipotecaria), y así bajo el concepto «de quien tenga interés en asegurar el derecho que se trate de inscribir», podrán pedir la nota, la Administración; los propietarios de las fincas incluidas en el polígono;

los titulares de derechos reales sobre aquéllas; los titulares del dominio y derechos reales sobre fincas que no estando incluidas en el polígono, con arreglo a la Ley del Suelo, deban hacer efectivo en esa unidad de actuación su derecho expectante; la propia Junta, y, además..., todo el que tenga interés.

En cambio, «responsable» es la Junta; si la nota no se produce o llega con retraso, los perjuicios «serán de cuenta y riesgo» de aquélla, por no haber producido la «instancia» a su debido tiempo.

En conclusión, el artículo 169, más que conceder un derecho a la Junta, lo que le está imponiendo es una carga (aunque, como veremos, en este terreno es peligroso utilizar ese concepto).

B) *Fincas sobre las que se practica*

En otro lugar he aventurado que la sujeción de todas las fincas de un polígono a un fin común (su transformación física y su ordenación urbanística), más el principio de solidaridad en beneficios y cargas, produce una intercomunicación entre los bienes y derechos situados en la misma unidad de actuación, que a semejanza de otras situaciones parecidas que se producen en nuestro Derecho, pudiera llamársele «masa de la compensación».

Y considerada esa masa como unidad, se produce una aplicación del principio de rogación —correcta, aunque más amplia de lo normal—, por la cual el Registrador debe practicar la nota sobre todas y cada una de las fincas comprendidas en el polígono, cualquiera que sea el presentante del título, el título presentado (siempre que sea bastante) y la petición formulada.

Y ello comprende a las fincas cuyos propietarios no se hayan integrado en la Junta y a las fincas no inscritas. Las primeras, porque después de todo el proceso de constitución de la Junta (y de las oportunidades que le han dado a su propietario) van a ser objeto de expropiación en favor de aquélla. La incorporación a la Junta es voluntaria en principio, como seguir o no el sistema de compensación, pero las mayorías (más del 60 por 100) vinculan a las minorías. Las segundas, serán objeto de inmatriculación previa si el título tiene virtualidad inmatriculadora; en otro caso, creo que el Registrador puede promover «de oficio» el procedimiento previsto en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario.

Lo cual, ni altera, ni desvirtúa, ni en modo alguno modifica o condiciona el principio de rogación, ya que lo que se le pide al Registrador, cualquiera que sea el «pedimento formal», es que mediante la nota marginal haga constar en el Registro la afección que pesa sobre todos los

terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema (artículo 129-1 de la Ley del Suelo), es decir, sobre todos los terrenos del polígono sobre los que la Junta ejerce su competencia.

C) *Título y circunstancias de la nota*

El número 2 del artículo 169, al exigir la certificación acreditativa de estar constituida la Junta e incluidas las fincas en el polígono, no se está refiriendo propiamente al título, ni mucho menos a las circunstancias.

a) *Título*.—La Junta de Compensación es una persona jurídica, que a lo largo de un procedimiento administrativo se constituye y adquiere personalidad jurídica.

Como en toda persona jurídica, hay un substrato, que se configura mediante negocio jurídico, y unos requisitos posteriores para adquirir la personalidad jurídica.

El negocio jurídico se perfecciona, con el valor de «forma de ser», mediante el otorgamiento de la escritura pública, que exige el artículo 163-1 del RGU.

La personalidad se adquiere mediante la inscripción en el Registro especial de Entidades Urbanísticas Colaboradoras (art. 26-2 R. G. U.).

Luego el título a presentar en el Registro no puede ser otro que la escritura pública de constitución, acompañada y complementada de la certificación del Registro especial, que justifica que ha adquirido personalidad jurídica.

La certificación acreditativa de que la finca está incluida en el polígono pudiera ser la del funcionario administrativo —con facultad de certificar— en cuyo poder se encuentre el Plan parcial y expediente constitutivo de la Junta, siempre que a ese expediente se hayan aportado los títulos y las fincas estén descritas adecuadamente.

Pero lo normal será que no sea necesaria una certificación expresa que acredite esos extremos, ya que resultará suficientemente probado por el contenido de la escritura.

El Notario, al redactar la escritura, tiene que analizar y examinar el expediente previo y además, en cumplimiento de los artículos 170 a 175 de su Reglamento, deberá describir los inmuebles «expresando con la mayor exactitud posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o necesarios para realizar la inscripción», rectificar datos que estuvieren equivocados o hubieren sufrido alteración, así como reseñar títulos, cargas, gravámenes y responsabilidades.

Si queremos en última instancia salvar el precepto reglamentario, se puede matizar; la certificación administrativa puede ser el título *stricto sensu* que determine la vinculación de la finca a la Junta. Pero, como en toda persona jurídica, deberá ir amparado y arropado, por los títulos que han determinado su constitución y nacimiento a la vida jurídica (escritura y certificación del Registro especial). Independientemente de aquella «vinculación», lo que es imprescindible es conocer el «título material» que a la Junta atribuye facultades y poderes sobre la finca; y ése, no puede ser otro que la escritura.

b) *Circunstancias de la nota*.—Si tuviéramos que clasificar esta nota marginal dentro de las categorías habituales elaboradas por la doctrina, habría que incluirlas en las sustitutivas de inscripción, de Roca, o en las notas marginales propiamente dichas (frente a las referencias marginales), de CAMY; en cualquier caso, las circunstancias vienen dictadas por aplicación analógica de los artículos 51 y 56 del Reglamento Hipotecario. Prescindiendo de las de aplicación general (documentos presentados, asiento de presentación, fecha, firma, etc.), las vamos a analizar en función de la Junta, de las fincas y de la titularidad que aquélla ostenta sobre éstas.

1) *Relativas a la Junta*.—La nota debe contener con la debida claridad todas las circunstancias identificadoras de la Junta como persona jurídica por lo que resulte de la escritura y de los Estatutos, tales como nombre, duración, domicilio, órgano urbanístico bajo cuya tutela actúe y referencia a la propia escritura de constitución y a la inscripción en el Registro especial.

2) *Relativas a las fincas*.—Normalmente, la nota no tiene por qué contener indicaciones de la finca a cuyo margen se practica, de la misma forma que no tendrá referencia alguna a las demás fincas del polígono, toda vez que esa referencia quedará consignada en la nota al margen del asiento de presentación.

Pero si con ese motivo del planeamiento se han producido o se van a producir modificaciones, es conveniente recoger los nuevos datos descriptivos, así como los cambios de destino si están suficientemente definidos (como parcela edificable, zona verde, reserva escolar, etc.).

Pero tal vez lo más interesante desde el punto de vista registral sea la alteración de la propia entidad de la finca: es el caso de las fincas discontinuas, en que parte de los elementos estén afectados por el Plan y parte no, o el de las propias fincas normales, en que sólo parte de ellas estén dentro de los límites del polígono o unidad de actuación.

Es muy fácil imaginar una finca rústica o explotación agrícola situada parte en suelo urbanizable y parte en suelo rústico (en terminología actual, no urbanizable).

En estos supuestos, la nota debe expresar claramente cuál es la porción de finca sujeta al proceso de urbanización.

No hay inconveniente en practicar las segregaciones oportunas, dejando como resto la porción de finca no afecta; pero dado el carácter transitorio de la Junta de Compensación y, consiguientemente, de la nota marginal que se practica, en la mayoría de los casos no será necesario practicar aquella segregación hasta el momento en que las nuevas fincas queden perfectamente perfiladas.

En todo caso, la nota marginal (sustitutiva de inscripción) será el soporte válido para la actuación de los principios registrales sobre la totalidad o parte de la finca afecta al proceso urbanizador; por tanto, si al polígono sólo se ha incorporado parte de aquélla, debe describirse en el cuerpo de la nota como si de nueva inscripción se tratase.

3) *Relativas a la titularidad de la Junta sobre las fincas.*—Este es uno de los grandes problemas técnicos que plantea la Junta de Compensación, el de la titularidad fiduciaria y el poder de disposición. El artículo 129 de la Ley del Suelo, entre otras cosas, dice:

«1. La incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presupone, salvo que los Estatutos dispusieren otra cosa, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados a los resultados de la gestión común (inc. 1.º).

2. Las Juntas de Compensación actuarán como *fiduciarias*, con pleno *poder dispositivo* sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos.»

A la vista de ello, y sin entrar en el problema de la clase de fiducia (si es que la hay) que ostenta la Junta y hasta dónde llegan sus poderes dispositivos (si es que los tiene), cabe pensar en tres grandes supuestos.

El primero, que al tiempo de la constitución de la Junta, y por pacto, se le transfiera el dominio de los inmuebles; en este caso, la nota actúa como inscripción de dominio en favor de aquélla y, consiguientemente, como asiento base de las transmisiones posteriores.

El segundo, que no haya tal transmisión de dominio, pero en base a la libertad de pactos que presume el último inciso del precepto transcrito («... sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos»), a la Junta se le dote de más o menos facultades que las previstas en la

Ley, en tal supuesto en la nota «... se hará expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente» (art. 51 RH), y en este caso, también del transferente (ya que no ha transferido del todo).

Finalmente, que ni escritura ni Estatutos digan nada acerca de la titularidad con que queda investida la Junta, caso en el cual tampoco debe decir nada la nota, pues las partes no han querido alterar ni modificar el contenido legal.

No es precisamente el Registrador el adivino llamado a desentrañar el alcance misterioso de esa fiducia, aunque tendrá que afrontarlo al calificar los posibles actos dispositivos emanados directamente de la Junta, pero éste es otro problema; al tiempo de la nota marginal no tiene por qué fijar el contenido de una titularidad de cuño legal.

III. LAS OBLIGACIONES INHERENTES AL SISTEMA

Del cúmulo de relaciones obligatorias que pueden surgir entre los propietarios asociados, miembros de la Junta, así como entre aquéllos y ésta, y de todos con la Administración, queden delimitadas inicialmente las que tienen un origen voluntario (nacen del negocio jurídico asociativo) de las directamente impuestas por Ley. Todas, de una forma u otra, pueden tener trascendencia frente a terceros, pero creo que sólo las segundas deben incluirse en el rótulo de «inherentes al sistema» y sólo para ellas está pensada la «afección legal».

Y con esta delimitación es obligada la cita (aunque nos desviemos en nuestro propio laberinto) a uno de los grandes temas conceptuales que ya planteó la Ley del 56 y persiste en la vigente, el de los «límites, deberes y cargas» derivados del planeamiento (6). A raíz de la conferencia de GARCÍA DE ENTERRÍA (Sevilla, 1957) parece haberse convertido en *communis opinio* de la doctrina la distinción entre limitaciones del derecho de propiedad y delimitaciones o límites-confines de su contenido normal. Después de la reforma, especialmente los artículos 76 y 87 siguen dándole soporte legal (7). Pero ahí no queda la cuestión, ya que el con-

(6) Véase ORTEGA GARCÍA: *Los deberes o cargas en la legislación urbanística*. Montecorvo, 1974; especialmente, págs. 21 a 29.

(7) Art. 76 LS: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.»

Art. 87, 1, LS: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciadas en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.»

cepto de «límite» (de contenido negativo) se suele contraponer el «deber» (de contenido positivo).

Y al lado de «obligación o deber», que constriñe al ejercicio de una actividad con ejecución subsidiaria, se sitúa el concepto procesal de «carga» (GUASP), que no constriñe a nada, sino que condiciona el mantenimiento de determinadas facultades, el ejercicio de una cierta actividad.

Si, además, para terminar de complicar las cosas, tenemos en cuenta que los terrenos quedan «... directamente afectos al cumplimiento de las obligaciones...», aparece la otra «carga», a su vez distinta del «gravamen», como recoge y distingue MARTÍN MARCOS (8), después de analizar nuestra doctrina hipotecaria (ROCA, CHICO y BONILLA, CAMY).

Siñ dejar de reconocer los esfuerzos doctrinales, dignos de todo elogio, en cuanto que tratan de conducir el contenido de la LS a los esquemas conceptuales clásicos, parece preferible adoptar el punto de vista de Díez PICAZO (9), según el cual, partiendo de una determinada concepción del dominio, pierde sentido la distinción entre límites y limitaciones; deber y límite quedan reducidos a perspectivas de un mismo fenómeno (abandonando el concepto de derecho subjetivo como posición de poder, para sustituirlo por el de causa de justa formulación de una pretensión) y la carga (en el primer sentido apuntado) no aparece en la LS, ya que el incumplimiento no impide el ejercicio de una facultad, sino que puede llevar a la pérdida del derecho.

La diversidad de conceptos queda reducida a la unidad del «deber jurídico».

Si además consideramos que el artículo 88 impone la subrogación en los límites y deberes, caso de transmisión de la finca, podemos concluir, con el mismo autor, «que la situación urbanística del terreno y el tejido de facultades y deberes inherentes a la misma se convierten en una especie de *obligaciones propter rem*».

Aceptado este concepto unitario de deber jurídico con trascendencia a terceros, es conveniente despejar de una vez para siempre las dudas que suscita el término «cargas» en la LS.

En los mismos umbrales de la Ley del 56, una de las preocupaciones que aparecen y uno de los motivos que avalan la instauración de un nuevo orden es la «justa distribución de beneficios y cargas».

(8) MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ: *Parcelaciones y reparcelaciones y el Registro de la Propiedad*. Montecorvo, 1976; pág. 282.

(9) Díez PICAZO: «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística». *RDU*, núm. 23, mayo-junio 1971, págs. 16 y sigs.

La E. de M., en su apartado I, al justificar la necesidad de la Ley, dice: «se impone establecer el régimen adecuado frente a la especulación del suelo y la irregularidad en el proceso de urbanización, que atribuye la *carga* de subvenir a ésta a quien recibe directamente sus *beneficios*...» Preocupación que se reitera en el apartado III, c), como uno de los problemas que requieren solución para asegurar la función social de la propiedad «... la falta de distribución equitativa del aumento de valor del suelo...», que debe ser «... atribuido justamente a los propietarios, de suerte que desaparezcan en lo posible las desigualdades actuales, derivadas de conceder la edificación intensiva a unos, mientras se niega o limita excesivamente a otros».

Y el legislador de 1975 vuelve a destacar como deficiencia a corregir las quiebras al principio de la distribución justa y equitativa de las cargas y beneficios del planeamiento.

Lo eleva a la categoría de principio (arts. 3.º, 2, b; 87, 1, inc. 2.º) y lo aplica a los sistemas de actuación (art. 124) (10).

Sin perjuicio que en algún precepto el concepto carga coincida con alguno de los antes expuestos, lo que parece claro es que la Ley lo utiliza genéricamente en contraposición a beneficio; beneficio y carga que, más que responder a una técnica jurídica, parece emplearse en un sentido social y económico; beneficio igual a activo, y carga, a pasivo (11).

La Constitución y la LS reconocen la propiedad privada, pero desde la perspectiva de la función social que debe cumplir, los beneficios que reporta la obra planificadora y urbanizadora hay que distribuirlos equitativamente entre los propietarios implicados en el proceso, y aun antes hay que detraer la parte alícuota que reclama la obra urbanizadora bien hecha (viales, zonas verdes, aparcamientos, etc.) y el tanto por ciento que reclama la comunidad (zonas escolares, servicios sociales, 10 por 100 de aprovechamiento medio, etc.).

Parece, en fin, rizando el rizo, que las cargas también son beneficios, pero beneficios no para el promotor que las soporta, sino para los terceros que las disfrutan. En definitiva, «limitaciones, deberes y cargas»

(10) Art. 3.º, LS, núm. 2, b): «Impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos.»

Art. 124, 1: «Las obligaciones y cargas de los propietarios del suelo a que se refiere este capítulo serán objeto de distribución justa entre los mismos, juntamente con los beneficios derivados del planeamiento, en la forma que libremente convengan mediante compensación o reparcelación.»

(11) No debe llamar la atención esta utilización de términos jurídicos, que a su vez son sociales. GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO (*Lecciones de Derecho urbanístico*, II, pág. 61) señalan que la «solidaridad» de la Ley del Suelo no se emplea en el mismo sentido que el Código Civil. Y otro tanto se puede decir de la «compensación», que nada tiene que ver con la extinción de las obligaciones del artículo 1.156 del Código Civil.

se refunden en el concepto clásico de deberes jurídicos que pesan directamente sobre las fincas.

Si esta proyección *erga omnes* tiene virtualidad por y a través de los libros del Registro, o representa una excepción al principio de publicidad (talón de Aquiles de la coordinación), es lo que se trata de averiguar.

A) *Las obligaciones en el sistema de compensación*

Uno de los aspectos en que ha incidido la reforma es en la diferencia entre los sistemas de compensación y cooperación; hoy, la diferencia esencial entre uno y otro —GONZÁLEZ PÉREZ (12)— radica en el sujeto ejecutor de las obras de urbanización.

Del análisis de los artículos 126 y 131 se deduce que en ambos sistemas los propietarios vienen obligados a aportar los terrenos de cesión obligatoria y costear las obras de urbanización; sólo en el primero los propietarios ejecutan la urbanización y cuando son más de uno deben constituirse en Junta.

Estas son las obligaciones esenciales, que si se reconducen por su naturaleza al concepto del deber jurídico no hay inconveniente, en razón del contenido de la prestación, llevarlas a la clasificación, vieja, pero aún vigente en nuestro derecho de obligaciones de dar, hacer y no hacer, del artículo 1.088 del Código Civil.

Y si se tiene en cuenta que son de origen legal, por aplicación del artículo 1.090, no se presumen, se rigen por su Ley específica y en lo no previsto por las disposiciones del Libro IV del propio Código Civil.

a) *Obligaciones de dar.*—Pertenece a esta categoría las que como «cargas» señala el artículo 120:

«a) Efectuar las cesiones de terreno que se establecen en la presente Ley.

b) Sufragar los costes de urbanización.»

Las primeras son obligaciones de dar cosa específica, y para el suelo urbanizable programado las recoge el artículo 84 LS. En algún supuesto —aunque para el sistema de compensación hay que pensar que no será frecuente— (art. 125 LS) se puede convertir en obligación dineraria.

Los segundos nacen como típica obligación dineraria, con la extensión que le da el artículo 122, 1; pero, por pacto (art. 122, 2), pueden transformarse en obligación de dar cosa específica.

(12) *Ob cit.*, pág. 683.

b) *Obligaciones de hacer y no hacer.*—Además del principio general de colaboración y lealtad que inspira nuestro Derecho siempre que hay concurrencia de intereses o figuras asociativas, cualquiera que sea su origen (ej.: arts. 397 y 1.686 CC), la LS impone unas específicas actividades y conductas encaminadas al cumplimiento de los fines propuestos, tales como la necesaria concurrencia al proceso de constitución de la Junta; y constituida al ejercicio de la gestión encomendada, muy especialmente a la formulación y, en su caso, aprobación del proyecto de compensación.

La negligencia o falta de cumplimiento puede traer consigo la pérdida del mismo derecho.

Otro tanto cabe decir de las obligaciones de no hacer, la primera tan elemental como «no estorbar»; téngase en cuenta que en las conductas impuestas por la Ley lo mismo caben las acciones debidas que las omisiones necesarias (que de no mediar la Junta y el proceso de compensación la actitud contraria sería perfectamente lícita); a esta categoría corresponden los derechos temporalmente suspendidos, en atención al proceso de transformación de la finca, tales como los actos posesorios incompatibles con la actividad encomendada a la Junta; así se desprende *a sensu contrario* del artículo 185 del RGU, que priva a los propietarios de los interdictos de retener y recobrar frente a actos y ocupaciones de terrenos de la Junta de Compensación (13). Luego parece claro que si frente a estos actos el propietario no puede ejercer las acciones interdictales, la Junta podrá ejercitar algún derecho frente al propietario que aun en el ejercicio de las facultades que sigue ostentando sobre la finca impida la actuación de aquélla.

B) *Cumplimiento y sanciones por incumplimiento*

a) *El cumplimiento de las obligaciones.*—Si en principio el cumplimiento normal no debe ofrecer ninguna dificultad, el artículo 128, al consagrar el principio de «transmisión *ex lege*», no deja de ofrecer ciertas dudas a la interpretación; en efecto:

«La transmisión al municipio correspondiente en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos de cesión obliga-

(13) Art. 185 RGU: «Los miembros de la Junta no podrán promover interdictos de retener y recobrar la posesión frente a resoluciones de la Junta de Compensación, adoptadas en virtud de la facultad fiduciaria de disposición sobre las fincas de aquéllos y de acuerdo con el procedimiento estatutariamente establecido. Tampoco procederá la acción interdictal cuando la Junta de Compensación ocupe bienes que sean precisos para la ejecución de las obras de urbanización, de conformidad con el plan que se ejecute.»

toria y de las obras o instalaciones que deben ejecutar a su costa los propietarios tendrán lugar *por ministerio de la Ley*, en las condiciones que reglamentariamente se determine.»

El autor antes citado considera que esta regla es especial para el sistema de compensación y entraña una excepción a la regla general, que parece ser la contraria, pues la Ley parece exigir —en general— una actividad encaminada a realizar la entrega, en tanto que aquí introduce la cesión *ex lege*.

El RGU, siguiendo el mandato legal, distingue y aclara: para los terrenos de cesión obligatoria y gratuita (art. 179, 1) «el acuerdo de aprobación del proyecto de compensación producirá la cesión de derecho a la Administración actuante».

Para las obras de urbanización, instalaciones y dotaciones (art. 180, 1) es la Junta quien debe efectuar la entrega en plazo de tres meses a partir de su recepción definitiva.

En ambos casos, la transmisión se produce por ministerio de la Ley, porque no hay un negocio jurídico traslativo especial; pero también en ambos casos hay una actividad encaminada a materializar la cesión, que para las obras de urbanización es la pura entrega, pero que en la cesión de terrenos hay un negocio jurídico (acuerdo de voluntades) para concretar y determinar el objeto de la obligación que nazca de la Ley, que debe revestir forma pública (escritura o acta de protocolización, artículo 174, 3) e inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 174, 4).

b) *El incumplimiento.*—Dos preceptos de las disposiciones generales de los sistemas de actuación parecen sentar la regla general que la sanción por incumplimiento es la expropiación (arts. 119 y 124). Sin embargo, la interpretación finalista de esas disposiciones, más algunos preceptos reglamentarios, más la autorizada opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, a quien una vez más sigo, imponen la meditación (y la serenidad).

La Junta de Compensación es la responsable frente a la Administración del cumplimiento de las obligaciones contraídas, y a su vez tiene acciones frente a los propietarios para exigirles el cumplimiento de sus deberes (art. 130 LS); por ello tal vez convenga distinguir dos supuestos de incumplimiento, el de la Junta y el de los propietarios.

1) *Incumplimiento de la Junta.*—El artículo 119, en su número 4, es terminante:

«En todo caso, procederá la aplicación del sistema de expropiación cuando la Junta de Compensación ... incumpla las obligaciones inherentes al sistema de compensación.»

Pese a la afirmación absoluta de «en todo caso», el autor citado señala ciertas atenuaciones, y parece que el RGU le ha hecho caso. Entiende que la Administración puede matizar la gravedad del incumplimiento, imponer sanciones e incluso (con arreglo a la LPA) utilizar la ejecución subsidiaria, todo ello sin perjuicio de poder optar por el sistema de expropiación (14).

El artículo 183, 1, del RGU, en efecto, ante el incumplimiento grave ofrece a la Administración las siguientes opciones: sanción económica (que puede repercutir sobre el miembro o miembros de la Junta causantes del incumplimiento) y además cambiar el sistema por el de expropiación (que es lo que dice la Ley) o por el de cooperación (que es la ejecución subsidiaria del párrafo anterior).

2) *Incumplimiento individual del propietario*.—Al propietario individualmente considerado parece dedicarle la LS su artículo 124:

«2. El incumplimiento de las obligaciones y cargas impuestas por la presente Ley habilitará a la Administración competente para expropiar los terrenos afectados» (15).

Sin entrar en el tema, que nos llevaría lejos, de si este precepto está legitimando a la Administración para proceder a la expropiación parcial de un polígono, en aquella parte que el propietario no se incorpora a la Junta y los demás (sin llegar al 60 por 100) tienen la voluntad decidida y manifiesta de seguir el sistema de compensación (16), el concepto

(14) GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit.*, pág. 698: «La Administración pública tiene competencia para matizar la gravedad del incumplimiento y decidir la conveniencia de continuar actuando en sistema de compensación, dictando actos obligatorios y ejecutivos conminando a la Junta al cumplimiento de sus deberes con los apercebimientos correspondientes. Dada la amplitud del concepto de infracción urbanística (art. 225), el incumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación constituye una infracción que podrá ser objeto de sanción.

Si pese al requerimiento, con independencia de las sanciones que puedan imponerse, la Junta insiste en su actitud de incumplimiento, el medio de ejecución forzosa que en este supuesto habilita la Ley es la ejecución subsidiaria (LPA).»

(15) Para el propietario individual es más concreto el artículo 130, 3: «El incumplimiento por los miembros de la Junta de las obligaciones y cargas impuestas por la presente Ley habilitará a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria.»

Igualmente, el artículo 127, 1, que prevé la expropiación para el propietario que no se incorpore a la Junta; pero esto, más que un caso de incumplimiento, es de no incorporación al sistema.

(16) Es muy fácil imaginar un Plan Parcial, con varios polígonos, en que los promotores (porque tengan el porcentaje adecuado sobre la totalidad del Plan) soliciten y obtengan el sistema de compensación.

Entonces también es fácil pensar que en uno de los polígonos de ese Plan los propietarios que representen el 58 por 100 de la superficie del mismo estén de

«habilitará», mucho más suave que el anterior de «en todo caso», nos lleva a darle un carácter indicativo, es decir, habrá expropiación siempre que no haya otro remedio.

Y así, la propia LS (art. 130, 2) y el RGU (181, 2), para el incumplimiento de las obligaciones de contenido económico, antes que la expropiación prevé la vía de apremio.

En cambio, no parece que si el incumplimiento es de obligaciones no dinerarias, independientemente de la sanción, se pueda intercalar ninguna solución intermedia antes que la expropiación (como ejecución subsidiaria), ya que en este caso la expropiación no termina con el sistema; se expropia al miembro que incumple; beneficiaria de esa expropiación es la Junta, y el sistema de compensación sigue.

Ello no es óbice para que, en aplicación del derecho general de obligaciones, la Junta, antes de ir a la expropiación, trate por el procedimiento judicial ordinario que corresponda el cumplimiento «en especie» de la obligación incumplida; lo que pasa es que será mucho menos expeditivo, más largo y más costoso que la expropiación.

IV. LOS EFECTOS, SEGÚN LA LEGISLACIÓN DEL SUELO, DE LA NOTA MARGINAL

Ha llegado el momento de abordar de frente el problema de cuál es la norma jurídica que emana de los artículos 129 LS y 102 RGU (por remisión del 169). Y, averiguada, indagar si es conforme o, por el contrario, modifica o incluso deroga uno de los pilares básicos de nuestro sistema registral, el que tiene su base en los artículos 32, 34 y 38 de la LH, con el amparo de los Tribunales, que proclama el artículo 1.º

Quede dicho por anticipado que, a mi juicio, el error básico está en la perniciosa remisión del artículo 169, por virtud de la cual se trasvasan sin más a la nota marginal de la Junta de Compensación los efectos de la nota que ha de practicarse en el Registro para constancia del expediente de reparcelación.

Y pudiera darse el caso en la práctica que esos efectos sean pareci-

acuerdo con el sistema y cumplan con los requisitos exigidos en la Ley para su ejecución, pero los que representan el 42 por 100 restante adopten una postura obstruccionista o simplemente pasiva ante los requerimientos formulados por la Administración, previstos en el artículo 158 RGU, entonces cabe preguntarse: ¿no está el artículo 124 «habilitando» a una expropiación parcial, siendo beneficiaria la futura Junta de Compensación, en vez de tener que cambiar el sistema, para a la larga conseguir los mismos resultados con más esfuerzos en costos y tiempos para la Administración?

dos, similares y hasta «casi lo mismo», pero el legislador no debe conformarse con el «casi», ni mucho menos tocar la tecla de al lado, aunque suene.

A) *La nota marginal del expediente de reparcelación*

La disgresión es obligada, pues si queremos desentrañar los efectos de la norma remitente habrá que conocer el contenido de la remitida.

Una de las virtudes de la reforma del 75 ha sido poner un poco de orden (o al menos intentarlo) en la confusión que anteriormente se producía entre sistemas de actuación, formas de gestión y recursos técnicos e instrumentales encaminados a realizar la ejecución de la obra urbanizadora.

Hoy no cabe confundir los sistemas entre sí, ni éstos con la gestión pública o privada, ni a la reparcelación-expediente (que es un recurso técnico), con la compensación o cooperación (que son sistemas).

Veamos algo sobre el sistema de cooperación y sobre el instrumento normalmente utilizado para llevarlo a cabo, que es el expediente de reparcelación.

a) *El sistema de cooperación.*—Como ha quedado antes señalado, la última y esencial diferencia entre el sistema de cooperación y el de compensación viene dada por el sujeto ejecutor: en el primero es la Administración; en el segundo, los propietarios.

Si tenemos en cuenta sujeto ejecutor, procedimiento y resultados finales bien se puede decir que el sistema de cooperación es muy similar en sus resultados al de compensación, en tanto que en su procedimiento de ejecución ofrece grandes afinidades al sistema de expropiación.

En efecto, compensación y cooperación (según la propia E. de M. de la Ley de Reforma) responden a la filosofía del «... mantenimiento de los propietarios genéricamente considerados en la propiedad del suelo...»; por ello, al final del proceso los titulares de las fincas de origen van a recibir parcelas edificables, previas las deducciones de las cargas pertinentes, en proporción a sus derechos.

En su desenvolvimiento, en el sistema de cooperación, la Administración actúa investida de sus potestades privilegiadas (*imperium*), toma posesión de los terrenos, suspende licencias, parcela y reparcela, cobra cuotas a los propietarios (y si se descuidan aplica la vía de apremio) y al final distribuye cargas y beneficios.

Por todo ello, aun antes de ser Ley el Proyecto de Reforma, CORELLA (17) incluye este sistema entre las formas de gestión pública, al igual que el sistema de expropiación.

b) *El expediente de reparcelación.*—El recurso que prevé la LS (artículo 97, 2) para «distribuir justamente los beneficios y cargas» es la reparcelación, que a su vez, y después de la reforma, salvo alguna actuación aislada en suelo urbano, ha quedado prácticamente circunscrita al sistema de cooperación (18).

(17) CORELLA MONEDERO: «Ejecución de planes en el Proyecto de Reforma de la Ley del Suelo». *RDU*, núm. 33, págs. 44-45.

(18) Art. 73 RGU: «No será necesaria la reparcelación en los siguientes casos: b) Cuando el Plan se ejecute por el sistema de compensación o de expropiación.»

Y si el sistema guarda cierto parentesco con la expropiación, el recurso previsto por la Ley para su desarrollo —reparcelación— está igualmente impregnado de aires expropiatorios.

No es de extrañar que una de las teorías formuladas sobre su naturaleza jurídica sea precisamente la expropiatoria; MARTÍN MARCOS (19), aunque no la comparte, no deja de reconocer sus afinidades.

La propia LS es terminante, en su artículo 102, 2:

«Se aplicarán supletoriamente a la reparcelación las normas de la expropiación forzosa.»

Y, en base a ello, el RGU, en su artículo 76, contiene unas disposiciones tan elocuentes como éstas:

«2. A efectos de determinación de las titularidades, se aplicarán las normas de la expropiación forzosa. Estas mismas normas se aplicarán para resolver las cuestiones de capacidad y representación de los interesados.

3. Las disposiciones de este Reglamento se aplicarán, no obstante los defectos de capacidad, limitación de la facultad de disponer o demás circunstancias que condicionen o prohíban las transmisiones de las fincas en situación normal.»

¿Cabe pensar en unas medidas tan drásticas, si no estuviese por medio la Administración, actuando en uso de sus facultades privilegiadas y a través de un expediente netamente administrativo, con sus elementos consustanciales de publicidad, legalidad, ejecutoriedad, etc?

La nota marginal del artículo 102 RGU no se puede entender fuera de los supuestos legales y de hecho en los que se produce.

Y precisamente porque el expediente de reparcelación, para el que está pensada y dictada, participa en gran medida de la naturaleza expropiatoria, es la razón por la cual esa nota marginal tiene tantas agnidades con la del artículo 32 del RH.

El antecedente inmediato del RGU (el Reglamento de Reparcelaciones) no se anduvo con rodeos ni eufemismos; decía clara y paladinamente que el Registrador practicará la nota marginal prevista en el artículo 32 del RH (20).

Por todo ello, el tan reiterado artículo 102 prevé que cuando la Administración inicie el expediente «deberá recabar de oficio» del Registrador certificación de titularidad y cargas (núm. 1), y el Registrador, también de oficio, al expedirla pondrá nota al margen de las inscripciones de las fincas afectadas (núm. 2).

Y también por ello, utilizando la técnica del artículo 32 RH, agrega (número 3) que los adquirentes posteriores no deberán ser citados en

(19) *Ob. cit.*, pág. 240.

(20) Art. 21 RR: «De la certificación y nota de afección.—2. El Registrador expedirá la certificación y extenderá la nota marginal prevenida a efectos expropiatorios en el artículo 32, regla primera, del Reglamento Hipotecario; ...»

el expediente, pero si concurren se seguirá con ellos las actuaciones (21). El tercero que adquiera sabe por el Registro (al igual que en la expropiación) que la finca adquirida está sujeta a un procedimiento administrativo, que al igual que en el de expropiación con el nuevo titular o sin él las actuaciones van a seguir; pero a su diferencia va a tener que pagar (en vez de cobrar), y si no paga, ya sabe lo que le espera.

Pero todo esto, que es correcto donde está, ¿se puede llevar sin más al sistema de compensación?

B) *Los efectos que dice el artículo 169, 3, que produce*

Como consecuencia de las remisiones y el «solamente» del artículo 102, el tercer adquirente de finca afecta a una Junta de Compensación es asimilado al que adquiere un inmueble sujeto a expropiación o reparcación; si se persona se le considera parte (cortesía); si no comparece se le ignora.

GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO (22), en un encomiable esfuerzo por encontrar una salida airosa (*favor negotii*, en este caso Reglamento), después de reconocer que la nota marginal es la expresión registral de la afección y que está publicando una carga real, afirman que «... sólo produce el efecto de fijar administrativamente el propietario titular del bien afecto a las obligaciones propias de este sistema, de modo que los ulteriores titulares que inscriban su derecho con posterioridad a la nota marginal tienen que comparecer y hacer valer su derecho ante la Junta y la Administración actuante para que se entiendan con ellos las sucesivas actuaciones».

Esta interpretación es válida y correcta en el terreno de la carga procesal; sobre la Junta pesa la carga de practicar la nota y sobre el tercer adquirente la de comparecer ante la Junta y la Administración, presentarse y hacer valer sus derechos y asumir sus obligaciones. Lo que parece peligroso es llevar al mismo plano magnitudes diferentes (recuérdese el viejo sofisma del arquero: la flecha, antes de llegar a la diana, habría de recorrer la mitad del camino, y antes la mitad de la mitad, y así sucesivamente hasta llegar a la conclusión que no se movía); y en planos diferentes se mueven la «noticia», conocimiento de un hecho concreto (la transmisión), de la «publicidad», verdad oficial impuesta por los asien-

(21) Recordemos con LA RICA: *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, 1959, pág. 56: «Esta nota equivale a la que se ha de extender en los procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria y en toda clase de procedimientos de apremio contra bienes inmuebles... y viene a significar una explícita condición resolutoria registral para toda clase de asientos posteriores.»

(22) *Lecciones de Derecho urbanístico*, II, pág. 70.

tos del Registro, en tanto por el procedimiento adecuado no se declare su inexactitud.

Por ello, y partiendo de los efectos que prevé el artículo 169, 3, hay una serie de interrogantes que quedan sin respuesta satisfactoria, tales como: ¿qué pasa si el adquirente, «que no tiene que ser preceptivamente citado», no se persona? ¿Es que la Junta que haya tenido conocimiento de la transmisión puede seguir sus actuaciones sin el nuevo titular? ¿Es que puede reunirse válidamente y adoptar acuerdos válidos (incluso los de quórum específico) sin citar al tercero que sabe que existe, pero «no se personó»? (23) Ese «solamente» (que donde está puede que esté bien), trasplantado al sistema de compensación, implica el desconocimiento de la mecánica de dicho sistema y de la naturaleza de la Junta, amén de ignorar la subrogación que impone la Ley, y ello sin considerar el atentado que supone contra el principio de publicidad.

Y todo ello es debido a asimilar los efectos de dos notas marginales que nada tienen que ver la una con la otra, como nada tienen que ver entre sí los respectivos procedimientos que la originan.

En el terreno puramente registral piénsese que la nota de la reparcelación se limita a «avisar» sobre la existencia del procedimiento, en tanto que la que nos ocupa, además de eso, como sustitutoria de inscripción, puede ofrecer soporte a asientos posteriores de dominio (los que dimanen de la Junta), es decir, base y eslabón del tracto sucesivo.

En el aspecto procesal no se puede pasar por alto el momento en que se producen; la del artículo 102 (como la del 32 del RH), en el comienzo mismo de las actuaciones, momento desde el cual «advierde a los posibles terceros que hay iniciado y en trámite un expediente (expropiatorio) de la finca o derecho de que se trate, en virtud del cual podrá ser cancelado el asiento...», como observa LA RICA (24).

En tanto que la del artículo 169 se practica cuando ya hace tiempo que está funcionando el procedimiento, o mejor dicho, cuando se ha culminado la primera parte, consistente en la constitución de la Junta; en cuyo procedimiento ya se han adoptado, entre otros, los siguientes y trascendentales acuerdos, adopción del sistema de compensación (si no venía impuesto por el Plan), Bases y Estatutos, procedimiento a seguir

(23) Llevando a sus últimas consecuencias la norma del artículo 102, nos podemos encontrar con la siguiente situación, que habla por sí sola. Un miembro de la Junta ya constituida e inscrita (nota marginal) transmite su finca a un tercero en escritura pública, que, a su vez, inscribe en el Registro; pero el transferente, celoso cumplidor de los deberes corporativos, notifica notarialmente a la Junta que se ha producido la transmisión, le facilita los datos del adquirente y mayor abundamiento le remite copia de la escritura de transmisión; pues bien, si el tercer adquirente no rinde pleitesía, la Junta lo ignora y continúa sus actuaciones.

(24) *Ob. cit.*, pág. 56.

en la compensación y, en su caso, transmisión del dominio a la Junta (si es que se ha acordado); y una vez hecho todo esto comienza a actuar la Junta.

Este último aspecto puede que no tenga trascendencia respecto al tercer adquirente que inscribe su título con posterioridad a la nota, pero ¿y si el tercero llega al Registro antes de la práctica del asiento marginal? Más adelante lo veremos.

La actitud puramente pasiva del tercero (si no se persona no es parte) tiene su marco adecuado donde está, en la expropiación y en la re-parcelación, donde en definitiva quien actúa es la Administración, y el propietario no tiene otra alternativa que esperar acontecimientos. Pero en ningún caso se puede llevar mediante calco al sistema de compensación, donde la obra urbanizadora la ejecutan los propietarios, integrados en un órgano de naturaleza asociativa y dotado de personalidad jurídica, como es la Junta, asentada en y regida por el principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites lógicos que impone la Ley y derivan del planeamiento. La conclusión parece imponerse por sí sola; téngase por no puesta la remisión, con la consiguiente limitación de efectos, y déjese actuar a los principios que emanan de la Ley del Suelo, a los que orientan nuestro Ordenamiento jurídico, y entre ellos a los principios registrales.

V. LOS VERDADEROS EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL

Para no perder el hilo por los vericuetos del laberinto en que hemos penetrado, tomemos como principio lo que ya decía en 1926 don JERÓNIMO GONZÁLEZ (25): «... todos los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro, y el certificado de un asiento añade a la fuerza probante de los documentos inscritos, la presunción legitimadora del derecho a la que el Juzgador debe atender en primer término.» El Registro refuerza efectos; lo que normalmente ni puede ni debe es transformar sustancias, ni alterar, limitar o condicionar las consecuencias jurídicas que se deriven con arreglo a la Ley sustantiva de la titularidad inscrita. Sólo cuando así lo exija la seguridad jurídica, por encima de inexactitudes o defectos de origen, pasará a primer plano la afirmación *erga omnes* de su contenido exacto e íntegro, con presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure*, según los casos.

Y desde esta perspectiva veamos qué pasa con la nota marginal, res-

(25) JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Principio de publicidad», *RCDI*, posteriormente publicado en «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil», t. I, pág. 379.

pecto al tercer adquirente y a la propia Junta, y qué sucede en la situación mucho más compleja que puede traer consigo la omisión de dicha nota.

A) *Efectos que produce la práctica de la nota marginal*

Si a instancias de la Junta (como dice el RGU) o a petición de cualquier interesado (como dice la LH) se practica la nota marginal expresiva de la constitución de aquélla, el Registro está publicando frente a terceros que sobre las fincas objeto de la nota está en ejecución un sistema de actuación urbanística, con la secuela de la afección que sobre cada una de ellas pesa, al cumplimiento de las obligaciones pertinentes (art. 129, 1, LS), y a la par, y en nombre del principio de legitimación (art. 38 LH), está creando la presunción *iuris tantum* de la titularidad (cualquiera que sea ésta) que sobre todas ellas ostenta la Junta de Compensación.

Si en esta situación el titular registral que conserva el poder de disposición (como es el supuesto normal) transmite la finca a un tercero, que a su vez inscribe su derecho, qué pasa.

a) *Efectos respecto al tercer adquirente.*—Uno de los pilares básicos de la LS es el principio de subrogación; así, el artículo 88, sistemáticamente encuadrado en el régimen urbanístico del Suelo, dice:

«La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará *subrogado* en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación.»

Nada dice de derechos, ni tendría por qué decirlo, pero si alguna duda queda, el RGU aplica el principio y completa el precepto desde la vertiente subjetiva de la integración del tercero en la entidad urbanística, dispone su artículo 28:

«La transmisión de la titularidad que determine la pertenencia a cualquiera de los tipos de entidades urbanísticas colaboradoras llevará consigo la subrogación en los derechos y obligaciones del causante, entendiéndose *incorporado el adquirente a la entidad* a partir del momento de la transmisión.»

Luego el tercero, con Registro o sin él, se subroga en la situación jurídica del transmitente en forma plena (derechos y deberes).

Si además de todo eso conoce (o debe conocer) la existencia de la Junta, por la nota practicada al margen de la finca, tiene que estar y pasar por el contenido del Registro.

Concordancia plena entre el sistema registral y la legislación del Suelo.

b) *Efectos respecto a la Junta*.—Pero la subrogación, que es legal, y las presunciones que derivan del asiento en el Registro, no son sólo en beneficio o perjuicio del tercer adquirente, sino que despliega sus efectos *erga omnes*; por tanto, también se producen en beneficio o perjuicio de la Junta, sobre quien pesa —a mayor abundamiento— la «carga» de practicar la nota (art. 169, 2).

Por tanto, tan pronto se produzca la transmisión y consiguiente subrogación (independientemente del problema de hecho, de cómo y a través de quien llega la noticia), la Junta no puede limitarse cortésmente a tener por parte al tercero, «si es que se persona», sino que tiene que aceptarlo como miembro de ella, aunque no se persone.

Y, en consecuencia, citarle, sin cuya citación la Junta no puede constituirse válidamente, y una vez citado si no comparece tomar en consideración su coeficiente en el seno de la misma, para ver si pueden o no adoptar acuerdos válidos en razón del quórum exigido para determinados asuntos.

Problema distinto es que el tercero negligente o desinteresado ni «se persone» ni comparezca a las reuniones a las que sea citado, en cuyo caso entrarán en juego las sanciones por incumplimiento, que pueden ir desde el simple apercibimiento a la expropiación de su finca, pasando por algún procedimiento de apremio, si además de no comparecer no atiende las obligaciones de contenido económico.

Lo cual no es seguir las actuaciones sin tomar en consideración al nuevo propietario (art. 102), sino todo lo contrario, es tenerlo como parte, aunque sea para prescindir de él.

Y aquí se puede sentar la primera conclusión en la tan deseada tarea «coordinadora», y es que en los efectos positivos de la nota marginal la Ley Hipotecaria nada tiene que acomodar a la Ley del Suelo, porque ya está acomodada; lo único que sobra es el párrafo 3.º del artículo 169, que con la escueta remisión está en contradicción con ambas Leyes.

B) *Efectos que produce la omisión de la nota marginal*

Si los efectos positivos de la nota son claros (compártase o no la conclusión anterior), igualmente claras son las dificultades que ofrecen los efectos negativos, es decir, los derivados de la omisión o práctica con retraso de la nota.

El supuesto de hecho que previsiblemente puede presentarse en más de una ocasión (26), es el de la Junta en trámites de constitución o incluso constituida, que al llegar al Registro se encuentra con un tercer adquirente de finca, protegido por la fe pública registral.

Y aquí es donde, aparentemente al menos, se produce una contradicción entre los principios que sustenta la Ley del Suelo y los que con base en la Ley Hipotecaria inspiran nuestro sistema registral.

El viejo dogma que lo no inscrito no perjudica a tercero parece caer por tierra con los artículos 76, 87 y 88 LS..

En un intento de conciliación de esta incompatibilidad, parece necesario hacer someramente unas consideraciones previas, para luego proponer algunas soluciones al buen criterio de los autores, que por ciencia y experiencia puedan ofrecerlas válidas y definitivas.

a) *Cuestión previa.*—Anteriormente, al tratar las obligaciones inherentes al sistema, señalé una distinción imprescindible al tema que nos ocupa, la de las obligaciones nacidas directamente de la Ley y las derivadas de negocio jurídico.

Con arreglo a la LS, artículos 76 y 87 (se comulgue o no, como es mi caso, con la nueva concepción de la propiedad), las facultades inherentes al dominio habrán de ejercitarse dentro de los límites y con las obligaciones, deberes y cargas que les fija la LS, o en vía delegada los Planes de Ordenación; y todo este cúmulo de restricciones y cargas no dan derecho a indemnización alguna «por implicar meras limitaciones al contenido normal de la propiedad».

Situación que no cambia en absoluto con la transmisión de la finca, ya que el adquirente (por obra y gracia de lo dispuesto en el artículo 88) se subroga en la posición jurídica del transmitente.

(26) Supóngase el caso de un propietario cuya finca está incluida en un determinado polígono y él no se ha integrado en la Junta ni ha aceptado el sistema; en estas circunstancias transmite a un tercero de buena fe y por título oneroso, que, a su vez, inscribe. Y digo que esto se puede presentar con frecuencia (incluso de buena fe por parte del transmitente) hasta tanto la Ley del Suelo no penetre en la conciencia social. ¿Cómo se puede convencer a un propietario lego en la materia, que porque sus vecinos han acometido la aventura de un Plan parcial, pueden implicar su finca no ya sin su consentimiento, sino con su más abierta oposición?

Luego aquí en este punto no hay contradicción entre ambas Leyes, pues hace tiempo que alcanzó vigencia en nuestro Derecho hipotecario el principio con arreglo al cual las limitaciones legales o institucionales de la propiedad nada tienen que ver con la fe pública registral, como ya dijo ROCA (27) y siguen diciendo los artículos 26 y 37 de la LH y 5.º de su Reglamento.

El tema queda circunscrito, *exclusivamente*, a aquellas situaciones concretas que nacen directamente de la voluntad privada a través del negocio jurídico (o en términos más amplios del acto jurídico).

b) *Posibles soluciones*.—Con esta delimitación objetiva del problema, veamos cómo se pueden conjugar, si conjugarse pueden, los principios que aparecen como contradictorios.

1. *Primacía de los principios registrales*.—De la aplicación de los artículos 13, 32 y 34 de la LH parece claro que lo no inscrito no perjudica a tercero. Y que éste es mantenido en su adquisición, siempre que reúna los requisitos legales exigidos.

En consecuencia, si su título llega al Diario antes que aquéllos en cuya virtud se pida la nota marginal, podrá desconocer toda limitación a su derecho, salvo que venga impuesta directamente por la Ley o por el Plan (incluso Plan parcial). Y también, en consecuencia, podrá desconocer la tramitación comenzada o terminada de la que nace la Junta de Compensación, con la secuela —en terminología administrativa— de anular todo lo actuado con retroacción del expediente al momento inicial.

Pero conviene pensar un poco en los efectos de esta retroacción para calibrar la protección registral en la práctica, toda vez que a la larga viene condicionada por un criterio exclusivamente cuantitativo.

Si el tercer adquirente no supera el 40 por 100 de la superficie del polígono, de nada le sirve esta protección, ya que el 60 por 100 tiene totalmente la iniciativa y la capacidad decisoria; efectivamente podrá oponerse y formular alegaciones, pero después de haber echado atrás todo lo realizado en el desarrollo del Plan hay que darle un escaso margen de posibilidades de éxito.

Si, por el contrario, reúne el 60 por 100, puede dar nueva redacción y a su gusto a Bases y Estatutos, en definitiva, configurar la Junta como le plazca, incluso forzar a la Administración y a los demás interesados a sustituir el sistema de compensación por el de cooperación o expropiación.

La retroacción puede llevarnos a un fenómeno sorprendente: la LH protege al tercero sin distinción de clases ni cuantías, en tanto que la LS a todos sin distinción reconoce el «fuero», pero sólo concederá el «hue-

(27) ROCA: *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., t. I, pág. 417.

vo» al tercer adquirente de, al menos, el 60 por 100 de la superficie del polígono.

Crítica.—El resultado no parece eficaz ni satisfactorio; el principio de fe pública registral (como su hermano mayor el de publicidad) debe servir a su última razón de ser, que es la de la misma institución registral, la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

¿Y se está sirviendo a esa seguridad llevando hacia detrás y hacia delante un procedimiento administrativo donde hay intereses colectivos y, sobre todo, otros interesados tan dignos de protección como el tercero?

No creo que el Registro deba servir de instrumento a esta retroacción del expediente administrativo, que sólo podrá surtir efectos prácticos en favor del tercero cuando resulte legitimada no por la calidad de su título, sino por la «cuantía» de su adquisición.

En fin, tampoco creo que el Registro sirva a la inseguridad producida por varias transmisiones escalonadas (incluso del mismo que ha formado el lío), que vayan llegando a la inscripción antes de la nota marginal y que cada uno de ellos por su cuenta pida la retroacción con anulación de lo actuado.

2. *Primacía de los preceptos de la Ley del Suelo.*—Tal vez en nombre del principio de subrogación y del derecho que asiste al adquirente a resolver el contrato pudiera prescindirse —con ser bastante grave— del juego de los principios registrales.

El artículo 88, al decir que la enajenación de las fincas no modifica la situación de su titular respecto a los deberes y limitaciones impuestos por la Ley (que ya hemos visto que con arreglo a la legislación hipotecaria pura tampoco se modifica), utiliza una expresión que pudiera incluir a las obligaciones y limitaciones nacidas de pacto:

«limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos...»

Luego si se considera que todo lo actuado en el expediente administrativo son «actos de ejecución», podrían asimilarse a las limitaciones derivadas de la Ley.

A su vez, el artículo 62 (3 y 4) de la LS (28) impone una obligación clara al transmitente y confiere un derecho al adquirente; la obligación

(28) Art. 62: «3. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma y cuyo cumplimiento esté pendiente.

4. La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato, en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de daños y perjuicios que se le hubieren irrogado».

del primero es hacer constar expresamente en el título de enajenación los compromisos contraídos en orden a la urbanización; el derecho del segundo frente al incumplimiento de esa obligación es resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios, si los hubiere.

En virtud de esta teoría se podría concluir, que si el tercer adquirente conoce la situación (porque se lo han dicho en la escritura) se subroga; si no la conoce, porque ha sido sorprendido, resuelve. Consecuencia: el tercero está protegido sin necesidad de acudir al Registro; y he aquí otro supuesto más de excepción o no aplicación del principio de fe pública registral.

Crítica.—Esta posible solución (además de representar un torpedo en la línea de flotación del sistema registral) no es nueva, ya que subrogación, deber del vendedor y derecho del comprador existen por lo menos desde la publicación del Código Civil, quien tradicionalmente se llevó bien con la Ley Hipotecaria.

Pero aunque así no fuese, está en contradicción con la propia LS. El artículo 221, aunque utiliza el «podrán», es un claro exponente de una voluntad decidida de que los actos administrativos que se produzcan en el ámbito de aplicación de esta Ley tengan su adecuado reflejo en los libros del Registro (29).

Y el propio artículo 129, con el que comenzábamos estas reflexiones, no deja lugar a dudas: la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones «debe» (no «puede») ser objeto de inscripción.

Uno y otro hincan sus raíces en la necesidad de llevar al Registro las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación de la LS, y ésta, como cualquier otra Ley, debe tener y tiene como estrella polar el principio (que no es urbanístico ni hipotecario, exclusivamente) del servicio a la seguridad jurídica.

3. *Intento de solución conciliadora.*—Si queremos sortear esta serie de contradicciones no hay más camino que el análisis (casi disección) de todas y cada una de las situaciones jurídicas que se producen, la finalidad de cada norma y la razón de ser de cada principio.

Y en esta línea es imprescindible distinguir los actos de ejecución previstos en la Ley (ya sean de la Administración, ya de los particulares) de los actos voluntarios de los propietarios, por los cuales crean situaciones jurídicas dentro del marco permitido por la Ley. En los primeros la voluntad privada está ejecutando un mandato legal; en los segundos

(29) Art. 221: «1. Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria...».

está creando o modificando situaciones concretas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad.

En segundo lugar, hay que advertir del peligro de sofisma que se corre haciendo juegos malabares con las relaciones *inter partes*, de un lado, y los efectos frente a terceros, de otro; pues si a éste se le aplican aquéllas (porque también es parte), o entre aquéllas se inserta éste (porque la parte también puede ser tercero), podríamos volver a las confusiones de otrora entre el tercero civil y los varios terceros hipotecarios.

Finalmente, sin que trate con la cita de hacer cómplice a la autoridad, hemos de volver a don JERÓNIMO GONZÁLEZ para recordar aquellos derechos, incluso reales, que se desenvuelven al margen del principio de publicidad, «... distinguiendo entre derechos reales inscribibles, derechos reales exceptuados de inscripción, derechos reales que no pueden ser inscritos, concluiremos que el principio de publicidad solamente niega la existencia y priva de efectos contra terceros a los incluidos en el primer grupo cuando no resulten del Registro» (30).

Con esta premisa, veamos qué actos se producen y cómo se producen en el proceso constitutivo de la Junta de Compensación.

En otro lugar he sostenido la tesis que la Junta nace en virtud de un «negocio jurídico de tipo asociativo», regido supletoriamente por las normas del contrato de sociedad civil; pero ese negocio jurídico que va a dar lugar al nacimiento de una persona jurídica —calificada por la LS de administrativa— no se produce en forma aislada, sino dentro de un procedimiento reglado, también administrativo, que culmina con la inscripción en el Registro especial de entidades urbanísticas, momento en el cual adquiere la personalidad jurídica.

La decisión de constituirse en Junta, al igual que el sistema en sí, nace de la voluntad de los particulares, pero necesariamente debe seguir el cauce legalmente establecido.

Si enlazamos con la distinción anterior, se puede concluir, que todos los actos de iniciativa o impulso que se producen dentro del procedimiento propiamente dicho (como el acuerdo inicial de constitución, la presentación de documentos, alegaciones, etc.) son «actos de ejecución» y como tales asimilados a los deberes y limitaciones derivados de la Ley o del planeamiento (art. 88); en consecuencia, nada tienen que ver con el principio de publicidad.

El problema registral, pues, queda circunscrito a los «pactos negociales», previstos o no, pero nunca impuestos por la Ley a la voluntad privada, como la mayoría de las determinaciones de las Bases y Estatutos (criterios de valoraciones de las fincas iniciales y resultantes, formas

(30) *Ob. cit.*, pág. 388.

de adjudicación de éstas, constitución y funcionamiento de los órganos de gobierno, incorporación de empresas urbanizadoras, etc.), y lo que es más importante, si a la Junta se le transfiere o no el dominio de las fincas.

Y una vez deslindado el problema también se puede concluir que estos «pactos negociales» tendrán que ver o no con la fe pública registral, en la medida que por su naturaleza tengan que ver o no con el Registro.

Dicho de otra forma, el tercer adquirente que obtiene la protección registral sólo podrá desconocer, en nombre del principio de publicidad, aquellos actos jurídicos de trascendencia real que pudiendo y debiendo haber llegado al Registro antes que él no lo hicieron. He aquí una posible salida (aunque no sé si por la puerta falsa) del laberinto de la coordinación del Registro con la Ley del Suelo.

a') Supuesto previsto como normal por la Ley (no transmisión del dominio de las fincas a la Junta): Es muy difícil que en el negocio jurídico constitutivo y pactos adyacentes se produzca ningún acto por el cual se creen, modifiquen o extingan derechos reales inscribibles; téngase en cuenta que con la constitución de la Junta, lo que se está creando es una organización para regular una situación compleja, pero que de momento no tiene por qué producir ninguna situación jurídica con trascendencia real.

No es argumento en contra la tan traída y llevada titularidad fiduciaria del artículo 129 LS, pues aparte de tener unos perfiles bastante etéreos, puede que en el futuro legitime para ciertos actos oponibles a tercero, pero de momento lo único que confiere a la Junta es una posesión que desde el año 1944 está excluida del Registro.

Luego el tercero que adquiere e inscribe su título podrá subrogarse o resolver el contrato, pero no pedir la protección registral frente a actos o negocios jurídicos que individualmente considerados viven al margen de la institución.

b') Supuesto de transmisión del dominio a la Junta (o constitución de algún derecho real): Sin entrar en el tema de la naturaleza de esta transmisión (que a mi juicio es instrumental, finalista y transitoria), ni en las facultades residuales que quedan al propietario, si en este caso aparece la figura del tercero, es decir, el adquirente inscribe su derecho antes de la práctica de la nota marginal, no hay la menor duda que la fe pública registral desplegará la totalidad de sus efectos; lo no inscrito no perjudica al tercero y él a su vez será mantenido en su adquisición; en consecuencia, puede pedir la anulación de todo lo actuado con reposición del expediente al momento inicial.

Iniciado de nuevo, aunque por ser minoritario (supuesto que lo sea), puede no incidir gran cosa en las Bases y Estatutos (aspecto cuantitativo antes apuntado), ciertamente se anulará la transmisión del dominio o la constitución del derecho real en favor de la Junta, o caso de seguir este sistema el tercero lo realizará *ex novo* en la forma y bajo las circunstancias que le sean más convenientes.

El acto por el cual los propietarios transfieren el dominio a la Junta no es acto de ejecución de planeamiento, sino acto negocial, y dentro de éstos, de riguroso dominio, que jamás puede ser colectivo, ni regido por mayorías; es acto de disposición específico de cada uno de los propietarios.

El adquirente, pues, en su condición de parte, puede ejercitar las facultades que le brinda la Ley del Suelo, y además como tercero protegido por el Registro puede desconocer lo inscribible no inscrito, con reposición de las actuaciones hasta el momento mismo en que apareció la voluntad negocial creando situaciones jurídicas de trascendencia registral, que no fueron inscritas. Preferencia, pues, de la Ley Hipotecaria sobre la Ley del Suelo, con el voto favorable, además, del artículo 1.473 del Código Civil.

CONCLUSIONES

Primera.—La Ley del Suelo (arts. 129 y 221), con carácter de principio, busca la eficacia *erga omnes* no sólo de las limitaciones, deberes y cargas que pesan sobre las fincas, sino de cuantos actos administrativos, procedimientos con sus incidencias y resoluciones se produzcan en el ejercicio de competencias urbanísticas, mediante la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad.

Segunda.—Entendido como principio, es una referencia genérica al propósito de registración de todo lo que se deba o se pueda inscribir; pero una vez inscrito será el sistema (no esta o aquella ley) quien determine los efectos que cada asiento deba producir, o mejor dicho, será el sistema produciendo sus propios efectos.

Tercera.—En aplicación de aquel principio, el artículo 169 del RGU determina que una vez constituida la Junta de Compensación, se lleve al Registro de la Propiedad mediante nota al margen de las fincas implicadas en el sistema de actuación.

Cuarta.—Pero esta nota no representa modificación, sino utilización de nuestro sistema registral; no está convirtiendo en derechos reales inscribibles situaciones jurídicas que no lo son (recuérdese el retorno arrendaticio o los Estatutos de propiedad horizontal), sencillamente está abrien-

do las puertas del Registro a una situación jurídica compleja considerada como un todo (31).

También por ello, efectos positivos y negativos de la misma, no son cara y cruz de la misma moneda.

Quinta.—Cuando la nota se practica (efectos positivos) está publicando *erga omnes* con tratamiento unitario que las fincas (aun conservando su individualidad) han entrado en un procedimiento de transformación física y jurídica, que cada una de ellas ha de aportar su cuota a la compensación de beneficios y cargas, que para conciliar estos intereses se ha creado un órgano (la Junta) que ostenta alguna titularidad sobre aquéllas concurrente con las de los respectivos propietarios, y además de esto y de otras cosas más, como música de fondo, la afección al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema.

Sexta.—Cuando la nota no se practica o antes de extenderse aparece el tercero protegido (efectos negativos), desaparece el tratamiento, y al desaparecer, cada uno de los elementos de aquella situación compleja ha de buscar el régimen jurídico que le corresponde. Los derechos reales inscribibles que no fueron inscritos, no perjudican al tercero; los demás (limitaciones legales, actos de ejecución, pactos obligacionales, etc.), seguirán su curso sin romper ni manchar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

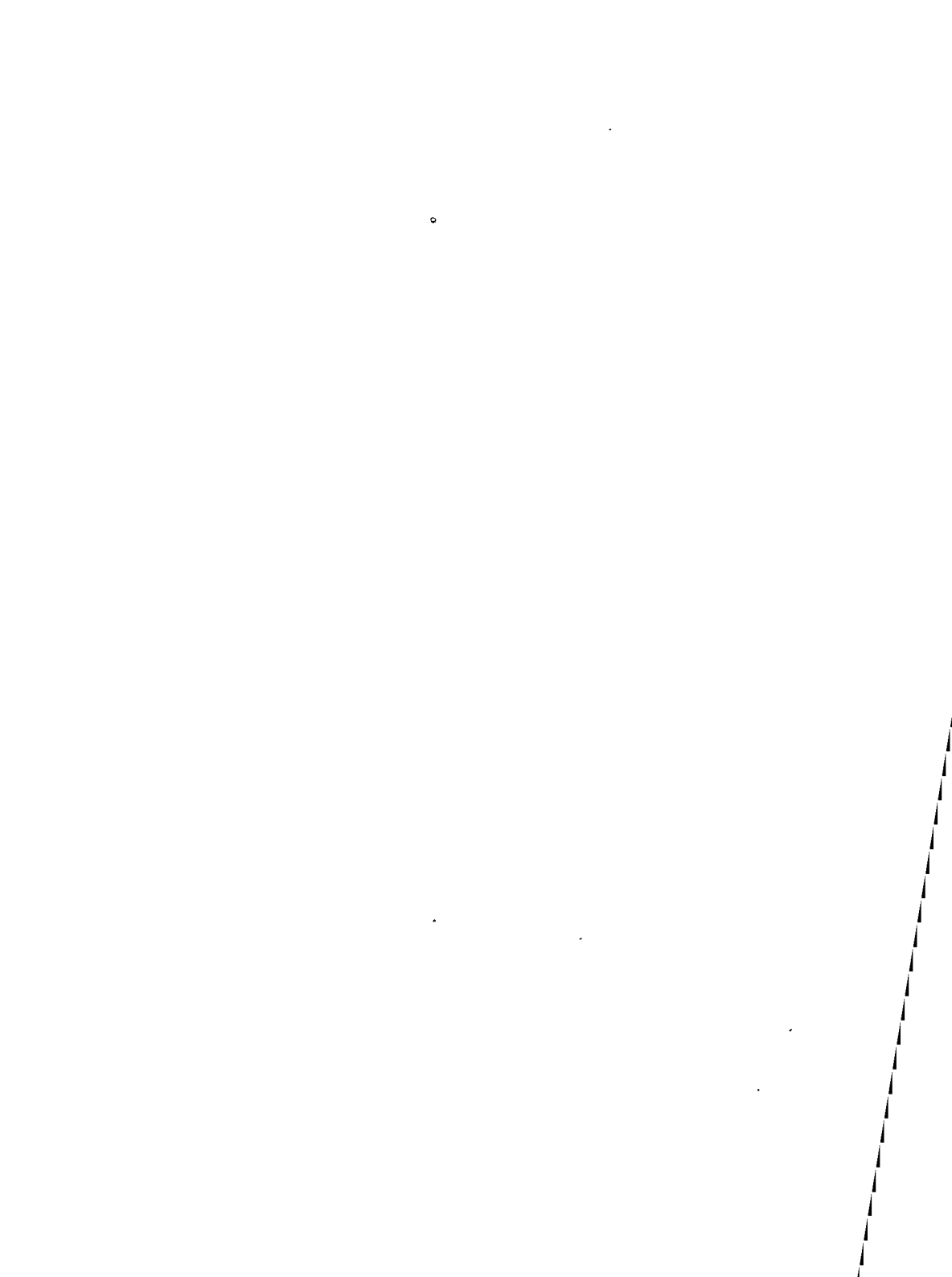
Séptima.—Visto cuanto antecede, el único obstáculo que queda para la «coordinación» es el número 3 del artículo 169. La solución no hay que buscarla en las altas esferas constitucionales, ni en leyes de «armonización» al uso, sino en nuestro viejo y nunca bien ponderado Código Civil, cuando las condiciones son contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tienen por no puestas, «aunque el testador disponga otra cosa»..., y en paz.

Santa Fe, abril 1981.

CAYETANO UTRERA RAVASSA

Registrador de la Propiedad
Notario

(31) Véase MARTÍN MARCOS: *Ob. cit.*, 285 y ss., donde, a propósito de la reparcelación, hace un estudio completo de nuestra doctrina en torno al problema de si en nuestro sistema puede o no entrar como un todo en el Registro el llamado Estatuto de limitaciones.



¿A qué inventario y a qué citación se refiere el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil?

¿En qué medida es aplicable a Cataluña?

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXAMEN DE LA DOCTRINA DE LOS AUTORES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. *El comentario de MANRESA y su crítica.*—2. *La exposición de PUIG PEÑA y su crítica.*—3. *La tesis de la nulidad de la partición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL y su crítica.*—4. *La posición de LACRUZ-SANCHO y su crítica.*—5. *Exposición crítica de la postura de ALBALADEJO.*—6. *Conclusiones del examen de la doctrina de los autores.*—III. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE ESTE PRECEPTO.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO A QUE SE REFIERE EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057, SEGÚN MI INTERPRETACIÓN.—VI. LA PRIMERA FINALIDAD DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057: FAVORECER O CUMPLIR EL REQUISITO DEL INVENTARIO RESPECTO A LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO: 1. *Argumento histórico.*—2. *Argumento gramatical, lógico y ortográfico.*—3. *Análisis comparativo sistemático del deber legal de inventario.*—4. *Análisis comparativo sistemático de la citación de acreedores y legatarios.*—5. *Las operaciones particionales como realización unilateral y exclusiva del comisario.*—6. *El testimonio de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.*—VII. LA SEGUNDA FINALIDAD DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057: SUPLENIR LA ACTACIÓN DEL JUEZ RESPECTO A LA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO EN EL LLAMADO JUICIO NECESARIO DE TESTAMENTARIA: 1. *Apunte histórico.*—2. *Paralelismo entre el supuesto del párrafo 3.º del artículo 1.057 del Código y el juicio necesario de testamentaria.*—3. *Paralelismo entre el Código y la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al concepto de inventario.*—4. *Paralelismo entre ambos cuerpos legales respecto al requisito de la citación.*—VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE AMBAS FINALIDADES DEL INVENTARIO.—IX. EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057 Y EL INVENTARIO COMO OPERACIÓN PARTICIONAL DE LA HERENCIA: RELACIÓN Y DIFERENCIACIÓN.—X. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN AQUÍ MANTENIDA ACERCA DE LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057.—XI. ¿ES APLICABLE A CATALUÑA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL? ESPECIALIDADES.—XII. REFERENCIA A LAS COMPILACIONES DE NAVARRA Y ARAGÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.057 del Código Civil dice en su párrafo primero:

«El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.»

En su segundo párrafo, introducido en la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, se dice: «No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios».

Y en el párrafo último añade: «Lo dispuesto en este artículo y en el anterior (que se ocupa de la partición del testador) se observará, aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios» (*).

De este último párrafo del artículo 1.057 me voy a ocupar en este trabajo. Cabe separar los distintos epígrafes en dos partes: en un primer grupo de epígrafes o apartados se analiza sucesivamente la interpretación dada al precepto por la doctrina de los autores, por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; en los epígrafes que cabe considerar como una segunda parte, se expone la interpretación que aquí se defiende, sus fundamentos y las consecuencias prácticas de la misma.

El análisis de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia proporcionará unos resultados más seguros para el lector que prefiera acogerse a posiciones tradicionales, pero al propio tiempo se pretende que revele

(*) La reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 ha mantenido intacta la redacción de este párrafo, limitándose únicamente a colocarlo como párrafo tercero, al haber intercalado ese segundo párrafo del contador-dativo. La reforma se ha producido estando ya escrito y en pruebas de imprenta el presente estudio. Al no afectar al texto literal del párrafo se mantiene todo lo que en el presente estudio se contiene, después de haber hecho correcciones de citas de algún precepto reformado.

y deje al descubierto todos los puntos débiles de la interpretación más clásica o tradicional, con lo que quedará mejor preparado el camino para la exposición de la interpretación que mantengo, que, si bien podría parecer más aventurada, a mi modo de ver tiene una fundamentación más firme.

II. EXAMEN DE LA DOCTRINA DE LOS AUTORES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL

Ante todo, ha de advertirse que no hay propiamente «doctrina» acerca de este precepto, y ello porque apenas hay autores que se han ocupado de él, y además porque los que se han ocupado del mismo, no se puede decir que sigan una línea interpretativa uniforme, sino que dan una serie de opiniones sobre aspectos concretos del precepto.

La mayor parte de los autores mantiene un silencio interpretativo, limitándose a recoger su texto, sin dar ninguna explicación o desarrollo, y añadiendo, a lo sumo, alguna que otra resolución de la Dirección General de los Registros. Escuetas referencias aparecen, por ejemplo, en DE DIEGO (1), BONET (2), CASTÁN (3), ROCA SASTRE en sus notas a KIPP (4),

(1) Dice CLEMENTE DE DIEGO: «La única limitación del Código es que si hubiera menores de edad o sujetos a tutela, el partidor habrá de inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios (1.057)» (*Instituciones de Derecho Civil español*, tomo III, pág. 430, Madrid, 1932).

(2) «La partición hecha por Comisario es equiparable a la realizada por el propio testador, con la única excepción de que en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, el Comisario habrá de inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (art. 1.057, apartado 2.º)» (BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil*, tomo V: *Sucesiones*, pág. 839, Madrid, 1965).

(3) «Tendrán éstos (los contadores) las (facultades) que el testador les haya concedido, y si se les nombra con todas las facultades del artículo 1.057 podrán realizar todas las operaciones divisorias, desde el inventario a la adjudicación. El Código sólo establece la limitación de que si entre los coherederos hay alguno menor de edad o sujeto a tutela, el Comisario debe inventar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (art. 1.057, apartado 2.º).» Cita las Resoluciones de 31 de diciembre de 1909 y 5 de octubre de 1900 (CASTÁN: *Derecho Civil español común y foral*, tomo VI, vol. I, 7.ª ed., Madrid, 1969, página 280).

(4) ROCA SASTRE cita las Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y 11 de abril de 1967 acerca de la forma de la citación del párrafo 3.º del artículo 1.057 del Código Civil, aludiendo también a la Ley 342 de la Compilación de Navarra (*Notas a Kipp: Derecho de Sucesiones*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1976).

ESPÍN (5), COSSÍO (6), DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS (7), etc. El silencio es significativo al objeto que aquí interesa, pues prescindiendo de si se debe o no al tono general de las obras en cuestión, lo cierto es que, en principio, puede revelar cierta indiferencia o falta de interés por parte de la doctrina, lo que obliga al monografista a intentar alguna explicación lógica del precepto.

Sólo algunos pocos autores han hecho comentario del párrafo último del artículo 1.057, aunque las más de las veces apenas sí llega a una página. En este sentido, pueden ser incluidos MANRESA, PUIG PEÑA, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ-SANCHO y ALBALADEJO.

1. *El comentario de MANRESA* (8).—Interesa resaltar los siguientes párrafos:

«Esta citación (la del párrafo último del art. 1.057) no es necesaria, según la ley, cuando se trata de dividir entre herederos mayores de edad. En tal caso, ellos mismos, sin necesidad de citación, podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto y, en su caso, reclamar contra las inclusiones a exclusiones indebidas (véase el art. 1.079). En cuanto a los acreedores y legatarios, tan dignos de respeto en este caso como en el de ser los herederos menores o estar sujetos a tutela, véanse los artículos 1.082 y 1.083.»

(5) ESPÍN es algo más explícito que los demás autores. Dice: «La ley no ha establecido más que una limitación a las facultades divisorias de los partidores para el caso de que entre los coherederos figure algún menor de edad o sujeto a tutela, pues «el Comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios» (art. 1.057, apartado 2.º), refiriéndose después a la no necesidad de la aprobación judicial, «entendiéndose con acierto por la doctrina, la Dirección de los Registros y Tribunal Supremo —dice—, que el Código ha derogado en este punto el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Más adelante cita la Sentencia de 14 de diciembre de 1957 sobre la necesidad de nombramiento de defensor judicial para la diligencia del inventario, en caso de existir oposición de intereses entre el padre y el menor; y la Sentencia de 11 de abril de 1967 sobre la posibilidad de verificar la citación por cualquier medio hábil y sin que se exija la presencia de los citados (*Manual de Derecho Civil español*, vol. V: *Sucesiones*, 3.ª ed., Madrid, 1970, páginas 148 y 149).

(6) ALFONSO DE COSSÍO, en *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid, 1975, página 998, dice: «Sus facultades (del Comisario) normales consisten en la formación de inventario, avalúo, división y adjudicación de los bienes de la herencia, ajustándose fielmente a la ley del testamento, siendo la partición que realice plenamente vinculante para los herederos, sin otra limitación que la de que, en el caso de que entre los herederos exista alguno menor de edad o sujeto a tutela, habrá de «inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (art. 1.057, 2)».

(7) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1974, pág. 668, se limitan a recoger el texto del precepto.

(8) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1900, tomo VII, página 609.

«La asistencia a la formación del inventario de los coherederos o sus representantes legítimos, los legatarios y los acreedores en su caso, no es necesaria; basta su citación al efecto, enterándoles del lugar y día en que debe ser empezado. Siendo dicha citación un requisito necesario, el contador ha de hacerlo constar en la partición, y como su sola afirmación no debe bastar como prueba, en caso de ser contradicha, se hace preciso llenar ese requisito por medio de acta notarial, diligencias judiciales o intervención de testigos. Si la partición de la herencia se protocoliza y ha de inscribirse, esa necesaria circunstancia debe constar en forma que merezca fe. Sin embargo, dada la doctrina que viene admitiendo la Dirección General de los Registros, tenemos por cierto que la partición en que se hallan interesados *como herederos* personas menores de edad o sujetas a tutela, no será inscribible si no consta en modo alguno que se haya realizado la citación a coherederos, acreedores y legatarios; pero debe inscribirse cuando se afirme haberse hecho esa citación, aunque no resulte probada en debida forma, pues sólo a los interesados, y no al Registrador, corresponde, en su caso, impugnar la partición por ese defecto. De otro modo: la nulidad no es esencial y patente, el acto sólo es de posible anulación, por lo que es inscribible.»

«El deber el comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de herederos, acreedores y legatarios es medida de precaución, tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas; por lo cual, si ellas afirman que el inventario se ha practicado en esa forma, ha de otorgarse a su dicha entera fe y estimar cumplido en cuanto a dicho extremo el artículo 1.057 (Resolución de 13 de abril de 1892).»

Crítica del comentario de MANRESA.—La crítica a MANRESA comprende estas consideraciones:

1.^a No explica el fundamento de la citación de acreedores y legatarios, pues dice que son tan dignos de respeto tanto si se trata de herederos mayores como de menores o incapaces. De aquí podría deducirse que si son tan dignos de respeto lo mismo en uno que en otro caso, no se explica la diferenciación y especialidad del párrafo tercero del artículo 1.057. Además, MANRESA nos remite a los artículos 1.082 y 1.083, y esta remisión hace que la crítica sea más fuerte, pues, por un lado, esos artículos no dicen nada acerca de los legatarios, con lo que queda sin explicar la citación de los mismos, y, por otro lado, el artículo 1.083 se refiere a los acreedores particulares de los herederos y no a los acreedores del causante, no teniendo aquéllos nada que ver con el inventario que debe realizar el contador-partidor, pues éste no tiene por qué inmiscuirse ni indagar acerca de si los herederos tienen o no deudas par-

ticulares. En cuanto al artículo 1.082, éste sí se refiere a los acreedores del causante, pero les confiere derecho a oponerse a que se haga efectiva la partición mientras no se les pague o afiance el importe de sus créditos, y no a la intervención en las operaciones particionales propiamente dichas. Por ello, la referencia a este artículo es acertada sólo si se entiende que el inventario del párrafo tercero del artículo 1.057 no es estricta operación particional, cosa que no defiende MANRESA.

2.^a MANRESA trata de explicar el fundamento del artículo 1.057, párrafo tercero, colocándose en el supuesto contrario al del precepto, o sea, señalando lo que ocurre en el caso de ser los herederos mayores de edad. Hemos visto que dice que «en tal caso, los herederos mismos, sin necesidad de citación podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto y reclamar contra las inclusiones o exclusiones indebidas». Pues bien, si esto es así, habría que añadir que la citación tampoco sería necesaria hacerla a los coherederos mayores de edad en el supuesto de existir alguno menor o sujeto a tutela, pues también en este caso aquéllos pueden cerciorarse por sí mismos de si el inventario es fiel y exacto. Pero esto iría en contra del párrafo tercero del artículo 1.057 y, naturalmente, no lo defiende MANRESA. No obstante, con ello pretendo demostrar que la explicación dada no es satisfactoria.

3.^a MANRESA hace una nueva remisión al artículo 1.079 del Código Civil, pero contraponiéndola al supuesto del artículo 1.057, párrafo tercero, como si aquél se aplicase sólo al caso de herederos mayores de edad. Ahora bien, el artículo 1.079 no distingue, por lo que tan aplicable es al supuesto de herederos mayores como menores.

4.^a Dicho autor da una explicación de la doctrina de la Dirección General de los Registros que no es convincente. Dice que «la nulidad (de la partición sin el requisito de la citación al inventario) no es esencial y patente, el acto sólo es de posible anulación, por lo que es inscribible». Sin entrar ahora en el problema de la nulidad, de lo cual me ocuparé al comentar la posición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, lo que no es admisible es imaginar que si un acto adolece de nulidad no esencial puede ser inscrito. La doctrina de que los actos anulables son inscribibles carece de consistencia y no ha sido recibida, en general, ni por los autores ni por la jurisprudencia, ni por la legislación. El Registrador debe calificar la validez de los actos dispositivos, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y esto se refiere tanto a la nulidad absoluta como a la anulabilidad, como al acto eventualmente nulo, sin perjuicio de diferenciarse el defecto en subsanable o insubsanable, según se trate de acto anulable o nulo.

En cambio, hay que comentar favorablemente lo que dice MANRESA a propósito de la forma y el alcance del requisito de la citación. En

cuanto a la forma, es acertado enfocar la cuestión como un problema de prueba, pues, efectivamente, puede ser hecha en cualquier forma; pero a efectos de prueba, se siguen las reglas generales y, por tanto, puede hacerse la citación por acta notarial, diligencias judiciales o intervención de testigos. Respecto al alcance del requisito, es también acertado decir que basta la citación, y que no es necesaria la asistencia, y que en la citación ha de enterárseles a acreedores, herederos y legatarios del lugar y día en que ha de ser empezado el inventario.

2. *La exposición de PUIG PEÑA (9).*—Recogiendo cierta orientación jurisprudencial, dice PUIG PEÑA que «nuestro Código Civil ha derogado en este párrafo del artículo 1.057, el artículo 1.049 de la Ley de Trámites, ya que sólo exige la *formación de inventario* con la citación de los herederos». Y por si hubiere alguna duda acerca de su interpretación, añade a pie de página: «La innecesidad de la aprobación judicial, sustituida por la formación del inventario con citación de los interesados, es reiterada en la casación, como ya hemos indicado».

Después entra ya en aspectos concretos del precepto: «La solución del Código ha ofrecido, no obstante, alguna problemática: ¿Cuándo, dónde y en qué forma debe el contador-partidor citar a los coherederos, legatarios y acreedores para que acudan, si lo estiman conveniente, a la formación del inventario?» Y contesta así: «Como dice muy bien COVIÁN, esto se ha de hacer empleando *forma auténtica*, a fin de que conste que se ha llenado este requisito, sin el cual el inventario y, por tanto, la partición, pueden llevar consigo la nulidad. Ahora bien: no hace falta que la citación sea judicial, sino que puede hacerse por Notario, aunque debe siempre verificarse con la antelación suficiente para que los citados puedan asistir a la formación del inventario, constando ello en acta extendida ya por el Secretario, ya por el Notario». Y termina diciendo: «¿Qué sucederá si falta dicha citación? Ya hemos dicho —añade— que se produce la nulidad del inventario y de la partición subsiguiente; pero la Dirección General ha declarado que la falta de citación puede quedar virtualmente subsanada cuando los interesados manifiesten su conformidad con las operaciones particionales (Resolución de 5 de octubre de 1900)». «¿Quid de la representación de los menores? Aunque ello puede suponer la intervención de personas extrañas, por los menores o incapacitados deben ser citados sus representantes legítimos, los cuales también en el caso de no ser llamados pueden evitar la nulidad expresando su conformidad con las operaciones de partición (Resolución de 5 de octubre de 1900).»

(9) PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil español*, tomo VI: *Sucesiones*, 2.ª ed., Pamplona, 1972, pág. 72.

Comentario crítico de la exposición de PUIG PEÑA.—Se concreta en las siguientes observaciones:

1.^a Por ningún lado parece que el requisito del inventario y de la citación sea un sustitutivo de la aprobación judicial de la partición, a que se refiere el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto interesa resaltarlo, pues se trata de actos jurídicos que nada tienen que ver entre sí. El inventario aparece como un acto distinto de las operaciones particionales en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, según veremos después, y la aprobación judicial, en cambio, es una actuación posterior a las operaciones particionales, que presupone que éstas se han hecho adecuadamente según el Juez. Cosa diferente es decir que el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está derogado en este aspecto parcial por el Código Civil. Pero el argumento no es ése de que la aprobación judicial haya sido sustituida en el Código por el inventario y la citación realizados por el contador, sino otro distinto: el derivado de la primera parte del párrafo tercero del artículo 1.057, cuando el Código equipara la partición de contador a la del testador en todo, salvo en lo relativo al deber de inventario. Y como, según la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, no es necesaria la aprobación judicial cuando se trate de partición realizada por el testador, la equiparación del Código debe llevar a esa misma consecuencia, máxime teniendo en cuenta el expreso silencio del precepto acerca de la aprobación judicial.

En cuanto a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros sobre este punto, después veremos que la argumentación de la misma no tiene por qué ser precisamente la que deduce PUIG PEÑA, cabiendo otra interpretación.

El interés en rebatir la argumentación de PUIG PEÑA sube de punto si se tiene en cuenta que el párrafo tercero, última parte, del artículo 1.057 puede sufrir alguna matización en su aplicación a Cataluña, y no por eso podrá decirse que revive allí la aprobación judicial de la partición establecida en el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que nada tiene que ver, según acabo de decir, con el acto jurídico de inventario previo a la partición.

2.^a Aunque no resulta del todo claro cuál es el pensamiento de PUIG PEÑA cuando cita a COVIÁN respecto a la forma de la citación al inventario, parece que sólo admite la forma auténtica, si bien en sus dos modalidades de judicial y notarial. En esta cuestión, creo que es mucho más concluyente la opinión de MANRESA, que hemos visto admite cualquier forma acreditativa de que se ha realizado la citación y no necesariamente la forma auténtica.

3.^a Tampoco puedo compartir el fulminante y grave efecto que

asigna a la falta de citación. Bien está que se diga que produce la nulidad del inventario. Pero, en cambio, es exagerado añadir que también da lugar a la nulidad de la partición. De esto me ocuparé ahora, al comentar la opinión de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, que es quien razona más extensamente la cuestión.

3. *La tesis de la nulidad de la partición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL.*— En un artículo publicado en junio de 1968, en la *Revista de Derecho Privado*, titulado «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario» (10), FÉLIX HERNÁNDEZ GIL se ocupa de la nulidad resultante de la falta de formalidades, incluyendo el supuesto de falta de citación al inventario.

En el planteamiento general que hace acerca de la invalidez de las particiones hechas por comisario, prepara el camino para la tesis que defiende sobre el efecto de la falta de citación al inventario, ya que dice que «la invalidez debe arrancar necesariamente de una fase coetánea a la realización de la partición, ya sea porque esté en pugna con una norma imperativa, porque falte en su estructura alguno de los elementos esenciales de todo negocio o bien porque la partición adolezca de vicios en el consentimiento de quien lo realiza». Por otro lado, advierte que junto a la «invalidez textual» (art. 1.081 del Código Civil), no puede desconocerse la «invalidez virtual, supuesto que se produce cuando no existiendo una disposición explícita que fije la invalidez de la partición, falte en ella un requisito definido como norma abstracta aplicable a cualquier tipo de negocio».

Pero es cierto que también expone algunas ideas que pueden llevar a la solución contraria de la que luego defiende en concreto respecto a la falta de citación al inventario, como las siguientes: «El texto normativo expone con algún detenimiento la impugnabilidad de las particiones (artículos 1.073 a 1.080), pero carece de normas específicas relativas a la invalidez del negocio particional, si se exceptúa la prevista en el artículo 1.081, situada bajo la rúbrica de la rescisión. Esta irregular regulación de la invalidez textual de las particiones origina situaciones de difícil interpretación resueltas sólo merced al principio de la conservación de la partición o del *favor partitionis*. Por consiguiente, toda partición hay que presumirla válida; la invalidez es ponderada como excepción». Y más adelante, después de añadir que el artículo 1.056 recuerda que «se pasará por la partición de testador en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos» y de aludir a la partición por comisario, añade que «el principio de la conservación de la partición fue acogido ya por SÁNCHEZ ROMÁN. Es manifiesta —dice— la ten-

(10) *Revista de Derecho Privado*, año 1968, págs. 524 a 544.

dencia del Código Civil a evitar cuanto sea posible que las particiones se anulen o se modifiquen, procurando bajo el influjo de este propósito apurar todos los recursos y soluciones antes de llegar a la nulidad y aun a la modificación de la partición de herencia. El propio Tribunal Supremo hizo aplicaciones del principio tendente a mantener las particiones ya realizadas en cuanto sea posible, sin perjuicio de realizar las adiciones o rectificaciones precisas (Sentencias de 17 de abril de 1943, 5 de noviembre de 1955 y 30 de abril de 1958).

Tómese nota de estas declaraciones de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, pues constituyen un buen argumento en contra de su propia interpretación del párrafo último del artículo 1.057, que seguidamente se expone.

En el epígrafe «nulidad por falta de formalidades», dice: «La simple facultad de hacer la partición (art. 1.057) está integrada por un conjunto de operaciones que en su totalidad originan la organización interna de la partición y son necesarias para determinar el presunto haber partible; la falta de esas operaciones da lugar a una partición nula, o mejor aún, a una partición inexistente. El Código Civil no menciona estas reglas u operaciones imprescindibles a la mecánica particional, pero no cabe duda de que para obtener la cesación del estado de comunidad por división y adjudicación del causante, hay que pasar por operaciones precedentes; las reglas sustanciales traen su causa y su concreción merced a la práctica de ciertas operaciones cuya existencia se deriva de los artículos 1.046 y 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: inventario, avalúo, colación, liquidación y división. Así como la carencia de inventario hace inimaginables las operaciones que le subsiguen, su inexactitud hará que tales operaciones sean erróneas. Si la omisión de bienes en el inventario no da lugar a una nueva partición, con lo que la partición de que forma parte es válida (art. 1.079 del Código Civil), la omisión del inventario como acto jurídico material impide la partición; a la omisión del inventario debe equipararse el inventario que no reúna las más elementales condiciones exigibles para ser calificado de tal, cuales son la relación exacta, detallada y completa de los bienes que constituyen el activo apreciados en su valor real, así como la de todos los que integran el pasivo también debidamente valorados para poder fijar así el saldo partible resultante (Sentencia de 19 de febrero de 1960)».

Antes de seguir adelante conviene detenerse en el análisis de una serie de presupuestos tópicos del razonamiento de este autor. Ya que alude a la «simple facultad de hacer la partición», a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.057 del Código, no estará de más anticipar que si el párrafo último le encomienda al contador otro deber y facultad, la de hacer inventario en un supuesto específico, la conclusión lógica sería interpretar que ese inventario representa una operación diferente

de las que constituyen la simple facultad de hacer la partición. Acerca de esto, se insistirá más adelante. Por otra parte, reconoce que el Código Civil no señala las operaciones imprescindibles de la mecánica particional, pero en vez de sacar la consecuencia adecuada en relación con ese silencio del Código, silencio que habría que llevar a una interpretación flexible de cuáles han de ser las operaciones particionales, no lo entiende así, sino que considera como reglas sustanciales las que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala en los artículos 1.046 y 1.077, citando el inventario, el avalúo, la colación, la liquidación y la división. Además, olvida que el artículo 1.077 no se refiere propiamente a la operación de inventario, sino a una mera relación descriptiva de bienes, y que la operación de inventario es considerada en la Ley de Enjuiciamiento Civil fundamentalmente como una operación aparte de las operaciones particionales propiamente dichas, según se tratará de demostrar en su momento. Por otro lado, resulta extraña la distinción que hace entre *omisión de bienes en el inventario* y *omisión de inventario*, por lo menos a efectos de la cuestión de la nulidad de la partición, ya que si la omisión de bienes no da lugar a la nulidad de la partición (art. 1.079 del Código Civil), no se explica que el acto de inventario, que tiende a evitar que se produzca esa omisión de bienes, pueda dar lugar, si adolece de algún defecto, a la nulidad de la partición. Además, el autor parece mezclar de algún modo el inventario con el avalúo, cuando cita la Sentencia de 19 de febrero de 1960, a pesar de tratarse de dos operaciones diferentes.

Después de aquellas declaraciones, que acabamos de criticar, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL se encara directamente con el párrafo último del artículo 1.057 del Código, y su interpretación es la siguiente:

«Cuestión de interés es la planteada por el párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 del Código Civil; en él se ordena al comisario inventariar los bienes de la herencia con *citación* de los coherederos, acreedores y legatarios cuando entre los primeros haya alguno menor de edad o sujeto a tutela. Lo que en este momento interesa aclarar son las consecuencias de la falta de citación para el inventario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1955 declara 'que sean cualesquiera el alcance y efectos de la citación, es indiscutible que la ley la reputa necesaria y concede al inventario una importancia excepcional'. La citación es válida cualquiera sea la forma en que se haga (Sentencia de 11 de abril de 1967), siempre que contenga indicación del objeto, lugar y fecha; pero la falta de citación afecta decididamente a la validez de la partición por ser una formalidad esencial. Afirmamos, pues, que el inventario formalmente incorrecto es nulo como tal acto y provoca, además, la ineficacia de la partición concluida por el comisario. La norma que contiene el párrafo 2.º del artículo 1.057 no es, ciertamente, califi-

cable de *leges perfectae*, dado que no declara nulo el acto realizado en contra de ella; al no aparecer sancionada expresamente la consecuencia de su proyección formal podría pensarse que el precepto entra en la categoría de *leges imperfectae*, carente de sanción. Es obvio, por tanto, que ni el artículo 1.057, párrafo 2.º, ni otros análogos de la esfera legal de la partición, llevan aparejada sanción alguna para el acto de formalización defectuosa del inventario. Tampoco debe desconocerse que falta un elemento que la norma impone imperativamente como previo al acto jurídico del inventario; nos hallaríamos frente a un acto jurídico incompleto, dependiendo su posterior eficacia de dos circunstancias: si puede o no ser completado o revalidado y si el elemento que falta es o no esencial.»

Toda la exposición que resulta de este párrafo parece que habría de llevar precisamente a la solución contraria a la que el autor pretende, es decir, a la no nulidad de la partición. Si se trata de una norma que no impone la sanción de la nulidad y a eso se añade lo que el propio autor había dicho en el planteamiento general —recuérdese lo del principio de *favor partitionis*—, parece que las infracciones en el tema del inventario o de la citación al mismo, no deberían repercutir en la validez de la partición. En lugar de interpretar que el deber de inventariar es una obligación que la ley impone al comisario, cuyo incumplimiento produce los efectos de todo incumplimiento de obligaciones, es decir, el poder ser compelido a cumplir el deber legal, así como a indemnizar los daños y perjuicios que por ello se hubieren causado, se dice que ello afecta decisivamente a la validez de la partición. En cuanto a la cita de la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, luego me ocuparé de ella, pero desde ahora ya advierto que no es convincente. Concluyendo un poco este paréntesis crítico, hay que decir que si bien los defectos en el inventario y en la citación pueden repercutir en la validez del acto jurídico de inventario, no se ve por qué han de repercutir en el acto jurídico de partición, sobre todo no habiendo demostrado que la partición que contempla el Código Civil comprenda entre sus operaciones típicamente particionales —o sea, del negocio mismo de partición— el deber legal de realizar un inventario de los bienes con la citación de determinados interesados.

Ante la necesidad en que se ve FÉLIX HERNÁNDEZ GIL de redondear sus argumentaciones, expone seguidamente las razones en que se apoya para demostrar que el acto de inventario ha de ser previo a las demás operaciones particionales y que el elemento de la citación es esencial para el inventario y para la partición.

«Pensamos —dice el autor— que no puede ser completado (el inventario) una vez consumadas las demás operaciones particionales por-

que la citación sólo pudo realizarse eficazmente en una época determinada: al tiempo de la confección del inventario; si el Código obliga a que el inventario se perfeccione con citación de determinadas personas, una vez concluidas las otras operaciones posteriores es totalmente imposible completar el acto jurídico del inventario como operación preliminar.»

La crítica de este argumento es la siguiente: se parte de la base de que existe una especie de preclusión procesal en las operaciones particionales, cuando del Código Civil no resulta tal cosa, y si éste no señala ni siquiera cuáles son esas operaciones particionales, mucho menos admisible es interpretar que las mismas actúan como fases preclusivas y rígidamente sucesivas; y todavía menos admisible es señalar el efecto de nulidad absoluta de la partición por defectos en esa supuesta sucesión de fases u operaciones. Además, se parte del presupuesto de que el inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código es una de las operaciones particionales, cosa que hay que demostrar, pues también existen argumentos, que después se desarrollarán, en favor de la configuración de ese inventario como una operación distinta de las típicas operaciones particionales.

Continúa HERNÁNDEZ GIL con un segundo argumento: «Además, el elemento que falta en la formalización del inventario es esencial. Viene normativamente impuesto por razones sustanciales basadas en la protección especial dispensada a los menores e incapacitados. El requisito en estudio forma parte de la estructura del acto particional. El inventario, como un todo inescindible jurídicamente, es un acto de cumplimiento y un negocio declarativo, en cuanto que con él viene a delimitarse e individualizarse de modo preciso la consistencia de la entidad patrimonial a dividir. Mas ¿es requisito no eliminable del inventario la citación y posible intervención de las personas que individualiza el artículo 1.057, párrafo 3.º, del Código Civil? La realización de las operaciones que lo componen incumbe al comisario; el impulso de su formación está a él encomendado. Pero los coherederos, acreedores y legatarios necesariamente han de ser citados; y su actividad no debe reducirse a aceptar el inventario ya formalizado, pues si así fuera la ley habría considerado suficiente la mera notificación de su conclusión a los interesados. Notificar el inventario y citar para el inventario son conceptos distintos. Surge el primero cuando se lleva a conocimiento de alguien la actividad material ya realizada por el notificante (comisario), y en sí es sólo un acto de noticia o información; en la citación para el inventario, la intención del notificante (comisario) parte de la presunta realización por el notificado de una actividad subsiguiente al acto formal de la notificación. De esta manera configurada la citación para el inven-

tario, en el artículo 1.057, párrafo 3.º, actúa como elemento formal indispensable para que el acto de que forma parte sea jurídicamente completo y produzca los efectos previstos como operación particional previa». Después recalca que el artículo 1.057 sólo exige la citación, pero no la asistencia, y que si los citados comparecen, su actividad no se limitará por norma a presenciar el inventario y comprobar las operaciones, sino que podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto, y, cuando proceda, reclamar contra las inclusiones y exclusiones indebidas, citando a este propósito la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, a la que luego también se refiere para destacar la necesidad de nombrar un defensor judicial de los menores o incapacitados cuando hayan de ser citados a la formación del inventario y tengan intereses opuestos con sus padres en tal aspecto.

Desde el punto de vista crítico, hay que separar diversas cuestiones que aparecen en esta parte final de la exposición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL. Nada que decir respecto a la distinción entre citación y notificación, ni a la puntualización de que basta la citación sin que sea necesaria la asistencia de los citados, ni a la idea de que los citados no tienen por qué limitarse a presenciar el inventario. En cambio, la cuestión central que se expone, es decir, el argumento de que la partición es nula si falta la citación al inventario porque tiene su fundamento en la protección especial dispensada a los menores e incapacitados, no es convincente. Si así fuera, no se explicaría la citación de acreedores y legatarios y de coherederos mayores de edad, pues bastaría citar exclusivamente a los representantes legales de los menores de edad o sujetos a tutela. Si la citación se extiende a todos esos interesados es porque hay algo más en el fondo del acto de inventario, y no sólo aspectos de partición de herencia y de protección de menores e incapacitados en cuanto a sus derechos en la partición. Acerca de qué es lo que hay detrás del requisito del inventario y de la citación, me remito a lo que diré más adelante. Aquí basta señalar que no es satisfactoria la explicación que se pretende dar a través de la partición de herencia exclusivamente.

En pocas palabras, que bien está que se diga que la falta de citación da lugar a la nulidad del acto de inventario, pero no así a la nulidad de la partición. Si a ello se añade que la nulidad que contempla FÉLIX HERNÁNDEZ GIL es la nulidad absoluta o radical de la partición y no la simple anulabilidad, se terminará de comprender que esta posición es exagerada por la trascendental importancia que atribuye a la citación al acto de inventario y a los defectos de dicha citación en relación con el negocio particional, nada de lo cual resulta del Código Civil, según se verá en su momento.

4. *La posición de LACRUZ-SANCHO y su crítica.*—LACRUZ-SANCHO (11) dedican casi una página en letra pequeña al párrafo último del artículo 1.057. A efectos de su exposición crítica, conviene resaltar lo siguiente:

En cuanto a la explicación o fundamentación de la citación al inventario, dicen: «La presencia de los menores e incapaces, pues, determina no la aprobación judicial, sino una distinta medida de control general: todos —no sólo los representantes de los menores— reciben idénticas facultades de intervención, concurrentes y en interés común en sus fases iniciales, facultades que no tiene nadie en otro caso, quedando garantizados los intereses de todos por la vigilancia de cada uno». Esta explicación, que podríamos denominar «del control general», es criticable, a mi modo de ver, pues no se adapta al sistema legal vigente sobre protección de menores. Si lo que le preocupa al legislador, en principio, es la presencia de menores e incapaces, lo lógico sería aplicar la normativa existente sobre dicha protección, y no inventar un nuevo sistema de protección a través de un supuesto control general de todos en interés de todos. Si así fuera, también podría prescindirse de la aprobación judicial de la partición, en el supuesto de partición realizada por los herederos, existiendo menores representados por persona distinta de los padres, ya que también en ese caso puede hablarse del control general. Con todo esto quiero decir que tiene que haber algo más en el fondo del párrafo último del artículo 1.057 del Código, que a través de esta pretendida fundamentación queda sin explicar.

Respecto a la influencia de la falta de citación al inventario en la validez de la partición, dicen LACRUZ-SANCHO: «Según FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, la falta de citación afecta decisivamente a la validez de la partición, por ser una formalidad esencial, y no se puede sanar una vez consumadas las demás operaciones particionales, porque aquélla sólo pudo realizarse legalmente en una época determinada: al tiempo de la confección del inventario; además, es un requisito de protección de los menores e incapacitados y, por tanto, esencial». Esta cita sin contradicción parece significar que LACRUZ acepta la interpretación de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL. Pues bien, en tal caso, todo lo que acabo de decir al hacer la crítica de la exposición de dicho autor, cabe trasladarlo aquí, pues no cabe aceptar esa pretendida nulidad de la partición por falta de citación al inventario, ni mucho menos que el defecto no se pueda sanar, como si se tratase de un defecto insubsanable y de un caso de nulidad absoluta de la partición.

Por otro lado, parece que LACRUZ-SANCHO participan en alguna medi-

(11) *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 248 y 249, Zaragoza, 1971.

da de esa interpretación que recogía PUIG PEÑA de que el requisito del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil sustituye a la aprobación judicial de la partición, a que se refería el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No lo dice de forma terminante, pero hay algunos indicios en tal sentido. Así, en nota a pie de página advierte que «el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exigía en el mismo supuesto y en el de ausencia la aprobación judicial, mas en cuanto a menores e incapacitados está derogado por el Código Civil, según aceptan el Tribunal Supremo y la Dirección General sin contradicción». Ya vimos que, efectivamente, el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está derogado en tal aspecto, pero no por la última parte del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil, sino por la primera parte de dicho párrafo, ya que el inventario y la citación nada tienen que ver con la aprobación judicial de la partición. Recuérdese también otro indicio de tal posición en las palabras de LACRUZ-SANCHO antes comentadas: «La presencia de menores e incapaces, pues, determina no la aprobación judicial, sino una distinta medida de control general». Claro que esta frase admite doble interpretación: una, que la aprobación judicial es requisito muy diferente de la citación al inventario y, por ello —añado yo por mi cuenta—, no ha podido ser tal citación sustitutivo de la aprobación judicial, y otra, que aun siendo la aprobación judicial requisito diferente, la formalidad del último párrafo del artículo 1.057 sustituye y hace innecesaria aquélla.

En fin, LACRUZ-SANCHO también comentan aspectos concretos del párrafo último del artículo 1.057, aparte de los ya indicados, que merecen crítica favorable. Así, dicen acertadamente que «el cumplimiento de la citación puede, en principio, acreditarse por cualquier medio» y que «no es necesario que la citación reúna los requisitos por los artículos 270 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo válida de cualquier forma que se haga siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha» (Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y 11 de abril de 1967), y «en todo caso, cualquier defecto se tiene por subsanado cuando comparecen a la diligencia los citados a ella». Recuerda también con acierto que «no se exige la asistencia al inventario de los herederos o representantes legales, sino, simplemente, la citación a su práctica». Y que «la citación de los incapaces deberá ser hecha en la persona de su representante legal, nombrándoseles un defensor judicial en el caso de incompatibilidad de intereses con el padre o madre, si bien tal incompatibilidad es más difícil que se produzca en el otorgamiento del inventario, puesto que no es representante quien parte, y se limita a intervenir junto con otros herederos, legatarios y acreedores, a fin de que se guarde la debida probidad en dicho inventario».

5. *Exposición crítica de la postura de ALBALADEJO* (12).—Este autor, con su habitual profundidad, dedica algo más de una página al párrafo segundo del artículo 1.057 del Código, siguiendo, más o menos, la línea de los autores anteriormente estudiados.

Podemos sistematizar su posición distinguiendo tres aspectos:

1.º Se limita a ver únicamente el aspecto de operación particional de la citación al inventario, a pesar de que tal requisito nada tiene que ver con la realización de la partición en sentido estricto. Por un lado, incluye el análisis del precepto dentro del epígrafe «la realización de la partición». Y, además, dice lo siguiente: «Aunque no es propiamente forma, sino trámite que debe observarse para partir, hay que señalar que cuando no sean capaces todos los comuneros entre los que se parte, el contador deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, según dice el artículo 1.057, 2.º (hoy 3.º), del Código Civil, y la Ley 342 de la Compilación navarra, que exceptúa del trámite si el causante dispensó de él».

Por nuestra parte, ya hemos anticipado, y más adelante lo desarrollaremos, que desde el punto de vista de las operaciones particionales no tiene adecuada explicación el requisito de citar al inventario a acreedores y legatarios, por lo cual la posición de ALBALADEJO merece la misma crítica anteriormente expuesta.

2.º Como consecuencia de lo anterior, ALBALADEJO es de los que creen que la falta de citación al inventario produce la nulidad de la partición. En este sentido, dice lo siguiente: «La citación ha de hacerse previamente al inventario, y si no la partición es inválida, porque se trata de que se pueda asistir y fiscalizar aquél». «Lo que invalida es la no citación, no la no comparecencia del citado al acto de inventariar». A pie de página, cita la Sentencia de 15 de octubre de 1973, cuyo comentario crítico después expondré, y a FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, cuya crítica hemos visto con anterioridad.

En este aspecto, me remito, pues, a lo que antes he tratado de rebatir respecto a la teoría de la nulidad de la partición por defectos de la citación.

3.º Aparte de los dos aspectos anteriores, ALBALADEJO expone diferentes puntos concretos relativos al párrafo 3.º del artículo 1.057, con cita de varias resoluciones de la Dirección y sentencias del Tribunal Supremo, ocupándose concretamente de los siguientes puntos: «si se trata de menor emancipado, no hace falta cumplir el trámite de que se trata (Resoluciones de 7 de enero de 1907 y 30 de enero de 1911)»; «mien-

(12) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, tomo V: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, 1979, páginas 347 y 348.

tras viva el fiduciario», no hay que citar al «fideicomisario de residuo (Sentencias de 8 de marzo de 1926 y 22 de enero de 1969)»; «no se exige forma especial para ser hecha» la citación (Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y 11 de abril de 1967), «pero requiere ser justificada fehacientemente (Resoluciones de 18 de agosto y 21 de diciembre de 1909)»; «la citación deberá contener los datos adecuados (indicación del objeto, lugar, fecha, etc.), pero cualquier defecto se tiene por subsanado si comparecen los citados (Sentencia de 26 de noviembre de 1955)»; en el caso del incapaz intervendrá su representante legal, y si es el padre o madre al que corresponde la representación, y tiene interés contrapuesto al hijo, el defensor judicial que, con arreglo al artículo 165 (re refiere al antiguo) del Código Civil (y Ley 65 de la Compilación navarra), se le nombre (a instancia inclusive del propio contador)».

Al tratar de todas estas cuestiones, merece crítica favorable la exposición de ALBALADEJO, pues revela un mayor interés, insólito en la doctrina común, por el párrafo último del artículo 1.057 del Código, pero esa crítica favorable queda ensombrecida por el enfoque general del precepto explicado exclusivamente desde la perspectiva de la partición, y por el fulminante efecto de nulidad de la partición que atribuye a la falta de citación al inventario, según he indicado en los dos puntos anteriores.

6. *Conclusiones del examen de la doctrina de los autores.*—Aunque propiamente no se puede hablar de «doctrina», sino de varias opiniones distintas entre sí, cabe llegar a unas conclusiones derivadas del examen de las posiciones estudiadas:

1.^a Se parte, al parecer, por todos los autores, de que el inventario del párrafo último del artículo 1.057 es exclusivamente *la operación particional de inventario*, sin preocuparles la indagación de si cabe otra interpretación diferente. Pero la citación de coherederos, acreedores y legatarios no tiene explicación desde esta perspectiva del inventario como operación particional.

2.^a Enlazando con lo anterior, se suele entender que la *ratio* del párrafo último del artículo 1.057 es exclusivamente *la protección de menores o incapacitados en la partición de herencia*, con lo que se olvida que entonces no se explica esa citación al inventario de herederos mayores, acreedores y legatarios.

3.^a Se mantiene por los autores que la falta de citación al inventario o la citación defectuosa repercute en la validez de la partición, si bien alguno advierte que se trata de «nulidad no esencial» o no distingue, y, en cambio, otros aluden a nulidad absoluta por falta de formalidades (FÉLIX HERNÁNDEZ GIL).

4.^a Hemos visto que hay quien ve en el inventario y citación del

párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil un sustitutivo de la aprobación judicial de la partición del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se trata de cuestiones diferentes que no tienen que ver demasiado entre sí.

III. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General se ha ocupado con bastante frecuencia de la interpretación del párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 del Código Civil, no siendo tarea fácil esquematizar las declaraciones de las diferentes resoluciones. Se puede intentar a base de destacar los puntos que se expresan a continuación:

1.º En una resolución se recoge una frase, en forma de *obiter dictum*, pero que va a tener gran influencia en las sentencias del Tribunal Supremo que después se verán. Me refiero a la expresión que aparece en la Resolución de 13 de mayo de 1916 (en un caso del Registro de Ocaña) así: «Sean cualesquiera el alcance y efectos de esta citación, es indiscutible que la ley la reputa necesaria y concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre que descansan las operaciones particionales» (considerando primero).

Esta frase revela una grave falta de profundización en el problema, pues mal se podrán resolver casos concretos que plantea la aplicación del precepto si se muestra esa indiferencia sobre «el alcance y efectos de la citación». Nadie discute que si la ley la reputa necesaria hay que cumplirla; lo que se discute precisamente es el alcance y efectos del requisito, y concretamente si afecta o no a las operaciones particionales. En cuanto a la afirmación de que la ley concede al inventario una importancia excepcional como base fundamental de las operaciones particionales, parece que la resolución toma partido por la interpretación del párrafo último del artículo 1.057 desde la perspectiva exclusivamente particional. Pero falta por demostrar esa importancia excepcional del inventario como base de las operaciones particionales, pues dentro del Código Civil no resulta tal cosa, ya que ni lo menciona entre las operaciones de partición de herencia, refiriéndose a él únicamente en el párrafo último del artículo 1.057 del Código, que es el que se trata de interpretar.

Insisten en esta pretendida importancia del inventario las Resoluciones anteriores de 4 de diciembre de 1912 y de 17 de julio de 1915.

En la Resolución de 4 de diciembre de 1912 (en un caso del Registro

de Rute), para fundamentar la necesidad de citar al defensor judicial de los menores, se dice que «la citación de los coherederos, acreedores y legatarios, a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, atendida la importancia que este Cuerpo legal concede al acto del inventario, y que realmente tiene para los interesados...». Con esa misma finalidad, la Resolución de 17 de julio de 1915 dice: «Atendida la importancia que tiene el inventario, exige el artículo 1.057 del Código Civil que cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, debe el Comisario citar para la formación del mismo a todos los coherederos, acreedores y legatarios, debiendo intervenir en nombre de dichos menores o incapacitados sus representantes legales y, por tanto, los defensores judiciales de los sujetos a la patria potestad, cuando existen intereses contradictorios entre éstos y el padre o madre respectivos, como preceptúa el artículo 165 (el antiguo) del expresado Cuerpo legal».

2.º Se ocupa con frecuencia la Dirección de la forma de acreditar la citación a efectos de inscripción de la partición. En este punto existe una doble tendencia jurisprudencial.

Según una primera tendencia, para poder inscribir la partición debe acreditarse que el contador hizo la citación al inventario. Así, para la Resolución de 18 de agosto de 1909 (caso del Registro de La Rambla) no es suficiente la manifestación del Comisario, pues ha de acreditarse por documento fehaciente la citación: «La cuestión principal sobre que han girado las alegaciones del presente recurso, es la de determinar los efectos que produce el no aparecer justificada fehacientemente en las operaciones particionales, cuya inscripción se ha denegado, la citación para el inventario de bienes de todos los herederos y acreedores, a pesar de existir menores interesados en las mismas». Y considera la existencia de defecto porque en la escritura particional no consta «de un modo fehaciente» que la coheredera «hubiese sido citada para la formación del inventario». La Resolución de 21 de diciembre de 1909 (caso del Registro de Priego de Córdoba) confirma la anterior diciendo que «la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil debe ser exactamente cumplida cuando proceda, fijando con toda claridad su aplicación, justificando los particulares del caso y acreditando *fehacientemente* la citación de los interesados, pues de otro modo se daría entrada en el Registro a una serie de documentos nulos referentes a las diversas fincas adjudicadas».

Según otras resoluciones que parece van a prevalecer o han prevalecido ya en la práctica, basta que el comisario manifieste que ha hecho la citación prevenida en el párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 del Código Civil, aunque no lo acredite fehacientemente. Comienza esta tendencia la Resolución de 30 de abril de 1917 (caso del Registro de Je-

rez de la Frontera). Para desmitificar un poco esta segunda tendencia conviene advertir que la misma resolución que la inicia entona el *mea culpa*, como si no estuviese muy convencida de que la postura que adopta fuera la más adecuada. En el «considerando» primero se dice lo siguiente: «Considerando que en el cuaderno particional unido a la escritura de 9 de junio de 1916, el Comisario manifiesta que el inventario y avalúo del caudal relicto ha sido practicado previa citación de los herederos, representación de uno de éstos y legataria, y *aunque a los efectos de preconstituir una prueba del acto jurídico hubiera sido conveniente manifestar la forma en que se llevaba a cabo*, no puede negarse a la declaración hecha por dicho Comisario y autenticada reglamentariamente, la natural consecuencia de satisfacer las exigencias del artículo 1.057 del Código Civil, mientras no sea desvirtuada o contradicha por quien pretenda seguir a ciegas la citada segunda tendencia jurisprudencial». Por su parte, la Resolución de 6 de marzo de 1923 (en un caso del Registro de Zaragoza) viene a confirmar la anterior, siendo de interés transcribir el primer «considerando», que dice así: «Considerando que aunque el primer extremo de la nota discutida señala como defecto de la escritura de partición, autorizada por el recurrente, el de no haberse practicado el inventario con citación de la heredera o de su representación, ha de entenderse que la denegación se funda en que carece de toda eficacia para el objeto la simple declaración que se hace en el título de haber sido citado el defensor judicial; y contra este fundamento procede sostener: primero, que en una de las cláusulas del referido instrumento se afirma que el defensor nombrado tomó posesión del cargo y fue citado para la práctica del inventario un día determinado, y en otra se repite que la menor ha sido citada con tal objeto en la persona de su defensor judicial, sin que frente a la veracidad de ambas manifestaciones se haya opuesto la menor sospecha; segundo, que conforme ha indicado la Resolución de este Centro de 30 de abril de 1917, aunque a los efectos de preconstituir la prueba es conveniente manifestar la forma en que la citación se hace, no puede negarse a la declaración hecha por el Comisario y autenticada reglamentariamente la natural consecuencia de satisfacer a las exigencias del artículo 1.057 del Código Civil, mientras no ser desvirtuada o contradicha; tercero, que de estimar necesaria la comparecencia de los herederos, legatarios, acreedores o de sus representantes citados, se entorpecerían en grado sumo las operaciones y se echaría sobre los interesados que pudieran vivir lejos del lugar de otorgamiento o tener en el mismo reducido interés una carga desproporcionada; y cuarto, que la obligación que al defensor judicialmente incumbe de velar por los intereses del menor y la responsabilidad consiguiente que el Registrador pone noblemente de relieve, no puede confundirse con los requisitos

esenciales de la escritura de partición otorgada por el Comisario». Digo lo mismo que en relación con la anterior resolución, o sea, que la Dirección reconoce que hubiera sido conveniente acreditar la citación. Pero además, ha influido en su decisión, al parecer, eso que Don Quijote le decía a Sancho, acerca de que «dices tantos detalles, Sancho, que no puede menor de parecerme que debes de decir verdad». Pues bien, la resolución señala que se expresó que el defensor nombrado judicialmente tomó posesión de su cargo y fue citado para la práctica del inventario un día determinado. Pero ocurre que desde el punto de vista jurídico, la mera manifestación de detalles no es concluyente.

No obstante, quiero reflejar aquí mi opinión acerca de estas dos tendencias jurisprudenciales, ninguna de las cuales comparto, por entender que el requisito del inventario y de la citación debe quedar fuera del problema de la inscripción de la partición. Por eso, la primera tendencia jurisprudencial es exagerada, aunque haya que reconocerle que sigue cierta lógica: si la ley exige el requisito de la citación al inventario, y estamos dentro de las operaciones particionales, ha de acreditarse fehacientemente el cumplimiento de ese requisito a efectos de inscripción. La segunda tendencia jurisprudencial llega a un resultado más satisfactorio desde el punto de vista práctico, pero hay que reconocer que supone un contrasentido para quienes compartan la opinión de que la citación al inventario es una formalidad de la partición de Comisario, pues si la ley la reputa necesaria, es absurdo que desde el punto de vista de la inscripción, tendente a reflejar actos firmes, definitivos y no susceptibles de anulación, se diga que bastan las manifestaciones del Comisario, aunque no se prueben. Y lo cierto es que tal tendencia me parece mejor que la anterior, pero es por el resultado a que llega de no dar importancia al cumplimiento del requisito, lo que concuerda con la solución que doy al problema, aunque utilizando otros argumentos y enfocando el requisito fuera del ámbito de las operaciones particionales.

En cualquier caso, hay aquí, en las resoluciones de la Dirección, contradicciones de tendencias y contradicciones lógicas dentro del razonamiento de la segunda tendencia, que no puedo dejar de reseñar.

3.º Otro tema del que se ha ocupado la Dirección General, enlazando más bien con la línea de la primera de las dos tendencias que se acaban de estudiar en el apartado anterior, es si el defecto de citación es subsanable o insubsanable y cuál es, en su caso, la forma de subsanación. La Dirección entiende que se trata de defecto subsanable, lo cual contrasta con esa teoría de la nulidad absoluta que defiende algún autor, antes examinado. Veremos que contrasta también con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es curioso que en la referida Resolución de 18 de agosto de 1909 (caso de La Rambla) se fundamente el carácter subsa-

nable del defecto partiendo de que en la escritura el Comisario había manifestado que la citación se había realizado, pudiendo los interesados corroborar las afirmaciones del Comisario mediante documento fehaciente. En la misma línea, el Presidente de la Audiencia había razonado así: «La citación no está probada con documento fehaciente, como debiera estarlo, pero tampoco está probada la no citación, porque la confesión judicial sólo hace prueba 'contra sí', y, por tanto, como si llegara a probarse sería válido el documento, no puede considerarse falta insubsanable». Aunque no sea necesaria la asistencia al acto de inventario, por bastar la citación, la Dirección considera que la falta de citación puede subsanarse por la intervención de los interesados en el acto de inventario. Así, la Resolución de 13 de abril de 1892 (caso del Registro de Jijona) consideró que era innecesaria la citación, al haber ratificado las operaciones particionales los dos únicos interesados, dado que la citación es en el exclusivo interés de las personas a citar. En la Resolución de 30 de enero de 1915 (caso del Registro de Santiago), se afirma que la no intervención en el inventario del defensor judicial puede ser subsanada. La Resolución de 22 de julio de 1912 (caso del Registro de Villalón) califica el defecto de citación como subsanable y no insubsanable, como lo había calificado el Registrador en la nota.

Algunas veces la Dirección advierte que el defecto subsanable puede ser el de no haber precisado en el documento si los herederos son o no mayores de edad, pues se trata de un presupuesto para saber si es o no aplicable el párrafo segundo del artículo 1.057. Así, en la Resolución de 1908 (otro caso del Registro de La Rambla) se dice que debe expresarse en el documento si los herederos son mayores o menores de edad, a efectos, en este último caso, de hacer la citación del artículo 1.057 del Código Civil. En el mismo sentido, la Resolución de 21 de diciembre de 1909, ya citada (caso del Registro de Priego de Córdoba). O sea, que en estos supuestos, el defecto subsanable es la no determinación de la circunstancia de edad de los herederos, a través de cuya subsanación se ha de calificar si existe o no el otro defecto de la falta de citación.

Naturalmente, en toda esta cuestión del defecto subsanable, no se puede olvidar aquella tendencia jurisprudencial aludida en el apartado anterior, según la cual las manifestaciones del Comisario acerca de la realización de la citación excluyen toda idea de defecto, incluso subsanable.

Acerca de la cuestión de si existe o no defecto en estos supuestos, me remito a lo que después diré una vez concluida la fundamentación que doy al párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, aunque ya desde ahora debo advertir que a la partición de herencia no le deben afectar los defectos de la citación al inventario.

4.º La Dirección General se ha ocupado con mucha frecuencia del problema del interés opuesto determinante del nombramiento de defensor judicial y de su citación al inventario, a efectos del párrafo último del artículo 1.057, hasta el punto de que casi todas las resoluciones se han producido con ocasión de este tema.

Destacan especialmente las siguientes: Resolución de 13 de mayo de 1916, que contemplando un caso en que habían sido citados los mismos menores, afirma que les falta capacidad para ser citados personalmente y para hacer manifestaciones; en la citada Resolución de 4 de diciembre de 1912 (caso de Rute), el interés contrapuesto se aprecia por tener interés el padre en la previa liquidación de la sociedad conyugal; en la de 7 de julio de 1915 (caso de Santander) se aprecia interés opuesto a pesar de la posterior renuncia del padre a la herencia de su esposa, diciendo que esa renuncia no excusa la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda haber de la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario, a pesar de que se manifestó que no había bienes gananciales; en la Resolución de 30 de enero de 1915, el interés opuesto se ve por el problema de un legado que el contador consideró excluido de la herencia por no ser propiedad del causante; en la Resolución de 22 de julio de 1912 (Villalón), el interés opuesto se da porque a la viuda se le adjudica el caudal en pago de sus aportaciones.

En toda esta serie de casos dispersos falta una doctrina general que podría obtenerse de esa opinión de LACRUZ de que la incompatibilidad debe producirse en relación con el acto de inventario, que no tiene por qué coincidir con la incompatibilidad relativa a los derechos en la herencia.

5.º No podía faltar el problema de si el párrafo último del artículo 1.057 se aplica no sólo en el caso de ser alguno de los herederos menor de edad o sujeto a tutela, sino también en el de existir algún legatario de parte alícuota de esas características. La Resolución de 4 de noviembre de 1935 (en un caso del Registro de Valencia de Alcántara) entendió que era aplicable el precepto al supuesto de legatario de parte alícuota menor de edad o sujeto a tutela, basándose en la equiparación de esa figura con el heredero según la LEC y el número 7 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria. La Resolución de 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena) en *obiter dictum* insiste en la asimilación a tales efectos según la jurisprudencia entre heredero y legatario de parte alícuota. No sirve a estos efectos la Resolución de 30 de junio de 1956, pues se ocupa de un problema distinto, el de si está prohibido que el legatario de parte alícuota pueda ser nombrado Contador.

6.º También se ha ocupado la Dirección General de los Registros de la cuestión de los menores emancipados, y concretamente si se aplica

el párrafo último del artículo 1.057 cuando entre los herederos hay alguno menor de edad emancipado. La Resolución de 30 de enero de 1911 (en un caso del Registro de Manresa) entiende que no se aplica el precepto al caso de menores emancipados, argumentando que el artículo 317 del Código Civil (hoy artículo 323) no incluye entre los actos en que el emancipado necesita completar su capacidad el de partición de herencia. En otras resoluciones aparece como *obiter dictum* la configuración del «menor de edad» del párrafo segundo del artículo 1.057 como «no emancipado».

En mi opinión no hace falta recurrir a la argumentación de la Resolución de 30 de enero de 1911 para excluir del supuesto el caso de los herederos menores emancipados. Existe otro argumento extraído del propio texto del artículo 1.057. En él se contraponen, para darles el mismo tratamiento, el menor de edad y el sujeto a tutela. Respecto a este último grupo —el de los sujetos a tutela— está claro que no entran los menores emancipados. Así, según el artículo 200 del Código Civil, «están sujetos a tutela: 1.º Los menores de edad *no emancipados* legalmente...»; según el número 1.º del artículo 278. concluye la tutela «por la habilitación de edad»; por su parte, el antiguo artículo 324 decía que «es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el artículo 317», es decir, el artículo que se refiere al emancipado. El tercer párrafo del nuevo artículo 323 del Código Civil recoge estas mismas ideas diciendo: «Lo dispuesto en este artículo (sobre el emancipado) es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad». De todos estos preceptos cabe deducir que sí entre los «sujetos a tutela» no se incluyen los «habilitados de edad», los «menores de edad» a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.057, han de ser los «no emancipados», pues en otro caso se produciría una desigualdad entre «emancipados» y «habilitados» que el Código Civil trata de evitar en el artículo 324 citado (hoy párrafo último del nuevo 323).

7.º Existen varias resoluciones que señalan la derogación del artículo 1.049 de la LEC por el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, en cuanto a la innecesidad de la aprobación judicial de la partición realizada por el Contador. Pero conviene advertir que las resoluciones que se ocupan de la cuestión no dicen exactamente que la aprobación judicial del artículo 1.049 LEC haya sido sustituida por el inventario y la citación del párrafo segundo del artículo 1.057 CC, a diferencia de lo que decía PUIG PEÑA.

Las Resoluciones que se ocupan de esta cuestión son las siguientes: de 5 de octubre de 1893, 21 de enero de 1898, 5 de octubre de 1900, 2 de agosto de 1909 y 26 de agosto de 1909.

La Resolución de 5 de octubre de 1893 (en un caso del Registro de Jijona) es la que primero se ocupa del asunto y la que marca la jurisprudencia posterior, por la argumentación que realiza.

Los puntos fundamentales de esta resolución son, a mi modo de ver, los siguientes:

1.º En la posible colisión entre Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil destaca la prevalencia del primero, por ser Ley posterior:

«Considerando que la primera cuestión planteada en este recurso, esto es, la de si es o no preciso someter a la aprobación judicial la partición de bienes hereditarios en que hay menores interesados, cuando ésta se ha verificado por un Contador nombrado por el testador, según el artículo 1.057 del Código Civil, ha de ser resuelta con arreglo a este Cuerpo legal, y prescindiendo de lo que dispone el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que por tratarse de una materia que ha sido objeto del Código quedó aquella Ley respecto de este caso sin fuerza y vigor, tanto en el concepto de directamente obligatoria como en el de derecho supletorio, según estatuye el artículo 1.976 del referido Código Civil.»

2.º Destaca el silencio del Código Civil, silencio que requiere un análisis interpretativo:

«Considerando que si bien el citado artículo 1.057 no declara de un modo expreso que es innecesaria la aprobación judicial en el caso a que el mismo se refiere, tampoco dispone lo contrario, por lo cual se hace preciso analizarlo para fijar su inteligencia según las reglas de la crítica racional.»

3.º La resolución centra su argumentación más bien en la equiparación entre partición de testador y de Contador, que en el problema del inventario y citación, es decir, recalca más la primera parte del párrafo último del artículo 1.057 que la segunda parte de dicho párrafo. En este sentido, veamos en su conjunto los Considerandos tercero, cuarto y quinto:

«Considerando que la declaración contenida en el párrafo de dicho artículo 1.057, de que lo dispuesto en la primera parte de éste y en el 1.056 ha de observarse, *aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela* (el subrayado es de la resolución), pero debiendo el Comisario, en este caso, inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, holgaría por completo si no hubiese tenido por objeto determinar que en el caso de ser los interesados mayores de edad puede el Contador desempeñar su cometido por sí solo sin intervención de nadie; y en el caso de haber alguno menor o sujeto a tutela puede también verificar por sí la parti-

ción, pero ya con la única limitación de tener que citar para la formación del inventario a los coherederos, acreedores y legatarios.»

«Considerando que sirve de fundamento a la anterior afirmación el hecho de que lo dispuesto en el artículo 1.056 y en el primer párrafo del 1.057 se hubiera cumplido en todo caso sin que el legislador lo hubiera así declarado, ya que no había precepto alguno que prohibiese al testador que nombrase Contador para hacer la partición, ni que negase efectos jurídicos a ese nombramiento, aun en el caso de ser menor de edad o estar sujeto a tutela alguno de los interesados en la herencia.»

«Considerando que de no admitirse esta interpretación no habría diferencia alguna entre la partición hecha por persona nombrada por el testador y la verificada por otra en caso de que ésta no hubiere hecho uso de la facultad concedida por el artículo 1.057, viniendo a resultar estéril la confianza que el testador depositara en la persona por él designada para hacer la partición, si de todos modos había de someterla a la aprobación judicial, y no es de suponer que el cuidado y el esmero del legislador en declarar que lo dispuesto en dicho artículo se cumpliera, aun habiendo menores de edad interesados, no condujera a fin alguno.»

4.º Señala la finalidad de evitar gastos y dilaciones, lo cual nos parece de interés, como veremos después al destacar los antecedentes históricos del párrafo último del artículo 1.057:

«Considerando que ese fin no pudo ser otro que el de evitar a los menores los gastos y dilaciones consiguientes a la necesidad de obtener la autorización judicial exigida en todo caso por el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Naturalmente, no sólo debe verse esta finalidad en el artículo 1.057, párrafo último, del Código Civil, según indicaremos más adelante.

En cualquier caso, con esta exposición de la Resolución de 5 de octubre de 1893 he pretendido desmitificar la opinión de que la Dirección entiende que la aprobación judicial de la partición ha sido sustituida por el inventario y la citación del párrafo último del artículo 1.057, ya que cabe interpretar de manera distinta la citada resolución a través de los puntos expuestos.

Las otras resoluciones vienen a ser un corolario de la de 1893. Así, la Resolución de 21 de enero de 1898 (en un caso del mismo Registro de Jijona) resume la doctrina de aquélla en los Considerandos cuarto y quinto, resumen que puede ser peligroso si no se completa con el examen de la Resolución de 1893, pues podría inducir a simplificaciones erróneas. Dichos Considerandos se expresan así:

«Considerando, en cuanto al segundo de los defectos que se consig-
nan en la mencionada nota, que es doctrina de esta Dirección, establecida

en la Resolución de 5 de octubre de 1893, que no es preciso someter a la aprobación judicial la partición de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando ésta se ha verificado por Contador nombrado por el testador, según el artículo 1.057 del Código Civil, puesto que por tratarse de una materia que ha sido objeto de este Código ha quedado, en lo que respecta a este caso, sin fuerza ni vigor el precepto del artículo 1.049 de la LEC, tanto en el concepto de directamente obligatorio como en el de derecho supletorio, según estatuye el artículo 1.976 del propio Código.»

«Considerando que dicha doctrina no ha sido modificada por ninguna otra resolución de este Centro, pues si bien en las de 18 de diciembre de 1893, 9 de septiembre y 12 de noviembre de 1895, invocadas por el Registrador, se declaró que era necesario someter a la aprobación judicial la partición en que haya interesados menores, dichas resoluciones fueron dictadas para casos en que, según se consigna en las mismas, no se cumplieron las condiciones presupuestarias en el artículo 1.057 del expresado Código; por lo que la doctrina que en ellas se establece no contradice ni modifica la establecida en la de 5 de octubre de 1893, dictada precisamente para un caso que, como el presente, se han cumplido todas las condiciones del citado artículo.»

En la Resolución de 5 de octubre de 1900 (caso del Registro de Avila), que, por cierto, es una de las que admite que la falta de citación al inventario queda virtualmente subsanada por la conformidad prestada por el defensor judicial de los menores a las operaciones particionales practicadas por el Contador, y por tanto al inventario que les sirve de base, hay una alusión a la aprobación judicial de la partición que si bien es en sentido contrario al de las anteriores, no afecta a la doctrina que estamos exponiendo, como se va a ver a continuación. En la nota del Registrador se destaca que «en el caso presente no corresponde a la autoridad judicial la aprobación de las particiones y no puede, por lo tanto, considerarse subsanados tales defectos (los de falta de citación al inventario) con el nombramiento de defensor y su citación, hechas por el Juzgado después de ultimadas las operaciones de partición». La resolución aprovecha la ocasión para decir que la existencia de aprobación judicial de la partición no constituye defecto, pero no es que diga que es necesaria tal aprobación, sino que ante un supuesto en que se había ya producido se limita a decir que «aunque no fuera necesaria, no hay Ley ni precepto alguno que la prohíba», según es de ver en el tercer Considerando:

«Considerando, en cuanto al tercero de los defectos consignados en la mencionada nota, que tampoco es causa de nulidad de tales operaciones la circunstancia de haberlas sometido a la aprobación judicial, dado

que aunque no fuese necesario este requisito, no hay Ley ni precepto alguno que lo prohíba y, por tanto, la diligencia en que se ha hecho constar la conformidad del defensor de los menores con dichas operaciones, practicada en los autos de aprobación judicial de las mismas, no adolece del vicio de nulidad que por tal causa le atribuía el Registrador.»

La Resolución de 2 de agosto de 1909 (en un caso del Registro de Montilla) insiste en la innecesidad de la aprobación judicial, destacando los dos últimos Considerandos:

«Considerando que no es necesario someter a la aprobación judicial la partición de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando éstas se han verificado por Contador nombrado por el testador, según lo autoriza el mencionado artículo del Código Civil y como lo ha declarado esta Dirección reiteradamente, sin más limitación que la de que, en caso de existir herederos menores de edad, deba el Comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos y de los acreedores y legatarios, si los hubiere, requisito aquí cumplido, según se hace constar en el propio cuaderno, unido a la escritura.»

«Considerando que no es aplicable al caso presente la Resolución de 25 de mayo de 1908, citada por el Registrador, en la que los herederos practicaron conjuntamente la liquidación, división y adjudicación de los bienes con el albacea nombrado, ni mucho menos la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1906, por referirse a operaciones particionales no practicadas por la persona que aparecía con facultades para ello y en las que estaban interesados menores sujetos a tutela.»

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución de 26 de agosto de 1909 (también en un caso de Montilla), cuyos tres Considerandos se expresan así:

«Considerando que la partición a que se refiere este recurso ha sido practicada por el albacea Comisario nombrado por el testador, habiéndose concretado la intervención en la escritura de los herederos a aprobar la expresada partición.»

«Considerando que en este concepto es de aplicación la doctrina repetidamente consignada por este Centro a partir de la Resolución de 5 de octubre de 1893 y fundada en el artículo 1.057 del Código Civil, según la cual no es preciso someter a la aprobación judicial las particiones de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando éstas se han verificado por un Contador nombrado por el testador, conforme al citado artículo, puesto que por tratarse de materia especialmente regulada por el Código Civil ha quedado sin vigor, en lo que respecta a este caso, el precepto del artículo 1.049 de la LEC.»

«Considerando que si bien en los casos que dieron lugar a las Resoluciones de 9 de septiembre de 12 de noviembre de 1895 y 25 de mayo.

de 1906 se exigió dicho requisito, hay que tener en cuenta que no se trataba en ellos de particiones hechas exclusivamente por Comisario nombrado por el testador, sino por los mismos interesados, por lo que la doctrina expuesta en estas resoluciones no contradice la anteriormente expresada, como así se declaró en la de 21 de enero de 1898.»

Como se observará, nada nuevo se añade a la antigua Resolución de 5 de octubre de 1893 respecto a los argumentos sobre la innecesidad de la aprobación judicial de la partición de Contador.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL

Destacan especialmente las Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y de 15 de octubre de 1973, que sientan una doctrina que no concuerda con la que aquí se mantiene, sino más bien con la que, al examinar la doctrina de los autores, hemos visto que mantenía FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, por lo cual la crítica hecha a este autor puede trasladarse ahora a las citadas sentencias, cuyo contenido se va a exponer a continuación. También puede destacarse la Sentencia de 11 de abril de 1967, si bien ésta no mantiene ninguna posición conflictiva acerca del párrafo segundo del artículo 1.057, sino que hace unas declaraciones que, en principio, han de ser compartidas. Analizaremos también la Sentencia de 23 de diciembre de 1976.

La Sentencia primeramente citada, es decir, la de 26 de noviembre de 1955 (Aranzadi núm. 3.588), casa la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia que había declarado no haber lugar a decretar la nulidad ni la rescisión de la partición de herencia, sino sólo a la rectificación de la misma. En cambio, el Tribunal Supremo, siendo Ponente don Francisco Bonet Ramón, considera nula la partición realizada por defectos relativos a la citación del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil. Los Considerandos de esta sentencia pueden ser estudiados agrupándolos en cuatro partes:

1.^a En una primera parte, que comprende los dos primeros Considerandos, la sentencia quiere enfocar el fundamento del párrafo último del artículo 1.057 CC únicamente desde la perspectiva de la *protección de menores en la partición*, preparando así un fácil camino para ulteriores conclusiones. Veamos estos Considerandos:

«Considerando que los menores de edad, tradicionalmente, han sido objeto de una especial protección por el Derecho civil, amparándolos por medio de instituciones tuitivas como la patria potestad y la tutela, preocupación también constante del legislador contemporáneo, que ha mo-

dificado el Derecho para los débiles, no solamente en sus aspectos secundarios, sino en su esencia, y aun en su fondo, humanizándolo, beneficiándose el concepto del derecho subjetivo de esa profunda renovación que la realidad práctica comprueba, siendo considerados los derechos como relaciones sinalagmáticas que imponen a sus titulares, en compensación de las prerrogativas que les aseguren obligaciones más o menos numerosas y extendidas y de un modo específico en las relaciones de estado familiar y cuasifamiliar la concesión del derecho de patria potestad y tutelar como simple medio para el cumplimiento del deber (derecho-deber, derecho-función), y como consecuencia en principio inalienable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.»

«Considerando que concretamente en la partición extrajudicial que se practique por el mismo Comisario a quien el testador le hubiere encomendado por acto *inter vivos* o *mortis causa* la protección especial dispensada a los menores, se refleja en el segundo (hoy tercero) párrafo del artículo 1.057 del Código Civil, exigiendo en tal supuesto al Comisario que formalice el inventario de los bienes, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, prescripción que no rige, cuando es trata de dividir entre herederos mayores de edad, por entender la Ley que en este caso ellos mismos, sin necesidad de citación, podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto, y cuando proceda reclamar contra las inclusiones o exclusiones indebidas.»

Como crítica de estos Considerandos hay que decir que está muy bien todo lo que se dice en el primero acerca de la protección de personas débiles como finalidad especial del Derecho civil, cosa que nadie discute, así como que la patria potestad es hoy día acertadamente considerada como «derecho-deber» y «derecho-función». Pero que al tratar de aplicar esa doctrina general al caso concreto del párrafo segundo del artículo 1.057, cosa que se pretende en el también segundo Considerando, empiezan a no encajar las cosas. Que la protección de menores e incapacitados está en el precepto no hay ninguna duda; la duda consiste en determinar si esa protección va referida a problemas estrictamente particionales o a cuestiones aparte de la partición. Esto es lo que pasa por alto la sentencia, dando por supuesto que estamos en el campo exclusivo de la partición de herencia, con lo que, en definitiva, olvida que desde esa estricta perspectiva no tiene explicación el precepto ni la protección de menores, pues entonces no tendría base la citación de herederos mayores y de acreedores y legatarios, y sólo habría que citar a los representantes de los menores. Por cierto que la última parte del Considerando segundo recoge literalmente la opinión de MANRESA, ya expuesta al principio, por lo que hay que trasladar aquí el comentario crítico allí hecho.

2.^a En el tercer Considerando se contiene una doctrina acerca de los requisitos de la citación, plenamente acertada que hay que compartir. Dice así: «Considerando que tratándose de una partición extrajudicial no es indispensable que la citación para el inventario reúna los requisitos exigidos por los artículos 270 y concordantes de la LEC, siendo válida de cualquier forma que se haga siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha, por lo que reuniendo los indicados requisitos la que recibió el recurrente, hay que estimarla eficaz a los fines propuestos, y en todo caso cualquier defecto de la citación se tiene por subsanado cuando comparecen a la diligencia los citados a ella.» La única salvedad que hay que hacer es que desde mi perspectiva de enfocar el requisito de la citación al inventario fuera de la institución de la partición, en lugar de argumentar diciendo que la «partición es extrajudicial», tendría que decir «que es un acto extrajudicial por realizarlo el Comisario y no el Juez».

3.^a En el cuarto Considerando se dice algo que ya se verá cómo no es ninguna casualidad haberlo oído en otra parte: «Considerando que sean cualesquiera el alcance y efectos de la citación, es indiscutible que la Ley la reputa necesaria y concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, debiendo intervenir a nombre de los menores de edad sus representantes legales y, por tanto, los defensores judiciales de los sujetos a patria potestad, cuando existen intereses contradictorios entre éstos y el padre o la madre respectivos, como preceptúa el artículo 165 del Código Civil» (hoy artículo 163).

El origen de este párrafo se encuentra en la Resolución antes citada de 13 de mayo de 1916 y las demás concordantes. Se considera necesario reiterar aquí lo ya dicho antes: que para resolver un caso concreto mal se puede partir de esa indiferencia acerca de la explicación del alcance y efectos de la citación, cuando un minucioso estudio de ese alcance y efectos puede dar lugar a una interpretación diametralmente opuesta a la que se quiere deducir del precepto. Sobre esto se insistirá después. Aquí interesa resaltar que poco caso puede merecer toda posición que se sienta despreocupada por el fundamento de un requisito y concretamente por la interpretación sobre su alcance y efectos.

4.^a En los dos últimos Considerandos, la sentencia, a base de relacionar los artículos 4.º (antiguo del CC), 165 (hoy 163) y 1.057 llega a la conclusión de que se produce nulidad de la partición. Naturalmente, consideramos mucho más adecuada la posición mantenida por la Audiencia Territorial de Valencia, pues la tesis de la nulidad que, por la cita del artículo 4.º (hoy 6.º) y la referencia a la protección de menores, tiene que ser la de la nulidad absoluta, es de efectos desproporcionados y carece de

fundamento, aunque todo depende de la interpretación que se mantenga respecto al alcance y efectos del párrafo último del artículo 1.057. Por mi parte me remito a lo que después diré sobre el tema. Por parte de la sentencia todo queda dicho con esa indiferencia sobre esos temas apuntada en el apartado anterior. En todo caso, he aquí el texto de esos dos últimos Considerandos, que al menos han de ser tenidos en cuenta por quien pretenda seguir a ciegas la posición mantenida por la Dirección General de los Registros en aquella tendencia ya estudiada, según la cual bastan las manifestaciones del Comisario respecto al requisito de la citación al inventario, pues esa escasa consideración de tal requisito no se aviene con las gravísimas consecuencias que el Tribunal Supremo atribuye a su falta.

«Considerando que el defensor nombrado según el artículo 165 (hoy 163) del expresado Cuerpo legal, para sustituir al padre o madre en los asuntos correspondientes, no tiene una esfera meramente judicial, sino que representa igualmente a los menores fuera de juicio, y en este sentido han sido reconocidas sus facultades para recibir la citación que conforme al párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 mencionado debe ser hecha a los hijos sujetos a la patria potestad, cuando los padres tengan interés opuesto al suyo en algún extremo de las operaciones particionales por la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda suponer la exclusión o inclusión de determinados bienes en el inventario.»

«Considerando que en el caso de autos, afirmado por la Sala sentenciadora en el segundo Considerando, que no consta que se nombrara defensor judicial a los herederos menores de edad, es evidente que se ha infringido por interpretación errónea el artículo 1.057, párrafo segundo, del Código Civil, en relación con los artículos 4.º, párrafo primero, y 165 del propio Cuerpo legal denunciado en el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC, siendo inexcusable su estimación, que hace innecesario el examen del motivo segundo, articulado con carácter de subsidiario y para el caso de que se desestimara el anterior.»

La Sentencia de 15 de octubre de 1973 (Aranzadi núm. 3.557) sigue los pasos de la anterior, llegando a los mismos resultados. También con ella casa la Sentencia de la Audiencia Territorial, esta vez de Las Palmas, que había mantenido la solución de la dición de bienes y no la de la nulidad absoluta, como mantiene el Tribunal Supremo.

Destacan los siguientes Considerandos, en relación con el precepto que ahora se estudia, siendo Ponente don Mariano Gimeno Fernández:

«Considerando que la institución de la patria potestad se configura no como un derecho exclusivo de los padres sobre sus hijos menores de

edad no emancipados, sino más bien como una función atribuida a aquéllos, para el cumplimiento de un deber de asistencia de los últimos, en su aspecto personal y patrimonial, en tanto llega el momento de su emancipación, por suponerse haber alcanzado el suficiente desarrollo y capacidad para poder regir su persona y bienes, lo que determina la extinción de la patria potestad; de ahí que cuando entre los padres ejercientes de la patria potestad y los hijos sometidos a ella se produzcan situaciones de contraposición de intereses el artículo 165 CC (hoy 163) preceptúa el nombramiento de un defensor judicial, a fin de tutelar los derechos de los referidos menores, limitada la intervención de aquél al asunto que haya determinado su nombramiento, disposición que según establece, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1969 es de carácter imperativo y por ello de ineludible observancia, debiendo ser interpretada con la necesaria amplitud, impidiendo quede inaplicable aquel precepto, por criterios extremadamente restrictivos, atendida la primordial finalidad de la defensa del menor, protección la expresada establecida en el artículo 1.057 CC, al imponer al Comisario, a quien le haya sido encomendada por el testador causante de la herencia la partición de los bienes de la misma, que cuando entre los coherederos exista algún menor ha de formalizarse el inventario con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, disposición que, en consecuencia, tiene el mismo carácter de derecho necesario.»

Nada nuevo en esta argumentación respecto a la de la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, con idéntica espectacularidad que trata de introducir con la referencia a la protección de los derechos del menor y al carácter de derecho necesario de tal normativa, pero que no es convincente por faltar el argumento determinante de esa pretendida relación entre los antiguos artículos 165 y 4.º del Código Civil, por un lado, y el 1.057, por otro. No quiero pasar por alto tampoco el olvido de la sentencia, al recoger el texto del párrafo último del artículo 1.057, de la coma que hay antes de la expresión «con citación», que ya utilizaré como argumento contrario más adelante.

«Considerando que como sostiene la Sentencia de 25 de noviembre de 1955, cualesquiera que sea el alcance de la citación, es indudable que la Ley estimó necesaria y la impone cuando se da el supuesto del párrafo 2.º (hoy 3.º) del artículo 1.057 CC, concediendo al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, ya que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición en sus distintas fases u operaciones; no siendo tal precepto más que reflejo de la protección especial dispensada por la Ley con carácter imperativo a los menores, a que antes se ha hecho referencia,

y por ello su incumplimiento determina la nulidad de todas las operaciones que integran la partición, puesto que, además, las facultades del Contador-partidor para llevar a cabo las subsiguientes operaciones que integran aquélla no quedan expeditas en el supuesto contemplado en autos, en tanto no se lleve a cabo la práctica del inventario con citación de todos los herederos y el defensor judicial del menor, cuyo nombramiento pudo solicitar del Juzgado, al amparo de la amplitud que para ello otorga el párrafo segundo del ya citado artículo 165 CC» (hoy 163).

Tampoco hay nada nuevo en este párrafo, en el que incluso aparece la consabida frase de «cualesquiera que sea el alcance de la citación es indudable que la Ley estimó necesaria y la impone», por lo que nuevamente hay que decir que resulta sorprendente en una sentencia que necesariamente tiene que plantearse ese «alcance» para resolver el caso concreto; y aquella otra frase de que «el Código Civil concede al inventario una importancia excepcional proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales», añadiendo que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición, con lo que olvida que el artículo 1.079 del Código Civil, que no distingue entre herederos mayores y menores, no da la importancia pretendida por la sentencia a la omisión de bienes, ya que es sabido que no da lugar a nulidad ni a rescisión de la partición, sino a que pueda completarse o adicionarse. Tampoco puede explicarse que si la finalidad del párrafo segundo fuese la protección de los derechos de los menores en la partición, no se hubiese dado intervención a sus representantes o al propio Juez no ya en el inventario, sino en las operaciones particionales más decisivas, como hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ha sido derogada en este punto por el Código Civil, según hemos visto, pero ello quiere decir que la partición extrajudicial del Contador ha sido asimilada a la del testador, siendo el inventario y la citación un «plus» legal de la partición de Contador y no una parte integrante de la misma.

Otro Considerando que viene a incidir en las mismas explicaciones es el siguiente: «Considerando que como se mantiene en los precedentes razonamientos, el precepto del artículo 165 CC (hoy 163), que se refleja en el 1.057 del mismo Cuerpo legal, es de derecho necesario establecido por la Ley en defensa de los intereses del menor, que nunca deben quedar desamparados por omisiones, defectos o inhibiciones, de las personas llamadas a suplir su falta de capacidad o ejercer la actividad necesaria para que aquél se halle debidamente representado; el párrafo segundo del artículo 165 CC (hoy párrafo 3.º del 163), ya citado, legitima para formular la solicitud de nombramiento de defensor no sólo al padre, la madre o al Ministerio Fiscal, sino a cualquier persona capaz de com-

parecer en juicio, lo que viene a demostrar la amplia permisión de la legitimación encaminada a facilitar en todo caso la defensa de los intereses de un menor, al margen del interés del solicitante, y si en el caso de autos, según reconoce la sentencia recurrida, se omitió el nombramiento de defensor y existían asimismo intereses económicos antagónicos entre la madre y su hija menor de edad, el precepto del párrafo último del artículo 1.057 podría quedar sin efecto y burlada su finalidad, si con un criterio restrictivo no se permitiere que cualquiera de los interesados en la herencia, mucho más cuando los actores no consta acreditado fueran citados para la práctica del inventario que se llevó a cabo en la primera escritura particional, pudiera ser reclamado su cumplimiento y la consiguiente nulidad de la partición, aparte de que conocido el hecho por el Tribunal, por el carácter de derecho necesario de los preceptos citados, debe deducir de aquél las consecuencias necesarias y procedentes en derecho.»

Sólo añadir en relación con todo esto que parece confundirse en este párrafo la cuestión de las personas que «pueden» pedir el nombramiento de defensor judicial y las personas que «necesariamente deben pedirlo». Es cierto que cualquiera de los interesados —incluido el Contador— pueden pedir ese nombramiento; pero ¿tiene *obligación* legal de hacerlo el Contador a quien la Ley sólo obliga a hacer un inventario y a practicar unas citaciones? Además, el conflicto de intereses en el inventario implica una calificación por parte del Contador, que es dudoso tenga la carga de soportar. Por todo ello, hay que considerar muy dudoso todo lo que se dice en este Considerando, y en cualquier caso el incumplimiento de esa nueva obligación legal que le impone la sentencia —la de instar el nombramiento de defensor judicial de los menores— no hay por qué suponer que repercute en la validez de la partición, que es la única función encomendada por el testador. El incumplimiento de una «obligación legal» —ya lo hemos dicho— podrá tener las consecuencias de todo incumplimiento de obligación, pero no la de producir la nulidad de un conjunto de operaciones particionales y actos posteriores cuando el propio Código Civil no sanciona tal defecto con nulidad y encima el citado artículo 1.079 quita importancia a la omisión de bienes.

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal Supremo, en su segunda sentencia, declara la nulidad de las escrituras particionales y también la nulidad de las inscripciones que pudieran haberse verificado en el Registro de la Propiedad por causa de las adjudicaciones hechas en las mismas. Aunque no puedo compartir tampoco esta grave consecuencia, por no haber compartido la solución de la nulidad de la partición, hay que aprovechar de nuevo la ocasión para llamar la atención de aquellos que siguen aquella tendencia de la Dirección General que

quita toda importancia a la citación al inventario, pues véase que según el Tribunal Supremo puede dar lugar a la nulidad de la partición y de la consiguiente inscripción registral.

Otra sentencia que conviene analizar es la de 23 de diciembre de 1976 (Aranzadi núm. 5.578), pues contiene algunas novedades de importancia respecto a la línea jurisprudencial marcada por las Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y de 15 de octubre de 1973. Y si no, véanse sus dos Considerandos:

«Considerando que según conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial, la partición realizada por Comisario nombrado expresamente por el testador equivale a la hecha por éste, equiparación entre una y otra clase de partición que encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, en cuyo supuesto el artículo 1.057, párrafo último, del Código Civil impone al Comisario el deber de inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas, siendo manifiesto que la Ley reputa necesaria tal citación para la formalización del inventario, el cual es la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales realizadas, cuya omisión no es determinante de nulidad absoluta, pero sí de su nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores y legatarios.»

«Considerando que de lo precedentemente expuesto resulta claro que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, pese a reconocer que los Contadores-partidores formalizaron el inventario de los bienes de las dos herencias de que se trata, sin citar al efecto a los herederos mayores de edad, habiendo también otros interesados menores de edad que sí fueron citados a tal fin en la persona de su madre y representante legal, interpreta erróneamente el indicado artículo 1.057, párrafo último, del Código Civil y la doctrina legal que se cita en el primer motivo del recurso, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual, por tanto, debe ser acogido y, en su consecuencia, sin necesidad de examinar los motivos restantes, se ha de estimar el recurso, con la consiguiente casación de la sentencia impugnada, sin pronunciamiento especial en cuanto a la condena en costas.»

Aunque esta sentencia insiste en frases consabidas, como son las de que es «manifiesto que la Ley reputa necesaria tal citación para la formalización del inventario» y que el inventario «es la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales realizadas», frases éstas ya criticadas con ocasión del examen de las anteriores tendencias,

contiene, sin embargo, dos importantes novedades, que son las siguientes:

1.^a Interpreta la *ratio* del párrafo segundo del artículo 1.057 en el sentido de que es una medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de coherederos, acreedores y legatarios. Luego ya no estamos ante el interés o beneficio exclusivo de los menores, a que se refieren las anteriores sentencias, sino ante el interés de coherederos mayores o menores, acreedores y legatarios. Si las anteriores sentencias no explicaban esa citación de personas distintas de los menores en un supuesto que es de interés exclusivo de tales menores, y más atrás se ha hecho la crítica, la presente sentencia cae en el contrasentido opuesto, ya que es absurdo que se diga que es una norma en beneficio de coherederos, acreedores y legatarios, en un supuesto que sólo tiene lugar cuando los herederos son menores. Y es que el mal de una u otra tendencia está en enfocar el requisito de la citación al inventario dentro de la figura de la partición de herencia, que nada tiene que ver con el mismo.

2.^a Considera que se trata de anulabilidad y no de nulidad absoluta, la cual sólo puede ser reclamada por coherederos, acreedores y legatarios. Ya no se está ante la infracción de una norma imperativa tuitiva de los menores, sino ante la omisión de un requisito cuyo fundamento no se ve claro. El salto en el vacío de la sentencia se produce porque desde la perspectiva de la partición de herencia no se explica que, ante un requisito exigido sólo cuando entre los herederos hay alguno menor de edad o sujeto a tutela, puedan los coherederos mayores de edad instar la nulidad de la partición en contra de los propios menores, alegando que no han sido citados ellos al inventario. Con esta interpretación resulta que cuando todos los coherederos son mayores de edad y capaces, el Comisario no los tiene que citar y la partición es firme y válida sin habérseles citado al inventario; en cambio, cuando entre los coherederos hay alguno menor de edad, aunque el Comisario haya citado al inventario al representante del menor, la partición es anulable por los coherederos mayores no citados al inventario. Y yo me pregunto: ¿qué interés diferente pueden tener los herederos mayores en el *inventario de la partición* en uno y otro caso? La contestación de que la Ley reputa necesaria la citación no es suficiente, pues hay que indagar qué sentido tiene esa citación y qué efectos tiene su falta, aspectos éstos en los que me detendré más adelante, sobre la base de excluir que ello afecte a la figura de la partición de herencia, para así evitar éste y otros contrasentidos.

La otra Sentencia, de muy distinto signo que las anteriores, que falta

por examinar es la de 11 de abril de 1967 (Aranzadi núm. 2.207). A efectos del párrafo segundo del artículo 1.057 destacan en la sentencia dos aspectos:

1.º El paralelismo de la partición de Comisario y de testador, lo que debería hacer meditar a los que pretenden fomentar la nulidad de la primera por una causa que no afecta a la partición de testador. En el Considerando primero se dice: «Que la partición del Comisario puede considerarse intermedia entre la del testador y la de los coherederos, formalmente se asemeja a ésta por cuanto no es el causante quien la realiza, pero en su naturaleza y esencia es semejante a aquélla por ser un negocio jurídico unilateral y por cuanto se apoya siempre en la voluntad del testador, el cual, en lugar de hacer atribuciones concretas que satisfagan las cuotas por él disputas, encomienda a otra persona que haga tales atribuciones, pero siempre como satisfacción de las cuotas por él instituidas, habiendo declarado la jurisprudencia que la partición realizada por Comisario expresamente nombrado por el testador equivale a la hecha por éste, por ser su representante en cierto modo, debiendo ser respetada por los Tribunales mientras las legítimas queden incólumes» (Sentencias de 25 de abril y 17 de junio de 1963).

Aunque el párrafo último del artículo 1.057 añade la obligación legal de hacer inventario y de citar por parte del Comisario a una serie de personas, esa equiparación o semejanza que ve esta sentencia inclina a interpretar el incumplimiento de tal obligación como una cuestión distinta de la partición, es decir, como el incumplimiento de una obligación legal, tal como desarrollo en la segunda parte de este estudio, sin que para nada pueda repercutir sobre la partición misma, cuya realización es equivalente a la que hubiera podido realizar el testador.

2.º La desdramatización del requisito de la citación en su aspecto formal. La sentencia no muestra indiferencia por desentrañar el alcance y efectos de la citación, sino que trata de interpretar tales cuestiones a través del requisito de la forma y de los destinatarios de la citación, llegando a conclusiones ciertamente sorprendentes para el adicto a la línea jurisprudencial resultante de las sentencias anteriormente expuestas, ya que no sólo mantiene que la citación puede hacerse por cualquier medio hábil —cosa que ya señaló la Sentencia de 26 de noviembre de 1955—, sino que, además, le basta que sean citados a la formación del inventario «los mismos herederos menores», con lo que parece que se despreocupa del tema de la representación legal de dichos menores, y llega a un resultado más lógico desde el punto de vista de las obligaciones del Contador, teniendo en cuenta que esas obligaciones legales del párrafo úl-

timo del artículo 1.057 son sólo las de hacer un inventario y de citar al mismo a las personas que señala.

Para comprobar estas orientaciones de la sentencia, que me he permitido completar e interpretar, veamos el texto literal de los Considerandos segundo y tercero de la misma, para que puedan sacarse las consecuencias pertinentes:

«Considerando que el paralelismo de la partición hecha por Comisario con la realizada por el propio testador encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad y sujeto a tutela, debiendo entonces el Comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (apartado último del art. 1.057 CC), sin que se requiera una forma determinada para verificar la citación, con lo que los menores coherederos pueden ser llamados a la formación de inventario por cualquier medio hábil para tal fin sin que se exija su presencia tras haber sido citados para dicho acto.»

«Considerando que en el caso de autos, declarado por la sentencia recurrida que los herederos menores fueron citados a la formación del inventario, el motivo segundo del recurso denuncia error de derecho en la apreciación de las pruebas, que no puede prosperar por falta de invocación del precepto valorativo de prueba que haya sido conculcado, desestimación que acarrea la del motivo primero al quedar privado de la indispensable base *de facto*.»

De todos modos, hay que reconocer que esta sentencia no profundiza demasiado ni tampoco se pronuncia sobre la cuestión que discutimos.

Con esto doy por terminado el examen de la primera parte de este estudio, del cual puede deducirse que ni la interpretación dada por los autores, ni por la Dirección General, ni por el propio Tribunal Supremo, es concluyente, sino que las soluciones dadas son susceptibles de numerosas críticas, aparte de apreciarse una serie de contrasentidos, ya apuntados, que hacen que no pueda hablarse propiamente de doctrina sobre el párrafo último del artículo 1.057, a pesar de existir una línea jurisprudencial marcada por tres sentencias, que desde luego el intérprete no puede dejar de olvidar, aunque sí criticar y fomentar que se supere su doctrina si lleva a resultados absurdos y excesivos, cosa que se pretende aquí, según se explica en la segunda parte, que paso a exponer.

V. LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO A QUE SE REFIERE
EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057, SEGÚN
MI INTERPRETACIÓN

Ante la insuficiente explicación del precepto por parte de doctrina y jurisprudencia, no hay más remedio que intentar otra interpretación.

En mi opinión, el inventario a que se refiere dicho precepto responde a estas dos finalidades:

Primera. Facilitar, favorecer o cumplir la realización del inventario a efectos de la llamada aceptación a beneficio de inventario, tratándose de menores o incapacitados. La Ley aprovecha la figura del Comisario a tal efecto, pues es fácil imaginar que si los herederos no son los encargados de hacer la partición por sí mismos, al haber nombrado el testador un Comisario, quizá no entren en posesión de los bienes hasta mucho más tarde, en detrimento del requisito del inventario, que, en principio, es urgente para fijar el estado de los bienes. Además, ya que el Contador-partidor tiene la misión de realizar un inventario de bienes a efectos de las operaciones particionales, es lógico que se le asigne o encomiende por la Ley la realización de este otro inventario propio de la institución del beneficio de inventario.

Segunda. Suplir la actuación del Juez respecto a la realización del inventario de la herencia en el supuesto de existir menores o incapacitados que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el juicio necesario de testamentaría, evitando esa actuación de oficio del Juez y los consiguientes gastos y molestias típicas de un procedimiento a los menores o incapacitados. Por tanto, no es que la aprobación judicial de la partición de herencia que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil haya sido sustituida por el inventario y por la citación del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, sino que lo que ha sido sustituido por éste es el inventario judicial que en otro caso tendría que realizar de oficio el Juez conforme a la citada Ley procesal.

En uno y otro caso el inventario y la citación aparecen como una operación distinta de la llamada operación particional de inventario. Esta corresponde también al Comisario por voluntad del testador, y, en cambio, las dos funciones que acabo de señalar derivan de una obligación impuesta por la Ley al Contador, con unos requisitos y unos efectos diferentes de los que tiene la operación particional descriptiva de bienes.

Además, ambas finalidades, tan diferentes en principio, son perfectamente compatibles, según se tendrá ocasión de ver.

En todo caso, estas afirmaciones requieren argumentaciones, que es lo que intento seguidamente.

V. LA PRIMERA FINALIDAD DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL: FAVORECER O CUMPLIR EL REQUISITO DEL INVENTARIO RESPECTO A LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

Esta interpretación implica poner en relación el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil con el párrafo segundo del artículo 992 del mismo Código.

Según este artículo 992, párrafo segundo, «la herencia dejada a los menores o incapacitados podrá ser aceptada a tenor de lo dispuesto en el número 10 del artículo 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario». Y según el número 10 del artículo 269, para aceptar sin tal beneficio se necesita autorización del Consejo de Familia.

Me detengo en hacer unas consideraciones sobre este artículo 992 que pueden tener interés a efectos de su relación con el artículo 1.057 del Código.

El primer problema que plantea el 992 es que se refiere en principio a «menores o incapacitados», es decir, a supuestos tanto de patria potestad como de tutela, y, sin embargo, la remisión al número 10 del artículo 269 que hace a continuación, así como la referencia exclusiva al tutor, parecen olvidar, en definitiva, el supuesto de patria potestad. En la solución de este problema la doctrina se ha dividido, debiéndose reconocer que es mayoritaria la que opina que el padre no tiene ningún límite respecto a la aceptación en nombre del hijo, pudiendo hacerla por sí, tanto a beneficio de inventario como pura y simplemente. Sin embargo, me parece mucho más fundada la interpretación contraria, ya que la laguna que resulta de la parte final del párrafo segundo del artículo 992 lo lógico es llenarla de la forma más análoga posible al supuesto de tutela, sobre todo habiendo comenzado por referirse no sólo a incapacitados, sino también a «menores», sin distinguir supuestos dentro de estos «menores». Así resulta, según interpretación que acertadamente recoge LACRUZ, del párrafo primero del artículo 992, conforme el cual «pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes», lo que significa que el titular de la patria potestad debe contar con la autorización del Juez para la aceptación pura y simple, por el peligro que para el menor representa la aceptación de una herencia con deudas superiores al valor de los bienes y que implica la calificación del supuesto como algo que afecta a la facultad de libre disposición, que no tiene el padre en relación al menos con bienes muebles, dado lo dispuesto en el artículo 164 del propio Có-

digo. En cambio, la aceptación a beneficio de inventario no ofrece ningún peligro al menor, y señalando el Código que si la hace por sí el tutor se entiende hecha a beneficio de inventario, no se ve por qué el padre no iba a poder conseguir los mismos efectos. Según dice el citado LACRUZ, «como el tutor puede aceptar con beneficio de inventario, y las facultades del padre son superiores a las del tutor, éste puede hacer también lo propio» (13).

Otro problema que plantea el párrafo segundo del artículo 992 es si dentro del supuesto de entenderse aceptada la herencia a beneficio de inventario se entiende o no realizado el inventario mismo, aunque no se haga tal inventario. Este problema tiene más interés que el anterior en relación con el párrafo último del artículo 1.057 del Código, pues si se entiende que en el supuesto de menores o incapacitados no es necesario inventario para que se dé la aceptación a beneficio de inventario, entonces es que el párrafo último del artículo 1.057 del Código no se refiere a ese inventario, pues si es innecesario no se ve por qué lo iba a exigir el artículo citado.

Hay que reconocer que algún autor, como ALBALADEJO, entiende que en estos casos no es necesario inventario, pues dice que «nuestro Derecho, cuando habla de que se entiende aceptada la herencia a beneficio de inventario, o cuando impone que se acepte con este beneficio, no está realmente pensando en rigor en la aceptación beneficiaria en sentido estricto, sino que simplemente quiere expresar la idea de que sólo se responde de las deudas con el haber recibido. Es decir, no se trata de que se acepte verdaderamente con el beneficio o de que se cumplan los requisitos exigidos para obtener éste, sino de que en los casos vistos, con o sin tales requisitos, el heredero sólo responda del pasivo con el activo» (14).

Pero esta interpretación no es convincente dentro del Código Civil, aunque, como después veremos, esté vigente en un precepto de la Compilación de Cataluña en que sí lo dice expresamente.

Por el contrario, es mejor seguir la interpretación de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (15), que estima que el párrafo segundo del artículo 992

(13) Página 143 de la *ob. cit.* en nota 11.

En pruebas de imprenta este trabajo se publica la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, en cuyo nuevo artículo 166, párrafo 2.º, se dice lo siguiente: «Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entenderá hecha, *en todo caso*, a beneficio de inventario». Esto confirma la interpretación mantenida en el texto acerca del artículo 992.

(14) Citado por LACRUZ, pág. 146, en la *ob. cit.* en nota 11.

(15) PEÑA distingue entre el inventario y la declaración o protesta de querer

dispensa de la protesta o solicitud de aceptación a beneficio de inventario, pero no del inventario mismo. Y es mejor porque se adapta a la letra del precepto, que no excluye la realización de inventario. Y, además, deja en mejor lugar a acreedores y legatarios, pues es precisamente con ocasión del inventario cuando el Código Civil permite a los interesados —entre los que hay que incluir a acreedores y legatarios— que insten la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil (véase art. 1.020 CC), por lo cual la omisión de inventario impediría a legatarios —salvo los de parte alícuota— y a acreedores con crédito garantizado solicitar esas medidas, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil no cubre estos supuestos y, en cambio, el Código Civil, sí, a través de la regulación del inventario. Lo que ocurre es que si el tutor no insta la formación de inventario actuará de oficio el Juez, conforme a las normas del juicio necesario de testamentaría y realizará judicialmente un inventario que habría de valer a estos efectos, dado lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cambio, en Cataluña los acreedores y legatarios tienen la posibilidad de instar la separación de patrimonios con solicitud de inventario, dado lo dispuesto en el artículo 264 de la Compilación.

Con la interpretación de que en el supuesto de menores o incapacitados no se excluye el inventario, sino todo lo contrario, queda el camino libre para intentar una interpretación del artículo 1.057, párrafo último, en el sentido que pretendo, es decir, en el sentido de que ése es el inventario a que se refiere precisamente el precepto. Es más, el artículo 1.057 también podría ser un argumento para demostrar que cuando el artículo 992 habla de entender aceptada la herencia a beneficio de inventario en supuesto de menores o incapacitados no quiere excluir el inventario, sino sólo la protesta o declaración formal de beneficio de inventario, dada la exigencia del mismo en el artículo 1.057 del Código.

Pero todo esto requiere una demostración. Pasaré a exponer los argumentos en que me apoyo para sostener que el párrafo último del artículo 1.057 está relacionado con el segundo párrafo del artículo 992 y que tiende a facilitar, favorecer y cumplir el requisito del inventario, a efectos de la aceptación a beneficio de inventario, tratándose de menores o incapacitados, no sin antes advertir que dicho artículo 1.057 no se refiere a la figura de la aceptación a beneficio de inventario, que es algo para lo que no tiene facultades el Comisario, sino al inventario que

utilizar el inventario, y cita el artículo 992 entre los casos en que no se exige esta última (pág. 301 del libro citado en nota 21).

puede aprovechar a tal aceptación que con carácter previo o posterior se haga por quien tenga la representación de menores o incapacitados, y sin perjuicio de que luego pueda tener lugar también la aceptación pura y simple, en aquellos supuestos en que así se autorice.

Dichos argumentos son los siguientes:

Primer argumento: Histórico.—El párrafo segundo del artículo 1.057 conserva el mismo texto desde que se publicó la segunda edición del Código Civil en 1889. Teniendo en cuenta esto, no es demasiado retroceder en la historia el remontarse al Proyecto de Código Civil de 1851, máxime teniendo en cuenta que es un precedente fundamental, según la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (Base 1.^a). Pues bien, el párrafo segundo del artículo 1.057 no existía en el antecedente más directo que representa el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, al menos de forma clara y textual (sin excluir algún proyecto tangencial que luego veremos), ya que el artículo 1.074 del mismo se limitaba a decir que «la simple facultad de hacer la partición podrá cometerse, en vida o en muerte, a otro cualquiera, con tal que no sea a uno de los coherederos». Sin embargo, el Anteproyecto tiene muy en cuenta el Proyecto de 1851, como se comprueba por las notas existentes en el mismo, según el texto descubierto no hace mucho tiempo por PEÑA (16), hasta el punto de que ese artículo 1.074 del Anteproyecto es prácticamente una copia literal del artículo 900 del Proyecto, por lo cual es de extrañar que no recoja el artículo 901 del mismo, que, como ahora veremos, se refiere precisamente al supuesto del párrafo último del actual artículo 1.057. Cabe imaginar que se recogió a última hora antes de salir el texto definitivo del Código Civil, pero existe un vacío de antecedentes relativos a esos pocos meses que van desde la terminación del Anteproyecto hasta la publicación del Código. Así lo advierte PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, diciendo «Terminado el Anteproyecto, se invita por Real Orden de 30 de abril de 1888 a todos los miembros de la Comisión de Códigos a que hicieran sus observaciones a dicho texto», a cuyo efecto «se les dio un plazo de cuarenta y cinco días», añadiendo PEÑA que «no conocemos los términos en que fueron atendidas las observaciones que al Anteproyecto hicieron los vocales de la Comisión de Códigos». «Pero sí sabemos que, tras la terminación del Anteproyecto, la Sección de lo civil trabajó intensamente» (17). Por mi parte, insisto en que cabe pensar, dada la importancia del Proyecto de 1851 y la referencia a él en la Ley de Bases,

(16) Véase la publicación del mismo en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 4.^a, Fuentes y Bibliografía, vol. I, Madrid, 1965. Téngase en cuenta especialmente la pág. 25, donde se destaca la influencia del Proyecto de 1851.

(17) Página 43 de la *ob. cit.* en nota anterior.

que el párrafo último del artículo 1.057 está tomado del artículo 901 de aquél, para cuya conclusión no hay más que leer el texto de este artículo 901 del Proyecto de 1851, que dice lo siguiente: «Los tres artículos anteriores se observarán aun cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a curaduría; pero el Comisario deberá siempre inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.»

Pero lo más importante, a efectos del argumento que estamos examinando, es el comentario de GARCÍA GOYENA, que es fundamental si se tiene en cuenta que es el autor del Proyecto de 1851. El escueto, pero significativo comentario de GARCÍA GOYENA, es el siguiente: «La necesidad que se impone al Comisario guarda conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 244; habiendo un menor, ha de haber siempre inventario» (18). Pues bien, ese párrafo primero del artículo 244 es el equivalente al actual párrafo segundo del artículo 992, lo que demuestra la relación, desde el punto de vista histórico, entre el 1.057 y el 992, que antes apuntábamos. El citado artículo 244 del Proyecto de 1851 decía que «el tutor no podrá admitir la herencia deferida al menor, sino con beneficio de inventario». Y advierte aquí GARCÍA GOYENA: «Así la herencia nunca podrá ser gravosa al menor» (19).

No se negará que este precedente es muy importante, sobre todo teniendo en cuenta que el texto del párrafo último del artículo 1.057 concuerda plenamente con el artículo 901 del Proyecto de 1851.

Segundo argumento: Interpretación gramatical, lógica y ortográfica del texto mismo del artículo 1.057 del Código.—En el artículo 1.057 existen suficientes signos para proporcionar la convicción de que dicho artículo se refiere a un inventario diferente de la simple operación particional de inventario.

La expresión «en este caso» del párrafo segundo complementa y califica al verbo «inventariar», pues está colocado al lado de tal verbo y entre el «deberá» y el infinitivo «inventariar». Esto quiere decir que «en este caso» (heredero menor o sujeto a tutela) el Comisario «deberá inventariar», y en otro caso no tiene que inventariar. El «en este caso» no se refiere a la citación al inventario, sino a la obligación de inventariar misma, pues si quisiera calificar a la citación se hubiera empleado otra expresión, como la de que «deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación, en este caso, de...» Además, entre la frase «inventariar los bienes de la herencia» y la expresión «con citación» existe una coma

(18) Véase *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, según reimpresión de la Cátedra de LACRUZ, pág. 450, Zaragoza, 1974.

(19) Véase pág. 141 de la *ob. cit.* en nota anterior.

que no se puede olvidar. Si no existiera la coma, habría alguna base para entender que el «en este caso» complementa al verbo «inventariar», pero al mismo tiempo a la «citación», como algo indisolublemente unido a la obligación de inventariar. Pero no es así. La coma fue añadida en la segunda edición del Código Civil. En la primera, que fue la que publicó el Gobierno, no existía la coma; pero en la segunda edición la Comisión de Codificación hizo algunas correcciones en el texto del Código de mayor o menor importancia, según los casos, como han puesto de relieve MELÓN INFANTE y JERÓNIMO LÓPEZ (20), siendo muchas de ellas correcciones relativas a los signos de puntuación, que en la interpretación jurídica pueden ser muy interesantes. Estos autores nos hacen ver el cambio de la coma que pasó en la edición definitiva del Código, pero no sacan ninguna consecuencia interpretativa en dicho precepto. Sin embargo, nos dan una buena pista para que podamos sacarla nosotros, tal como hemos expuesto. La coma, pues, sirve para separar como dos obligaciones yuxtapuestas la obligación legal de inventariar y la obligación legal de citar a ese inventario.

En cualquier caso, la redacción del párrafo último del artículo 1.057 hubiera tenido que ser distinta si lo que hubiera querido recalcar es simplemente la obligación de citar y no la obligación de inventariar. Hubiera dicho que «*el Comisario deberá en este caso citar al inventario*» o bien la que antes he señalado, es decir, que «*el Comisario deberá inventariar los bienes de la herencia con citación, en este caso*». Nada de esto se ha producido en el texto del artículo 1.057, por lo cual hay que inclinarse hacia el único sentido gramatical posible, que no es otro que el ya señalado de que se impone al Comisario una obligación legal, además de las que el testador le ha encomendado, la obligación de inventariar los bienes de la herencia, y además con el requisito de la citación a ese inventario de las personas que se expresan.

Pero si todo esto es así, resulta que el inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código no es simplemente la operación particional de inventario, pues ésta no supone un deber específico «en este caso» de existir menores o sujetos a tutela, sino un deber embebido en la partición misma que le ha encomendado el testador, y que estaría comprendido en el párrafo primero del artículo 1.057 cuando dice que el «testador podrá encomendar» «la simple facultad de hacer la partición». Dentro de esta «simple facultad de hacer la partición» estaría comprendida, y lo está, la operación particional de inventario, por lo que al señalarla el párrafo último como una obligación específica del Comisario en un caso muy concreto, y no en todos, ello quiere decir que no puede ser la operación

²⁰ (20) *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, por JERÓNIMO LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, Madrid, 1967, pág. 306 en nota.

particional de inventario, sino otro inventario que sólo se da en determinados casos y no en general.

En resumen, no hay que olvidar varios detalles fundamentales del texto del artículo 1.057, a saber: la expresión «simple facultad de hacer la partición», en la que van comprendidas todas las operaciones particionales —y por ello, también la de inventario-relación de bienes— como consecuencia del encargo del testador; la referencia a un deber del Comisario de inventariar los bienes de la herencia en un caso muy concreto y no en los demás, lo que supone que no se refiere a esa operación particional de inventario que ya va comprendida en el párrafo primero, en la simple facultad de hacer la partición, sino a otro inventario distinto que el legislador obliga en este caso al Comisario, más allá de sus funciones derivadas del encargo del testador; y la existencia de una coma entre «inventariar los bienes de la herencia» y «con citación», que da pie para confirmar que la expresión «en este caso», que, a su vez, va entre «deberá» e «inventariar», complementa y se refiere al verbo «inventariar» y no de la obligación de citación, aunque ésta, a su vez, es una oración subordinada de la principal en que va el verbo «deber inventariar»; y, por último, la conjunción «pero», como significativa de que el párrafo último del artículo 1.057 se está refiriendo a una obligación de inventario que nada tiene que ver con la partición aludida en el párrafo primero, ya que viene después de decir que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará».

Tercer argumento: explicación del deber legal de inventariar los bienes de la herencia a través de la comparación sistemática con otros preceptos del propio Código Civil.—El concepto de inventario no es único, sino que tiene dos sentidos. Uno de ellos es el «inventario documental», que es precisamente la operación particional de inventario, y que consiste en una mera relación de bienes que el Comisario debe hacer por sí solo y sin necesidad de que la ley le imponga especialmente tal deber y sin tampoco tener que citar a persona alguna. Y el otro sentido es el «inventario-acto real», que se presencia por ciertas personas y que se realiza con fines de garantía y normalmente como acto previo a la administración ulterior de los bienes inventariados. Pues bien, de estos dos sentidos, hay que entender que el párrafo último del artículo 1.057 se refiere al segundo, no sólo por lo ya dicho de que el primer sentido ya está comprendido en el párrafo primero del precepto (facultad de hacer la partición), sino por la comparación con otros preceptos del Código Civil que se refieren a la obligación de inventario. Hemos visto antes, al exponer la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que el Código Civil asigna al inventario una importancia fundamental como base de las

operaciones particionales, pero en realidad no hay rastro en el Código Civil de esa pretendida importancia del inventario como operación particional, pues ni siquiera alude una sola vez a ese sentido, sino que se refiere siempre que habla de inventariar bienes al segundo sentido indicado. La comprobación de este extremo apoya la idea de que, a través de una interpretación sistemática dentro del propio Código Civil, el párrafo último del artículo 1.057 se refiere al inventario como acto real tendente a fijar el estado y descripción de los bienes como medida de garantía previa a una ulterior administración.

Según el antiguo artículo 163, párrafo segundo, del Código Civil, «se formará inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración, y a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo».

Tratándose de ausentes, el artículo 185 impone al representante, entre otras, la obligación (legal) de «inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado». En relación con esto, el artículo 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: «El inventario de bienes muebles y descripción de los inmuebles a que se refiere el número 1.º del artículo 185 del Código Civil, *habrá de practicarse* judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal». «*Practicado* el inventario —añade su párrafo 2.º— se proveerá al representante del ausente del título justificativo de su representación». Y más definitivo acerca de ese sentido de «inventario-acto real de garantía» es el artículo 191, que dice que «abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento».

Según el artículo 264, «el tutor está obligado» no sólo a «administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia», sino también, entre otras obligaciones, «a hacer inventario de los bienes a que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia». Y el artículo 265 dice que «el inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Este decidirá, según la importancia del caudal, si deberá, además, autorizar el acto algún Notario».

Por su parte, en el artículo 491, relativo a las obligaciones del usufructuario, se lee que éste «antes de entrar en el goce de los bienes está obligado a formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles».

En el supuesto de reserva viudal, el artículo 977 dice que «el viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar los muebles».

Por último, el Código regula con cierto detalle la «formación de inventario de los bienes de la herencia» en los artículos 1.010 y siguientes, cuando regula el beneficio de inventario y el derecho de deliberar.

En todos estos supuestos, el inventario aparece siempre como un acto que se *realiza, al que se cita* a determinadas personas e incluso, en algún caso, a autoridades, *que se presencia* y que *puede llevar cierto tiempo* (compruébese art. 1.017 del Código Civil) y *como medida de garantía* en provecho de ciertas personas.

Pues bien, si esto es así, no hay por qué suponer que la obligación legal de inventario impuesta al Comisario en el párrafo último del artículo 1.057 tenga un sentido diferente al de esos preceptos, máxime teniendo en cuenta que si está configurada como «obligación legal» nada tiene que ver con la obligación testamentaria de partición.

El Código, además, acabamos de ver que cuando se refiere al inventario nunca lo hace como operación particional, sino como acto autónomo de fijación del estado de los bienes a efectos de garantía de determinadas personas.

Cuarto argumento: análisis sistemático de la citación al inventario de acreedores y legatarios.—Si el inventario del párrafo último del artículo 1.057 fuese exclusivamente una operación particional, no se explicaría la citación de acreedores y legatarios, y mucho menos se explicaría que hubiere que citar a estas personas tratándose de menores o sujetos a tutela y no cuando los herederos fueran mayores. La falta de una explicación adecuada de esta citación por parte de la doctrina anteriormente examinada, es ya de por sí un buen argumento en contra de la consideración del inventario como operación de partición de herencia. ¿Qué tienen que ver los acreedores y, sobre todo, los legatarios con la partición de herencia? Los legatarios no tienen ninguna intervención en las operaciones particionales y los acreedores de la herencia tampoco, pues lo único que pueden hacer es «oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». Pero esta oposición no significa intervención en las operaciones particionales, por lo cual sería absurdo entender que se les cita para presenciar una de las operaciones de partición. Y más absurdo sería todavía tenerlos que citar cuando los herederos son menores o sujetos a tutela y no cuando los herederos son mayores. Todo esto quiere decir que

«la citación de acreedores y legatarios» exige otra explicación, más allá de la partición de herencia, pues ésta no puede darle sentido.

La única manera de que el inventario y la citación al mismo de acreedores y legatarios cobre una explicación es entendiendo que esa citación es la que hay que realizar cuando se practica el inventario del beneficio de inventario, único supuesto en que el legislador ha previsto con esa amplitud la citación a acreedores y legatarios. Sobre esta base, compárese el párrafo último del artículo 1.057 con el párrafo segundo del artículo 1.014 del Código y se verá la íntima relación entre ambos supuestos, como si estuviesen calcados a la letra, sin más diferencia que en este último caso el que insta el inventario y la citación es el «heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos» y, en cambio, en el párrafo tercero del artículo 1.057 es el Comisario, porque el heredero no tiene todavía en su poder los bienes de la herencia. Ese párrafo del artículo 1.014 dice que «el heredero deberá pedir, a la vez, la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniera».

El inventario realizado por el contador, con citación no sólo de acreedores y legatarios, sino también de los herederos mismos, aprovecha a cualquiera de éstos, si antes o después aceptan la herencia a beneficio de inventario, pues hay que aplicar la idea de que el inventario puede aprovechar a otras personas que así lo quieran, existiendo una manifestación de esta regla en el artículo 1.022 del Código Civil en relación con otro supuesto..

La interpretación aquí dada enlaza al final con lo dispuesto en el artículo 1.084 del Código, según el cual «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio». «En uno y otro caso, el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partida, hubiese quedado él solo obligado al pago de la deuda». Y decimos que guarda relación con la interpretación aquí dada de los artículos 1.057 y 1.014, porque existiendo ya el inventario y entendiéndose aceptada la herencia a beneficio de inventario en el supuesto de menores e incapacitados, los acreedores sólo podrán exigir el pago de sus deudas hasta donde alcance la porción hereditaria de los menores o incapacitados, cuyos representantes legales, a su vez, podrán hacer citar y emplazar a los coherederos para la reclamación de su parte proporcional (arts. 1.084 y 1.085).

Quinto argumento: las operaciones particionales como realización unilateral y exclusiva del Comisario.—Es unánime la opinión de que la na-

turalidad jurídica de la partición del Comisario es la de ser acto unilateral y exclusivo del mismo, ya que si los herederos u otras personas intervienen en la realización de todas o algunas de las operaciones particionales queda desnaturalizada la actuación unilateral e imparcial del contador, pudiendo convertirse la partición en otro tipo de partición distinto, a saber, la que denominé en otra ocasión «partición conjunta de contador y herederos». Pues bien, esta naturaleza de la partición puede quedar empañada si se interpreta que el inventario del párrafo tercero del artículo 1.057 es la operación particional de inventario, ya que entonces han de ser citados elementos extraños a la partición del Comisario, que no pueden ser unos simples convidados de piedra. Claro que todavía cabría salir de este obstáculo diciendo que la última palabra la tiene el Comisario en todo caso, o que es una excepción legalmente prevista. Esto quiere decir que el argumento no es decisivo, pero no cabe duda de que respalda a los anteriores razonamientos, pues es mucho más consecuente con la figura del Comisario la idea de que el inventario del párrafo tercero del artículo 1.057 se hace con la presencia de coherederos, acreedores y legatarios porque no es la operación particional de inventario.

El testimonio de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.—Una vez elaborado mi esquema argumentativo respecto a esta primera finalidad del inventario regulado en el artículo 1.057 del Código, comprendí que tenía que haber algún autor que avalara con su autoridad y especialización dicha solución. Efectivamente, PEÑA tiene un libro relativo a «La herencia y las deudas del causante» (21), y si es que necesitaba encontrar algún apoyo doctrinal que no me ofrecía la doctrina mayoritaria antes examinada, ése tenía que provenir de un autor que se hubiera ocupado en profundidad del tema de las deudas de la herencia. La intuición que tenía, se vio confirmada al examinar aquellas partes del libro de PEÑA en que citaba el párrafo último del artículo 1.057, No importa que las referencias sean muy breves y esquemáticas, pues no era objeto de estudio directo por PEÑA. Lo que importa resaltar es que este autor proporciona apoyo a la interpretación aquí dada.

La referencia más decisiva se contiene en una nota a pie de página, donde se lee lo siguiente: «Este precepto (el pár. últ. del art. 1.057) es un vestigio del Proyecto de 1851, según el cual la herencia había de ser a beneficio de inventario cuando los herederos estén sujetos a la patria potestad, tutela o curaduría. La obligación del Comisario de inventariar con citación de interesados «guarda conformidad» con la exigencia de que las herencias, en aquellos casos, se admitan a beneficio de inventa-

(21) Publicado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos como tomo 61, volumen 1.º del *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Madrid, 1967.

rio» (22). Lo que ocurre es que PEÑA no tiene ocasión de entretenerse en el aspecto de las argumentaciones, pero nos sirve como testimonio de conformidad con la solución que ofrezco.

Al estudiar el problema de la forma de la citación en relación con el beneficio de inventario en general, y concretamente si dicha citación puede hacerse no sólo judicialmente, sino también en forma notarial, señala como uno de los argumentos en favor de la forma no necesariamente judicial de la citación, lo dispuesto en el párrafo último del artículo 1.057, diciendo «que también se habla de citación de acreedores y legatarios para inventariar los bienes en ciertos supuestos de partición por Comisario (cf. art. 1.057, últ.), y sería perturbador entender que en todos esos supuestos el inventario había de ser judicial. Confróntese, en el sentido de no exigir, en las citaciones a que se refiere el artículo 1.057, últ., del Código Civil, los requisitos de las citaciones judiciales, la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, que supone que el inventario se hace extrajudicialmente. Y nótese que el inventario, a que se refiere el artículo 1.057, adquiere todo el significado pretendido en la Codificación cuando sirve para mantener el beneficio de inventario» (23).

En otro lugar se ocupa, a efectos del beneficio de inventario, si puede valer el inventario realizado con otro fin o promovido por otra persona, y entendiendo que sí, cita, entre otros casos, el inventario «en el supuesto de partición por Comisario habiendo herederos menores de edad o sujetos a tutela» (24).

Merece también resaltarse otra alusión al artículo 1.057 cuando habla de la «desarmonía de la responsabilidad *ultra vires* como sanción al heredero», diciendo que «la desarmonía de la responsabilidad *ultra vires* es aún más notable en un sistema como el español, en que los herederos pueden no tener intervención alguna en la administración y liquidación de la herencia por disposición del testador o de la ley», y cita, aparte de otros artículos, el 1.057 (25). Pues bien, la solución aquí ofrecida atenúa esa desarmonía en el supuesto de herederos menores de edad o sujetos a tutela, pues es un eslabón más para llegar a la responsabilidad *intra vires*.

De todos modos, entiendo que hay que ir más allá en la interpretación del párrafo último del artículo 1.057, a base de señalar la otra finalidad del inventario allí previsto, aunque a estos efectos el testimonio de PEÑA no nos sirva, pues sólo alude a esta relación con la aceptación a beneficio de inventario.

(22) Nota 61 de la pág. 310 de la *ob. cit.* en nota anterior.

(23) *Ob. cit.* en nota 21, págs. 309 y 310.

(24) *Ob. cit.* en nota 21, pág. 313.

(25) *Ob. cit.* en nota 21, pág. 183.

VII. LA SEGUNDA FINALIDAD DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL: SUPLIR LA ACTUACIÓN DEL JUEZ RESPECTO A LA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO EN EL LLAMADO JUICIO NECESARIO DE TESTAMENTARÍA

Esta segunda finalidad implica poner en relación el párrafo último del artículo 1.057 del Código con lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece respecto al juicio necesario de testamentaría.

Ante todo, hay que advertir que partimos de la configuración del juicio de testamentaría como un proceso de naturaleza compleja que, de acuerdo con la postura más autorizada, no tiene por objeto exclusivo la partición de herencia, sino que está constituido por un conjunto de operaciones que forman las sucesivas fases del juicio en el supuesto de que éste se desarrolle de una forma completa o total, pero que pueden ser fases u operaciones que se realicen, unas extrajudicialmente y otras dentro del juicio, e incluso cabe que no se realicen todas, porque la pretensión deducida no comprenda todas ellas.

Para llegar a esta interpretación nos basamos en la regulación misma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, sobre todo, en la distinción que dicha ley hace entre *operaciones de testamentaría* y *operaciones divisorias*, siendo las primeras todas aquellas que se realizan o pueden realizarse en el juicio, y las segundas, u operaciones divisorias, unas concretas operaciones de testamentaría que no son el objeto exclusivo, ni mucho menos, del juicio de testamentaría.

Paso a la cita de preceptos concretos. En el artículo 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alude a la posibilidad de que el testador nombre una o más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, practiquen extrajudicialmente *todas las operaciones de la testamentaría*. Esta pluralidad de cargos revela que no estamos necesariamente ante funciones estrictamente divisorias típicas de un contador-partidor, sino a operaciones de más amplio alcance.

En el artículo 1.048, párrafo primero, de la propia ley se lee que «en el juicio necesario, después de haber practicado judicialmente el inventario y depósito de los bienes, conforme a lo prevenido en el artículo 1.095, podrán también los interesados separarse de su seguimiento para hacer extrajudicialmente las demás operaciones de la testamentaría». «En este caso, no pondrá el Juez los bienes a disposición de los herederos hasta después de aprobadas las particiones.» Este precepto veremos que ha sido matizado o modificado por el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil; pero lo que quiero destacar ahora es que el inventario aparece aquí como una de las operaciones de testamentaría,

con una gran autonomía respecto de las otras y no necesariamente unida en su suerte y forma a ellas.

Además del examen completo de las operaciones o fases de testamentaría que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, se desprende la clara distinción entre operaciones de testamentaría que no son divisorias y operaciones propiamente divisorias. Existe, en primer lugar, la formación del inventario, que en caso de menores, incapacitados o ausentes ha de hacerse judicialmente según dicha ley, y han de ser hechas las citaciones que veremos (arts. 1.095 y 1.063 a 1.067 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Según el artículo 1.068, «practicadas las diligencias prevenidas en los artículos anteriores, mandará el Juez convocar a Junta a los interesados, señalando el día dentro de los ocho siguientes, para que se pongan de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación». Con ello entramos en la operación de administración y depósito, que también es operación de testamentaría y no operación divisoria, al igual que la formación de inventario (se regula esta operación en el artículo 1.095, núms. 2 y 3, y en arts. 1.068, 1.069, 1.096, 1.097, 1.098, 1.099, 1.100, debiendo tenerse en cuenta la remisión que hace el artículo 1.097 a las reglas sobre administración de «abintestatos» —artículos 1.005 al 1.035, salvo el 1.008—). Sólo después vienen las operaciones divisorias, que arrancan del artículo 1.070, es decir, una vez que está ya realizada la formación del inventario y acordado lo procedente respecto a administración y depósito de los bienes, y con independencia de ello. Así, el artículo 1.070 dice que «en la Junta, a que se refiere el artículo 1.068, los interesados deberán también ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal. Si no lo consiguieren, cada parte o grupo de partes que tengan idéntico interés en la testamentaría designará un contador, y se intentará el acuerdo de todos para elegir un contador dirimente, que habrá de ser Letrado». Siguen con la regulación de los contadores los artículos 1.071 y siguientes hasta el 1.093, interesando especialmente el artículo 1.077, que dice lo siguiente: «Las operaciones divisorias deberán presentarse por los contadores extendidas en papel común y suscritas por ellos, y contendrán:

- 1.º Relación de los bienes que en concepto de cada uno formen el caudal partible.
- 2.º Avalúo de todos los comprendidos en esa relación.
- 3.º Liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes».

Estas son las operaciones divisorias, de las que queda excluida la formación de inventario que con las citaciones preceptivas se ha reali-

zado con anterioridad a ellas y directamente por el propio Juez, según el número 1.º del artículo 1.095, a diferencia de las operaciones divisorias que se hacen después, y por el contador o contadores, sin perjuicio de que según la ley las apruebe el Juez. Sólo se habla en el artículo 1.077 de una relación de bienes, que es un inventario meramente *documental*, no el inventario previamente formado con toda solemnidad, y ese inventario documental es precisamente operación divisoria, y el otro más solemne no lo es, porque es previo a las operaciones divisorias.

Que el juicio de testamentaría puede no comprender todas las operaciones de testamentaría reguladas, se desprende no sólo de lo dispuesto en los artículos 1.047 y 1.048, que prevén que los interesados de común acuerdo practiquen o decidan extrajudicialmente algunas de ellas, sino del supuesto en que insten el juicio los acreedores, pues lógicamente éstos no tienen legitimación para intervenir en las operaciones divisorias en sí mismas consideradas, dado lo dispuesto en el artículo 1.082 del Código Civil, que limita su actuación a oponerse a que se lleve a efecto la partición, sino que han de dirigirse a la formación de inventario y administración y depósito de los bienes y a la oposición a la entrega, pues el artículo 1.093 de la ley dice que «cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción». También puede suceder que las operaciones divisorias no entren en el juicio de testamentaría por haberlas realizado el testador o haber encargado para hacer tales operaciones, o sea, la simple facultad de hacer la partición a un contador (supuestos de los arts. 1.056 y 1.057 del Código Civil). Pero aun así podría tener interés instar el juicio para otras operaciones de testamentaría, y concretamente para la formación de inventario, para la administración, custodia y conservación de bienes y para la oposición a la entrega, desde el punto de vista de los acreedores de la herencia. Ahora bien, respecto a la operación de testamentaría de formación de inventario, tampoco entra en el juicio de testamentaría, según mi interpretación, cuando existe contador-partidor, pues en tal caso tiene un deber *legal* (no testamentario) de formar inventario con citación de acreedores, legatarios y coherederos, que suple esa operación de inventario del juicio necesario de testamentaría.

De modo que, desde esta perspectiva, se llega a la conclusión de que el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, por un lado, ha modificado el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento, respecto a la aprobación judicial de la partición del Comisario, dado lo dispuesto en la *primera parte* del párrafo último del artículo 1.057 del Código, y, por otro lado, también ha modificado el número 1.º del artículo 1.095 de la ley, que prevé la formación judicial del inventario, dado lo dispuesto en

la *segunda parte* de dicho párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, que establece, por disposición de la ley, que es el Comisario el que debe inventariar los bienes de la herencia con las correspondientes citaciones.

Naturalmente, esta relación que apunto entre el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil y el inventario del juicio necesario de testamentaría requiere también una demostración, como en el caso de la primera finalidad, lo que intento a continuación.

Primer argumento: Histórico.—Hemos visto cómo el párrafo último del artículo 1.057 tiene su precedente directo y claro en el artículo 901 del Proyecto de 1851. Esto quiere decir que si bien la primera de las funciones o finalidades del inventario tiene una clara explicación histórica, la segunda finalidad que ahora planteo no está del todo cubierta desde el punto de vista de la argumentación histórica.

Sin embargo, no me resisto a pasar en silencio un precepto del Anteproyecto de 1882-1888 del Código Civil, que puede tener cierto interés interpretativo respecto a esta segunda configuración del inventario.

Me refiero al artículo 1.077 del Anteproyecto, que venía a continuación de los equivalentes a los actuales artículos 1.058 y 1.059 del Código.

El citado artículo 1.077 del Anteproyecto decía así: «Esta formalidad será necesaria en toda partición de bienes en que se hallen interesados menores, incapacitados, personas sujetas a tutela o ausentes de ignorado paradero, salvo siempre la voluntad del testador en cuanto a los bienes de su libre disposición».

Hay que anotar varias cosas a este precepto.

En primer lugar, «esta formalidad» es la que señala el artículo 1.076 anterior, que dice que «cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, se hará judicialmente, conforme a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Por tanto, la formalidad prevista en el Anteproyecto es la de someterse a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, una de las cuales es, como se sabe, el «inventario judicial» previo a la partición propiamente dicha.

En segundo lugar, se alude a «toda partición de bienes en que se hallen interesados menores, incapacitados, personas sujetas a tutela o ausentes de ignorado paradero», y, por tanto, comprende también las particiones de Comisario, al decirse claramente «toda partición». Además, se refiere al supuesto principal del párrafo tercero del artículo 1.057 actual, es decir, al supuesto de «menores o sujetos a tutela», aunque hable también de ausentes, como la Ley de Enjuiciamiento Civil hace precisamente, según veremos más adelante.

Por otra parte, aunque esto sea intrascendente, la indicación de «formalidad necesaria», no puede menos de recordarme al adjetivo de «necesario» con que es calificado procesalmente el juicio necesario de testamentaría en tales supuestos.

En cuarto lugar, se deja a salvo «la voluntad del testador en cuanto a los bienes de su libre disposición», que concuerda exactamente con lo que establece el artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también con lo previsto en los artículos 1.044 y 1.045 de la misma.

Por último, el artículo 1.077 tiene su precedente, según indica el propio Anteproyecto de 1882-1888, en el artículo 951 del Anteproyecto belga de LAURENT, que dice que «cuando estén interesados en la partición menores, incapacitados, enajenados internados, personas bajo curatela, ausentes o no presentes, aquélla se verificará con arreglo a las formas prescritas por la Ley de 12 de junio de 1816». Además, en nota a pie de página del Anteproyecto, se lee lo siguiente: «Esta ley aligeró las formalidades para evitar 'las largas y costosas formalidades de las particiones judiciales': la partición se hace notarialmente, con cierta intervención judicial» (cita de LAURENT, tomo III, com. al art. 951 del «Avant-projet») (26).

De todas estas anotaciones al artículo 1.077 del Anteproyecto, se puede obtener la conclusión de que existía latente pocos meses antes de la definitiva edición del Código Civil, el problema de la relación entre el juicio necesario de testamentaría de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la partición de herencia. Si se tiene en cuenta que este artículo 1.077 no ha pasado a la redacción definitiva del Código Civil y, sin embargo, ha pasado el párrafo último del artículo 1.057 del mismo, que en el Anteproyecto no existía, puede pensarse en el establecimiento de alguna relación entre uno y otro, de forma que el párrafo último del artículo 1.057, introducido a última hora, puede cobrar alguna explicación en su relación con ese artículo 1.077, suprimido curiosamente también a última hora.

Los puntos de contacto, ya señalados, son significativos y pueden revelar que el párrafo último del artículo 1.057 actual no sólo entronca con el Proyecto de 1851, según vimos antes, sino también con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya entonces vigente.

Segundo argumento: paralelismo o coincidencia entre el supuesto del artículo 1.057, párrafo último, y el supuesto del juicio necesario de testamentaría.—Ensayo ahora el argumento de interpretación sistemática, no ya de preceptos dentro del mismo Código, sino de preceptos de dis-

(26) Ob. cit. en nota 16, pág. 333.

tintos Códigos —Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil—, pero pertenecientes a un único ordenamiento y a una misma materia.

El supuesto de hecho del artículo 1.057, párrafo último, del Código hemos visto que es el de existencia de algún heredero menor de edad o sujeto a tutela y, al mismo tiempo, existencia de contador-partidor nombrado por el testador.

En la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a propósito del juicio necesario de testamentaria, aparece también ese supuesto.

Así, el artículo 1.041 de la ley citada dice lo siguiente: «Será necesario el juicio de testamentaria en los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio. Estos casos serán: 1.º Cuando todos o algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio. 2.º *Cuando los herederos, o cualquiera de ellos, sean menores o estén incapacitados*, a no ser que estén representados por sus padres».

El párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil responde a este segundo supuesto. En cuanto al primer supuesto, el de los ausentes, no se recoge por el artículo 1.057. Sin tratar de explicar en profundidad esta omisión, baste decir que no debe extrañar, desde el momento en que el Código Civil, en el lugar correspondiente, ha regulado con todo detalle y precisión lo que ha de hacerse en el supuesto de persona ausente, con el nombramiento de su representante y con el establecimiento de una reserva hereditaria a favor del ausente en el artículo 191, que ampara suficientemente al mismo.

En cuanto a la otra especialidad que se contiene en el artículo 1.041 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la referencia al caso de menores o incapacitados que no estén representados por sus padres, en principio cuadra también con el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil. pues aun cuando en éste no se hace esa precisión, sin embargo, cabe pensar que al ser un supuesto de existencia de contador-partidor, ya no es el caso directamente contemplado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, al menos en un primer momento, precisamente el del inventario, no consta la representación de los padres ni si éstos tendrán o no un interés contrapuesto con sus representados. Por ello, tampoco puede extrañar ese matiz diferencial.

Ante tal supuesto paralelo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun existiendo contador-partidor, prevé la realización judicial del inventario. En cambio, el Código Civil señala terminantemente que el que tiene el deber de inventariar es el Comisario y que lo único que debe hacer es citar a coherederos, acreedores y legatarios. Pues bien, como el Código Civil es ley posterior a la de Enjuiciamiento, debe prevalecer la regulación de aquél sobre ésta, tratándose del mismo supuesto. Además, el artículo 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento invita a esa derogación, pues en los

artículos 1.044 y 1.045 prevé que el testador haya prohibido expresamente el juicio de testamentaría, a lo cual da eficacia la ley, siempre que dicho testador «haya nombrado una o más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores o cualquiera otro practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría». Si esto se prevé respecto al caso del testador, con mayor razón hay que darlo por entendido cuando es la ley la que impone al contador-partidor el deber de formalizar el inventario, que es lo que ocurre en el párrafo tercero del artículo 1.057.

Tercer argumento: paralelismo o coincidencia entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento respecto al concepto de inventario.—Al estudiar la primera finalidad del inventario del artículo 1.057 del Código, he tratado de demostrar que es un inventario distinto en su naturaleza, requisitos y efectos de las operaciones particionales, aunque se encomiende por la ley al contador-partidor de la herencia. Los argumentos allí expuestos, principalmente el que resulta del propio texto del artículo 1.057, nos sirven ahora también para destacar la autonomía de dicho inventario respecto de las operaciones particionales.

Pues bien, en el juicio de testamentaría, el inventario aparece igualmente como una operación distinta de las divisorias, aunque se trata en el mismo capítulo que ellas. Antes hemos visto cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia las operaciones divisorias de las demás operaciones previas de testamentaría, y que entre éstas se encuentra la operación de inventario en su sentido propiamente dicho de acto jurídico de descripción y fijación de los bienes. El otro sentido de «inventario», es decir, el de operación particional, es denominado por la ley «relación de bienes», y no tiene la regulación ni el alcance y efectos que tiene el inventario propiamente dicho. Así resulta especialmente de los artículos 1.070 y 1.077, pues el primero de ellos se refiere a la práctica de operaciones divisorias por parte de los contadores, y esas operaciones no pueden comprender el inventario regulado en los artículos 1.063 a 1.067, ya que éste lo ha hecho ya el actuario con anterioridad al nombramiento de los contadores; y en cuanto al artículo 1.077, ya citado, señala como contenido documental de las operaciones divisorias, entre otros aspectos, «relación de los bienes que en concepto de cada uno formen el caudal partible», sin exigir ningún requisito especial para esta relación.

Es cierto que el artículo 1.046 de la ley puede introducir alguna confusión al decir que «si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas». Pero este precepto, al aludir al inventario, junto

a las operaciones divisorias, puede significar cualquiera de estas dos cosas: o bien que se está refiriendo al inventario como comprensivo de los dos sentidos, de acto jurídico de fijación de los bienes y operación divisoria, o bien que se está refiriendo exclusivamente al primer concepto. En cualquier caso, el efecto es el mismo, pues las «reglas» que puede establecer el testador «distintas de las ordenadas en esta ley», son las del inventario en ese primer sentido, que es el único respecto al cual se dan reglas por la ley en el juicio de testamentaría, pues en cuanto al sentido de «relación de bienes» no existe regla alguna, si no es la escueta referencia del número 1.º del artículo 1.077. Pero queda claro que aun suponiendo que se emplee en sentido amplio, con ello no se empaña la distinción que aparece a lo largo de todo el texto de la ley, ni menos la preferencia de la ley por el concepto de inventario como acto previo y distinto de las operaciones divisorias, que es precisamente lo que quería recalcar al ofrecer este paralelismo de conceptos de inventario entre el del párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil y el que destaca en el juicio de testamentaría.

Cuarto argumento: paralelismo o coincidencia entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en cuanto al requisito de la citación.—Al tratar de la relación entre el artículo 1.057 y el beneficio de inventario, ya se ha dicho que el requisito de la citación de acreedores y legatarios guarda total identidad con el que se establece a propósito del beneficio de inventario en el párrafo segundo del artículo 1.014 del Código. Pero esto no es obstáculo para señalar ahora este otro paralelismo entre la citación al inventario en el juicio de testamentaría y la citación al inventario del párrafo tercero del artículo 1.057.

Es más, la citación de *los herederos* no cuadra del todo con el beneficio de inventario, pues sabido es que no se exige en ese caso tal citación. Y, sin embargo, en el juicio de testamentaría es necesaria la citación de los herederos, según se desprende del artículo 1.065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su número 1.º dice que «deberán ser citados para la formación del inventario: 1.º Los herederos o sus legítimos representantes que se hallaren en el lugar del juicio o se hubieren personado en los autos, y por los ausentes, si los hubiere el Promotor fiscal». También interesan, a estos efectos, los artículos 1.056 y 1.057 de la ley, pues vienen a coincidir con los que la doctrina y jurisprudencia, aun manteniendo distinto enfoque, han interpretado en relación con el párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil. Según el artículo 1.056 de la ley, «si hubiere herederos o legatarios de los antedichos que por ser menores o incapacitados tengan tutor o curador, se entenderá con éstos la citación para el juicio». «Si no lo tuvieren, se les nombrará

o se hará que lo nombren, con arreglo a derecho, a no ser que se hallen representados por sus padres». Y según el artículo 1.057 de la ley, que es aplicable al supuesto del artículo 1.057 del Código, «cuando el tutor, curador, padre o madre tengan en la herencia un interés incompatible con el del menor o incapacitado a quien representen, se proveerá a éste, con arreglo a derecho, de un curador especial para el juicio, cuya intervención se limitará a los actos en que exista dicha incompatibilidad».

Por tanto, la citación de los herederos al inventario sólo se explica adecuadamente si se relaciona el artículo 1.057 del Código Civil con el inventario del juicio de testamentaría, lo que, a su vez, acabamos de ver que proporciona la coincidencia de regulación entre la Ley de Enjuiciamiento y lo que la doctrina y jurisprudencia exigen respecto a la citación al inventario del precepto del Código Civil.

Pero no es sólo esto. Es que en el juicio de testamentaría, y concretamente en la operación de testamentaría de inventario —no en la operación divisoria de relación de bienes—, es necesario citar a legatarios y acreedores de determinado carácter. Aquí la coincidencia es parcial, pues en el juicio necesario de testamentaría no hay que citar a todos los legatarios, sino sólo a los legatarios de parte alícuota, aparte del heredero forzoso a título de legado, que también ha de ser citado, en mi opinión. Tampoco hay que citar a todos los acreedores, sino sólo a «los que hubieren promovido el juicio o hayan sido admitidos en él como parte legítima (núm. 4.º del art. 1.065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y según el artículo 1.040, no pueden promoverlo los acreedores «cuando tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria u otra garantía suficiente» y «cuando, en otro caso, los herederos les dieren fianza bastante a responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado».

En todo caso, existe también en cuanto a acreedores y legatarios bastante coincidencia. Lo que ocurre es que al ser el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil más amplio en este punto, ello obliga a completar la interpretación con la referencia al beneficio de inventario y no sólo al juicio necesario de testamentaría, como la citación a herederos obliga a completar la interpretación del precepto con la referencia al juicio necesario de testamentaría y no sólo al beneficio de inventario.

VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE AMBAS FINALIDADES DEL INVENTARIO

En principio, podría extrañar mi interpretación partiendo de que el inventario del beneficio del mismo nombre y el del juicio necesario de testamentaría son dos instituciones diferentes que nada tienen que ver entre sí.

Sin embargo, la relación entre dichas instituciones es más profunda de lo que a primera vista pudiera parecer.

En primer lugar, desde el punto de vista histórico, hay que advertir que el juicio de testamentaria y el procedimiento de aceptación a beneficio de inventario han estado mezclados. PEÑA nos dice que «en la práctica tradicional española aparecen los juicios de testamentaria y abintestato en los que, de acuerdo con la complejidad de su finalidad, se combinan diversos trámites: *los exigidos por el beneficio de inventario*, por la *actio familiae erciscundae* y por el principio «primero es pagar que heredar» (PEÑA, pág. 70). Y en nota a pie de página completa esto diciendo: «La práctica entendía que el juicio de testamentaria empezaba con el inventario que hace el heredero de acuerdo con la Partida 6, 6, para impedir las consecuencias dañosas de su omisión (cf. SIGÜENZA: *Cláusulas*, II, 11; *Inventario*, 1, 3, pág. 359; *Febrero*, II, núm. 2.092, página 226)».

«Se entendía que estas reglas de las Partidas, a pesar de que se restringían a una finalidad muy concreta (el beneficio de inventario), eran casi las únicas en que el legislador determinaba algo sobre la tramitación de estos juicios (cf. HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *Comentarios*, III, página 5)» (27).

Quiero recordar también dos artículos del Anteproyecto de 1882-1888, que revelan un estado de opinión histórico sobre la relación entre las dos instituciones que estudiamos. Según el artículo 1.032 del Anteproyecto, incluido en la sección titulada «Del beneficio de inventario», éste «se formará judicialmente, en la forma prevenida por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de testamentaria». «Sólo en el caso de que todos los interesados tengan capacidad para obligarse podrá hacerse extrajudicialmente ante Notario. No obstará para esto la oposición de algún acreedor o legatario si tiene asegurado su crédito con hipoteca o se le garantiza el pago de otro modo.» Y según el artículo 1.033, «cuando se hubiere prevenido el juicio de testamentaria o el de abintestato, se procederá en la forma establecida para estos juicios en la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero el heredero que quiera utilizar el derecho de deliberar el beneficio de inventario, deberá hacer en ellos esta manifestación y gestionar lo conveniente para que el inventario se principie y concluya en los plazos antes expresados».

Además, en la legislación vigente aparece recogida la relación de instituciones, hasta el punto de que algunos aspectos y detalles de la una sirven para cubrir la regulación de la otra.

Así, en el Código Civil se dice que el Juez competente para conocer

- (27) Ob. cit. en nota 21, págs. 70 y 71.

de la manifestación acerca del beneficio de inventario es el de la testamentaria o del abintestato (art. 1.014 del Código Civil). Y según el artículo 1.020, «en todo caso, el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por su parte, en la Ley de Enjuiciamiento Civil está el artículo 1.052, que dice lo siguiente: «No obstará el juicio de testamentaria para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar o el beneficio de inventario». «Al promover el juicio podrán pedir el término legal para deliberar o manifestar que aceptan la herencia a beneficio de inventario.» «En uno y otro caso, formalizado que fuere el inventario, el Juez mandará que se les ponga de manifiesto para que puedan resolver lo que convenga a sus intereses.» Por tanto, no sólo hay una declaración de compatibilidad de estas instituciones, sino que hay una clara manifestación de que pueden darse dentro del mismo juicio, pues la petición de beneficio de inventario se puede plantear como pretensión en el propio juicio de testamentaria. Además, téngase en cuenta que en el supuesto de menores o incapacitados no es necesario hacer la petición del beneficio de inventario en el caso del artículo 992, párrafo segundo, del Código Civil, por lo cual el Juez que conoce de oficio en el juicio de testamentaria tendrá en cuenta este precepto, a los efectos de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acabo de citar. Ese párrafo se da en un ambiente —en el anterior al Código Civil— en que da la sensación de que el inventario del juicio de testamentaria es el mismo que el del beneficio de inventario. No obstante, una vez publicado el Código Civil, el artículo 1.052 de la ley ha de entenderse completado, en el sentido de que se necesitará citar a efectos del beneficio de inventario a todos los acreedores y legatarios, y no sólo a los que se prevé para el juicio de testamentaria. Pero en todo caso, este trámite revela la gran relación entre una y otra institución.

Por todo ello, no debe extrañar que ambas estén presentes en el último párrafo del artículo 1.057 del Código Civil, según la interpretación que he dado.

IX. EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 Y EL INVENTARIO COMO OPERACIÓN PARTICIONAL DE LA HERENCIA

Aunque, según mi posición, el inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código no es el inventario-operación divisoria, nada se opone a que una vez hecho el inventario en la forma y a los efectos que

señala dicho precepto, el contador-partidor lo utilice a los fines de formalizar las operaciones particionales. Pero en seguida hay que advertir que eso no quiere decir que tengan que confundirse ambos sentidos de inventario. Una cosa es que el inventario hecho en cumplimiento del deber legal impuesto al contador, lo pueda aprovechar para el inventario o relación de bienes *documental* base de la partición, y otra es que los requisitos exigidos por el párrafo último del artículo 1.057 sólo sean exigibles respecto al inventario que en el precepto se regula y no para el otro inventario.

Por tanto, posible relación entre uno y otro concepto de inventario, sí; confusión entre la naturaleza, requisitos, efectos y alcance de uno y otro, no.

Es más, nada tendría de particular que el legislador haya impuesto al Comisario ese deber legal de hacer el inventario a los efectos indicados, pensando en que, de todos modos, tendría que hacer un inventario como una de las operaciones de simple partición de herencia que le encomendó el testador (según el párrafo primero del art. 1.057 del Código Civil). Porque una cosa es aprovechar la figura del Comisario a tal efecto y otra confundir ambos tipos de inventario y desconocer los requisitos y efectos del inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, que nada tiene que ver con las operaciones particionales de la herencia, según he tratado de demostrar. El inventario operación particional está incluido en la «simple facultad de hacer la partición» del párrafo primero del artículo 1.057, y el inventario como deber legal específico está incluido en el párrafo segundo de dicho precepto, como una cuestión diferente.

X. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN AQUÍ MANTENIDA ACERCA DE LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057

La consecuencia más importante de haber explicado el inventario del párrafo último del artículo 1.057 fuera de las operaciones particionales, es que cualquier defecto o irregularidad que se produzca respecto a la formación de ese inventario no tiene por qué afectar a la validez y eficacia de la partición. Y es que, según la interpretación expuesta, el inventario no es operación de partición de herencia, sino un acto jurídico diferente que es consecuencia de una obligación nacida de la ley. El incumplimiento de esa obligación legal dará lugar, como enseña la teoría general de las obligaciones, a que se pueda instar el cumplimiento por cualquier interesado, a que el Juez actúe de oficio respecto a la formación del inventario del juicio necesario de testamentaria, e incluso, a que el

Comisario responda de los daños y perjuicios que se pruebe ha causado por el incumplimiento del deber legal. En cambio, el incumplimiento del párrafo último del artículo 1.057 del Código no dará lugar a la nulidad de la partición si el Comisario, cumpliendo el encargo impuesto por el causante, realiza las operaciones que constituyen la simple facultad de hacer la partición de modo regular, entre las cuales no hay por qué excluir la relación de bienes que constituyen la masa partible, pero a sabiendas de que no es el inventario del párrafo último del artículo 1.057 y por ello no le afectan sus requisitos.

En cuanto a los defectos o irregularidades de la citación o la falta de citación a determinados interesados o a quienes deban ser los representantes legales de los menores o sujetos a tutela, o al defensor de dichos menores en caso de conflicto de intereses con sus padres, la consecuencia podrá ser la nulidad del acto jurídico de inventario y, por tanto, el incumplimiento de ese deber legal impuesto por el precepto, pero tampoco hay por qué pensar que quedan afectadas las operaciones particionales en su validez y eficacia.

Desde el punto de vista registral, el resultado de la interpretación dada consiste en que no tiene importancia para la inscripción de la partición realizada por el contador, el acreditar si se ha cumplido o no ese deber legal de realización de inventario con los requisitos del precepto objeto de estudio. Y como no afecta a la validez o eficacia de la partición, parece que es una cuestión que queda fuera de la calificación registral de la partición. Sin embargo, contemplando el fenómeno sucesorio en su conjunto y no sólo desde la perspectiva de la partición, no hay ningún inconveniente en que el Registrador antes de inscribir se plantee el problema de la colaboración con la norma legal y exija, al menos, que el Comisario manifieste que ha realizado el inventario con las citaciones que señala el artículo 1.057. Damos esta última solución a sabiendas de que lo más coherente con nuestra interpretación es no preocuparse para nada del requisito del párrafo tercero del artículo 1.057, a efectos de inscripción de la partición. Pero con ella, se sigue la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque con distinto fundamento y efectos, pues aquí se plantea esa manifestación como un exponente de colaboración en el cumplimiento de un deber legal, pero sin que la veracidad o realidad de esa manifestación pueda afectar a la validez de la partición y del asiento practicado.

En cualquier caso, con la solución dada se rechaza terminantemente la posición de aquellos autores y sentencias del Tribunal Supremo que entienden que la infracción del párrafo último del artículo 1.057 da lugar a la nulidad de la partición, ya sea la anulabilidad o la nulidad

absoluta, pues ya he dicho que es un requisito que queda fuera de la partición en sí misma considerada.

Aparte de esta consecuencia fundamental, otras consecuencias son:

— El inventario realizado por el Comisario en el supuesto de heredero menor o sujeto a tutela, con la citación de coherederos, acreedores y legatarios, sustituye al inventario que habría que realizar en otro caso a efectos de la aceptación a beneficio de inventario. Esto tiene también importancia, pues en el párrafo último del artículo 1.057 no se exige ningún requisito de forma para la formación del inventario ni tampoco para la citación al mismo, con lo que queda facilitado dicho acto jurídico, pues, por regla general, el inventario y la citación habría que realizarlos judicialmente, discutiéndose por algunos si cabe también la forma notarial. En el párrafo último del artículo 1.057 no se exige nada de esto, por lo que cabe la forma judicial, la notarial o la privada, siguiéndose las reglas generales de prueba de las obligaciones. Ahora bien, respecto a los plazos podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.017 del Código Civil, pues no cabe dejar una obligación legal sin sujeción a plazo. En cuanto al plazo para hacer la citación a los coherederos, acreedores y legatarios, el Código Civil no dice nada, pero debe entenderse que se trata de una obligación legal urgente, dada la finalidad de la misma, y podría aplicarse el plazo de diez días, a contar desde que supo ser Comisario, que marca para el heredero el artículo 1.014, sin perjuicio de reconocer que se trata de un plazo muy breve, pero es que el cumplimiento de esa obligación legal de inventario y el comienzo de las actuaciones también es urgente.

— El inventario realizado por el Comisario, a efectos del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, sustituye también al que debe realizarse judicialmente de oficio en el juicio necesario de testamentaría, lo cual representa una ventaja para menores o sujetos a tutela, pues se evitan los mayores gastos y formalidades que la doctrina tradicional ha venido apuntando. Precisamente, el artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede servir de orientación respecto a la realización del inventario describiendo los bienes de la herencia por el orden que en él se indica.

— Otra consecuencia de la solución que ofrezco es que el conflicto de intereses entre padres e hijos, a efectos del nombramiento de defensor judicial, no tiene que medirse por el conflicto existente en la partición misma, sino que hay que atenerse al inventario, pues bien podría suceder que existiera conflicto de intereses en la partición y no en ese inventario previo, o viceversa, que se produjera el conflicto con motivo del inventario y no con motivo de la partición de herencia. En este aspecto, el ya

citado artículo 1.057 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aleccionador, pues alude a la intervención limitada «a los actos en que exista dicha incompatibilidad».

— Piénsese también en el problema concreto de si el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil se aplica o no cuando en lugar de ser herederos los menores o sujetos a tutela, son legatarios de parte alícuota. La contestación que habría que dar, desde mi perspectiva, es que contemplando exclusivamente la primera finalidad, es decir, la de la aceptación a beneficio de inventario, no tiene ningún objeto el inventario y la citación de acreedores y legatarios cuando los menores o incapacitados no son herederos, sino legatarios de parte alícuota, pues sabido es que estos últimos no responden a las deudas y cargas de la herencia. En cambio, atendiendo a la segunda finalidad, es decir, la relacionada con el inventario del juicio necesario de testamentaría, hay que resolver la cuestión en el sentido de que el Comisario debe también formalizar el inventario, si bien citando entonces a herederos, legatarios de parte alícuota y acreedores que no tengan garantía suficiente de sus créditos.

— Otro problema es el de si hay que citar al cónyuge del causante. Aunque el párrafo último del artículo 1.057 del Código no alude a él de modo directo, la relación que he apuntado entre dicho precepto y la Ley de Enjuiciamiento Civil lleva a la necesidad de citarle también. Incluso cabría interpretar que ya está comprendido dentro del artículo 1.057, pues el cónyuge puede ser, según la teoría que se siga, heredero (heredero forzoso lo llama el propio Código Civil), legatario (recuérdese la frase de PUIG BRUTAU: «es un heredero forzoso que no es forzoso que sea heredero») o acreedor (respecto a las cantidades que tenga derecho a recibir al liquidarse la sociedad conyugal).

— Otra consecuencia práctica de la solución que ofrezco es que resuelve el problema de si los acreedores que deben ser citados al inventario son únicamente los acreedores de la herencia o lo son también los acreedores particulares de los herederos. Ya de entrada hay que advertir que lo lógico es interpretar que el artículo 1.057 se refiere únicamente a los acreedores del causante, pues habla de «inventariar los bienes de la herencia» y, además, los acreedores particulares del heredero son un problema ajeno al Comisario. Pues bien, con la interpretación dada se llega a ese mismo resultado, pero encontrando el fundamento de la solución, que no es otro que el de relacionar el precepto con la regulación del beneficio de inventario y con el juicio de testamentaría, pues tanto en uno como en otro, los acreedores que son citados son únicamente los del causante y no los particulares del heredero, a los cuales les queda a salvo el derecho que señala el artículo 1.083. No siempre la doctrina ha llegado a esta clara conclusión, y si no, recuérdese la refe-

rencia de MANRESA al artículo 1.083, al explicar la citación a los acreedores en el comentario al artículo 1.057 del Código.

— Otra consecuencia es la aplicación al inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código el concepto de «gastos de inventario» del artículo 1.033 del Código Civil, y no el de «gastos de partición» del artículo 1.064, con el matiz diferencial que resulta de la comparación de ambos preceptos. Así, por ejemplo, el nombramiento de defensor judicial de los menores al solo efecto de ser citado para el inventario del artículo 1.057 no sería, si se sigue mi interpretación, a cargo de los menores, sino a cargo de la herencia (aplicación del art. 1.033 y no del 1.064).

En fin, también se puede solucionar el problema de si el testador puede o no dispensar del deber del párrafo último del artículo 1.057 al Comisario encargado de la simple facultad de hacer la partición. Aquí también cabe hacer una matización, según una u otra de las finalidades del inventario. Atendiendo a la finalidad de beneficio de inventario, el párrafo primero del artículo 1.010 dice que «todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido». Pues bien, como según la primera finalidad estudiada, el inventario del párrafo último del artículo 1.057 está pensado para facilitar el beneficio de inventario, no cabe hablar de dispensa del testador al Comisario de un deber que lo impone la ley no el testador. Ahora bien, atendiendo a la segunda finalidad del inventario, es decir, la del juicio necesario de testamentaría, habría que tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, «si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas». Pero la dispensa del testador tampoco afecta a los acreedores, de modo que conjuntando ambas finalidades,⁹ hay que llegar a la conclusión de que el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil es imperativo y no puede ser dispensado el Comisario por el testador del deber legal de formar inventario, por la incidencia que el mismo puede tener en la aceptación a beneficio de inventario.

— Se resuelve también la separación del avalúo del concepto de inventario, pues en esas instituciones no existe confusión entre ambas operaciones.

— En cuanto al problema de si se aplica el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil cuando los herederos son menores *emancipados*, ya lo he resuelto antes, al comentar la jurisprudencia de la Dirección General en el mismo sentido que ésta, es decir, resolviendo

que no se aplica entonces el párrafo citado. Aunque las dos finalidades del inventario podrían apoyar también esa misma solución, no hay necesidad de mayor profundización, pues ello resulta del propio texto del precepto, al comparar los dos términos que emplea, de «menor de edad» y «sujeto a tutela», pues si entre estos últimos no entran los emancipados, según los artículos 200 y 278 del Código, y si el artículo 324 (hoy 323-3.^o) equipara el menor habilitado al menor emancipado, sería absurdo que tuvieran distinta regulación a efectos del párrafo último del artículo 1.057, tal como he dicho anteriormente.

— Por último, la interpretación dada puede aportar algunos elementos para resolver la difícil cuestión de si el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil es o no aplicable a Cataluña, tal como se estudia a continuación.

XI. ¿ES APLICABLE A CATALUÑA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL?

No hay ninguna duda de que el párrafo primero del artículo 1.057 del Código Civil es aplicable a Cataluña, pues es el que establece la partición por Comisario, por encargo del testador, prohibiendo que sea uno de los coherederos. También es aplicable la primera parte del párrafo último, al decir que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela», siendo de esta parte de donde se deduce la innecesidad de aprobación judicial de la partición de Comisario y la modificación sufrida en este aspecto por el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el citado párrafo del Código, que es igualmente aplicable a Cataluña con esa importante consecuencia.

En cambio, en vista de la interpretación aquí mantenida, hay que plantear si el último párrafo del apartado tercero del artículo 1.057 del Código es aplicable a Cataluña, cuestión de la que apenas hay mínimas referencias en la doctrina de los autores que se han ocupado de las especialidades del Derecho catalán. Así, pasan en silencio esta cuestión los comentaristas FAU Y CONDOMINES y GASSIOT. En cuanto a FIGA FAURA, que no tiene más remedio que ocuparse del problema, dado el enfoque de su libro de Derecho civil catalán, en el que inserta aquellos preceptos del Código Civil que son aplicables a Cataluña, se limita a incluir todo el artículo 1.057 y, por tanto, también el párrafo último entre los artículos que tienen aplicación en Cataluña, aunque sin hacer comentario alguno, dado el propósito de su obra (28).

(28) FIGA FAURA: *Manual de Derecho Civil catalán*, Barcelona, 1961. pág. 548.

Con relación a la legislación anterior a la Compilación de Cataluña, hay que citar a BORRELL Y SOLER, que recoge el párrafo último del 1.057 al estudiar la figura de la partición por Comisarió, diciendo: «Por los herederos menores de edad no emancipados y por los incapacitados deben citarse personalmente por lo dicho en la nota 24. El Fiscal debe serlo por las personas inciertas y por los ausentes que no tuvieren persona determinada que les represente en el lugar de su última residencia.» BORRELL se ocupa también de los efectos que según él tiene la falta de inventario: «Si no se tomare inventario en la forma que dispone el artículo 1.057 del Código Civil no se gozarían las ventajas que el mismo concede; y, por consiguiente, los herederos deberían aprobar la partición como si ellos le dieran fuerza, aplicándose lo que preceptúa el artículo 1.049 LEC, de igual modo que si hubiese practicado la división un albacea no autorizado para hacerla» (29). Parece como si BORRELL entendiese, sin decirlo expresamente, que la obligación de inventario sustituye al requisito de la aprobación judicial de la partición, aspecto éste del que ya me he ocupado al principio, rechazándolo de plano.

Lo curioso de la exposición de BORRELL viene cuando, al estudiar la figura de la aceptación a beneficio de inventario, cita concretamente el inventario del párrafo último del artículo 1.057 (30). Hay aquí una tentación del subconsciente, pues parece que ello implica una relación del artículo 1.057 con la aceptación a beneficio de inventario. Pero la tentación no se consuma, pues en realidad no se atreve a aplicar al inventario del 1.057 la misma normativa que al inventario del beneficio de inventario, en lo cual termina por ser consecuente con su opinión de ver en el párrafo último del artículo 1.057 una mera norma de partición de herencia. Veamos lo que dice en relación con todo esto:

«En Cataluña no se observa la disposición romana que exigía la intervención de los acreedores de la herencia, de los legatarios y de dos o tres testigos. Jaime II dispensó de esta concurrencia a Barcelona y su veguerío (que subsiste como privilegio: Constitución única) y también en Gerona. Tampoco se practican, por haber caído en desuso, las disposiciones catalanas que exigían, en su caso, la intervención del fideicomisario y, en su defecto, la de dos personas designadas por el Juez, para que el fiduciario pudiese retener la trebeliánica. En el inventario que han de tomar los tutores debe intervenir el protutor y dos testigos designados por el Consejo de Familia.» Y después añade: «En fin, es necesaria la citación de los coherederos, legatarios y acreedores para el inventario que deben tomar los Contadores-partidores, si alguno de los

(29) BORRELL y SOLER: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, tomo V, pág. 508, 2.^a ed.

(30) *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 481.

herederos fuese menor de edad o sujeto a tutela (art. 1.057, fin., del Código Civil)» (31).

La opinión que mantengo es diferente de la de estos autores, sobre todo en relación con la Compilación vigente, pues entiendo que hay que matizar la aplicación del último párrafo del artículo 1.057 a Cataluña, en el sentido de que sólo de modo limitado y no en todos los supuestos cabe señalar tal aplicación.

Si no hubiera defendido la interpretación del párrafo último del artículo 1.057 del Código en el sentido de que tiene esas dos finalidades que le hacen estar relacionado, por un lado, con la aceptación a beneficio de inventario, y por otro, con el inventario del juicio necesario de testamentaria, el planteamiento de la aplicación del precepto a Cataluña sería muy simplista, pues sólo fuera de esas indudables relaciones, y prescindiendo de ellas, cabría decir: «Como la Compilación no prevé nada acerca de ese aspecto concreto de la partición del Comisario debe regir íntegramente el Código Civil, ya que según la disposición final segunda de la Compilación 'en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general'».

Pero como la relación con esas dos instituciones me parece evidente, atendiendo a la argumentación antes expuesta, ello obliga a plantearse el problema en Cataluña no con ese simplismo, sino contrastándolo con las especialidades de todas estas instituciones en Derecho catalán.

Así, respecto a la primera finalidad que he asignado al inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, es decir, el de facilitar la aceptación a beneficio de inventario en el supuesto de herederos menores o sujetos a tutela, no cabe aplicar esta finalidad en Cataluña, dado lo dispuesto en los artículos 261 y 262 de la Compilación.

En cuanto al requisito de la citación al inventario, a tales efectos, no es aplicable a Cataluña, dada la remisión que el artículo 261 hace al 199. Según el artículo 261 de la Compilación, «el heredero que no haya obtenido término para deliberar podrá, aunque el causante lo haya prohibido, aceptar la herencia y gozar del beneficio de inventario, siempre que, con expresión de verificarlo a este fin, practique, antes o después, inventario de la herencia en el tiempo y *forma* que prescribe el artículo 199, sin que sea necesaria la valoración de los bienes inventariados». Y según el artículo 199, «para la formación del inventario (el de la cuarta trebeliánica) no será preciso citar a persona alguna, pero podrán intervenir en ella los fideicomisarios —léase aquí los coherederos, acreedores o legatarios— que lo soliciten».

(31) Página y *ob cit.* en nota precedente.

Esto en cuanto a la innecesidad de citación. Y respecto a la innecesidad del propio inventario, el artículo 262, en su párrafo primero, es bien claro: «Gozarán *de pleno derecho* de este beneficio, *aunque no hayan tomado inventario*, los herederos menores de edad no emancipados o habilitados, los incapacitados, etc...»

Por tanto, el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, en tanto en cuanto esté relacionado con la finalidad del beneficio de inventario, es inaplicable a Cataluña, porque, en tales supuestos, ni es necesario inventario para gozar de tal beneficio (art. 262) ni es preciso hacer citación alguna (art. 261, en relación con el 199).

Ahora bien, como he asignado al párrafo último del artículo 1.057 otra finalidad, la de cubrir el inventario previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el supuesto de juicio necesario de testamentaria, hay que plantearse si en Cataluña puede cumplir esta otra finalidad el precepto.

Desde luego que la Ley de Enjuiciamiento Civil, como Ley general que es, tiene plena aplicación en Cataluña, y por ello también lo que se refiere al juicio necesario de testamentaria. Siguiendo este argumento, resultará que si, a efectos de tal juicio, debe existir inventario, y el Código se lo encarga al Comisario, esa modificación o complemento de la Ley procesal puede ser perfectamente aplicable a Cataluña.

Lo que ocurre es que hay que hacer varias matizaciones, pues también hay que recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a salvo lo que el testador haya dispuesto de otra forma acerca del inventario y administración de la herencia, lo cual a su vez puede ponerse en relación con algún precepto de la Compilación.

Ante todo, hay una especialidad muy interesante en Cataluña en relación con el Contador-partidor, aparte de otras que ahora no interesan. Me refiero a la relación entre dicha figura y la de albacea universal, que resulta de la propia Compilación. Uno y otro cargo son distintos, rigiéndose cada uno por su específica normativa, acerca de lo cual no se plantea ninguna duda. Pero es claro también que la Compilación asigna al albacea universal de entrega nombrado por el testador la función de «realizar, en su caso, la partición de herencia», «de no haber Contador-partidor».

Tenemos, pues, un primer supuesto, el de albacea universal de entrega con facultad de realizar la partición de la herencia, al no existir Contador-partidor, porque la Compilación así lo dice, siempre que el testador no haya excluido tal facultad (párrafo último art. 237). En este caso, en que el albacea universal realiza las operaciones particionales, ¿debe hacer también el inventario y la citación del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil? La contestación parece debe ser negati-

tiva, por lo siguiente: el artículo 238 dice que «los albaceas universales formarán inventario de la herencia dentro del año siguiente a la muerte del testador». Esto quiere decir que deben hacer inventario, en todo caso, y por señalárselo así un precepto específico de la Compilación, precepto que no exige que se haga citación alguna.

La innecesidad de citación resulta en este caso del silencio del artículo 238 de la Compilación. Podría confirmarse ese silencio, acudiendo también al artículo 199 de la Compilación, pero no es conveniente ni necesaria tal confirmación. No es conveniente porque el artículo 238 no se remite al 199, a diferencia de otros supuestos de inventario en que así se hace, por lo que no obedece a una razón clara tal remisión analógica. Y no es necesario porque si la citación es un «*plus*» o requisito *adicional* del inventario, el silencio del legislador en el artículo 238 invita a no exigirlo.

Además, puede obtenerse otra conclusión: ese inventario realizado por el albacea universal, en cumplimiento del artículo 238 de la Compilación, puede evitar el inventario judicial del juicio necesario de testamentaria, siempre que con su rápida actuación o diligencia evite la actuación judicial, ya que es una obligación legal impuesta al albacea nombrado por el testador, y si éste puede evitar la intervención judicial en el inventario (art. 1.046 LEC), señalando al albacea la forma en que debe hacerlo (art. 1.045 LEC), esto mismo ha de resultar cuando el albacea nombrado por el testador tiene según la Ley esa obligación legal de hacer inventario.

Un segundo supuesto es el de coexistencia de albacea universal y Contador-partidor. En este caso, el albacea universal no tiene la facultad de realizar la partición de herencia, dado lo dispuesto en el párrafo penúltimo del artículo 238, pues dicha facultad corresponde al Contador-partidor. Sin embargo, el albacea universal sigue teniendo la obligación legal de hacer inventario a que se refiere el citado artículo 238. La pregunta que debemos hacernos es: ¿esa obligación legal de inventario del albacea universal puede evitar la obligación legal de inventario del Contador del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil? La contestación ha de ser matizada y dubitativa. Existe la regla general, aplicada por la doctrina tradicional y recogida en el párrafo último del artículo 199 de la Compilación —este párrafo sí puede ser de aplicación general, dada su finalidad—, consistente en que el inventario realizado por una persona aprovecha a los que tuvieren interés u obligación respecto al inventario. En tal sentido, podría decirse que si el albacea universal hace el inventario, el Contador-partidor puede no hacer inventario aprovechándose del inventario legalmente realizado por el albacea universal. Pero si el albacea universal no hace inventario o no lo hace con

la urgencia que las circunstancias aconsejen, nada habría de impedir, en principio, que el Contador-partidor cumpliera por sí mismo la obligación legal de hacer inventario a que se refiere el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, lo cual le evitará responsabilidades y hará innecesaria la realización judicial del inventario del juicio de testamentaría. Y todavía podría añadirse: si el inventario realizado por el albacea universal evita el del juicio necesario de testamentaría, el inventario realizado por el Contador-partidor con los mismos requisitos que el del albacea universal, es decir, sin citaciones, debe tener el mismo efecto. Sin embargo, esta conclusión no es segura y ofrece un punto débil: la diferenciación entre albacea universal y Contador-partidor, a efectos de la operación siguiente al inventario, pues mientras aquél tiene facultades de administración de la herencia, el Contador-partidor no, lo cual hace muy dudosa la aplicación analógica entre uno y otro respecto a esa operación de inventario previa. Lo más seguro es concluir que el Contador-partidor tiene la obligación legal de inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código a efectos de cubrir el inventario del juicio necesario de testamentaría. De aquí se desprende que en este supuesto el precepto resulta aplicable a Cataluña. Pero aparte de la matización que resulta de poder aprovecharse el Contador del inventario realizado por el albacea universal sin citaciones, existen otras especialidades, que consisten en que las personas que han de ser citadas en Cataluña a efectos del juicio de testamentaría son diferentes de las que resultan del párrafo último del artículo 1.057 del Código y aun de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en Cataluña, el legatario de parte alícuota «no podrá promover el juicio de testamentaría» (párrafo último del art. 224 de la Compilación), y, en consecuencia, no tiene que ser citado al inventario realizado a tal fin. De igual manera, «el derecho a la legítima (catalana) no autoriza a promover el juicio de testamentaría», por lo que el legitimario tampoco ha de ser citado al inventario. Sólo quedan como interesados que han de ser citados los herederos y aquellos acreedores de la herencia que no tengan debidamente garantizados sus créditos.

Hay otro supuesto, que es el de Contador-partidor sin que exista albacea universal. En este caso, parece que el Contador-partidor tiene la obligación legal de formar inventario que le señala el artículo 1.057 del Código Civil, si bien con la misma especialidad que acabamos de ver respecto al supuesto anterior, o sea que la citación sólo debe hacerla a los herederos y acreedores no garantizados. Sin embargo, conviene meditar acerca de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 99 de la Compilación, pues según cuál sea su interpretación repercute en el problema que examinamos. Dicho párrafo establece que «en defecto de al-

bacea con facultad de administrar, y a instancia del heredero llamado, el Juez podrá nombrar un curador para que represente y administre la herencia con arreglo a lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece sobre administración de los juicios de testamentaria». Si estamos ante el supuesto de inexistencia de albacea con facultad de administrar, parece que es aplicable la norma y que el Juez debe nombrar un curador que represente y administre la herencia conforme al juicio de testamentaria. Pero ¿cómo repercute esto en el Contador-partidor? ¿Quiere ello decir que el curador nombrado por el Juez es el que debe cumplir la función del párrafo último del artículo 1.057 del Código? Parece que no, pues el nombramiento se limita a la operación de testamentaria de «administración de la herencia», sin aludir para nada a la previa operación de inventario, por lo que respecto al mismo subsiste la normativa general, es decir, la obligación legal impuesta al Contador-partidor por el párrafo último del artículo 1.057 con las especialidades de citación ya apuntadas.

Podríamos haber llegado más allá en la interpretación, diciendo que, sea cual fuere el supuesto de los estudiados, la citación para el inventario es innecesaria en Cataluña, a base de generalizar lo que dispone el repetido artículo 199 de la Compilación en relación con el inventario de la cuarta trebeliánica, que aparece como una especie de patrón de los diferentes inventarios que se contemplan en la Compilación. Pero no hay que llegar a tanto, mientras no se reforme el Derecho vigente, pues la Compilación utiliza efectivamente ese patrón, pero sólo en aquellos casos en que hace una remisión expresa al mismo, y concretamente en el inventario de la viuda tenuataria (art. 40, párrafo segundo), en el inventario de la cuarta falcidia (art. 226, párrafo último) y en el inventario de la aceptación beneficiaria (art. 261, párrafo primero). En cambio, ninguna remisión hace la Compilación en otros supuestos de inventario, silencio que confirma, por contraste con esos otros casos, que no es aplicable necesariamente el inventario de la cuarta trebeliánica. Así, en el inventario de los herederos de confianza (art. 119), en el de los albaceas universales (art. 238), en el del usufructo del artículo 250 (en que la Compilación no dispensa de la obligación de inventario) y en el inventario que debe hacer el Contador-partidor en el supuesto del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil.

XII. REFERENCIA A LAS COMPILACIONES DE NAVARRA Y ARAGÓN

La especialidad de estos dos territorios forales es que la responsabilidad del heredero por deudas del causante es limitada, sin necesidad de hacer inventario. Si se acepta la interpretación aquí mantenida, ello re-

percute en la solución que habría que dar a la norma en estos territorios. Sin embargo, conviene distinguir entre Aragón y Navarra, pues mientras la Compilación aragonesa no ha incluido un precepto similar al artículo 1.057, la Compilación de Navarra, sí, y ello produce distintas consecuencia, pues en Aragón es directamente aplicable el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, tal como resulta de la interpretación del mismo, sea una u otra, pero la de él. En cambio, en Navarra hay que estar a lo que resulte del texto de la Ley 342, que puede llevar a distintas conclusiones que las que derivan del texto del artículo 1.057 del Código.

Respecto a Aragón, la aplicación del párrafo último del artículo 1.057 del Código ha de matizarse, pues en ese territorio no puede cumplir la primera de las dos finalidades del precepto, anteriormente examinadas, con lo que huelga la citación de acreedores y legatarios a efectos del beneficio de inventario, al no ser necesario éste. Pero puede mantenerse la exigencia de citación de coherederos, legatarios de parte alícuota y acreedores con créditos sin garantizar, dado que la segunda finalidad, consistente en cumplir extrajudicialmente el inventario previsto para el juicio de testamentaría, es de aplicación general. A lo más que podría llegarse es a mantener que el Contador debe citar a todos los acreedores sin distinguir, si es que no quiere entrar en la calificación de cuáles son los que tienen garantía y cuáles no.

En cuanto a Navarra, la Ley 342, bajo el título de «Inventario», y dentro del capítulo de «Partición por Contador-partidor», tiene el siguiente contenido: «Si alguno de los herederos fuera menor de edad, incapacitado o declarado ausente, el Contador-partidor, salvo dispensa del causante, deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios.»

Este precepto tiene redacción diferente del párrafo último del artículo 1.057. En primer lugar, se añade el supuesto del ausente, que también está en el juicio de testamentaría de la LEC, pero cuya exclusión del 1.057 antes he tratado de explicar. En segundo lugar, se añade la posibilidad de «dispensa del causante», que hemos visto que también resulta del artículo 1.046 de la LEC y cuya aplicación al artículo 1.057 no la estimé admisible, atendiendo a la finalidad relacionada con el beneficio de inventario. Claro que como en Navarra no rige éste, no hay ningún inconveniente en admitir la «dispensa del causante». En tercer lugar, no existe la coma que tanto atrajo mi atención en el párrafo último del artículo 1.057, pues en la Ley 342 va seguida la palabra «herencia» de las «con citación», lo que podría facilitar la interpretación de que lo específico de la actuación del Comisario no es «inventariar», sino «inventariar con citación», es decir, «citar al inventario», lo que no sé si

es suficiente para decidirse por una u otra solución, por este solo hecho, limitándome a apuntar la diferencia.

Fuera ya del problema del texto literal de la Ley 342, y centrándome en su contexto dentro de la Compilación y en las finalidades antes apuntadas, hay que decir que la finalidad del beneficio de inventario es inaplicable, pues la Ley 318 impone la «responsabilidad *intra vires*», sin necesidad de inventario. Entonces parece que sólo queda la segunda finalidad, la del inventario del juicio necesario de testamentaría, máxime advirtiendo esos mayores parecidos del texto de la Ley 342 con los correspondientes preceptos de la LEC sobre aquel inventario. Sin embargo, tengo que reconocer que existe una diferencia muy importante que puede dar lugar a excluir esa interpretación en Navarra. La diferencia consiste en que en la LEC no hay que citar a todos los acreedores ni a todos los legatarios y, en cambio, en la Ley 342 no se distingue, lo que quiere decir que han de ser todos esos interesados, igual que ocurre en el texto del artículo 1.057, pero con la diferencia a su vez respecto a éste en que en el 1.057 la amplitud se explicaba por cumplir el precepto esa otra finalidad que no cabe en Navarra. Entonces, ¿qué decir de la Ley 342? ¿Cabe explicarla por la finalidad exclusiva de sustituir al inventario judicial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil por el inventario del Comisario? Pero entonces salta la pregunta antes hecha: ¿por qué se citan aquí, aparte de a los herederos, a *todos* los acreedores y legatarios? La amplitud de los acreedores podría explicarse por lo ya dicho respecto a Aragón, de no hacer entrar al Comisario en una calificación de la garantía de los créditos; pero la amplitud de los legatarios no se explica, pues el concepto de legatario de parte alícuota es clarísimamente diferenciable de los demás legatarios. No obstante, podría darse tal explicación. La otra posibilidad sería, en vista de la redacción de la Ley 342, de su textual inclusión dentro de la partición y de las demás especialidades, es considerar que la Compilación navarra ha querido seguir un camino diferente del originario sentido que yo he atribuido al párrafo último del artículo 1.057 y que en este territorio foral el inventario y la citación entran dentro de las operaciones particionales, con todas sus consecuencias.

Dejo a los especialistas de Derecho navarro la última palabra.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

NOTAS

La reorganización del Registro

(Ideas registrales de Joaquín Costa)

JOAQUÍN COSTA es —con Angel Ganivet— el hombre que más ardientemente asumió en su vida y en su obra la ingente tarea que a finales del pasado siglo se denominó «Regeneración». Frente al inminente desastre colonial, frente a la crisis social y económica que produjo la industrialización, frente a la estéril actuación de los partidos, los españoles se polarizaron en dos actitudes: el acercamiento a Europa —un afán de «homologación» *avant la lettre*— y la profundización en las raíces hispánicas. Ganivet representa la primera actitud, tanto por su cultura cosmopolita como por la serenidad y el equilibrio de su pensamiento (sólo desbordados en su dramática muerte). COSTA encabeza la segunda postura: es, con Menéndez y Pelayo, el hombre que más conoció todo lo español, desde el pensamiento de nuestros teólogos juristas del XVII a las posibilidades agrarias de cada comarca española; y su actitud vital no es la ponderada de Ganivet, sino la vociferante, simplista y dramatizadora que fue la causa de su propio fracaso. COSTA y Ganivet —y no sólo este último, como suele decirse con irreflexiva rutina— son los inspiradores de la Generación del 98; Azorín tiene mucho de COSTA en sus escritos iconoclastas de la primera época, y Unamuno y Maeztu lamentan el aislamiento de España, que es uno de los ejes del *Idearium*, en *En torno al casticismo* y *Hacia otra España*.

Pero si tratamos hoy y aquí de JOAQUÍN COSTA —en este setenta aniversario de su muerte— es porque en su drástico programa de regeneración nacional colocó en uno de los primerísimos puestos la reforma del Derecho hipotecario. Sorprende —con especial satisfacción para nosotros— la prelación de objetivos que expone en su primer manifiesto electoral (año 1896): «Primero: Formación de un plan general de canales de riego.—Segundo: Construcción por el Estado de una red muy vasta de caminos baratos.—Tercero: Abrir mercados para la producción

agrícola.—Cuarto: Reforma del régimen hipotecario en bien del crédito territorial...—Duodécimo: Atención atenta y sostenida a los intereses mercantiles de España y a los de su raza y civilización.» Parte JOAQUÍN COSTA del Registro de la Propiedad como «inmenso fracaso» (*La reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, 1890), idea de acre pesimismo que había expresado ya al dar a conocer, por primera vez en España, el sistema registral australiano (*Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, abril de 1883). Pero parte también de la base de que el Registro es una institución necesaria, aunque «no está hecho a la medida del país...», «no le es consustancial» (*op. cit.*, pág. 86). COSTA, que es, él mismo, ese «cirujano de hierro» que reclamaba para extirpar los males de España, propone, como en todo, fórmulas radicales, partiendo de que «no vale apuntalar el edificio carcomido, que se desploma; lo único eficaz es derribarlo según plan y sistema, y levantar otro de nueva planta». Vamos a examinar las soluciones de COSTA no para detenernos en el aspecto pintoresco de muchas de ellas (recuérdese la «innovación» de su base 30: «Quedan suprimidas las vacaciones de todas clases, salvo la de los domingos. Sólo podrán concederse licencias por causa de enfermedad»), sino para hacer justicia a este «gran fracasado», como le llama Manuel Ciges Aparicio en su biografía (Madrid, 1932); muchos avances del Derecho hipotecario en nuestro siglo se deben a las sugerencias que COSTA formuló en el anterior.

El primer pilar de la reorganización del Registro es —para COSTA— la fusión de Notarios y Registradores. No se ha estudiado monográficamente esta obstinada tendencia doctrinal y legislativa que surca nuestro Derecho en los últimos cien años. En un examen superficial podemos hilvanar los siguientes hitos fundamentales: Por Real Orden de 1 de febrero de 1863 se nombró una Comisión para que elaborase un Proyecto de Ley Adicional a la Hipotecaria de 1861; este proyecto fue presentado el 11 de abril de 1864 y en él se atribuía a los Registradores de la Propiedad fe notarial para autenticar los contratos sobre fincas de cualquier valor que se hubiesen celebrado privadamente antes de la publicación de la Ley y —lo que quizá es más importante— para autenticar contratos sobre fincas de valor inferior a cincuenta duros que se celebraren después de la fecha de la Ley. Durante cinco años el Proyecto quedó relegado, hasta que en 1869 la Comisión de Códigos lo tomó como base para redactar la primera trascendental reforma de la Ley Hipotecaria de 1861. Pero el tema de la atribución de fe pública para la autorización de contratos a los Registradores encontró la oposición radical de la Comisión Consultiva para la Reforma de los Aranceles Notariales, y la innovación introducida por la Comisión de 1863 se quedó a medio ca-

mino: según el artículo 405 de la Ley Hipotecaria de 1869, las adquisiciones de dominio de bienes inmuebles o derechos reales verificadas por contratos privados podrán ser inscritas, cotejando el Registrador el documento original y una copia del mismo, y poniendo en ésta una nota de ser conforme con aquél. Y según el artículo 409, las adquisiciones de dominio de inmuebles o derechos reales verificadas por contratos privados posteriores al día 1 de enero de 1863 no pueden ser inscritas. El Catedrático don EZEQUIEL ZARZOSO, en el discurso de inauguración del Colegio Notarial de Valencia en 1884, plantea la que creemos que es primera propuesta de unificación total de Cuerpos; parte de la semejanza en la formación jurídica, y en la estéril dualidad de archivos —Protocolo y Registro— del que deriva gran cantidad de perjuicios: doble inmatriculación, posible anticipación de un contratante de mala fe, presentación de títulos falsos... La proposición de Ley presentada por MALUQUER en enero de 1888 llevaba consigo la plena sustitución de las funciones autorizantes del Notario por las del Registrador, siempre que se tratase de inmuebles ya inscritos en el Registro. VICTORINO SANTAMARÍA, en sus *Estudios sobre legislación hipotecaria y notarial* (Madrid, 1888), va más allá, propugnando por una sustitución sin limitaciones. La Comisión que debía dictaminar el Proyecto de Ley de 1888, aclaratoria de diversos preceptos de la Ley Hipotecaria, introdujo una importante novedad —excediéndose sin duda de sus funciones— en el artículo 2.º: «Los que tengan a su favor inscrito el dominio o la posesión de finca o fincas, cuyo valor individual no exceda de 500 pesetas, podrán enajenarlas compareciendo con el adquirente y dos testigos vecinos del lugar ante el respectivo Registrador, y autorizando con éste y por duplicado una cédula en papel común...», dando lugar a lo que el preámbulo denomina «una especie de comparecencia ante el Registrador». Es evidente la intervención de ROMERO GIRÓN en la redacción del precepto; este mismo autor, siendo ya Ministro de Gracia y Justicia, insistió —en un acto de apertura de los Tribunales— en la conveniencia de fusión de ambos Cuerpos. Esta tendencia unificadora tiene, después de COSTA, importantes defensores: MONASTERIO y PASCUAL VENTURA, en el Notariado; MORELL y TERRY, entre los Registradores; GARCÍA GUIJARRO, en sus *Bases del Derecho inmobiliario*; SÁNCHEZ SOMOANO, en sus «Reflexiones sobre nuestro sistema inmobiliario» (*Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, junio de 1949).

Otro de los pilares fundamentales sobre los que debe gravitar la reorganización del Registro es, según COSTA, la coordinación con el Catastro. Pero imaginando la dificultad de una completa formación de éste —el tiempo daría la más contundente ratificación a su sospecha—, pro-

pone la formación de amillaramientos, a cargo de los Juzgados municipales. Es sorprendente que, a pesar de su tendencia simplificadora de los organismos públicos, a pesar de refundir en una institución única las cinco instituciones de Registro, Notaría, Juzgado municipal, Oficina liquidadora de derechos reales y Expendeduría de papel sellado, y a pesar de su detallado conocimiento del sistema Torrens, no proponga en sus *Bases de reorganización* una absorción del Catastro por el Registro (fórmula ésta que ha demostrado ser eficaz: piénsese en los estados descriptivos suizos, en los Flurbücher de la antigua Prusia y en los planos australianos, y que fue propuesta para España por don DIEGO PAZOS GARCÍA, Presidente de la antigua Asociación de Registradores, en su *Memoria* de 1913).

De clara inspiración en el *Acta Torrens* es otra de las ideas que COSTA propone para la reorganización: la adopción del sistema de título real, que es, en su pensamiento, una consecuencia de la necesidad de movilizar la tierra y facilitar el crédito territorial. Pero esta idea, explicable en una época en que el sistema australiano deslumbró a nuestros hipotecaristas, no tuvo arraigo en la doctrina. VENTURA SOLÁ, seguidor de COSTA en tantos temas (compárense las treinta y cuatro conclusiones de sus *Fundamentos del Derecho inmobiliario* y *Bases para la reorganización del Registro de la Propiedad* con las treinta bases de COSTA en su *Reorganización del Notariado, el Registro y la Justicia*), critica implacable el pretendido trasplante de la *registration of title*: el título real es contrario a la naturaleza, innecesario e inconveniente. Es contrario a la naturaleza porque bienes muebles e inmuebles no tienen, de suyo, igual movilidad: sirven los primeros a necesidades coyunturales y de consumo, y los segundos, a necesidades estructurales y permanentes. La movilidad que el título real facilita contrasta, en la realidad, con la lentitud de las transacciones inmobiliarias. Por otra parte, el título real es innecesario: los contratantes pueden ordinariamente sin grandes inconvenientes acudir a la Notaría-Registro a formalizar el contrato. El título real es —por último— inconveniente: está sujeto a hurtos y extravíos, y a todos los vicios del consentimiento, que ningún funcionario podrá detectar: error, violencia, dolo... Pero el propio COSTA, defensor de la titulación real, dice después de proponerla, no sin cierta socarrería, que esta teoría «más bien representa una bandera de guerra contra lo existente que una forma definida de organización de la propiedad».

La obligatoriedad de la inscripción es otra de las ideas que COSTA considera fundamentales para la reorganización del Registro. Le mueve a esta consideración la escasa propiedad inscrita a finales de siglo y la

opinión prácticamente unánime de los Registradores expresada en las interesantes *Memorias* cuya redacción ordenaba el Real Decreto de 31 de agosto de 1886. En esta misma línea de inspiración germánica pretende COSTA la introducción en nuestro sistema de la «Eigentümergrundschild», que desnaturaliza la hipoteca tradicional, romana y española, aunque responde a una concepción extraordinariamente progresiva del crédito territorial; antes de regularse en el vigente BGB (parágrafos 1.163 y ss.) había sido tratada en la «Gesetz über den Eigentumserwerb» prusiana de 1872, que COSTA estudió, desbrozó y aclaró en su obra publicada en 1890.

Su constante preocupación por el crédito territorial la manifiesta expresivamente en su introducción al Derecho inmobiliario australiano, utilizando una gradación retórica muy propia de su estilo: «Más que de tratados de comercio, mucho más que de instrucción primaria, muchísimo más que de población rural, tiene hambre y sed de crédito la agricultura española». De la obtención de este crédito deriva COSTA grandiosas consecuencias: se recobrará la independencia y la libertad, se acometerán grandes plantaciones, se horadarán las capas de la corteza terrestre, se establecerán en abundancia máquinas hidráulicas... Estas o semejantes aspiraciones debieron animar también a los legisladores de 1861, y Gómez de la Serna vio inminente su realización cuando proclama en la Exposición de Motivos con el mismo tono profético: «los capitales tendrán un empleo sólido y fácil... se activará la circulación de la riqueza, bajará el interés del dinero, nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad». COSTA contempla la fallida realidad con treinta años de perspectiva, y si bien reconoce un elemento positivo aportado por la Ley de 1861: la seguridad, resalta también el elemento negativo que trajo consigo: el complicado sistema de solemnidades externas, «caras y embarazosas», que establecía. Tras la promulgación de la Ley, los capitales continuaron retraídos. «El exceso de publicidad —aclara COSTA— ha producido los mismos resultados que producía antes el exceso de ocultación.» Y no por la publicidad en sí misma, sino por las formalidades requeridas para lograrlas.

Partiendo de la misma base, la atonía del crédito territorial, JOAQUÍN COSTA y ROMANÍ PUIGDENGOLAS (este último en su *Memoria sobre la naturaleza del crédito territorial y sobre las medidas legislativas para favorecer su desarrollo en España*, premiada por el Ateneo Catalán en un concurso convocado sobre ese tema, y publicada en Barcelona en 1865) llegan a una misma solución para la revitalización de ese crédito: el fomento de las cédulas hipotecarias. Con una diferencia: para ROMANÍ PUIGDENGOLAS tales cédulas deben provenir de entidades de crédito; en-

tidades que —según el autor citado— podían ser de tres tipos: Asociación Mutua de Crédito Territorial, Sociedad Anónima de Crédito Territorial y Asociación Banquera Territorial (reunión de propietarios que, quizá por la intención manifiesta del autor de despojar a su Memoria de «colorido histórico», no reconoce su verdadera paternidad: las «Landschaften» prusianas, que si bien en el siglo XVIII eran simples organizaciones nobiliarias, en las dos décadas anteriores a la publicación del estudio de ROMANÍ ya se había democratizado, y admitían todo tipo de propiedad; así, las «Neue Landschaften» de Posen y Sajonia). Para JOAQUÍN COSTA las cédulas hipotecarias deben provenir de los particulares; y para permitir su creación antes de que hubiese nacido el crédito, debía darse carta de naturaleza en nuestro Derecho a las cédulas de deuda territorial de propietario, desvinculadas de toda obligación preexistente y fácilmente negociables mediante endoso. COSTA encuentra base para las cédulas hipotecarias particulares en los artículos 82 y 153 de la Ley Hipotecaria de 1869 y en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de junio de 1888. Pero se lamenta de que la falta de desarrollo reglamentario y jurisprudencial adecuado impida la generalización de tales títulos.

Que la inflación posesoria debía terminar es otro de los empeños de COSTA. Son duras sus críticas al Real Decreto de 10 de febrero de 1875, que con la excesiva amplitud de su artículo primero desnaturalizaba el Registro, y favorable su acogida a las Resoluciones de la Dirección, que, como la de 16 de febrero de 1882, reducían las inscripciones de posesión a más estrechos límites. COSTA es también precursor de una innovación que se introduciría en la Ley Hipotecaria de 1909, en su artículo 399: la conversión de inscripciones de posesión en inscripciones de dominio. Propugna también nuestro autor por una amplia fórmula de caducidad de asientos relativos a derechos reales antiguos, en lugar de la prescripción de estos últimos acreditada en expediente de liberación (tesis a la que parece adherirse ROCA en la última edición de su *Derecho hipotecario*, tomo III, nota al pie de la página 265).

El artículo 245 de las Leyes Hipotecarias de 1861, 1869 y 1909, que ha pasado al 254 de la actual, en términos invariados, suscita la crítica de COSTA: el previo pago del impuesto es una de las causas fundamentales del retraimiento de los propietarios. Apoyándose en las *Memorias* de los Registradores, dice: «Que se restituya a la inscripción su carácter puramente civil, separando totalmente el Registro y el impuesto, como lo están sus respectivas legislaciones, admitiéndose los documentos inscribibles en el primero, aunque no hayan satisfecho el segundo. No es lógico que una institución puramente civil, establecida en garantía del

derecho de propiedad y para fomentar el desarrollo del crédito, se convierta en una dependencia del Fisco, imponiendo a los adquirentes una pena, es una verdadera denegación de derecho, consistente en la privación de los beneficios que implica el Registro.» La misma tesis había sido sostenida ya en la discusión parlamentaria de la Ley de 1861 por ARRAZOLA y OLÓZAGA, y en la doctrina científica, por PANTOJA y LLORET, en su *Legislación hipotecaria comentada, explicada y concordada* de 1862.

Hemos esbozado superficialmente las ideas registrales de COSTA: algunas, excesivamente abstractas; otras, excesivamente concretas (no hemos hablado de los depósitos de agua, con bomba, para caso de incendio de la Oficina, que constituye la Base 29 de la reorganización registral), despegadas muchas veces de la historia y de la época, pero que reflejan una entrañable voluntad de mejorar la institución registral. Este repaso somero de ideas ya sabidas ha querido ser un pequeño homenaje en un aniversario inadvertido a un hombre cuya actitud vital debe tenerse siempre a la vista.

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO Y
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

6. ENAJENACIÓN DE USUFRUCTO GANANCIAL: ADQUIRIDO POR COMPRA DURANTE EL MATRIMONIO EL DERECHO DE USUFRUCTO VITALICIO SOBRE UNA FINCA, Y FALLECIDO DESPUÉS EL ESPOSO DE LA COMPRADORA, TAL DERECHO DE USUFRUCTO TIENE CARÁCTER GANANCIAL, Y SU ENAJENACIÓN EXIGE QUE EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL SE ADJUDIQUE AL CÓNYUGE VIUDO ENAJENANTE O QUE PRESTEN SU CONSENTIMIENTO A LA TRANSMISIÓN LOS HEREDEROS DEL MARIDO.

Resolución de 31 de enero de 1979 (BOE de 24 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia don Félix Huarte Echenique el 13 de marzo de 1951, doña Carmen y don José María Salvador Tamarit vendieron a doña Carmen Tamarit Mandingorra, asistida y con licencia de su marido don Luis Orient Sánchez, el usufructo vitalicio de una finca situada en la vega de la ciudad. Cuartel de Patraix, partida del Zafranar, de 83 áreas, 10 centiáreas y 90 decímetros cuadrados, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad; por escritura autorizada por el Notario don Joaquín Sapena Tomás el 11 de julio de 1976, doña Carmen Tamarit Mandingorra,

viuda de don Luis Orient Sánchez, respecto a su referido derecho de usufructo y don José María y doña Carmen Salvador Tamarit, en cuanto a la nuda propiedad que les pertenecía por mitades indivisas, vendieron a la Compañía mercantil «J. Alegre, Sociedad Anónima», el pleno dominio de una parcela de tierra, que en el mismo título se segregaba de la finca reseñada anteriormente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito este documento en este Registro de la Propiedad de Valencia número dos, sólo en cuanto a la transmisión de la nuda propiedad en el tomo 1.748, libro 283 de Afueras 4.ª, folio 209, finca 30.280, inscripción 1.ª de segregación y venta. Suspendida la inscripción en cuanto a la transmisión del usufructo por el siguiente defecto:

Constando en el Registro, al folio 5 del tomo 336 de Afueras, inscripción 3.ª, de fecha 22 de mayo de 1951, inscrito el derecho como adquisición por precio durante el matrimonio, sin justificación ni alegación alguna sobre su posible carácter privativo, forzosamente tiene que considerarse como de titularidad ganancial, y por tanto, el cónyuge viudo carece de facultades para vender los bienes gananciales mientras no pierdan este carácter por la liquidación de la sociedad y la consiguiente adjudicación, según doctrina reiterada, Resoluciones de 22 de julio de 1910, 9 de enero de 1915, 15 de febrero de 1915, 2 de agosto de 1920, y afirmada por Sentencias de 4 de enero de 1965 y 8 de marzo de 1965. Si que procede por el sobreviviente y herederos del premuerto: Resoluciones de 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1916. Sentencia de 15 de marzo de 1945. Todo ello responde claramente a las exigencias del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y concordantes de un tracto sucesivo de titularidades, formal o abreviado, de las transmisiones. Sin que podamos entender que el carácter especial del derecho de usufructo pueda considerarse como base para una excepción de la aplicación de esta doctrina general, y aún más en este caso concreto, en el que, al enajenar el usufructo junto con la nuda propiedad, dicho derecho pierde su carácter personalísimo, al consolidarse el pleno dominio y se transforma en una parte del precio, sobre el que pueden existir posibles interesados, que no constan.

Este defecto se considera subsanable y esta nota se practica de acuerdo con el presentante y mi cotitular según los artículos 435 y 485 del Reglamento Hipotecario. No se toma la anotación preventiva prevista en el número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria por no haberse solicitado. Puesta nota de afección a plusvalía»

El Notario autorizante del documento interpuso recurso contra la anterior calificación, haciendo las siguientes alegaciones: que como fundamentos legales deben citarse los artículos 469, 480, 513, 658 y 1.418 y siguientes del Código Civil; que en cuanto a la jurisprudencia, los textos legales son tan claros y contundentes que no hay declaración jurisprudencial que los desvirtúe o interprete de modo distinto a lo que resulta de su letra; que en cuanto a las resoluciones y sentencias que cita la nota, no son de aplicar a nuestro caso por referirse a supuestos distintos; que nuestro caso no se hubiera planteado si el usufructo estuviera inscrito sin más a nombre de doña Carmen Tamarit, o bien no hubiera estado casada al tiempo de su adquisición, surgiendo

el problema al poder existir derechos al usufructo de otras personas como consecuencia de su adquisición durante el matrimonio a título oneroso y sin alegación ni prueba de un posible carácter privativo; que por lo que al Registro respecta, nos encontramos en situación similar a la del usufructo adquirido conjuntamente por los cónyuges, pues así a nombre de ambos, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal debe constar inscrito, aunque la nota no lo diga; que aun partiendo de este supuesto hemos de rechazar la nota registral denegatoria por varias razones: que al fallecer don Luis Orient se extinguió su derecho de usufructo, ya se considerase como parte de una titularidad conjunta, solidaria, por cuotas o de cualquier otra clase (art. 513, 1.º), sin transmisión a sus herederos (art. 658), por lo que no podía entrar en la división de los gananciales (art. 1426), quedando como única titular del usufructo doña Carmen Tamarit, cualquiera que fuese la entidad del mismo, por lo cual al enajenarlo a «J. Alegre, S. A.», como podía hacer (art. 480), al adquirir la Sociedad la nuda propiedad de pleno derecho se produjo la inscripción del usufructo (art. 513, 3.º); que el carácter privativo o ganancial no altera la naturaleza del usufructo de vitalicio e intransferible por muerte a un derecho transmisible a los herederos; que con la tesis que se mantiene no se conculca el principio del tracto sucesivo que por su propia esencia requiere que haya sucesión y que esa sucesión se refleje en el Registro, puesto que en el usufructo vitalicio la muerte del titular produce la extinción del derecho.

El Registrador informó: que no hay duda de que el usufructo puede constituirse a favor de una o de varias personas, simultánea o sucesivamente (art. 469), pero que lo que no está tan claro es que esto es lo que se hizo en la compra a favor de doña Carmen Tamarit, casada con don Luis Orient Sánchez, pues la inscripción se practicó a nombre de ella; que según el artículo 659, el derecho de usufructo constituido por compra a favor de doña Carmen Tamarit, se extinguirá—y así consta en la inscripción—por la muerte de la usufructuaria, y como esta señora vive aún, este precepto no es aplicable a nuestro caso; que, así pues, no es aceptable la declaración del fedatario de que los textos legales son tan claros y contundentes, que no dejan lugar a dudas en relación con nuestro caso; que no es exacta la afirmación de que las sentencias y resoluciones citadas en la nota no son de aplicación en este caso por tratarse de supuestos de derechos transmisibles por causa de muerte, porque, si la aplicación del artículo 659 excluiría el derecho de usufructo de la herencia de doña Carmen Tamarit solamente y esta señora vive, habrá que entender que los antecedentes jurisprudenciales alegados en la misma, todos ellos referidos a la disposición de bienes y derechos gananciales, sí que son aplicables a nuestro caso; que existen algunas resoluciones que más o menos directa o indirectamente tratan la cuestión debatida, así la Resolución de 9 de febrero de 1917, en la que admite claramente la calificación como gananciales de las adquisiciones de derecho de usufructo configuradas de distintas formas, pero en que la condición de ganancial no está determinada por las características del derecho y sí por el carácter de la adquisición; que de la Resolución de 10 de julio de 1975 se puede deducir que el Centro directivo, en el caso de no figurar inscrita la previsión del usufructo vitalicio con derecho de acrecer al sobreviviente, hubiese aplicado la doctrina que de-

fiende la intervención conjunta del sobreviviente y herederos del muerto; que hay que rechazar la tesis del recurrente de que en nuestro caso nos encontramos en situación similar al de la adquisición conjunta por ambos cónyuges, ya que la inscripción de la finca no consta en los términos exactos del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sencillamente por ser anterior a la reforma del Reglamento, que estableció la fórmula tal como ahora se utiliza, aunque esto es intrascendente para determinar el alcance y consecuencias de esta titularidad conjunta ganancial y su distinción de la que resulta por adquisición del usufructo por personas distintas (arts. 469 y 521 del Código Civil); que el propio recurrente parece que implícitamente reconoce una diferencia de fondo entre las adquisiciones de usufructo conjuntas por varias personas, y las realizadas por uno de los cónyuges, sin acreditar el carácter privativo del precio; que don Luis Orient adquirió cierta titularidad sobre el usufructo comprado por su esposa por precio no privativo, aunque es difícil determinar el alcance de esta titularidad; que la generalidad de la doctrina y jurisprudencia acepta la teoría de la llamada comunidad en mano común o germánica que implica la inexistencia de cuotas sobre los bienes comunes, de forma que hay una titularidad que lleva consigo una participación sobre el conjunto de bienes o derechos referida al momento de la disolución y liquidación; que siguiendo la tesis del recurrente, en determinados casos podrían eludirse las disposiciones prohibitivas de contratación y donaciones entre cónyuges, desamparándose a los herederos legitimarios al tiempo que se produciría un evidente fraude fiscal; que respecto a la afirmación del recurrente de que su tesis no conculca el principio del tracto sucesivo, ha de considerarse que la titularidad de doña Carmen Tamarit, al ser consecuencia de una compra durante el matrimonio, no es una titularidad apta para disponer; que al morir uno de los cónyuges algo trascendente ocurre, que tiene que reflejarse en el Registro, so pena de interrumpir el tracto; y que el Registrador se encuentra ante un título de disposición que no puede inscribir salvo que se justifique la liquidación previa de los gananciales y consiguiente adjudicación al viudo, o la intervención en el acto de disposición de los herederos del muerto, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

El Registrador apeló contra dicha resolución. Y la Dirección General confirma la nota del Registrador basándose en los siguientes Considerandos (1).

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que inscrito un derecho de usufructo vitalicio, comprado durante el matrimonio por la mujer a costa del caudal común, la cuestión que plantea este recurso es la de si—y teniendo en cuenta que el marido ha fallecido—puede inscribirse la escritura calificada en la que comparecen como vendedores los dos nudo-propietarios y como usufructuaria la viuda, agotando entre los tres la íntegra titularidad del inmueble, según sostiene el Notario autori-

(1) Vistos los artículos 469, 480, 498, 513-1.º y 3.º, 515, 521, 659, 1.392, 1.401, 1.403, 1.407 y 1.426 del Código Civil, 20 y 107 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro de 9 de febrero de 1917 y 10 de julio de 1975

zante, o por el contrario se precisa la previa liquidación de la sociedad conyugal o al menos el consentimiento de los herederos del marido, tal como sostiene el funcionario calificador.

Que de una parte el carácter vitalicio unido al de personalísimo que tradicionalmente se atribuye al derecho de usufructo, y de otra, la naturaleza *sui generis* de la sociedad de gananciales, como comunidad de tipo germánico y que no aparece dotada de una personalidad jurídica independiente de la de los dos esposos, origina que al ponerse en relación ambas instituciones se planteen complejos problemas jurídicos de no fácil solución, y en cuyo estudio y tratamiento no se muestra concorde la doctrina así como tampoco es unánime el parecer de la jurisprudencia.

Que como antecedente previo que exige ser examinado para resolver este recurso está el relativo a la naturaleza privativa o ganancial del usufructo vitalicio comprado por la mujer con licencia de su esposo, y aunque tanto el Notario como el Registrador están de acuerdo en este punto acerca de su carácter común, la cuestión no es tan pacífica como a primera vista pudiera parecer y por eso ofrece un gran interés al tratar de desentrañarla a fin de determinar si el carácter personalísimo del derecho de usufructo ha podido incidir de alguna manera en la naturaleza de este bien.

Que, en efecto, un sector doctrinal entiende que debido a esta especial naturaleza del derecho de usufructo no cabe que pueda ser configurado como ganancial, sino siempre como privativo, tesis que, según estos autores, se fundamenta en su cualidad de intransmisible, para lo que no es obstáculo el contenido de los artículos 480 y 498 del Código Civil que mantienen según esta opinión el principio de intransmisibilidad, y lo único que permiten es la enajenación de su contenido económico, y que se refleja con claridad en el artículo 1.403 del mismo Cuerpo legal cuando indica que el usufructo vitalicio o perpétuo forma parte de los bienes propios del cónyuge titular del mismo.

Que no obstante el carácter personalísimo y en consecuencia intransmisible que el usufructo tenía en el Derecho romano, y que se recoge hoy día en el B. G. B., aparece fuertemente contestado por la doctrina moderna e igualmente por una serie de legislaciones que admiten la posibilidad de transmisión de este derecho, entre ellas la legislación española, que autoriza su enajenación—artículo 480 del Código Civil—, así como su hipotecabilidad—artículo 107 de la Ley Hipotecaria—, sin que sea aceptable la tesis restrictiva expuesta en el considerando anterior, ya que los términos en que aparecen expresados ambos preceptos legales se refieren claramente al propio derecho de usufructo, y lo mismo en cuanto al artículo 1.403 del Código Civil—que tiene su precedente en el 1.322 del Proyecto de 1951—y que al igual que el artículo 1.402 se refieren a derechos que ya pertenecían al cónyuge antes de contraer matrimonio, y que, por tanto, tenían ya el carácter de privativo.

Que reconocida la naturaleza ganancial que tiene el usufructo discutido se replantean con más intensidad una serie de cuestiones que aparecen conectadas con todos aquellos supuestos en que el titular es exclusivamente una sola persona física, en cuanto que este usufructo va a pertenecer a una sociedad *sui generis* que por carecer de personalidad jurídica independiente de la de sus socios, no le es aplicable la causa

de extinción que para las personas jurídicas establece el artículo 515 del Código Civil, sino por el contrario la número 1 del artículo 513, o sea, la muerte del «usufructuario» que al reafirmar el carácter vitalicio como tan esencial, induce a la doctrina antes mencionada a estimar la imposibilidad de que una comunidad de bienes de tipo germánico pueda ser usufructuaria y considera esta circunstancia como un argumento más a favor de su tesis de que el derecho de usufructo no puede ser más que privativo.

Que, sin embargo, en nuestro Derecho puede cohonestarse el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, ya que en este caso—como cuando, fuera de la sociedad de gananciales, un usufructuaria enajena su derecho de usufructo en todo o en parte (art. 480 del Código Civil)—no queda alterado el contenido del derecho, y por tanto: *a)* si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudo-propietarios el pleno dominio siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal; *b)* si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo—como sucede en nuestro caso—este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción.

Que al no estar constituido el usufructo en favor de varias personas simultáneamente, tal como autoriza el artículo 469 del Código Civil, no tiene lugar el acrecimiento a que se refiere el artículo 521 del mismo Cuerpo legal así como tampoco ha existido el pacto de acrecimiento entre los esposos inscrito en el Registro, como sucedió en el supuesto de la Resolución de 10 de julio de 1975, sino que por el contrario se trata de la adquisición por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 1.401, tiene el carácter de ganancial, lo que hace necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada.

C) COMENTARIO.—El problema planteado en este recurso se centra sobre la siguiente alternativa: si el usufructo es un derecho personalísimo, no susceptible de transmisión a los herederos del usufructuario cotitular, cuando muere éste (tesis del Notario); o si, por el contrario, puede ser susceptible de incorporación a la sociedad conyugal y atribuido a los cotitulares de ésta como un bien ganancial más (tesis del Registrador). Las consecuencias prácticas que se derivan de ambas perspectivas son radicalmente distintas. En el primer caso, la muerte del esposo de la mujer que compró el usufructo implica la pérdida del derecho que aquél tenía y su continuación en la persona de su esposa, la cual podrá enajenar libremente su derecho de usufructo, tesis que además parece encontrar apoyo en el derecho de acrecimiento que para el usufructo conjunto establece el artículo 521 del Código Civil. En el segundo caso, configurado el usufructo como ganancial, no podría ser enajenado por uno de los cotitulares de sociedad conyugal, una vez disuelta ésta, mientras no resultara expresamente adjudicado al dispo-

nente previa la correspondiente liquidación; o necesitaría la concurrencia del cónyuge viudo con los herederos del premuerto para completar aquella titularidad conjunta.

El problema de fondo radica en si el usufructo así adquirido (por mujer casada y a título de compra durante el matrimonio con dinero presuntamente ganancial) es susceptible de comunicación a la sociedad conyugal, con las consecuencias que ello produce en orden a su calificación, cotitularidad y codisposición cuando recae sobre un inmueble (antes de la Ley de 13 de mayo de 1981). O si el presunto carácter personalísimo, vitalicio y *sui generis* del derecho de usufructo excluye esa atribución comunitaria e impide la aplicación de las normas generales sobre los bienes gananciales. En definitiva, si el usufructo puede ser un bien ganancial o no.

Como acertadamente se recuerda en los Considerandos de esta Resolución, uno de los problemas que se plantean en relación con la naturaleza jurídica del usufructo, es el de si este derecho es enajenable o no. Como es sabido, aunque el artículo 480 del Código Civil admite expresamente la posibilidad de su enajenación por el usufructuario, incluso a título gratuito, el artículo 498 consagra en esos casos la responsabilidad del cedente por menoscabo de las cosas usufructuadas de que sea culpable su sustituto. La necesaria armonización de ambos artículos, aparentemente contradictorios, ha provocado enfrentamientos doctrinales. Basándose en el origen histórico de esta figura, su carácter intransmisible en Derecho romano, y la importante restricción que el artículo 498 supone frente al principio general del artículo 480, algunos autores entienden que no es posible la enajenación plena de la titularidad usufructuaria, sino sólo de su contenido económico (ROCA SASTRE, por ejemplo). Sin embargo, la doctrina actual más autorizada y numerosa entiende que el usufructo es un derecho enajenable, si bien su alienabilidad viene condicionada por su propio carácter vitalicio o temporal (CASTÁN, ESPÍN, ALBALADEJO, PUIG BRUTAU, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, SANTOS BRIZ, LACRUZ) (2).

Admitido el carácter enajenable del derecho de usufructo, dentro de los límites institucionales de esta figura y excluida su configuración como personalísimo e intrasferible, hay menos dificultades para aceptar la posible comunicación de este derecho a la sociedad conyugal. El usufructo adquirido a título oneroso durante el matrimonio por uno de los cónyuges se convierte en un bien ganancial, sometido a las reglas generales de la sociedad de gananciales, con la consiguiente atribución de cotitularidad y de disposición conjunta (cuando recae sobre

(2) Según ALBALADEJO, el usufructo es enajenable *inter vivos* (art. 480) e incluso disponible *mortis causa*, salvo disposición contraria de los interesados y siempre dentro de los límites de su duración. Porque no siendo el usufructo *esencialmente vitalicio*, cuando no lo sea sobrevivirá al usufructuario, por lo que irá a parar a sus sucesores, o sea, se transmitirá *mortis causa* (Derecho Civil, III; *Derecho de bienes*, volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Derecho registral inmobiliario*, Librería Bosch, Barcelona, 1975, págs. 38 y 39).

Para la interpretación de los artículos 480 y 498 del Código Civil, véase también el reciente comentario de JOSÉ ANTONIO DORAL en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo VII, vol. 1º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, págs. 185 a 191 y 322 a 327.

Recuérdese igualmente la hipotecabilidad del derecho de usufructo recogida en los artículos 107-1º y 108-2º de la Ley Hipotecaria.

bienes inmuebles) que esa calificación implica. En definitiva, la fijación de la naturaleza de un derecho sirve fundamentalmente para determinar su régimen jurídico y las normas a él aplicables. Dicho sea, por lo que al usufructo se refiere, con subordinación a la específica configuración de este derecho (esencialmente temporal, aunque no necesariamente vitalicio, susceptible de modificación en su título constitutivo dentro de los amplios márgenes que permite el art. 467 del Código Civil) (3).

Cierto es que el carácter temporal y normalmente vitalicio del usufructo plantea algunos problemas al ponerse en contacto con la Sociedad de gananciales, especialmente cuando ésta se disuelve por muerte de uno de los cónyuges y procede su liquidación y adjudicación de bienes al cónyuge sobreviviente o a los herederos del premuerto. La cuestión resulta particularmente comprometida cuando el cónyuge fallecido es el cotitular en la sociedad de gananciales, pero no el adquirente a título oneroso del usufructo, si el derecho no se extingue hasta la muerte de este último. En tal caso, dada la vigencia del usufructo, ¿deberá estimarse constituida una comunidad entre el cónyuge adquirente y los herederos del premuerto? ¿Deberá ser objeto de liquidación y adjudicación en su caso el derecho en cuestión? ¿O habrá de estimarse que el cónyuge adquirente seguirá siendo titular exclusivo del derecho de usufructo por él comprado mientras no se extinguiera en el momento de su muerte? Tal era el problema concreto planteado en el presente recurso, y que apunta a la calificación como ganancial o como privativo del usufructo así adquirido.

La Resolución que comentamos viene a afirmar claramente que el derecho de usufructo puede tener naturaleza ganancial, y que en nuestro Derecho pueden armonizarse perfectamente el carácter vitalicio del usufructo con las normas que regulan la sociedad de gananciales. No es obstáculo a esa armonización el hecho de que el usufructo se extinga por la muerte del usufructuario (art. 513, 1.º), porque aquí la duración depende de la vida del usufructuario adquirente y no de la del cotitular en la sociedad de gananciales. Si fallece el cónyuge adquirente (y el usufructo se establece como vitalicio de éste), se extinguirá el usufructo y se producirá su consolidación en las personas de los nudo-propietarios, por lo que no podrá ya incluirse su valor en la liquidación de los gananciales. En cambio, si fallece el cónyuge del adquirente, cuya cotitularidad sobre tal derecho resulta por su atribución a la sociedad de gananciales, el usufructo seguirá subsistiendo hasta el fallecimiento del otro cónyuge, con todas las consecuencias que esa subsistencia comporta en orden a la liquidación y adjudicación de los bienes gananciales resultantes.

Las consecuencias derivadas de esa construcción parecen claras. La legitimación para disponer del usufructo es consecuencia de la titularidad conjunta sobre el mismo. Después del fallecimiento del esposo de la adquirente podrán ejercitar esa facultad dispositiva y vender el usufructo, bien el cónyuge sobreviviente junto con los herederos del pre-

(3) Este artículo nos parece especialmente problemático y difícil de explicar cuando permite que el contenido legal típico de esta figura pueda modificarse sustancialmente en el negocio jurídico de su constitución. Pero no podemos entrar ahora en tan arduo problema. Véase también el artículo 470.

muerto, porque todos ellos representan la titularidad conjunta sobre el bien ganancial antes de su adjudicación; o bien la persona a quien se adjudique aquel derecho en pago de su haber en la disuelta sociedad de gananciales.

Como es evidente, no es obstáculo a la solución aquí perfilada la eventual aplicación del artículo 521 del Código Civil, que establece el derecho de acrecimiento entre usufructuarios. Porque el supuesto de hecho aquí contemplado es distinto. En el artículo 521 se trata de usufructo constituido en favor de varias personas, no de una que se comunica a otras. Allí la cotitularidad resulta del título constitutivo, de la voluntad de las personas adquirentes; aquí, en cambio, la adquisición negocial se realiza por una sola persona, aunque las consecuencias de esa adquisición se traduzcan en una cotitularidad del derecho así adquirido. En un caso la comunidad se adquiere *ex negotio*, en el otro *ex lege*. Sólo cuando hay varias personas que adquieren en su provecho el usufructo se produce la consecuencia de que el derecho subsiste en los sobrevivientes porque dura hasta el fallecimiento del último de ellos. No cuando es uno solo el adquirente, cuya titularidad se comunica al otro cónyuge por vía de comunidad legal de adquisiciones.

Tampoco es aplicable aquí la norma contenida en el artículo 1.403. Se declara en ella que el derecho de usufructo que pertenece a uno de los cónyuges de por vida forma parte de sus bienes privativos. Parece evidente, y así se reconoce en esta Resolución, que el derecho de usufructo de uno de los cónyuges a que se refiere este precepto es aquel adquirido por el cónyuge antes de su matrimonio. Por eso es, privativo. Y a pesar de serlo, se reputan razonablemente como gananciales los frutos devengados durante el matrimonio. Lo importante de esta disposición no es el reconocimiento como privativo del usufructo, que forma parte del supuesto de hecho de la misma, sino la consecuencia jurídica de ahí derivada que se traduce en el carácter ganancial de los frutos devengados durante el matrimonio, a pesar de ser privativo el derecho que los originó, como no podía por menos de ser, dada la naturaleza de los bienes gananciales y lo dispuesto en el artículo 1.401-3.º. Afirmar lo contrario equivaldría a negar la posibilidad de un derecho de usufructo de carácter ganancial (el usufructo siempre sería privativo), lo que no parece posible teniendo en cuenta lo dicho y la posibilidad de adquisición de este derecho a título oneroso, durante el matrimonio y con dinero ganancial.

Ni siquiera sabe argüir en contra de la solución que en esta Resolución se brinda la doctrina contenida en la Resolución de 10 de julio de 1975. Porque allí se trataba de la reserva de usufructo vitalicio conjunto a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente. De manera que fallecido uno de ellos, tenía lugar el acrecimiento y el cónyuge sobreviviente asumía la plena titularidad del usufructo. Por ésta y por otras razones (4), la Dirección General entendió acertadamente

(4) En la venta del pleno dominio de las fincas hecha por los nudo-propietarios y el viudo usufructuario actuaban conjuntamente todas las personas interesadas en la disuelta sociedad de gananciales, por lo que además agotaban la plena titularidad de los bienes

que la venta así realizada por el viudo del derecho de usufructo era válida e inscribible.

En resumen, la solución formulada en el presente caso nos parece correcta, tanto desde el punto de vista de su construcción doctrinal y de la afirmación del carácter ganancial del usufructo, como de las consecuencias prácticas que de ahí se derivan, para evitar el perjuicio de los herederos del cónyuge premuerto partícipes en la adjudicación de los bienes gananciales.

M. A. G.

7. EN LAS SOCIEDADES DEBE DISTINGUIRSE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA DEL CONSEJERO-DELEGADO Y LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DEL GERENTE, NO SIENDO PRECISA LA RENOVACIÓN DEL CARGO DE ESTE ÚLTIMO, AL ACTUAR A TRAVÉS DE LA CONCESIÓN DE UN PODER. EN EL ÁMBITO MERCANTIL NO ES NECESARIO QUE EL PODER CONFERIDO AL GERENTE SEA EXPRESO PARA HIPOTECAR, YA QUE COMPRENDE TODO TIPO DE CONTRATOS SOBRE OBJETOS DEL GIRO Y TRÁFICO DEL ESTABLECIMIENTO.

EN EL RECURSO GUBERNATIVO NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA DOCUMENTOS POSTERIORES NO EXAMINADOS POR EL REGISTRADOR.

Resolución de 31 de marzo de 1979.

Antecedentes.—Por escritura autorizada en Valencia por el Notario don Emilio Garnelo Codoñer el 8 de marzo de 1977, don Juan García Blat, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente García Pascual, S. A.», como Director Gerente de la misma, y don Juan Luis Rubert Civera, en representación de «Vicente Trullols, S. A.», formalizaron acuerdo de reconocimiento de deudas y constitución de hipoteca por la primera a favor de la segunda. Son datos esenciales a tener en cuenta que el Notario pone de manifiesto que la Sociedad hipotecante fue constituida en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, destacando los siguientes artículos de sus Estatutos: «Artículo 8: La Sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados»; «Artículo 24: La representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración, quien tendrá la gestión de los negocios sociales, para lo cual estará investido de los poderes más amplios, pudiendo celebrar toda clase de actos de administración y de dominio a nombre de la Sociedad, así como en interés de la misma realizar toda clase de operaciones de crédito y giro, disposición de fondos y cualquiera otras que estime oportuno, realizando su formalización en las condiciones que proceda a fin de que puedan surtir sus efectos en derecho, es decir, que sus facultades son ilimitadas en cuanto a la representación de la Sociedad se refiere, incluso para transigir cuestiones y someter aquéllas a la resolución de árbitros, pudiendo otorgar poderes de todas clases en las formas y con las facultades que considere oportunas, incluso a Procuradores y Letrados»; «Artículo 25: El Consejo podrá delegar en uno o

varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la Ley. Para desempeñar el cargo de Director-Gerente de la Sociedad o de Consejero-Delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad». A continuación el Notario autorizante de la referida escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca manifiesta que le consta por notoriedad que el señor García Blat se halla en el ejercicio del cargo para el que fue designado en la propia escritura fundacional, en la que le fueron delegadas la totalidad de las facultades contenidas en el referido artículo 24.

Presentada primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Torrente fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: 1) no acreditarse la renovación del nombramiento de don Juan García Blat como Director-Gerente, que fue designado tal en la escritura de constitución de 31 de marzo de 1969 (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 2) supuesta tal renovación, no haberse acreditado que tenga el Director-Gerente, facultades para hipotecar bienes de la Sociedad, al no constar en qué términos le fue hecha la delegación que permite el artículo 25 de los Estatutos de la Sociedad, y aunque hubiera sido delegación total de las facultades del artículo 24 de los mismos Estatutos, están las mismas limitadas a la gestión de los negocios sociales y es indudable que dentro de esta gestión no puede incluirse la facultad de hipotecar inmuebles. Tomada, a petición del interesado, anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días hábiles durante los cuales podrán ser subsanados los expresados defectos. Esta nota se extiende con la conformidad de los otros dos titulares».

Don Juan Luis Rubert Civera, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente Trullols, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en el que en síntesis mantiene que el cargo de Director-Gerente no precisa de renovación alguna por no ser aplicable a estos cargos el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se refiere en exclusiva a los Administradores, y que en contra de la afirmación del Registrador, constan en la escritura calificada los términos en que le fue hecha al señor García Blat la delegación de facultades regulada por el artículo 25 de los Estatutos sociales al decirse «mediante su designación como Director-Gerente», delegándole todas las facultades del artículo 24.

El Registrador mantuvo su calificación en el informe, apoyándose en que el artículo 8 de los Estatutos consideraba al Director-Gerente como verdadero órgano de la sociedad con facultad para administrarla, por lo que según la doctrina de los mercantilistas, al estar previsto su nombramiento en los Estatutos y efectuado en el acto constitutivo de la Sociedad, ha de ser considerado como órgano de administración sujeto al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y en cuanto al ámbito del poder, el que sea para hipotecar ha de ser expreso, conforme al artículo 1.713 del Código Civil, debiendo ser ratificada la escritura de hipoteca por la Junta general de socios.

El Notario autorizante de la escritura de hipoteca emitió informe entendiendo que el otorgante es Director-Gerente y no Consejero-Delegado, por lo que no es aplicable el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto, no es precisa la renovación del cargo; y en cuanto a las facultades, estima que son bastante amplias.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia solicitó del recurrente la presentación de copia autorizada de los Estatutos de la Sociedad «Vicente Pascual», así como el acta en la que el Consejo de Administración delega las atribuciones a favor de don Juan García Blat, y al no ser posible al recurrente presentar los mencionados documentos, dado el secreto del protocolo notarial, por no haber sido otorgante de dichas escrituras, en su lugar, aportó una copia simple de las mismas, que obraba en su poder, así como una certificación literal de los asientos e inscripciones en el Registro Mercantil de la Sociedad mencionada, así como otra del Registro de la Propiedad en la que consta la adquisición de un piso por la mencionada Sociedad, efectuada por su Director-Gerente, don Juan García Blat, apareciendo de la primera de las certificaciones que el nombramiento realizado tiene lugar no en el acto constitutivo de la Sociedad, sino en la primera Junta general.

El Presidente de la Audiencia de Valencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y teniendo en cuenta el contenido de los documentos que había solicitado.

Doctrina de la resolución.—Interpuesta apelación por el Registrador, la Dirección confirma el auto apelado en el sentido de revocar la nota del Registrador, por lo siguiente (1):

«Considerando que este recurso ha de resolverse tal como quedó planteado, sin que puedan tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el funcionario calificador—artículo 117 del Reglamento Hipotecario—, y todo ello a pesar de la importancia que para la calificación de la cuestión debatida pudieran presentar las nuevas aportaciones realizadas»;

«Considerando que el primer defecto de la nota hace referencia a si por no haber sido renovado el nombramiento del denominado en la escritura Director-Gerente no podía éste ejercitar su función, dado lo establecido en el artículo 18 de los Estatutos sociales, que limitan el tiempo de duración del cargo de Administrador designado en la primera Junta general a sólo cinco años o si por el contrario no le es aplicable esta norma al no ostentar el nombrado el carácter de Administrador, puesto que se trata de un simple apoderado no sujeto a plazo alguno, según sostiene el recurrente»;

«Considerando que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la Sociedad—supuesto en que ésta actúa por sí—y el caso en que este tipo de entes actúan—como cualesquiera otros—a través de personas ajenas a sus órganos y que permite el artículo 77 de la Ley, y que es evidente, en el plano teórico y conceptual, no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones

(1) Vistos los artículos 1.712 y 1.713 del Código Civil, 72, 73, 76 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1956, 16 de abril de 1964 y 3 de febrero de 1965, y las Resoluciones de 30 de octubre de 1913 y 6 de noviembre de 1962.

introducidas por la práctica se entremezcla una u otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo, que hay que tratar de evitar, para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan confluír ambos tipos de representación, ya que a una Sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea Administrador—incluso Consejero-Delegado, si se estima oportuno por el Consejo—con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el período de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán—de esta forma—afectadas por las incidencias de su cargo administrativo en la Sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder»;

«Considerando que en el presente expediente, y de la lectura de los documentos tenidos a la vista por el Registrador, aparecen justificadas las reservas de este funcionario, que tiene su fundamento en el confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos, que no distinguen con la precisión técnica debida los supuestos de delegación de funciones dentro del mismo Consejo y de apoderamientos voluntarios por parte de este último, como puede apreciarse al examinar el artículo 8 de los Estatutos, que parece equiparar Consejero-Delegado a Director-Gerente, o cuando se indica en el artículo 25 que se podrán 'delegar' la totalidad o parte de las facultades del Consejo en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes, lo que hace en principio presuponer que se está ante un verdadero Consejero al que se han delegado las correspondientes facultades»;

«Considerando, no obstante, y pese a que hubiera sido preferible haber aclarado en la escritura calificada que el compareciente en la anterior escritura de constitución de la Sociedad había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado—y no limitarse a indicar el fedatario la constancia por 'notoriedad' de hallarse el apoderado en el ejercicio del 'cargo' con la totalidad de las facultades delegadas—, con lo que de paso habría observado la recomendación hecha en el artículo 146 del Reglamento Notarial y disipado las dudas existentes sobre el particular, es indudable que del propio contexto del artículo 25 de los Estatutos transcrito en la escritura e inscrito en el Registro Mercantil, y que se refiere al desempeño del cargo de Consejero-Delegado o Director-Gerente, sin que se requiera la cualidad de miembro del Consejo de Administración, se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de los apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley, y que, en consecuencia, no procede aplicar el plazo de caducidad que para la duración del cargo se fija por la Ley exclusivamente a los Administradores»;

«Considerando, en cuanto al segundo defecto, que al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una tercera persona de las facultades que le ha conferido el órgano social en virtud del poder correspondiente, procederá, por tanto, examinar si la persona que actuó en la escritura discutida tenía poder suficiente para hipotecar el inmueble de la Sociedad»;

«Considerando que para determinar las facultades que ostente el apoderado, habrá que estar a los términos del mandato conferido, con

aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712—que distingue entre mandato general y especial—y 1.713, que a su vez lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o por el contrario es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada, lo que se traduce, siguiendo una reiterada jurisprudencia, a que el contenido propio del mandato expreso o especial es el de los actos de riguroso dominio indicados *nominatim* en el correspondiente instrumento, mientras que los poderes generales comprenden todos los negocios del mandante y están limitados a los actos de administración, salvo que se trate de mandato mercantil, en donde, de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio, el Gerente o Factor de una Sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento»;

«Considerando que en el presente caso se ha procedido por las Sociedades interesadas—con similar objeto, social—a realizar como consecuencia de las relaciones mercantiles entre ellas una liquidación de las cuentas pendientes, y se ha señalado el saldo resultante, así como la forma y tiempo en que debe ser abonado, con establecimiento de una garantía real sobre inmueble de la Sociedad deudora para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, todo lo cual entra dentro de la gestión social para la que es competente por su propia esencia—y con independencia de la simple enumeración del artículo 24 de los Estatutos—el Consejo de Administración, y en consecuencia también lo será el Director-Gerente que con el carácter de factor actúa, al ostentar todas las facultades que al propio Consejo competen, y que éste le ha conferido con arreglo al artículo 25 de los Estatutos sociales».

COMENTARIO.—La valoración crítica de esta resolución arroja un saldo desfavorable. Hay algunas declaraciones interesantes, como la distinción entre representación voluntaria y representación orgánica, que es efectivamente clave para la distinción entre Gerente y Consejero-Delegado, así como también la idea de que ambos tipos de representación pueden confluir en la misma persona sin que por ello se confundan. Pero en la solución de los dos problemas planteados en el recurso, la resolución no ofrece fórmulas convincentes, pues queda sin suficiente argumentación la configuración del otorgante como Gerente y no como Consejero-Delegado y, además, se producen algunas confusiones conceptuales a propósito del problema del ámbito del poder, como son la confusión inadmisibles entre mandato general y mandato en términos generales, o la aplicación de un precepto pensado para el «factor notorio» al «factor con poder inscrito». Se desconoce, en fin, la existencia del artículo 139 de la Ley Hipotecaria, que exige poder expreso para hipotecar y se da culto desmedido a las expresiones «giro y tráfico del establecimiento», olvidando que son vagas, imprecisas e insuficientes para montar sobre ellas una teoría sobre el apoderamiento y su ámbito.

Se examinan a continuación las distintas cuestiones que se plantean en esta resolución agrupándolas en torno a los dos problemas fundamen-

tales debatidos: el de la diferenciación entre las figuras de Consejero-Delegado y Gerente con vistas a la caducidad del cargo en el primer caso y no en el segundo, y el del ámbito de la representación voluntaria del poder concedido al Gerente, y concretamente, si ha de entenderse comprendida la facultad de hipotecar, no mencionada expresamente.

A) LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LAS FIGURAS DEL CONSEJERO-DELEGADO Y DEL GERENTE.—Mientras el cargo de Consejero-Delegado está sujeto a caducidad y exige la justificación de su renovación, no ocurre lo mismo con el Gerente, que al basar su actuación externa en la concesión de un poder, basta que acredite la existencia de éste sin que haya sido revocado. Precisamente por esto, es esencial la distinción entre Consejero-Delegado y Gerente, así como también la determinación de si en el caso concreto estamos ante la segunda figura jurídica, como entendía el recurrente y la propia resolución, o ante la figura de Consejero-Delegado, como defendía el Registrador en su informe.

El esquema de cuestiones a examinar dentro de este primer problema será el siguiente: a) Diferenciación entre representación orgánica y voluntaria; b) Diferencias entre Consejero-Delegado y Gerente; c) Posibilidad de que el Gerente sea al mismo tiempo Administrador e incluso Consejero-Delegado, sin que las funciones se identifiquen; d) Referencia al Gerente Estatutario; e) Indicios interpretativos en el caso concreto en favor de la configuración como Consejero-Delegado y no como Gerente.

a) *Diferenciación entre representación orgánica y voluntaria.*—La resolución apunta en su tercer «Considerando» esta importante distinción, definiendo la representación orgánica como aquella en que «la sociedad actúa por sí», y la voluntaria como aquella en que «la sociedad—como cualquier ente—actúa a través de personas ajenas a sus órganos como apoderados».

Nos interesa mucho esta distinción porque sirve para caracterizar las respectivas figuras de Consejero-Delegado—órgano de la sociedad—y Gerente—apoderado de la sociedad.

La doctrina de los autores se ha ocupado de ella, existiendo dos tendencias a propósito de la caracterización de la llamada «representación orgánica».

Algunos autores son partidarios de prescindir de tal concepto entendiéndolo que no es un supuesto de representación, sino algo completamente diferente. Según esta posición, la representación sólo puede predicarse de aquellos supuestos en que una voluntad—la del representante—actúa por otra—la voluntad del representado—, representación que puede ser voluntaria o legal, pero no orgánica, quedando el concepto de «órgano» fuera del ámbito de la representación, como una figura distinta en que la sociedad o persona jurídica declara su propia voluntad a través del órgano, no existiendo por ello dos voluntades, sino una sola, la de la persona jurídica.

Esta posición es defendida, por ejemplo, por CARIOTTA-FERRARA en su libro *El Negocio Jurídico*, señalando entre varias figuras que deben distinguirse de la representación «la actividad de los órganos de las personas jurídicas», ya que «éstos expresan una única voluntad, la voluntad de las personas» y citando como partidario de la misma opinión a

MESSINEO (2). Suscribe íntegramente esta tendencia ALBALADEJO, al anotar aquel libro de CARIOTTA-FERRARA (3). Después, en su *Derecho Civil* ALBALADEJO insiste, diciendo: «(en los órganos) no hay un negocio (representativo) de la persona física, pero con efectos para la persona jurídica, sino que hay un negocio de ésta (y para ésta), realizado por el órgano adecuado para verificarlo, a través del que la persona jurídica desenvuelve su capacidad de obrar, que consiste en una actividad que le es directamente imputable a ésta». Por cierto que ALBALADEJO pone como ejemplo de «órgano» el gerente de una sociedad, ejemplo que no tengo más remedio que criticar, pues precisamente se está ante un caso de persona que no es órgano y que basa su actuación en la concesión de un poder que le da la caracterización de representante voluntario (página 351 del Tomo I, Volumen II, edición 1975).

Antes de dar mi opinión sobre el concepto de «representación orgánica», convendrá exponer las ideas de CASTRO, que se mueve en una línea no muy fija respecto a si estamos o no ante un caso de representación. Al hablar de las clases de representación, una vez reconocida la distinción entre representación voluntaria y legal, añade: «Todavía a veces se habla de representación necesaria y ello dándole dos sentidos. Se ha dicho que las personas jurídicas necesitan por su naturaleza de un representante para actuar; la doctrina moderna, para evitar confusiones, prefiere hablar de órganos. Se ha considerado también como representantes necesarios a los Procuradores...» En otro lugar, al tratar de los «órganos y representantes de la persona jurídica tipo asociación» dice: «En la doctrina moderna, se ha dudado entre los términos de representante y de órgano, para designar quienes actúan por y para la persona jurídica. Los partidarios de la teoría de la ficción prefieren el de representante; mientras que los seguidores de GIERKE, y en general de la concepción realista, defienden o prefieren la designación de órgano». Un poco más adelante dice: «El vocablo órgano expresa por ello mejor que se trata de quienes reciben su poder del mismo estatuto de la persona jurídica, y que están integrados en la estructura misma de la persona jurídica. Con lo que se hace bien visible, que los actos de sus órganos se consideren como de la propia persona jurídica, con todas las consecuencias favorables o desfavorables (*dolo possunt facere*) que de ello se derivan». «En una terminología rigurosa, por tanto, se podría utilizar el nombre de órgano para los representantes estatutarios...» (*Temas de Derecho Civil*, págs. 108 y 88, Madrid, 1972).

Frente a estas opiniones que niegan al «órgano» el carácter de «representante» en sentido técnico, cabe traer a colación la objeción de LACRUZ: «cabe objetar—dice este autor—que la persona jurídica existe sólo como abstracción ideal, y que, por lo demás, no es concebible que los hombres que actúan por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad, que se consideren como absorbidos por él. Y si no se llega a tal grado de absorción, es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la representación». Ciertamente al final LACRUZ señala que «en todo caso, la cuestión carece de consecuencias prácti-

(2) Página 581 del citado libro, Madrid, 1956

(3) Página 582.

cas» (4). A lo que a su vez cabría objetar que el grado de aceptación de la representación orgánica podría implicar una mayor aplicación analógica de ciertas normas de la representación, en caso de existir laguna.

Mi visión sobre el tema es la siguiente: no hay ningún inconveniente en admitir la existencia de una tercera clase de representación, junto a la voluntaria y la legal, con el nombre de representación «orgánica», a condición de advertir de las diferencias entre ellas, pudiendo ser aplicados como supletorios preceptos de la representación sólo en el caso de no contradecir la esencia y propia normativa de la representación «orgánica». Además, la legislación ha recogido la terminología, que puede ser aceptada con esa condición. El título de la representación orgánica no es el negocio de apoderamiento—como lo es en la representación voluntaria—ni la ley—como lo es en la representación legal—, sino los Estatutos de la propia persona jurídica, que exige por su propia esencia la actuación a través del órgano. En los Estatutos se prevé con carácter abstracto el órgano, y luego, a través del documento correspondiente constará la persona o personas que han sido nombradas para el cargo que ostenta el carácter de órgano.

En cuanto a la terminología de «representación necesaria», que patrocinó CASTRO, estimo que no debe ser aceptada por lo siguiente: 1.º Porque se presta a confusión con la representación legal y con otros supuestos totalmente diferentes del órgano, como es el caso de actuación ante los Tribunales; 2.º Porque la denominación es conveniente que incluya el elemento más característico del concepto, y ése no es otro que el «órgano»; 3.º Porque se trataría de una denominación a espaldas de una abundante terminología legal, que no hay razón para abandonar.

Entre los preceptos que recogen la idea de representación orgánica, hay que citar los siguientes: artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, en que se alude a la «representación de la sociedad», dentro del capítulo de los «órganos»; artículo 77 de la misma, donde se apunta la distinción entre «delegación del órgano» y «representación voluntaria»; artículo 11, apartado h), de la referida Ley, donde se alude al «órgano u órganos que habrán de ejercer la administración», «indicando quién ostenta la representación de la sociedad», como menciones de los Estatutos de la Sociedad Anónima; artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, incluido dentro del capítulo de los «órganos de la sociedad», y en cuyo precepto se contempla la distinción entre la representación del órgano y la representación voluntaria; apartado h) del artículo 102 del Reglamento de Registro Mercantil, que también alude al «órgano u órganos» que habrán de ejercer la administración, así como a la expresión de «quien o quienes ostenten la representación de la Sociedad», apareciendo además las figuras de representación voluntaria u orgánica en preceptos de dicho Reglamento como son el 42.º, 76-1.º, 86-5.º y 6.º y el 110; el artículo 20 de la Ley Hipotecaria se refiere a la representación orgánica, junto a otros supuestos de representación, en el apartado cuarto, al hablar de las «demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes»; el artículo 51, regla 9.º, del Reglamento Hipotecario; artículo 165 del Reglamento Notarial, en donde, a propósito

(4) *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, año 1974, pág. 190.

de la representación de una Sociedad o persona social en general, se menciona la indicación del «título del cual resulte la expresada representación».

Por tanto, es bastante abrumadora la terminología legal que se refiere a la representación orgánica, por lo que sería inútil desconocerla. Ahora bien, aceptando dicha terminología, en seguida hay que insistir una y otra vez, en que se trata de una figura totalmente diferente de la representación voluntaria, y precisamente en este comentario eso es lo que se quiere recalcar para dejar bien sentadas las diferencias entre Consejero-Delegado, órgano de la sociedad, y Gerente, apoderado de la misma. El título de representación en uno y otro caso es muy distinto: en el primer supuesto, junto a los Estatutos que determinan las facultades del Consejo de Administración, es el documento en que conste la delegación de todas o parte de esas facultades, debidamente inscrito en el Registro Mercantil; en el supuesto del Gerente, es la escritura pública de poder de la que resultarán las facultades correspondientes, siendo obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil. Eso por lo que se refiere al título base de la representación; por lo que se refiere a la extinción de esa representación: la orgánica del Consejero-Delegado se ve sometida al plazo de duración del cargo de Administrador; la voluntaria del Gerente apoderado tiene las vicisitudes del poder mismo y concretamente su posible revocación y no la caducidad del nombramiento.

Paso a continuación a referirme con más detalle a esas diferencias entre Consejero-Delegado y Gerente.

b) *Diferencias entre las figuras de Consejero-Delegado y Gerente.*—Ocupándome en primer lugar del Consejero-Delegado, éste tiene la misma naturaleza jurídica que el órgano delegante, que es el Consejo de Administración, titular de la representación orgánica de la sociedad. Es uno de los miembros del Consejo de Administración, administrador por tanto, en quien aquél delega con carácter permanente todas o parte de sus facultades. La figura viene reconocida por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas y por el párrafo 2.º del artículo 78 de la misma, habiendo sido recibida por el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil. En dichos preceptos se destacan las notas de «delegación» —no apoderamiento—, de permanencia—sin perjuicio de la caducidad del cargo de administrador—, y de ser miembro del Consejo—«dentro del seno del Consejo de Administración»—, notas que implican una diferenciación clara respecto al Director Gerente, del que ahora me ocuparé. Respecto a la inscripción en el Registro Mercantil de tal delegación, el párrafo 2.º del artículo 78 de la Ley la regula diciendo que ha de inscribirse en el mismo, pues hasta tanto no producirá efecto alguno. El artículo 110 del Reglamento establece también la inscripción de la delegación, que habrá de constar en escritura pública, lo mismo en este aspecto que el apoderamiento.

En cuanto al Gerente, como indica la presente resolución, y lo ha puesto de relieve la doctrina, existen «diferentes denominaciones introducidas por la práctica». Estudios fundamentales para acercarse a la figura del Gerente son los de FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Notas sobre el Régimen Jurídico del Director General de la Sociedad Anónima» en el *Libro de Homenaje a Garrigues*, y de JUAN IGLESIAS PRADA, *Administración y Delegación de Facultades en la Sociedad Anónima*. El primero de

estos autores opta por denominarlo «Director General», aun reconociendo que también existen las denominaciones de Director y de Gerente de la Empresa. No obstante, parece más adecuado emplear el término de «Gerente» o al menos «Director-Gerente», que es el que usa la vigente legislación mercantil. Así, el artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a los «gerentes» diciendo que podrán asistir, con voz, pero sin voto, a la Junta General, a menos que los Estatutos lo prohíban expresamente. En el Código de Comercio se empareja al gerente con los auxiliares del comerciante; así, en el artículo 21, núm. 6.º, se habla de los poderes generales dados a «gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios»; en el artículo 283 se ve claramente el concepto de Gerente como factor. El Reglamento del Registro Mercantil también se refiere a él; así en el artículo 42.º, a efectos de la previa inscripción de sus facultades como requisito para poder inscribir los actos que realicen; en el artículo 76-1.º y en el 86-6.º, en aquél de modo expreso y en este último, implícitamente a través de la alusión a los «poderes generales», lo mismo que en su artículo 110. Obsérvese, además, la referencia al Gerente en la Ley de Uniones de Empresas de 28 de diciembre de 1963, en cuyo artículo 7, apartado d), al regular la agrupación temporal de empresas, se establece: «Existirá un Gerente único de la agrupación, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones necesarias para el logro de los fines de la unión». «Las actuaciones de la unión de empresas se verificarán precisamente, a través del Gerente nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la agrupación».

En cuanto a las notas más características del Gerente, en contraposición al Administrador o al Consejero-Delegado, son las dos siguientes:

1.ª El Gerente se encuadra dentro de los «auxiliares del empresario», sea empresa individual o social. Es un auxiliar, eso sí, de alta dirección y que ejerce una función de gestión. Tratándose de los administradores o del Consejero-Delegado no puede hablarse de «auxiliares» del empresario, pues forman parte del órgano administrativo mismo de la sociedad. Además el Gerente puede predicarse tanto respecto al empresario individual como a una sociedad, lo cual revela que estamos ante una figura diferente de los administradores de una sociedad. Desde esta perspectiva, el Gerente tiene la nota de Factor.

Los autores que se han ocupado del tema llegan precisamente a esta conclusión de ser el Gerente un «auxiliar del empresario». Así, RODRIGUEZ ARTIGAS dice: «La figura del Director General (léase entre nosotros Gerente) puede encuadrarse, en una primera aproximación al tema, dentro del tema de los auxiliares del empresario, en la medida en que se trata de una persona que colabora en la tarea de gestionar la sociedad en base al poder que en este sentido le ha sido conferido y en el que se da, en cierto modo y como más adelante se comprobará, la nota de subordinación que caracteriza a aquéllos» (5). Más adelante señala: «es función propia del Director General la dirección de la actividad de gestión, ya que, en esencia, supone que al órgano administrativo le corresponde la tarea de elaborar, o al menos ratificar, la política general de la sociedad

(5) *Ob cit.*, pág. 119.

y los planes generales de gestión, mientras que la función del Director General consiste en dirigir la aplicación y la ejecución de esos planes fijados por el órgano administrativo» (pág. 127).

Por su parte, IGLESIAS PRADA alude a esta función específica de los Gerentes, del siguiente modo: «Así como la delegación puede comprender, incluso, las actividades inherentes a la organización de la sociedad, a los Gerentes corresponden exclusivamente las «actividades inherentes al ejercicio de la empresa social». Estos constituyen, pues, una particular figura de auxiliares asimilables a la histórica figura romana del «institor». Y en una nota apunta lo siguiente: «La distinción entre órganos sociales y Gerentes ha de plantearse, como se ha señalado autorizadamente en la doctrina italiana, sobre la diferenciación entre sociedad y empresa social» (*Ob. cit.*, pág. 386).

2.º El fundamento de las facultades representativas del Gerente está en la concesión de un poder, a diferencia del órgano administrativo, cuya actuación representativa es orgánica, según se ha dicho más arriba. El poder del Gerente se diferencia de los poderes singulares dados a otras personas por tener una cierta amplitud, susceptible de aparecer con una serie de límites, según indicaremos al final. Además, el poder del Gerente debe diferenciarse claramente de la «delegación» que sirve de fundamento al Consejero-Delegado.

Lo normal es que la «delegación» la haga el Consejo de Administración, siendo excepcional el supuesto de delegación por los fundadores. En cuanto al apoderamiento concebido al Gerente puede proceder del órgano administrativo o de la Junta General. Precisamente el artículo 110 del Reglamento de Registro Mercantil alude a los «poderes generales» otorgados por la Junta General. No obstante, el supuesto normal es el otorgamiento del poder por el órgano administrativo, según se desprende del artículo 77, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

Conviene insistir en esta diferencia entre «delegación» y «apoderamiento», que es clave para la distinción entre Consejero-Delegado y Gerente. RODRÍGUEZ ARTIGAS, al comentar el artículo 77 dice que «en este precepto se arbitran, por consiguiente, dos procedimientos para articular el órgano administrativo: la *delegación* y el *apoderamiento*. En virtud del primero se crean las figuras del «Consejero-Delegado» y de la «Comisión ejecutiva», en tanto que con el apoderamiento es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarca desde el Director General hasta el simple apoderado singular para un negocio concreto» (pág. 118).

Por su parte, BÉRGAMO también contrapone delegación y apoderamiento. Después de señalar las notas de la primera, destaca las características contrarias del segundo, del siguiente modo: «El apoderamiento no atribuye la representación legal (léase orgánica, en terminología al uso) de la compañía. La actividad del apoderado se desenvuelve en el marco de la representación voluntaria». «El apoderado no es órgano de la voluntad social, sino un representante al que se han conferido poderes subordinados». «Titular del apoderamiento puede ser cualquier persona, pertenezca o no al Consejo». «El apoderamiento es conferible tanto si la sociedad está administrada por un Consejo como por un administrador unipersonal o por administradores solidarios» (6).

De todo ello se desprende que el Gerente no está sometido al plazo

(6) BÉRGAMO *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, III, pág. 110, edición 1970

de duración previsto para los administradores—y consiguientemente para el Consejero-Delegado—en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues el límite temporal de su actuación externa lo constituye la extinción del poder y especialmente a través del mecanismo de la revocación.

Por eso es esencial determinar en el caso concreto si estamos ante un Gerente o ante un Consejero-Delegado. Pero habrá que tener en cuenta que lo de menos es la terminología utilizada, sino las notas que caracterizan a una y otra figura. Reténgase este aspecto sobre el que luego volveré al hacer la crítica a la solución adoptada por la presente resolución.

c) *Posibilidad de que el Gerente sea también administrador—e incluso Consejero-Delegado—sin que por tal confluencia de funciones éstas se confundan.*—La resolución señala en su cuarto «Considerando» que no existe ningún obstáculo para que en una misma persona puedan confluir uno y otro tipo de representación, orgánica y voluntaria, sin que por ello se confundan, advirtiendo que el Gerente puede ser al mismo tiempo Administrador e incluso Consejero-Delegado.

Nada que objetar a esta afirmación que se apoya, por otro lado, en algún autor que ha estudiado la figura del Gerente, como es IGLESIAS PRADA, al que, en seguida aludiré. Pero de esta afirmación no se desprende ninguna consecuencia ni apoyo argumentativo en favor de la solución adoptada por la presente resolución, pues una cosa es que *puedan* coincidir en una misma persona las funciones distintas de Gerente y Consejero-Delegado, y otra es que en el caso concreto planteado *se haya producido* esa coincidencia de funciones. Estamos ante una petición de principio, pues de lo que se trata es de averiguar si el otorgante es un Gerente o un Consejero-Delegado o ambas cosas a la vez. Pero de la mera posibilidad de que quepa que una persona pueda ostentar ambas funciones, no se deriva que en el caso concreto las ostente. Estamos ante una duda: la de si la persona en cuestión es Consejero-Delegado o Gerente, y no hay rastro alguno de que esa persona haya sido al mismo tiempo designada Consejero-Delegado y Gerente. En cambio, se está ante una persona que es administrador de la sociedad, pero tampoco está claro si es Gerente o Consejero-Delegado.

En pocas palabras, que la afirmación de la Dirección en el cuarto «Considerando» no pasa de ser algo, que siendo acertado, no dice nada en relación con el caso planteado. Es más, cabe la posibilidad de que si el Gerente es un administrador, haya más bases o indicios para resolver, en caso de duda, que estamos ante un verdadero Consejero-Delegado que no tiene de Gerente más que el nombre, o bien, ante un Gerente Estatutario, del que me ocuparé en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, la solución del problema depende de la interpretación que en el caso concreto se dé a los Estatutos que aluden al Gerente y al documento en que consta su designación y facultades.

Volviendo al examen de esa posibilidad teórica y, perfectamente admisible, de que el Gerente sea al mismo tiempo administrador de la sociedad, e incluso Consejero-Delegado, veamos la opinión, en primer lugar, de RODRÍGUEZ ARTIGAS, que se refiere únicamente a la confluencia en una misma persona del cargo de Administrador y Gerente: «Es posible,

no obstante, que concurren en una misma persona la condición de administrador y la de Director General, en cuyo caso estaríamos en presencia de un Consejero-Delegado dotado de especiales funciones referidas a la gestión diaria, circunstancia que pone de manifiesto la dificultad de distinguir las figuras del Director General y del Consejero-Delegado, cuestión sobre la que se volverá más adelante» (7). Obsérvese que este autor admite que confluyan en una misma persona los cargos de Director General y Administrador, pero entonces atribuye a tal persona la naturaleza jurídica de Consejero-Delegado de carácter especial. Lo cual significa, al parecer, en opinión de este autor, que se desnaturaliza de algún modo la calificación de Gerente, en contra de lo que la resolución entiende.

Más en línea con lo que defiende la presente resolución, IGLESIAS PRADA dice lo siguiente: «Tratándose de un administrador en quien coincide la doble condición de Consejero y Gerente (Director General, Director Gerente, etc.), a pesar de que la coincidencia dificulta aún más la diferenciación con los delegados, ésta procede siempre en términos semejantes a los expuestos. Su doble posición frente a la sociedad no le convierte automáticamente en titular de un órgano delegado (MINERVINI, con dudas apunta tal posibilidad); como Consejero, continúa encargado del ejercicio colectivo de las funciones de administración, que no le corresponden individualmente por el hecho de ocupar, al mismo tiempo, un puesto en la gerencia; en razón de esta segunda posición que asume, ostenta personal e individualmente, la representación que se le confiere mediante apoderamiento, y está obligado a desarrollar cuantas labores y misiones se le hayan conferido por razón de su puesto en la gerencia» (8).

Una vez expuesta la opinión de estos autores, algo diferente entre sí, y que la resolución se inclina por la del segundo, tengo que insistir en que cabe tal posibilidad de confluencia de funciones, pero si en el caso concreto se produce el nombramiento como Gerente de un administrador, mientras no se pruebe que ha habido el propósito claro de que actúe con separación en uno y otro aspecto, esa confluencia puede dar base interpretativa para la configuración del supuesto como el de un Gerente que no tiene de tal más que el nombre, y que se está ante un Consejero-Delegado o ante el denominado Gerente Estatutario. De este último paso a ocuparme a continuación.

d) *Referencia al llamado Gerente Estatutario.*—El informe del Registrador daba pie para entrar en esta cuestión, a pesar de lo cual la Dirección pasa en silencio el problema, con lo que nos quedamos sin saber qué es lo que piensa la misma sobre el Gerente Estatutario, del que se ha ocupado un sector de la doctrina, equiparándolo al órgano administrativo.

El Registrador alude al que la doctrina denomina «Gerente Estatutario» en los siguientes términos (según un «Resultando» de la resolución): «si los Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados representan a la Sociedad con facultades delegadas del Consejo (delegación establecida en los Estatutos), en todo momento serán un órgano de la sociedad, con facultad para administrarla, del mismo modo que lo es el Consejo de

(7) *Ob. cit.*, pág. 123.

(8) *Ob. cit.*, pág. 388.

Administración, y por tanto, con la limitación del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas; la doctrina de los mercantilistas distingue la figura del Director-Gerente según sea su nombramiento previsto en los Estatutos y efectuado en el acto constitutivo de la Sociedad, que ha de ser considerado como órgano de administración de la misma y sujeto a las normas que la Ley de Sociedades Anónimas establece para los administradores».

Para la debida valoración de esta opinión del informe, conviene examinar en primer lugar la doctrina de los mercantilistas, para luego determinar cuáles son las notas del Gerente Estatutario y si en el presente caso estamos o no ante un Gerente de esa clase.

URÍA se ocupa del Gerente Estatutario diciendo: «En ocasiones los estatutos sociales colocan al lado del órgano colegiado de administración un órgano unipersonal que con la denominación de Director-Gerente o Director General comparte con el Consejo las funciones administrativas, delimitando al efecto las respectivas esferas de competencia de un órgano y otro. La ley no se opone a esa dualidad de órganos administrativos, puesto que en el apartado h), del artículo 11 dice que los estatutos designarán «el órgano u órganos que habrán de ejercer la administración». «El Director-Gerente estatutario es en definitiva un administrador, al que serán de aplicación las consideraciones anteriormente expuestas en orden a su aptitud, revocabilidad, responsabilidad, etc.». «Pero otras veces la designación de Director-Gerente no está prevista en los estatutos, y su nombramiento se hace por acuerdo de la Junta general y a medio de apoderamiento que le confiere el Consejo de Administración para que pueda actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en las operaciones de giro o tráfico. El gerente así nombrado no tendrá la condición de órgano social de administración, sino el concepto legal de apoderado general o factor (art. 283 del Código de Comercio)» (9).

Por su parte, RODRÍGUEZ ARTIGAS, después de citar a URÍA y a SOLÁ CAÑIZARES, dice lo siguiente: «Un amplio sector de la doctrina estima que cuando en los Estatutos sociales el cargo de Director General ha sido expresamente previsto con carácter obligatorio, al lado del Consejo de Administración, delimitándose las respectivas esferas de competencia, el Director General será considerado como un órgano de la sociedad. En este caso, el Director General es un auténtico administrador, en el sentido legal, y su estatuto es similar al del Consejero-Delegado, por lo que le serán de aplicación íntegramente las normas que sobre administradores se establecen en la Ley de Sociedades Anónimas. Se trata, en definitiva, de un administrador con una denominación especial y dotado de una esfera concreta de competencia» (*Ob. cit.*, pág. 131).

También IGLESIAS PRADA recoge esta tendencia, a propósito de las dificultades de diferenciación entre Gerente y Consejero-Delegado, diciendo: «Piénsese, por ejemplo, en la figura del Gerente estatutario, al que URÍA no ha dudado en calificar de órgano social». Pero a continuación señala una tendencia contraria de la doctrina italiana, en estos términos: «sobre el valor de una cláusula estatutaria que prevea el otorgamiento de poder de representación a la gerencia, *vid.*, sin embargo, *Iannuzzi, Rappresen-tanza...* cit., págs. 34 y ss., para quien semejante disposición no convierte

(9) URÍA: *Derecho Mercantil*, 4.ª ed., 1964, pág. 260.

a los altos cargos de la empresa en órganos sociales» (*Ob. cit.*, pág. 385, nota 38).

Hay que reconocer que la doctrina sobre el llamado «Gerente estatutario» no es muy precisa y puede inducir a confusiones, según se desprende de la exposición que acabamos de hacer. No se puede decir, sin más, que por el hecho de que el Gerente haya sido previsto en los Estatutos estamos ante un órgano administrativo similar al Consejero-Delegado. No existe fundamento para esta equiparación. Tiene que haber otras notas específicas del Gerente estatutario, y éstas son las que hay que recalcar.

Ante todo, no se trata de que los Estatutos señalen el nombre de una persona como Gerente. Esto no tiene que ver con el problema y, además, no es conveniente que se plantee de este modo, pues los Estatutos deben concretar cargos o funciones, no los nombres de las personas, ya que el nombramiento de éstas ha de venir aparte, precisamente para evitar que al producirse un cambio haya que modificar los Estatutos.

Además, acabo de decir que el mero hecho de preverse en los Estatutos la existencia de un Gerente, no convierte a éste en órgano administrativo con todas sus consecuencias. El artículo 11, apartado h), de la Ley de Sociedades Anónimas, que cita URÍA, sólo indica que pueden ser designados varios órganos de administración, pero no que el Gerente previsto en los Estatutos tenga que ser necesariamente un órgano administrativo similar al Consejero-Delegado. Para que esto ocurra, tiene que tratarse de un Gerente que no reúna las notas típicas del mismo, que antes se han señalado. Así, por ejemplo, que la base de su actuación no sea el apoderamiento, sino la delegación propia del Consejero-Delegado; y, además, que la persona que haya de ejercerlo sea un administrador, único supuesto en que se está ante una delegación y no ante un apoderamiento.

Si, por el contrario, en los Estatutos se establece la posibilidad de conceder apoderamientos a un Gerente, entonces se tratará del supuesto normal de Gerente, y no el que la doctrina denomina Gerente estatutario. Y si se dice que tales apoderamientos pueden hacerse a persona ajena a la sociedad, todavía queda más claro que no estamos ante un órgano administrativo, sino ante un verdadero Gerente, sin que se empañe tal calificación por el mero hecho de haber sido previsto en los Estatutos.

Pasando ahora al caso concreto que aquí se plantea, no parece que estemos ante un Gerente estatutario. Si sólo se lee el artículo 8 de los Estatutos de la sociedad en cuestión, parece que se está ante un verdadero órgano de administración de la sociedad, lo que le colocaría en esa posición de Gerente estatutario, ya que el citado precepto señala que «la Sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados». Pero el artículo 25 de tales Estatutos reconduce la cuestión a términos diferentes, y como hay que encontrar la interpretación sistemática de los Estatutos, no hay más remedio que matizar aquel artículo 8 con lo que dice el 25, cuyo texto es el siguiente: «el Consejo (de Administración) podrá delegar en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la Ley. Para desempeñar el cargo de Director-Gerente de la Sociedad o de Consejero-

Delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad».

De aquí se desprende que ni estamos ante un cargo obligatorio, nota que señala RODRÍGUEZ ARTIGAS en relación con el Gerente estatutario (aunque sin expresar el fundamento de por qué tiene que darse tal característica), ni, lo que es más decisivo, ese Gerente tiene que ser necesariamente administrador, ya que se dice que puede ser persona ajena a la Sociedad. Por tanto, si no es administrador, no cabe aplicar las normas sobre el órgano administrativo, que son las que a su vez la doctrina dice que se deben aplicar al Gerente estatutario. De lo que, en definitiva, resulta que no estamos ante un Gerente estatutario.

Lo cual no quiere decir que estemos en el caso concreto ante un verdadero Gerente, sino que del examen de los Estatutos no se desprende base suficiente para hablar sin más de un Gerente estatutario. Pero ¿cuál es la naturaleza de ese denominado Gerente? ¿No estaremos más bien ante un verdadero Consejero-Delegado? Entiendo que es así como hay que responder en este caso, con lo cual se llega por otro camino a esa conclusión de que estamos ante un órgano administrativo en este caso concreto. Pero, hay que insistir una vez más, no porque los Estatutos prevean necesariamente un órgano administrativo o un Gerente estatutario, sino porque las notas que caracterizan a la persona que actúa en este caso inclinan a la configuración de la misma como Consejero-Delegado, por lo menos, mientras no se desvirtúe tal configuración con los documentos aclaratorios y complementarios correspondientes. De ello me ocupo en el siguiente epígrafe.

e) *Indicios interpretativos en el caso concreto respecto a la calificación como Consejero-Delegado a quien es denominado Gerente.*—Las notas antes señaladas del Gerente nos permitirán ahora determinar si en el presente caso estamos o no ante dicha figura. La resolución, cuando parecía iba a dar la razón al Registrador, pues en el quinto Considerando estima «justificadas las reservas» del mismo, por el «confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos» y parecer que «se está ante un verdadero Consejero al que se han delegado las correspondientes facultades»; y en el «primer Considerando» dice que no «pueden tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el Registrador». Cuando parecía, digo, que todo iba a su favor, surge ese «no obstante» del «Considerando» sexto que nos deja perplejos, ya que, por un lado, arremete contra el Notario autorizante, exigiéndole mayor precisión, pero, por otro lado, termina decidiendo que estamos ante un apoderamiento y consiguientemente ante un Gerente.

Pero no existe ni un solo argumento que apoye esta posición de la resolución, pues esa referencia que hace el artículo 25 de los Estatutos en relación con el artículo 77 de la Ley no resulta convincente, según ahora se verá.

Ante todo hay que determinar cuáles son los datos o documentos a tener en cuenta para la calificación registral, a propósito de esta cuestión. Ellos son estos tres: los Estatutos de la sociedad, el documento del que resultan las facultades y, en tercer lugar, la escritura de hipoteca otorgada por el denominado Gerente. Los principales datos han de resul-

tar de los primeros documentos, pues en la escritura de hipoteca el Notario ha de limitarse a recoger los datos que resultan de aquellos dos, sin que esté permitido ese añadido que pretende la resolución consistente en que «había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado», pues sería una declaración unilateral del interesado o una apreciación del Notario que quizá no fuera concordante con aquellos dos documentos claves en la cuestión. Por eso, no creo que con ello hubiera «disipado las dudas existentes sobre el particular», aparte de que tales dudas sólo podrían disiparse aportando los documentos complementarios correspondientes (Considerando primero) o bien otorgando las escrituras de aclaración o subsanación pertinentes.

Pues bien, entrando en el primer documento a calificar, o sea, lo que resulta de los Estatutos de la sociedad, hay que tener en cuenta que el artículo 25 antes transcrito propende, dentro de su confusionismo, más bien a la equiparación entre Consejero-Delegado y Director-Gerente, al menos cuando la cuestión se plantea, como en este caso, ante un Gerente que es al mismo tiempo administrador. La resolución, sin embargo, hace el siguiente razonamiento: «se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley». Pero esto no es convincente, ya que el citado precepto estatutario se está refiriendo a dos posibilidades y no a una sola, a saber: 1.ª Que el denominado indistintamente Consejero-Delegado o Director-Gerente sea miembro del Consejo de Administración; 2.ª Que dicha persona sea ajena al Consejo de Administración. La denominación es idéntica en ambos supuestos, pero en el segundo, sólo cabe interpretar que se trataría de un Gerente al que habría que conferir un apoderamiento; y en cambio, en el primero se mantiene la duda y más bien la indiferencia sobre la distinción entre Consejero-Delegado y Gerente.

Por tanto, no cabe hacer sin más la deducción que hace la resolución, sino estas otras: 1.ª Que cuando la persona en quien se delegan facultades es miembro del Consejo de Administración, *como aquí sucedió*, subsiste la duda de si estaremos ante un Consejero-Delegado o un Gerente, y para deshacer esa duda no cabe insistir más en los Estatutos, si no es para comprobar la equiparación y confusión terminológica entre ambos, lo que no favorece precisamente la solución de la Dirección. Por el contrario, hay que acudir a las notas que doctrinal y legalmente caracterizan a una y otra figura, especialmente, a efectos de representación, a la distinción entre «delegación», típica del Consejero-Delegado, y «apoderamiento», base fundamental del Gerente. Pues bien, en este caso se produce lo que habría que llamar el fantasma del «poder», al no aparecer éste por ningún lado y sí el concepto de «delegación»; 2.ª Que cuando la persona en quien se delega esa facultad es persona ajena a la sociedad, *lo que aquí no sucedió*, podría intentarse, como la resolución hace, un esfuerzo interpretativo en el sentido de que estaríamos ante un Gerente al que habría que conferir un poder para actuar. Pero esta interpretación correspondería hacerla en el momento de la concesión de facultades. En su momento, el órgano correspondiente (Consejo de Administración o Junta general, según los casos) apoyándose en tal interpreta-

ción constructiva, podría decir que «confiere un poder general al Gerente tal, que es persona ajena a la Sociedad». Pero esto no sucedió en este caso, y además el documento en que consta la designación ahora se verá cuáles son sus términos. En cualquier caso, con esas consideraciones y distinciones he pretendido demostrar que el argumento de *reductio ad absurdum* que da la resolución es un sofisma, al pretender imaginar que sólo cabe la segunda de las dos posibilidades indicadas.

En cuanto al segundo documento a tener en cuenta para calificar, es aquel en que constaba la concesión de facultades. Pues bien, este documento no debía ser muy expresivo dados los términos en que se produce la nota calificadora y la necesidad que tuvo el Presidente de la Audiencia de pedir documentos complementarios que luego la Dirección califica como de extemporáneos e inoperantes en el recurso, dado que hubieran tenido que presentarse a la calificación del Registrador. De entrada esto ya da idea de que el Registrador tenía toda la razón. Pero todavía cabe decir más, examinando los términos del documento, según exposición del propio recurrente, que dice que la *delegación* de facultades del artículo 25 de los Estatutos es clara «mediante su designación como Director-Gerente, *delegándole* todas las facultades del artículo 24». De estos términos se desprende una vez más que no estamos ante un apoderamiento, sino ante una delegación. El poder es una figura jurídica con un nombre tradicional y único, por lo que si se utiliza el concepto de «delegación» es que estamos ante la figura del Consejero Delegado. Obsérvese que era el momento más adecuado para que el órgano que designó el cargo podía haber interpretado el artículo 25 de los Estatutos en un sentido o en otro, es decir, como delegación o como poder, y, sin embargo, insiste en el primer concepto, que además es el empleado en los Estatutos. Por eso, decía antes que existe aquí un fantasma de apoderamiento. Estamos, en definitiva, ante un Gerente que sólo tiene de tal el nombre, y aun éste no es significativo cuando los propios Estatutos lo identifican terminológicamente con el Consejero-Delegado.

¿Qué más faltaba para inclinar la balanza en favor de esta última calificación, en lugar de favorecer la tesis del Gerente, como hace esta resolución?

Lo más que se podría conceder es que estamos ante un caso muy dudoso. Pues bien, la finalidad cautelar del Registro de la Propiedad respecto a los contratos que tienen acceso al mismo habría de llevar a suspender la inscripción, como acertadamente hizo el Registrador, mientras no se aportasen los documentos que deshiciesen la referida duda. Hay que tener en cuenta que cabría una nueva calificación en su día mediante la nueva presentación del documento acompañado de los complementarios pertinentes (concretamente los que tuvo en cuenta el Presidente de la Audiencia). Y si éstos no fuesen convincentes, sería necesario un pronunciamiento del órgano que hizo el nombramiento de esa persona, cuya naturaleza no se sabía a ciencia cierta en qué consistía.

Por todo ello, la crítica a la presente resolución es desfavorable en este primer problema planteado. Pero esa crítica ha de ser más fuerte en relación con el segundo problema, es decir, el del ámbito de facultades que comprende ese «fantasmal» poder (más bien *delegación*), según se examina a continuación.

B) **AMBITO DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DEL PODER CONCEDIDO A UN GERENTE.**—Desde el punto de vista de la resolución, que entiende que estamos ante un *poder* (delegación del órgano, al que la resolución llama poder), se plantea ahora una cuestión diferente a la anterior: ¿se comprende dentro de las facultades conferidas al Gerente la facultad de hipotecar, no mencionada de modo expreso?

La resolución entiende que sí, pero para llegar a tal errónea conclusión ha tenido que ir confundiendo una serie de cuestiones, como los conceptos de mandato general y mandato en términos generales, o el factor con poder y el factor notorio; ha desenfocado las especialidades de la representación en Derecho mercantil, ha mitificado la idea de «giro y tráfico del establecimiento», sin preocuparse, por otra parte, de su concepto y ámbito de aplicación, y ha olvidado, en fin, el artículo 139 de la Ley Hipotecaria, que ni siquiera es citado en los «vistos».

Examinaré esa serie de cuestiones que se plantean en relación con este segundo aspecto de la resolución, para concluir diciendo que el poder para hipotecar ha de ser expreso, tanto en el ámbito civil como en el mercantil.

a) *Mandato general y mandato en términos generales.*—Dice la resolución en su desafortunado penúltimo «considerando» que «para determinar las facultades que ostente el apoderado, habrá que estar a los términos del mandato conferido, con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712 —que distingue entre mandato general y especial— y 1.713, que, a su vez, lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o, por el contrario, es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada».

Hay que disentir terminantemente de este planteamiento de la resolución. No cabe confusión entre mandato general y mandato en términos generales, y la doctrina mayoritaria no los ha confundido, sino que precisamente se ha preocupado de marcar el criterio distintivo entre uno y otro concepto. Es cierto que a veces la doctrina no se pronuncia con claridad acerca de cuál es el concepto de mandato general, pero lo que sí es claro es el propósito de diferenciarlo, en todo caso, del mandato en términos generales.

Veamos una lista de autores:

CASTÁN (pág. 484 del tomo IV de su *Derecho civil...*, 9.ª edición, 1961), refiriéndose a la distinción del artículo 1.713 (mandato en términos generales y mandato especificado), dice: «A esta distinción —que no es equivalente a la anterior (la del 1.712), puesto que un mandato concebido en términos generales puede referirse a todos los negocios o a un negocio determinado del mandante (por ejemplo, se da un poder para todo cuanto concierne a una finca), se refiere el artículo 1.713...».

PUG PEÑA señala lo siguiente: «Esta amplitud (del mandato) puede referirse o al asiento (léase aspecto) objetivo de la actuación (número de negocios del mandante) o al margen jurídico de la misma (operaciones que está autorizado a realizar). Desde el primer punto de vista, el mandato puede ser *general* o *especial*, según comprenda *todos* los nego-

cios del mandante o *uno o varios* negocios determinados (art. 1.712). Con arreglo al segundo criterio, el mandato puede estar *concebido en términos generales o referido sólo a uno o varios actos en particular*. Las dos distinciones —a primera vista se confunden, pues se concibe perfectamente un mandato concebido en términos generales para un asunto determinado (como cuando, por ejemplo, se constituye para todo lo concerniente a una finca o establecimiento *mercantil*) .» (pág. 242, tomo IV, Contratos, de su *Compendio de Derecho civil*, 2.ª edición, 1972). Prescindiendo de una posible errata en el último párrafo, por omisión de alguna frase y del ejemplo del establecimiento mercantil, no muy afortunado, es clara la posición de PUIG PEÑA respecto a la distinción entre mandato general y mandato en términos generales.

PUIG BRUTAU (pág. 364 de sus *Fundamentos*, tomo II, vol. 2.º, Barcelona, 1956) dice terminantemente: «Resulta, pues, que el *mandato general* y el *mandato concebido en términos generales* no son la misma cosa». Y después abunda en la opinión de PUIG PEÑA.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (pág. 541 del vol. I de sus *Instituciones de Derecho civil*, 1974), refiriéndose al mandato en términos generales, opinan: «Es perfectamente compatible con un mandato general o especial. Se refieren éstos al objeto sobre el que recae la gestión del mandatario, y aquél, a los actos jurídicos que dentro del mandato está autorizado a efectuar dicho mandatario. Piénsese en un mandato para 'gestionar' o 'cuidar' una finca del mandante. Aquí tendríamos un mandato especial, pero concebido en términos generales. Con razón se ha dicho que el mandato en cuestión equivale a mandato en 'términos imprecisos' o 'en términos vagos' (MAZEAUD). Es, en suma, un mandato en el que no se especifica o determinan bien las facultades del mandatario».

ALBALADEJO (*Derecho de obligaciones*, II, parte especial, 1972, pág. 251) resume así el estudio que hace sobre ambas clasificaciones: «Así, pues, las dos clasificaciones: mandatos *en términos generales y especificados*, y mandatos *generales y especiales*, se basan: la primera, en los actos que el mandatario se obliga a realizar respecto del asunto a que el mandato se refiere; la segunda, en estos propios asuntos, según que el mandato alcance a una generalidad de ellos o sólo a alguno o algunos en particular». «Por tanto, dentro de que el mandato sea general o especial, si está concebido en términos generales, sólo obliga a la administración del asunto, de los asuntos o de la totalidad de asuntos a que se refiera.»

LACRUZ explica la cuestión de este modo: «La distinción que establece este último precepto (art. 1.713) entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso no es equivalente a la del artículo 1.712 entre mandato general y especial, ya que en aquélla atiende el precepto a la *clase* de contratos que el mandatario puede (y debe) realizar, y en ésta al *número* de relaciones del mandante (negocios) gestionadas por el mandatario. Así, el mandato concebido en términos generales —es decir, en términos vagos e imprecisos, en su ámbito— puede ser general, como si convengo con Pedro que administre mis bienes, o bien especial: que administre mi finca tal. Y el mandato expreso —por ejemplo, para vender— puede asimismo recaer sobre todos los objetos que me pertenecen o uno solo» (pág. 214 de sus *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. III, 1979).

Incluso MANRESA, que es el autor más proclive a la confusión de ambas

clasificaciones, dice lo siguiente: «De ordinario uno y otro se confunden, mas puede ocurrir que un mandato general autorice para la enajenación; dedúcese de aquí que la verdadera y sustancial diferencia entre unos y otros poderes estribará no en el número de actos o negocios conferidos al mandatario, sino en la naturaleza de los actos jurídicos que puede realizar» (MANRESA, tomo XI, pág. 444).

De toda esta exposición cabe deducir lo siguiente: 1.º La doctrina mayoritaria es partidaria de distinguir entre mandato general y mandato en términos generales, por lo que no se explica esa referencia de la presente resolución a la doctrina que entiende que se trata de una misma clasificación con distintas denominaciones 2.º El mandato en términos generales no comprende la facultad de hipotecar bienes inmuebles, pues para ello se necesita poder expreso. 3.º La doctrina de los autores no acaba de producirse con demasiada convicción. respecto al concepto de poder general, a pesar de lo cual no existe ninguna disculpa para esta resolución en cuanto a la confusión que pretende entre mandato general y mandato concebido en términos generales.

En nuestra opinión, la distinción entre ambos conceptos es muy clara: en el poder *en términos generales* está en juego la *forma de expresión*: se trata de un poder en términos genéricos. En cambio, en el poder *general*, como contrapuesto a especial, se plantea el problema del *ámbito objetivo* del mismo. Y para comprobar que se trata de clasificaciones diferentes, que hasta pueden llegar a ser contrapuestas, no sólo han de tenerse en cuenta los ejemplos que señala la doctrina, sino el supuesto más claro en la práctica, que es el denominado poder general, que no lo es en términos generales, sino con expresión detallada de todos los actos y negocios que puede realizar el apoderado, a través de una lista casi interminable que agota todas las posibilidades de actuación. Ese poder, que en la práctica se denomina acertadamente poder general, es un poder especificado y no está concebido en términos generales. La presente resolución parece desconocer este tipo de poder, tan frecuente en la práctica. Precisamente el contenido del mismo es tan detallado porque pretende ser un poder general *no* concebido en términos generales y así evitar el juego del artículo 1.713.

La mera existencia de dos preceptos distintos para una y otra clasificación debería ser suficiente para comprender que estamos ante cuestiones diferentes, en contra del criterio de la resolución. En cualquier caso, todo lo dicho anteriormente deja al descubierto el error padecido en la misma.

Entrando ya en el concepto de *poder general*, existen ciertamente algunas especialidades en Derecho mercantil, sin que por ello haya que concluir que en esta rama jurídica se confunde con el poder concebido en términos generales.

Por de pronto, dentro del Derecho civil, la doctrina no acaba de redondear el concepto de poder general. He dicho que en relación con él se plantea un problema de ámbito objetivo del mismo, debiendo contraponerse al poder especial, según el artículo 1.712 del Código Civil. Pero mientras la doctrina dominante parece referirse, al definirlo, al objeto de las relaciones jurídicas, poniendo una serie de ejemplos que parecen presuponer que sólo estamos ante un poder general cuando se refiere a todas las fincas o bienes del poderdante, en mi opinión, hay que exa-

minar el problema desde dos perspectivas. Y es que cabe hablar de poder general en dos sentidos, según el ámbito objetivo que se plantee. En un primer sentido, es poder general aquel que se refiere a la totalidad de bienes o fincas del poderdante; y poder especial aquel que se refiere a alguna finca concreta. Pero cabe un segundo sentido: también es poder general aquel que se refiere a una totalidad o grupo de facultades, detallando o especificando éstas para que no se trate de un poder concebido en términos generales; y puede ser considerado poder especial aquel que sin precisar los objetos a que se refiere, se otorga respecto a una única determinada facultad, la de hipotecar, por ejemplo.

b) *Especialidades del poder general en Derecho mercantil.*—La resolución cae en un segundo error a propósito del poder general, que consiste en interpretar que el concebido en términos generales en Derecho mercantil faculta «para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento», y para fundamentar esto cita los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio. En seguida se verá que estos preceptos no pueden servir de apoyo a tal interpretación y no se oponen para nada a la regla dada por el artículo 1.713 del Código Civil, aplicable como Derecho común supletorio del Código de Comercio, y, por consiguiente, también en Derecho mercantil el poder dado en términos generales sólo comprende la facultad de administrar y no la de hipotecar, que exige poder expreso. Las especialidades del poder en Derecho mercantil no van por ese camino y son otras bien distintas.

Así, el artículo 281 del Código de Comercio se limita a decir que «el comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilien en él». De este precepto no se deduce de ninguna manera que el poder en términos generales sea un poder general ni que comprenda todas las facultades incluso la de hipotecar. Se trata de una mera clasificación de «apoderados del comerciante», distinguiendo los generales y los singulares, sin prejuzgar nada acerca del problema del artículo 1.713 del Código Civil, que a nadie se le había ocurrido decir que es contrario a ese artículo 281.

En cuanto al artículo 283, dice lo siguiente: «El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial, por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección». Este precepto tampoco se opone al artículo 1.713 del Código Civil, pues no dice que el poder del factor que esté concebido en términos generales comprende la facultad de administrar, dirigir y contratar sobre muebles e inmuebles, sino que se refiere claramente al caso de estar «autorizado para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento», y además, se dice «con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario», de todo lo cual se desprende que se trata de un poder otorgado por el propietario que tendrá las facultades que el poderdante haya querido conceder, y que si ha sido autorizado para «administrar, dirigir y contratar» no es que entonces ese poder concebido en términos generales comprende la facultad de hipotecar, sino que la

persona que ha obtenido ese poder es definido como «factor», frente a los poderes dados a dependientes y mancebos a que respectivamente se refieren los artículos 292 y 293 del mismo Código de Comercio.

Por lo que atañe al artículo 284, también citado por la resolución, basta leer su texto sin más comentario, para comprender que nada tiene que ver con el problema del artículo 1.713 del Código Civil, pues se limita a decir que «los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y, en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen».

La resolución también cita el artículo 286, que es el único que aparentemente podría ofrecer algún apoyo para la solución que pretende. Pero debidamente examinado se observa que se refiere exclusivamente al llamado «factor notorio» que nada tiene que ver con el «factor con poder inscrito», y que es perfectamente compatible con la aplicación a este último del artículo 1.713 del Código Civil, en su caso, como se comprueba además por la existencia en el propio Código Civil de otro precepto similar a ese artículo 286, como es el artículo 1.717, párrafo 2.º, cuando dice: «exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante». ¿Cómo se puede hablar de especialidad del Derecho mercantil cuando esa misma especialidad está en el Código Civil? Los matices y aplicaciones concretas son naturalmente distintos, pero la doctrina es la misma, la del mandatario aparente sin tener poder. Y ello nada tiene que ver con la clasificación del artículo 1.713, por lo que si el artículo 1.717, párrafo 2.º, no neutraliza ni es incompatible con el 1.713, tampoco el artículo 286 del Código de Comercio puede decirse que neutralice o contradiga la doctrina del artículo 1.713 sobre el poder concebido en términos generales.

No obstante, el examen del referido artículo 286 exige un estudio previo del concepto de «giro o tráfico del establecimiento», que también cita la presente resolución, por lo que volveremos sobre aquél una vez estudiado ese otro concepto.

Antes de hacerlo, conviene exponer cuáles son las especialidades del poder general en Derecho mercantil, distintas de las que la resolución apunta.

La especialidad consiste—aparte de otras comunes a todo tipo de poder, como son las relativas a sustitución y a subsistencia en caso de muerte del mandante—en una distinta perspectiva del concepto de poder general. No es que e confunda con el poder en términos generales, según se ha repetido ya, sino que en Derecho mercantil se ve todavía más clara esa diferente perspectiva conceptual que puede tener el poder general. Este no es sólo aquel que se refiere a todas las cosas o bienes del poderdante, sino que puede definirse también desde otra perspectiva, como aquel que comprende una serie de operaciones del tráfico del establecimiento y no algunas de ellas. Así se desprende de la contraposición entre el citado artículo 283 (poder para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento, con más o menos facultades) y los artículos 292 y 293 (poderes dados con carácter singular a dependientes respecto a alguna o algunas gestiones propias del tráfico dentro del ramo que tuvieron encomendado, y poderes dados a mancebos respecto a una operación mercantil o alguna parte del giro

y tráfico del principal). Otra especialidad que resulta deriva de la anterior A diferencia de la definición resultante del artículo 1.712 del Código Civil, que define el poder especial como el que comprende «uno o más negocios determinados» frente al poder general que comprende «todos los negocios», en Derecho mercantil puede hacerse una distinta matización, ya que cuando el ámbito del poder es muy amplio, aunque no sea total, hay base para configurarlo como poder general, sin que sea obstáculo el hecho de que existan algunas limitaciones o algunas operaciones que quedan excluidas. Caben limitaciones al poder del factor (art. 283) sin que por ello deje de ser general.

Estas especialidades repercuten en la inscripción en el Registro Mercantil, que es obligatoria tratándose de poderes generales, y no han de excluirse de tal concepto aquellos que enumeran toda una amplia gama de posibilidades, aunque no incluyan todas.

Pero estas especialidades nada tienen que ver con el problema del poder concebido en términos generales que es concepto distinto del poder general en Derecho civil y en Derecho mercantil.

c) *El tópico del «giro y tráfico del establecimiento»*.—La resolución trata de apoyar su interpretación en esa idea que planea a lo largo de algunas instituciones de Derecho mercantil, sin que se sepa a ciencia cierta en qué consiste.

Existen dos tendencias en relación con el concepto de «giro y tráfico del establecimiento mercantil».

La opinión mayoritaria nos dice que es un concepto a determinar en cada caso por los usos mercantiles. Ya se comprende que desde esta perspectiva es totalmente inútil acudir al mismo. Al menos por lo que se refiere al tráfico jurídico inmobiliario, que ahora nos ocupa, pues un concepto a extraer de los usos mercantiles es inadecuado para proporcionar la seguridad de los terceros. Lo paradójico es que los autores que patrocinan este concepto quieren apoyarse en la seguridad del tráfico mercantil. Pero en seguida se comprueba que hay contradicción en esta posición, como ahora se verá. Efectivamente: veamos lo que dice GARRIGUES, al comentar el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, donde se habla del «giro o tráfico de la empresa» a propósito de los administradores: «Parece necesario concluir que el ámbito de los poderes de los administradores debe de coincidir exactamente con la esfera de las operaciones a que la sociedad dedique su capital (v. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1964 y de 3 de febrero de 1965, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 17, 25 y 26 de abril de 1972). Y no es necesario que los terceros acudan al Registro Mercantil para conocer exactamente cuál sea el objeto social. El ámbito normal de las actividades de una sociedad que se dedica a un determinado género de comercio es cosa sobre la que decide la opinión de los comerciantes y de los industriales. Quien, sobre la base de la buena fe y del uso mercantil, contrate con los representantes de una determinada sociedad, debe tener la seguridad de que contrata bien si el negocio pertenece al giro o tráfico de la empresa en cuestión. Aun teniendo un conocimiento completo de los estatutos, obtenido a través del Registro Mercantil o por cualquier otro medio, siempre puede suscitarse la duda acerca de si una determinada operación pertenece o no a ese giro o tráfico, y en

definitiva serán los Tribunales de justicia los llamados a decidir el problema. Mas el criterio objetivo de la ley protege mejor el tráfico de buena fe al dispensar a los terceros contratantes de la necesidad de acudir al Registro para saber hasta dónde alcanzan los poderes del representante, a fin de no traspasar los límites que los estatutos o que los acuerdos de la Junta general hayan tenido a bien establecer» (10).

Después de leer este párrafo, no hay más remedio que decir: *Aliquando dormitat Homerus*. Parece como si GARRIGUES estuviese soñando con la edad de piedra del tráfico jurídico, y aun allí quizá existan antecedentes del Registro. Se olvida GARRIGUES de que precisamente para no tener que acudir a los Tribunales de justicia a cada momento, se fomentó la existencia de los Registros jurídicos. Para el tercero es mejor contratar sobre la base segura de lo que dice el Registro Mercantil, antes que embarcarse en una cuantiosa operación a la ventura de qué será lo que los Tribunales de justicia opinen en un caso concreto, conforme a los usos mercantiles, acerca de si se está o no ante el «giro y tráfico del establecimiento». Además, GARRIGUES no tiene en cuenta que en la práctica del tráfico jurídico *inmobiliario* de las sociedades, lo que se hace precisamente es acudir al Registro Mercantil, en lugar de embarcarse en un pleito. Y ello será así mientras no se defina legalmente lo que ha de entenderse por «giro o tráfico del establecimiento». Otra cosa sucede en el tráfico de mercaderías, pero no es éste el supuesto de estudio.

Por eso tiene toda la razón BÉRGAMO frente a GARRIGUES, cuando nos dice lo que ha de hacerse mientras no se fije el concepto de «giro y tráfico de la empresa»: «Los usos mercantiles sobre el particular son escasos y, muchas veces, contradictorios. Normalmente, quien se disponga a concluir una operación importante con la compañía preferirá consultar los asientos del Registro, antes que escudarse en un precepto dogmático que no ha tenido todavía el suficiente desarrollo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia» (11). Y más adelante señala las siguientes conclusiones: «Mientras no se cuente con una copiosa jurisprudencia acerca del alcance del 'giro y tráfico', será aconsejable: 1.º Aplicar las normas del Código de Comercio que disciplinan las actividades del factor, permitiendo la limitación de sus poderes, con efectos frente a todos en virtud de la inscripción, y 2.º Encerrar el 'giro y tráfico' en el área puramente administrativa, sin que comprenda actos de disposición que, para inscribirse, deben ser objeto de un previo juicio calificador» (12).

Estas ideas de BÉRGAMO sobre el concepto de «giro y tráfico» en relación con los administradores de la sociedad (no ya sobre los apoderados, sobre lo que luego hablaremos) son totalmente convincentes, pues se apoya en la regulación existente acerca del Registro Mercantil, y concretamente en los principios de legalidad, publicidad material y de legitimación, recogidos respectivamente en los artículos 49, 1 a 3 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero es que, además, añadimos nosotros, el Registro Mercantil ha sido objeto de especial atención por el propio Código de Comercio en la última reforma, de cuyos artículos 21-6.º y 29 se desprende la importancia que para los poderes tiene la inscripción en

(10) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.ª ed., 1976, pág. 124

(11) *Ob cit*, pág. 110

(12) *Ob cit*, pág. 117.

aquel Registro, por lo que toda la interpretación en materia de representantes de sociedades ha de hacerse en relación con estos preceptos y la eficacia del Registro Mercantil, sin que sea convincente la afirmación—no argumentación—de GARRIGUES de que el Registro Mercantil sólo cuenta para la inscripción de las personas que actúan como representantes de la sociedad, no respecto al contenido, que es típico e inderogable. Aquí no interesan las meras afirmaciones, sino las argumentaciones, y en ese aspecto, BÉRGAMO actúa con ventaja respecto a GARRIGUES.

Decíamos antes que existían dos concepciones sobre el «giro y tráfico del establecimiento», una de las cuales es la que se remite a los usos mercantiles patrocinada por GARRIGUES, que se acaba de exponer y criticar. Pero hay otra posición algo más convincente sobre aquel concepto que es la de CÁMARA, no obstante lo cual parece que no ha sido recibida por la doctrina, ni por la jurisprudencia.

Según esta segunda interpretación, el concepto de «giro y tráfico» hay que relacionarlo con aquellos actos que *directamente* concurren a la realización del *objeto social*, no todos los actos relacionados de cualquier forma con el objeto de la sociedad.

En este sentido dice CÁMARA lo siguiente: «Actos de giro o tráfico de la empresa son los que directamente concurren a la realización del fin social. Difieren de ellos los que se llevan a cabo para facilitar el cumplimiento del objeto de la sociedad, aunque directamente no lo realicen. Como hemos expuesto en otra ocasión—continúa CÁMARA—, hay actos que claramente están incluidos dentro de las actividades que constituyen el objeto de la empresa social, por ejemplo, la venta de productos elaborados, la compra de materias primas, las operaciones normales de descuento, etc. Pero hay otros que, pese a ser convenientes o aun necesarios para que la sociedad cumpla su objeto, no constituyen el cumplimiento de éste. Imaginemos la adquisición de terrenos para la construcción de una fábrica o la compra de bienes de equipo. Estos actos, obviamente, no constituyen el giro o tráfico de la sociedad» (13).

Si nos atenemos a esta interpretación de CÁMARA y la relacionamos con el caso concreto, se comprobará que la constitución de hipoteca no es un acto comprendido en el objeto social ni por ello en el giro y tráfico de la empresa. Pero en cualquier caso, hay que tener en cuenta, respecto a la opinión de CÁMARA que: 1.º Representa una opinión aislada, no recibida todavía por la doctrina, según se dijo antes, y que el propio GARRIGUES la rechaza terminantemente, aunque como también se expuso, sin ningún tipo de razonamiento; 2.º Nos conduce a otras imprecisiones, pues el concepto de «objeto social» tampoco es muy preciso a estos efectos de la seguridad del tercero, y mucho menos lo es esa distinción entre lo que «directamente» tiende a la realización del objeto y lo que «indirectamente» se relaciona con él.

Pues bien, la presente resolución utiliza como «talismán» ese concepto de «giro y tráfico», a modo de tópico, pues no se preocupa de decirnos qué es lo que entiende por esas expresiones, ni si sigue la interpretación amplia de GARRIGUES matizada por la referencia a los usos mercantiles, o la interpretación estricta de CÁMARA, en conexión con el objeto social. En el último «Considerando» se habla del «objeto social» de ambas sociedades, sin decirnos cuál es en el caso concreto y si el giro o tráfico

(13) *Estudios de Derecho Mercantil*, I, volumen primero, año 1972, pág. 444.

ha de relacionarse o no con aquél, aunque ya se comprende que la constitución de hipoteca es algo que escapa al objeto de una sociedad, pues no es fácil imaginar que se dedique a hipotecar sus propias fincas. También se habla en ese «Considerando» de la «gestión social» en sentido amplio e impreciso, por lo que parece que se prefiere seguir una interpretación amplísima o por mejor decirlo, lamentablemente vaga e inoperante.

Pero es que, además, el ámbito de aplicación del concepto de «giro y tráfico» no puede hacerse en relación con los apoderados, pues no hay ninguna base legal para ello. La Ley de Sociedades Anónimas se refiere al «giro y tráfico» respecto a la representación orgánica, no en cuanto a la representación voluntaria. Sería lamentable que después de haber patrocinado esa distinción como elemento clave a tener en cuenta en las sociedades, se produjese una confusión en este aspecto. Y el Código de Comercio alude al «giro y tráfico» no en relación con los apoderados, sino en relación con «el factor notorio», que nada tiene que ver con el «poder», pues se trata de un «factor *sin poder*», según resulta del artículo 286 del Código de Comercio, del que a continuación me ocuparé.

Quiere todo esto decir que, aun para los partidarios del concepto o tópico del «giro y tráfico», no les estaría permitido llevarlo al ámbito de las personas que actúan en base a una representación voluntaria o por poder, pues no existe ninguna base legal para ello. En la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada aparece clarísimamente la posición contraria, cuando se dice en el artículo 11 que «será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona, *cuyas facultades se medirán por la escritura de poder*». Ahora me interesa resaltar esta última frase subrayada, aunque en relación con los administradores conviene repetir lo dicho por BÉRGAMO, es decir, la necesidad de una interpretación sistemática de la Ley en relación con los preceptos del Código de Comercio sobre el Registro Mercantil.

Por último, no se desconoce que en las legislaciones europeas predomina la idea de atender al giro o tráfico del establecimiento. Pero aparte de que *no existe una unanimidad total en las legislaciones*, hay que tener en cuenta: 1.º Que sólo se aplica a la representación orgánica, no a los apoderamientos voluntarios, que son precisamente los que estamos examinando en este epígrafe, desde la perspectiva de la propia resolución; 2.º Que, en cualquier caso son legislaciones que no pueden ser tenidas en cuenta todavía para interpretar la legislación española, pues ésta ha de resultar de los textos legales vigentes, no de una copia servil de modelos europeos, no suficientemente conocidos, por otro lado, en el detalle de su regulación.

d) *Referencia al llamado «factor notorio»*.—Como la resolución señaló desde el principio las diferencias entre representación orgánica y voluntaria, era absurdo, desde su propia perspectiva, que fundase sus argumentos sobre el giro y tráfico como ámbito del poder del Gerente en la normativa de la representación orgánica, y por eso busca otra salida, consistente en la aplicación del artículo 286 del Código de Comercio, que alude también al «giro y tráfico del establecimiento».

Antes vimos la inconsecuencia de citar los artículos 281, 283 y 284 del Código de Comercio en relación con el caso planteado. Ahora vamos a comprobar que la cita del artículo 286 tampoco tiene nada que ver con el supuesto de representación voluntaria del Gerente.

El artículo 286 dice lo siguiente: «Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o Sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o Sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objetos del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos».

¿Qué tiene que ver este precepto con el caso de un poder dado al Gerente, desde la perspectiva de la resolución? Son dos cuestiones muy diferentes como no podía ser menos al comprobar que en el caso del artículo 286 no hay «poder» (factor notorio) y en el caso que quiere examinar la resolución sí lo hay (factor con poder), al menos desde su propia perspectiva (para mí ya he dicho que se trata de una delegación).

Es como si se dijese, dentro del Código Civil, que no importa la existencia del artículo 1.713 del Código Civil, ni siquiera si el mandatario tiene o no poder, si en el supuesto concreto se trata de asuntos propios del mandante (aplicación del art. 1.717, párrafo 2.º). ¿A quién se le iba a ocurrir ese disparate, dentro del ámbito registral? La *contemplatio domini* opera extrarregistralmente en aquellos supuestos en que el tercero lo alegue ante los Tribunales. Pero en el aspecto registral, hay que estar al artículo 1.713 y a los términos del poder.

Pues bien, lo mismo sucede en relación con el artículo 286 del Código de Comercio. Es un precepto que no lo puede tener en cuenta el Registrador de la Propiedad, sino los Tribunales de justicia cuando se les plantee algún asunto relacionado con el giro o tráfico del establecimiento. El Registro de la Propiedad, a efectos de la inscripción de la hipoteca, ha de estar a los términos del poder concedido, no a supuestas apariencias derivadas de un también supuesto «factor notorio».

Esto es evidente. Pero por si hubiera dudas, ya que la resolución sigue una posición contraria, el artículo 1.280, número 5.º, del Código Civil exige *escritura pública* cuando se trate de un poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública (la hipoteca en este caso). El artículo 29 del Código de Comercio dice que los «poderes no registrados», «no podrán utilizarse en perjuicio de tercero». Y el artículo 90 del Reglamento del Registro Mercantil exige también escritura pública para la inscripción del poder, siendo obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil, según el artículo 95 de dicho Reglamento. De todos estos preceptos se desprende que la apariencia que pueda resultar de una supuesta «notoriedad» del factor sin poder o sin poder suficiente, no ha de ser tenida en cuenta a efectos registrales, pues el Registrador de la Propiedad ha de tener en cuenta exclusivamente lo que conste en la escritura pública de poder inscrita en el

Registro Mercantil. Esto sin perjuicio, según queda dicho, de que un tercero, fuera del mecanismo del Registro, pueda acudir ante los Tribunales para utilizar en su favor la notoriedad del factor regulada por el artículo 286 del Código de Comercio.

La doctrina también es partidaria, en su mayor parte, de diferenciar el «factor con poder inscrito» del «factor notorio del artículo 286».

Así, por ejemplo, BÉRGAMO nos dice lo siguiente: «Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman, con significativa unanimidad, que la representación legal (o sea, la de contenido típico) únicamente es aplicable en toda su rigidez al denominado «factor notorio»; no al factor con «poderes limitados inscritos en el Registro». El factor notorio se presume investido de un apoderamiento general, que le permite desarrollar todas las operaciones comprendidas dentro del giro o tráfico de la empresa. Por el contrario, el factor con poder limitado inscrito en el Registro, no puede rebasar las atribuciones que le han sido conferidas. Ya el artículo 175 del Código de Comercio de 1829 admitió la posibilidad de que el comerciante redujese en el documento de poder las facultades normales del factor. Y la Sentencia de 30 de septiembre de 1960, aun aceptando que el factor notorio vincula al empresario por los actos y contratos comprendidos en el tráfico de la empresa, estima también que las limitaciones inscritas al poder del factor surten efectos frente a terceros» (14).

Y URÍA nos enseña lo siguiente: «Mas, en nuestra opinión, el artículo 286 no constituye obstáculo para que el principal pueda ampararse frente a tercero en las limitaciones establecidas en el poder inscrito en el Registro, porque ese precepto se refiere exclusivamente al denominado 'factor notorio', y no al factor con poderes inscritos. La distinción entre esos factores ya era admitida por la doctrina mercantil clásica, que ha venido sosteniendo al efecto que la representación del factor podía traer su origen de un *acto expreso y publicado* o de un consentimiento *tácito* del principal que habría de apoyarse en la *notoriedad o fama pública* adquirida por el factor al venir rigiendo el establecimiento 'a ciencia y paciencia del señor sin él lo contradecir'. Partiendo de esa distinción se estimaba que así como la actuación del factor con apoderamiento expreso sólo obligaba al principal en los términos del poder, la del segundo, por el contrario, le obligaba en todos los asuntos pertenecientes al tráfico del establecimiento, porque el poder tácitamente conferido, al no expresar límite alguno, debía de reputarse comprensivo de las facultades necesarias para llevar a cabo todos esos asuntos. Esa doctrina es la que pasó al Código de Comercio de 1829 (que en su art. 175 admite explícitamente que el principal reduzca en el poder las facultades del factor, al tiempo que el art. 178 concuerda casi literalmente con el artículo 286 del Código vigente), y a través de ese primer Código penetra en el actual en la forma que ya hemos visto (arts. 283 y 286). Y la razón de que el Código siga un criterio diferente frente a un factor y otro es fácil de explicar. Cuando se trata de factor con apoderamiento inscrito en el Registro, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen; mientras que en el supuesto del *factor notorio* la ley ha tenido que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del

(14) *Ob cit.*, pág. 115

establecimiento, precisamente en defensa de esos terceros que no pueden conocer el ámbito del poder tácitamente otorgado. Para proteger a los terceros por lo que no se admiten eventuales excepciones del principal fundadas en supuestos abusos o transgresiones de facultades que no han tenido la consiguiente publicidad registral; y por esa misma razón se declara obligado al principal aun cuando el factor no haya declarado al contratar que actuaba en nombre del propietario o principal del establecimiento a que *notoriamente* pertenezca». Y continúa después URÍA con la ya citada Sentencia de 30 de septiembre de 1960, que recoge la tesis de dicho autor (15).

Todo esto no ha sido tenido en cuenta por la presente resolución, que por lo mismo merece también en este punto crítica desfavorable.

e) *El artículo 139 de la Ley Hipotecaria.*—A quien todavía le quedaran algunas dudas sobre la solución de esta resolución, le invitamos a leer o recordar —pues es un precepto fundamental, de sobra conocido— el artículo 139 de la Ley Hipotecaria: «Los que, con arreglo al artículo anterior, tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hácerlo por sí o por medio de apoderado, *con poder especial bastante*».

Habíamos dicho que el artículo 1.713 del Código Civil era aplicable en Derecho mercantil como derecho supletorio. Pero lo que no tiene duda es que el artículo 139 de la Ley Hipotecaria es aplicable a toda *hipoteca*, sea civil o mercantil, pues es la legislación específica que se ocupa de esta institución, al no referirse a ella el Código de Comercio. Pues bien, de este precepto se desprende que para hipotecar es necesario «poder especial», no bastando el poder general.

Todavía hay más. El párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de Hipoteca Naval dice: «Los que con arreglo al párrafo anterior tienen la facultad de constituir hipoteca voluntaria, podrán hacerlo por sí o por medio de *apoderado con poder especial* para contraer este género de obligaciones, otorgado ante Notario público o Agente mediador de comercio colegiado». Recordatorio: el buque es materia mercantil.

Hay, pues, una doctrina uniforme respecto al poder hipotecar, sea materia civil o mercantil, y esa doctrina es la que se deduce de los artículos 1.713 del Código Civil, 139 de la Ley Hipotecaria y 4 de la Ley de Hipoteca Naval.

Por todo lo dicho en este comentario, es de esperar que no se produzca en el futuro una doctrina similar a la de esta resolución. De momento es aislada, y es mejor que quede olvidada dentro de su aislamiento previsible.

J. M. G.ª G.ª

(15) *Ob cit*, págs 46 y 47.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JUAN DE MOLINA JUYOL,
FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

NULIDAD DE COMPRAVENTA. TERCERIA DE DOMINIO. ACCION DE RECONVENCION (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Doña Vicenta U. F. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, contra la Administración General del Estado y contra don Alfonso F. B., sobre tercería de dominio, suplicando se dictase sentencia por la que se declare que las 598 acciones nominativas de «Construcciones Cinca, S. A.», son propiedad de la actora, en pleno dominio, ordenando alzar la traba de embargo que sobre ellas pesa en el procedimiento de apremio de la Recaudación de Contribuciones, instruido contra el contribuyente don Alfonso F. B., esposo de la demandante, por el Impuesto General de la Renta de las Personas Físicas.

Que el Abogado del Estado contestó a la demanda alegando: 1.º Que en el expediente de apremio se embargaron como únicos bienes del deudor don Alfonso F. B., esposo de la demandante, las acciones nominativas de «Construcciones Cinca, S. A.», cuya titularidad constaba como de su pertenencia en la escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que se pactó, al amparo del artículo 26 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, el régimen económico de separación de bienes.

2.º Que dos días después que el señor don Alfonso F. B. hubiera conseguido de la Inspección de Hacienda un plazo para consultar ciertos extremos y seis días antes de firmar las Actas de Inspección e Invitación, simuló vender a su esposa las referidas acciones, con el propósito de quedar insolvente. Por todo ello, el Abogado del Estado suplicó se dictase

sentencia por la que se declare la nulidad absoluta de la referida compraventa.

El demandado don Alfonso, después de alegar que la Delegación de Hacienda sabía por las declaraciones del Impuesto sobre la Renta, que él había transferido las acciones a su mujer y que ésta seguía viviendo con él en régimen de separación de bienes, terminó suplicando al contestar a la demanda, que se le tuviese conforme con los pedimentos de la misma.

Evacuados por las partes los trámites de réplica y dúplica y practicada la prueba pertinente, el Juez de Primera Instancia estimó la demanda. Sentencia que fue confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

Doctrina de la sentencia.—El Abogado del Estado interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado Excelentísimo señor don José Antonio Seijas Martínez, dio lugar al mismo y en su segunda sentencia, estimando la demanda, declara la nulidad absoluta de la compraventa de las acciones de «Construcciones Cinca, S. A.», formalizada por don Alfonso F. B. en favor de su esposa. Dicha sentencia se basa en los siguientes, entre otros:

Considerando que la existencia de todo contrato viene impuesta por la concurrencia de los tres requisitos esenciales que el artículo 1.261 del Código Civil exige, de tal modo que la falta de cualquiera de ellos determina la inexistencia del mismo por lo que a la vista de este precepto legal y del artículo 1.445 del mismo Cuerpo legal, que específicamente establece los requisitos del contrato de compraventa, ha de enjuiciarse el contrato que la parte ejecutante, y demandada en este procedimiento de tercera, impugna por falta de uno de dichos elementos, o sea, la causa del contrato, constituida en la compraventa por el precio, teniendo en cuenta que en los contratos onerosos, como lo es éste, la causa para cada parte es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra, ya que la acción ejercitada es la de nulidad por inexistencia del negocio jurídico del que la demandante pretende traer causa, la supuesta adquisición de las acciones cuya propiedad reclama.

Considerando que el artículo 1.277 del Código Civil establece una presunción legal a favor de la existencia y licitud de la causa en los contratos, presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario, la que puede llevarse a efecto por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho, incluso a través de otras presunciones, como así viene admitido por constante y uniforme doctrina jurisprudencial —Sentencias, entre otras, de seis de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y tres y treinta de mayo de mil novecientos sesenta y ocho—, y a la vista de lo expuesto, se han de analizar los hechos plenamente probados que en las actuaciones constan y que son: el matrimonio existente entre vendedor y compradora, ambos de vecindad aragonesa que, celebrado el tres de junio de mil novecientos sesenta y nueve, bajo el sistema de comunidad foral, en veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y uno, adoptaron el régimen de separación de bienes, declarando que el marido continuará siendo propietario de las 598 acciones de «Construcciones Cinca, S. A.», y la mujer de los muebles, enseres y ajuar doméstico; la adquisición por

la mujer, demandante, de 598 acciones de la citada entidad por venta que dice le hizo su marido, el ejecutado demandado, siendo, según las manifestaciones de ambos, el importe de la venta de seiscientos cuatro mil noventa y cinco pesetas que, afirman, se entregó al contado, lo que se llevó a efecto el diez de abril de mil novecientos setenta y cuatro; el marido es requerido por última vez por la Inspección de Hacienda de Zaragoza para presentar los documentos que se le exigen a fin de comprobar las declaraciones presentadas sobre el Impuesto sobre la Renta correspondiente a los ejercicios de mil novecientos setenta y mil novecientos setenta y uno, comparecencia que tuvo lugar el día ocho del propio mes y año antes expresados.

Considerando que los hechos plenamente probados, antecedentemente expuestos, son los que sirven a la lógica presunción a deducir, que no es otra que la inexistencia del contrato de compraventa, porque tales hechos —a los que cabe añadir la no justificación de tener en su poder la demandante una tan elevada suma de dinero a que ascendió, según consta en la correspondiente póliza extendida por Corredor de Comercio colegiado, el precio de la supuesta venta, dada su carencia de bienes, a excepción de los que como de su propiedad quedaron al acogerse al régimen de separación de bienes, y de fuente de ingresos alguna—, conjuntamente apreciados, llevan a esa convicción, inexistencia contractual determinada por falta de los requisitos que exige el artículo 1.445 del Código Civil para el contrato de compraventa, y tan concluyente afirmación viene impuesta porque es evidente se cumplen las condiciones que los artículos 1.249 y 1.253 que dicho Código sustantivo requieren para admitir la fuerza probatoria de las presunciones, ya que de tales hechos es lógico inferir la inexistencia de precio, tanto por las circunstancias personales de la tercerista, como por la ausencia de toda justificación de una entrega real y efectiva del precio fijado y de la inversión dada al dinero percibido por el vendedor y, por tanto, procede declarar simulada, con simulación absoluta o inexistente, referida enajenación, por deducirse así conforme a las reglas del criterio humano, pues se trata de un negocio que tiene una apariencia contraria a la realidad, pero inexistente por faltar un elemento tan esencial como lo es la causa, al ser simulado el precio, hecho con la finalidad de sustrair un bien patrimonial a la perseguibilidad de un tercero, como lo es la Hacienda, legítima acreedora de su codemandado por los conceptos anteriormente expresados.

ADJUDICACION DE DERECHOS HEREDITARIOS. DERECHOS DEL ADJUDICATARIO (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Don Gregorio L. M. formuló demanda de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, contra doña María del Carmen S. C., doña Blanca G-A y doña María Piedad G-A, como herederas y usufructuarias del fallecido don Juan G-A y M. sobre reivindicación de bienes, fundándose en los siguientes: *Primero:* Celebrada subasta pública de los derechos hereditarios que correspondían a doña María del Carmen G-A., hija y hermana de los hoy demandados, en la

herencia de su difunto padre don Juan G-A. y M., en ella al demandante se le adjudicaron los referidos derechos hereditarios, como licitador de los mismos. *Segundo:* El examen de las operaciones particionales de don Juan lleva a considerar a que ha habido una ocultación con relación a ciertos bienes muebles. Por todo ello se solicitaba en la demanda el reconocimiento de tales derechos y la obligación de los demandados de así reconocerlo, absteniéndose de realizar acto dispositivo de la clase que sea.

Los demandados, después de alegar su falta de personalidad, pues lo adjudicado fueron los derechos que correspondían a su hija y hermana respectiva, doña María del Carmen y la prescripción de la acción rescisoria, negaron que hubiese habido tal ocultación, suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda.

Evacuados los trámites de réplica y dúplica y practicada la prueba pertinente, el señor Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando las excepciones alegadas por la parte demandada y estimando en la parte la demanda.

Apelada la anterior sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia, confirmando la apelada en cuanto desestima las excepciones, pero revocándola en el sentido de absolver a las demandadas.

El demandante interpone recurso de casación por infracción de ley, fundándose en la violación de los artículos 336, 511 y 1.461 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, estima el recurso por los siguientes, entre otros:

Considerando que abstracción hecha de la terminología y sintaxis más o menos afortunadamente empleadas por el recurrente, entonces demandante, así como por la providencia de adjudicación de 13 de diciembre de 1975, que alude a «los derechos hereditarios» que corresponden a la demandada María del Carmen G-A. en la herencia de su padre, es lo cierto que la petición del primero se concreta y especifica con la referencia a su contenido, no otro que el conjunto de derechos que, derivados de la partición de bienes del causante y del convenio suscrito por todos los herederos, se otorgan a la heredera e interesada cedente relacionados en dicho acuerdo, objeto del embargo o traba y luego, tras su ejecución y venta en pública subasta, adjudicados y adquiridos en la misma por el comprador recurrente, el cual, como se ha dicho, no emplea en su demanda la expresión «derecho hereditario» que pudiera dar pie a la interpretación dogmática de su concepto y contenido, sino la de «el derecho adquirido en pública subasta», con la súplica de que ese derecho, es decir, lo subastado y adjudicado, se declare judicialmente que le pertenece a él y no a la ejecutada María del Carmen.

Considerando que en armonía con lo expuesto es claro que la petición o demanda no se refiere a «algo carente de realidad y existencia», según se dice en la sentencia recurrida, por entender la Sala de Instancia que, al reclamarse el «derecho hereditario», éste ya no existía por haberse practicado la partición, sino a los derechos y bienes concretos derivados de ésta atribuidos a uno de los herederos, y al no haberse entendido así

y, consiguientemente, no haber dado valor y eficacia jurídica a la transmisión operada por la venta pública judicial, ni adquiridos esos derechos y bienes por el comprador recurrente es evidente que aquélla infringió tanto el artículo 1.461 del Código Civil —que obliga al vendedor a la entrega de la cosa— como los que complementan su contenido en cuanto a los derechos adquiridos —rentas, nuda propiedad, etc.— y su posibilidad de tráfico jurídico, preceptos que son los que se citan como violados en los tres motivos del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el primero por violación del artículo 336 del Código Civil, que otorga la condición de cosa mueble a las rentas y pensiones; el segundo por violación del artículo 511 e inaplicación del 467, ambos del Código Civil, relativos al usufructo y deber del usufructuario de notificar al nudo propietario cualquier acto perjudicial de otro, y el tercero a la violación del ya aludido 1.461 del Código Civil, y que al haber sido desconocidos por la Sala de Instancia en cuanto a su vigencia, contenido, alcance y correcta aplicación a los hechos y derechos debatidos, ha de provocar todo ello su acogimiento y la estimación del recurso como legal consecuencia.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo, confirma la sentencia de primer grado en todos sus pronunciamientos.

RETRACTO ENFITEUTICO. NEGOCIO SIMULADO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Don Juan F. R. promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de Tortosa, juicio sobre retracto enfiteútico contra las hermanas doña Olga, doña Lidia y doña Josefa R. E. por razón de la venta que su padre como dueño de tales, les hizo a cada una de ellas, de una parcela de tierra, cuyo dominio directo correspondía al demandante. Se consignó en la mesa del Juzgado el precio de cada una de las ventas, prometiendo no separar los dominios directo y útil en el plazo de seis años.

Las demandadas se opusieron, afirmando de una parte que el demandante no podía ostentar tal dominio directo y de otra parte que el negocio jurídico no había sido de venta, sino de donación que a favor de cada una de ellas, hizo su común padre.

Unidos a los autos las pruebas practicadas y celebrada la vista, el señor Juez dictó sentencia en la que declaraba la procedencia del referido retracto. Dicha sentencia fue confirmada en apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto por la parte demandada recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, no da lugar al recurso, por los, entre otros, siguientes:

Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación, por inaplicación, del artículo 359 de la misma Ley, en cuya infracción según los recurrentes incurre la sentencia recurrida al no decidir sobre la excepción de prescripción que oportunamente alega-

ron en el juicio, motivo que es desestimable, porque la resolución impugnada condena conforme a lo solicitado en la demanda, teniendo declarado reiteradamente esta Sala, que no es necesario que al absolver o condenar tenga que hacerse pronunciamiento expreso sobre todas y cada una de las excepciones alegadas, ya que siempre que se estima la acción se entienden desestimadas por el mismo hecho las excepciones del demandado.

Considerando que los cinco motivos restantes del recurso, se fundan en el número primero del indicado artículo 1.692, sosteniéndose en el segundo de ellos que se ha operado la prescripción extintiva y en el tercero la adquisitiva o usucapion del censo enfitéutico de que se trata, ambos son igualmente desestimables, porque incurren en una petición de principio al estar construido con base a unos presupuestos de hecho que la sentencia combatida no declara como existentes, y que las recurrentes ni siquiera intentan introducir en el recurso por la vía adecuada al efecto, esto es, por la del número séptimo del mencionado artículo 1.692.

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando el conjunto de los elementos probatorios aportados a las actuaciones, declara probada la certeza de la aseveración actora, o sea, su dominio directo sobre el dominio útil de sus contrarias respecto de las tres fincas objeto del proceso, y asimismo la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 1.636 del Código Civil, sin que, por otra parte, aparezca acreditamiento alguno que permita sostener que se está en presencia de una donación y no de una compraventa, así como tampoco de la diferencia señalada respecto al precio hecho constar en la escritura y el verdaderamente real, que excluye, por tanto, toda posibilidad de admitir el acusado enriquecimiento injusto por parte del demandante, declaraciones todas ellas de carácter fáctico y de las que se hace caso omiso en los tres motivos restantes del recurso, en los cuales no se respetan los hechos que declara probados la sentencia recurrida, y se aprecia la prueba de modo distinto a como lo hizo la Sala sentenciadora, por todo lo cual procede su desestimación.

CONTRATO VERBAL DE COMPRAVENTA. VALORACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—El señor Abogado del Estado formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Isidro F. M., don Diego F. M., doña Concepción M. A. y doña María de los Remedios P. A., sobre nulidad de títulos de propiedad, estableciendo en síntesis los siguientes hechos:

Primero: Que el Estado fue declarado único y universal heredero abintestato de don Jacinto G. P. y en el trámite de investigación seguido por la Delegación de Hacienda se personó la demandada doña María de los Remedios y manifestó que don Jacinto era pariente en grado muy lejano de la exponente, el cual dos días antes de su fallecimiento le había cedido la nuda propiedad de su patrimonio a cambio de la asistencia

personal y alimentos de por vida, habiéndose posteriormente documentado las fincas a través de una escritura notarial de retroventa.

Segundo: Que adjudicados los bienes de don Jacinto al Estado, como su único heredero, no han podido ser inscritos por existir inscripciones en el Registro de la Propiedad a nombre de don Isidro y doña María de los Remedios P. A. referentes a los mismos bienes.

Por todo ello suplicaba que se dictase sentencia, declarando que los títulos de los demandados son nulos y en consecuencia ordenar la cancelación de las inscripciones contradictorias que figuran en el Registro de la Propiedad a nombre de aquéllos.

Los demandados se opusieron a la demanda, alegando como título de dominio el contrato verbal con don Jacinto y la simultánea tradición de los bienes objeto del mismo.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, el señor Juez dictó sentencia en la que estimaba en su integridad la demanda.

Dicha sentencia fue revocada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, ordenando la cancelación de la anotación preventiva de demanda practicada a instancia de la parte actora.

Doctrina de la sentencia—Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por el señor Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega y Benayas, declaró no haber lugar a tal recurso, fundándose en los siguientes:

Considerando que al amparo del artículo 1.692, núm. 7.º, de la Ley Procesal Civil, se alega por el Estado recurrente error de derecho en la apreciación de la prueba con violación del artículo 1.232 del Código Civil, motivo que es forzoso rechazar porque no basta aducir violación para sentar que a la prueba de confesión no se le haya dado el valor que se pretende en el recurso, ya que no hay norma que obligue al juzgador a dar valor preferente a una prueba sobre otra —en este caso la de confesión, ya no reina de las pruebas: Sentencias de 10 de marzo de 1966, 7 de junio de 1969 y 18 de noviembre de 1969— dado el principio de libre apreciación judicial vigente en nuestro sistema, pues la Sala de Instancia, sin hacer una apreciación conjunta de la prueba, basó su decisión en la testifical, tan válida y eficaz como las demás, apreciándola de modo crítico al analizar sus matices personales y circunstanciales en relación con el parentesco lejano del vendedor y compradora, y obteniendo de ella la conclusión que ha de mantenerse por no ser ni incorrecta ni arbitraria, ni siquiera en un sentido profundo estar en pugna o contradicción con la confesión del matrimonio recurrido, ya que al admitir éstos que las fincas compradas otra vez en escritura pública «pertenecían en realidad» al primer causante y transmitente, no contradice según ellos la segunda transmisión operada en su favor por el otro matrimonio, puesto que desde un principio reconocieron que esta segunda venta fue simulada a los solos fines de instrumentar fehacientemente la primera y acceder al Registro de la Propiedad, dada su condición verbal y el fallecimiento del primer vendedor.

Considerando que la desestimación de los motivos anteriores llevan de modo natural, por su lógica dependencia, a la de los restantes, ya que en definitiva, el Juzgador no se hizo cuestión alguna del medio de

prueba documental, ni entró en el análisis e interpretación del contrato de compraventa escriturado públicamente, por lo que, consecuentemente, mal se pueden violar los artículos 1.261, 1.274, 1.275, 348, 1.281 y 1.282 del Código Civil, cuya vigencia y alcance no se desconocen al fundarse el fallo en la prueba testifical, no eficazmente combatida, a la que el Juzgador se acoge para sentar la existencia de un contrato transmisivo de propiedad a favor de los recurridos, cuya validez y eficacia tampoco se enerva, acaso, preciso es reconocerlo, por la dificultad que para ello supone el estrecho marco de este recurso.

DOCUMENTO AUTENTICO. CERTIFICACION DE UNA CONFEDERACION HIDROGRAFICA. LITIS CONSORCIO CON RELACION A UNA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1979).

Hechos.—El Ayuntamiento de V. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don V. O. P. sobre acción reivindicatoria de terrenos, suplicando se dictase sentencia, estimando y declarando: a) Que el terreno determinado en la demanda es propiedad del Ayuntamiento, así como los árboles existentes en el mismo —cortados y vendidos por don V.— en comunidad o consorcio con la Confederación Hidrográfica del Duero y en todo caso la posesión de ese terreno como de pertenencia del Ayuntamiento. b) Que el señor O. P. ha de devolver esos terrenos o al menos su posesión al Ayuntamiento. c) Que el señor demandado ha de devolver el valor de los árboles cortados y su interés y d) si preciso fuera, declarar nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad en favor de don V. en la parte necesaria, acordando su cancelación.

Contestó el demandado solicitando que la demanda fuere íntegramente desestimada.

Evacuados los trámites de réplica y dúplica y unidas a los autos las pruebas practicadas, el señor Juez de Primera Instancia dictó sentencia de acuerdo con lo solicitado por el demandado.

Apelada la sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia, estimando en su casi totalidad los pedidos de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto por don V. recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar a tal recurso, fundándose, entre otros, en los siguientes:

Considerando que en relación con el pronunciamiento del fallo de la sentencia de la Audiencia por el que se condena al recurrente a indemnizar al actor, Ayuntamiento de Villoldo, en interés o para la Comunidad o consorcio que mantenía con la Confederación Hidrográfica del Duero, el valor de los árboles cortados, se alzan los dos primeros motivos del recurso, articulados con fundamento, el *primero* al amparo de lo preceptuado en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta del

documento auténtico unido al folio 89 de los autos, consistente en una certificación de la Confederación Hidrográfica del Duero librada en relación al expediente donde consta el consorcio con el Ayuntamiento de Villoldo para repoblación forestal de la finca «Entre Ríos», propiedad de dicho Ayuntamiento, y el *segundo* aducido con base a lo dispuesto en el número 1.º del propio artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, infracción por violación del párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, infracción cometida al interpretar el contenido del antes citado documento, siendo denominador común para la resolución de ambos motivos los que determina la circunstancia de que la sentencia objeto del recurso analiza en sus considerandos el contenido del cuestionado documento y establece su alcance conjugándolo con otros elementos probatorios, imponiéndose por ello la conclusión de su procedente desestimación, por cuanto respecto al primer motivo, no son documentos auténticos a efectos de casación los que, como fundamentales del litigio, fueron objeto de análisis e interpretación por el Tribunal *a quo*, según ha declarado con reiteración la doctrina legal sancionada por las Sentencias de esta Sala de 16 de diciembre, 24 y 9 de octubre de 1975, 28 de enero de 1977 y 11 de mayo de 1979, entre otras muy numerosas, y por lo que respecta al *segundo*, es también reiterada doctrina legal de que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación siempre que sea racional, por lo que afirmando la sentencia recurrida que los árboles cortados por el recurrente lo fueron de la plantación existente en la finca «Entre Ríos» del Ayuntamiento de Villoldo, no es dable admitir la conclusión de que tales árboles no fueran de los plantados por la Confederación dicha en consorcio con el Ayuntamiento, por el hecho de que en 1973 se subastaran y adjudicaran, al no constar que dicha adjudicación llegase a ser definitiva, ni fuese ejecutada, a todo lo que es de añadir que el oficio de la Confederación en que el recurso se fundamenta no es un contrato en el sentido técnico jurídico contemplado en el artículo 1.281 del Código Civil y si sólo un elemento de prueba sobre el que no es lícito en casación pronunciarse aisladamente cuando, cual sucede en el caso de la sentencia impugnada, la prueba se apreció en su conjunto, combinándola con otras y especificando que el terreno donde estaban plantados los árboles cortados era de la propiedad del Ayuntamiento.

Considerando que en el tercer motivo del recurso, formulado al amparo de lo preceptuado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se supone infracción por violación de la jurisprudencia sancionadora de la doctrina del *litis consorcio necesario*, entendiendo que la Confederación por su interés como poseedora del terreno y vendedora de la plantación de los árboles debía estar en el litigio como actora o demandada, no siendo lícito condenar al recurrente a que pague al Ayuntamiento, sin oír a la Confederación, pero olvidando al argumentar así que la sentencia recurrida en congruencia con las pretensiones de la demanda ejercitada por el Ayuntamiento, pretensiones que lo fueron «actuando por sí y en interés de la Comunidad o consorcio formado con la Confederación Hidrográfica del Duero», establece que la indemnización del valor de los árboles aludidos a la que condena es a favor de dicho Ayuntamiento, pero en interés de la Comunidad o consorcio que mantiene con la Confederación, razones por las que en el supuesto de

la *litis* en el que existe una Comunidad sobre el derecho de aprovechamiento del suelo de una finca, es correcta la tesis mantenida por la sentencia de la Audiencia en el sentido de ser de aplicación la doctrina legal sancionada, entre otras, por las Sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1968, 26 de mayo de 1955 y 18 de abril de 1952, en el sentido de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a los derechos de la Comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a los demás comuneros, sin que le perjudique la adversa, estando, en su consecuencia, válidamente constituida la relación jurídica procesal al accionar el Ayuntamiento por sí y en interés de la Comunidad expresada, lo que impone la desestimación de este motivo del recurso.

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO. REQUISITOS DE SU CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1979).

Hechos.—Don Rafael M. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz número 2, demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra doña María de la Concepción G. de C., en la que solicitó se dictare en su día sentencia definitiva por la que: *a)* Se condene a la demandada a formar, a su costa y con citación del propietario, inventario de todos los bienes que perteneciendo en pleno dominio al demandante, fueron cedidos en usufructo a doña María de la Concepción. *b)* Se condene a la demandada a prestar fianza proporcional al valor de los bienes cedidos en usufructo. *c)* Se declare que, en caso de incumplimiento de tales obligaciones, procede entregar los bienes usufructuados al demandante, quien abonará el producto líquido de tales bienes, deducida la suma que por administración sea fijada. *d)* Por el mal uso o abuso de la cosa usufructuada, se proceda entregar al demandante, las fincas rústicas descritas.

La demandada contestó dando su conformidad a la formalización del inventario y prestación de fianza, si bien limitadas tales obligaciones a sólo parte de los bienes y negando la procedencia de las demás peticiones.

Evacuados los traslados que para súplica y dúplica fueron conferidos y unidas a los autos las pruebas practicadas, el señor Juez dictó sentencia estimando en parte la demanda. Dicha sentencia fue confirmada y revocada en parte por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia Castaño, dictó sentencia dando lugar al recurso de casación interpuesto por infracción de Ley por la parte demandante.

En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo, estimando en parte la demanda y desestimando la reconvencción, declaró: *a)* Que procede condenar y condenamos a la demandada a formar a su costa y con citación del propietario o su legítimo representante, inventario de todos los bienes que, perteneciendo en pleno dominio al actor, fueron cedidos en usufructo

a la demandada y que constan en el cuaderno particional extendido con participación del actor, con la única salvedad de que la participación del actor en el ajuar doméstico queda concretada a una quinta parte del total del mismo, disponiendo que tal inventario ha de ser tasando los muebles, detallando el número y carácter de los semovientes y describiendo el estado de los inmuebles comprendidos en los bienes usufructuados, así como qué el inventario sobre la riqueza cinegética de la finca rústica sea confeccionado por el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales (hoy ICONA) dependiente del Ministerio de Agricultura y si por cualquier causa este Organismo no pudiese realizar dicho inventario, éste será practicado en la forma ordinaria por la propia usufructuaria. *b)* Que procede condenar y condenamos a la demandada a prestar fianza proporcional al valor de los bienes cedidos en usufructo por el actor, comprometiéndose la usufructuaria a cumplir las obligaciones que le incumben. *c)* Que caso de no prestar la usufructuaria demandada la fianza exigida y no formar inventario a su costa y con citación del propietario o su legítimo representante, de todos los bienes cedidos en usufructo por el actor, procede condenar y condenamos a la demandada a entregar los bienes usufructuados al nudo propietario de los mismos, a fin de que por éste se ejerza la administración de ellos, con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se señale.

FALTA DE PERSONALIDAD DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1979).

Hèchos.—Don Martín B. G. presentó demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina contra don Máximo G. M. y don Justo de la R. sobre acción negatoria de servidumbre, suplicando que se dictase sentencia por la que se declare que la finca de su propiedad no está gravada con ninguna servidumbre de paso a favor de los demandados para transitarla o usarla.

Admitida la demanda y emplazados los demandados, después de afirmar la existencia del camino litigioso, que data de tiempo inmemorial y no ha podido ser construido por el propietario de la finca Las Córdoba—perteneciente al actor— sobre terreno de su propiedad, alegaron que era cierto, como decía el demandante, que don Máximo G. M. no es dueño de finca rústica alguna. Que conociéndose este hecho, resultaba sorprendente que hubiese sido demandado quien no era propietario y haya dejado de serlo la verdadera dueña. Al demandar al esposo de la dueña y no a ésta, quedara clara la falta de legitimación pasiva que respecto a don Máximo se ha incurrido.

Que evacuados los trámites de réplica y dúplica y practicada la prueba propuesta, el señor Juez dictó sentencia en la que estimaba, sin entrar en el fondo del asunto, las excepciones aludidas de falta de personalidad y defectos legales en el modo de proponer la demanda. Apelada dicha sentencia, fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso con arreglo a la doctrina contenida en el siguiente:

Considerando que con independencia de la cuestión de si lo denunciado resulta ser cuestión de fondo o de forma lo que resulta evidente es que declarada por el Tribunal *a quo* la falta de personalidad en uno de los demandados el posible vicio de tal declaración no puede, con arreglo a la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, contenido entre muchas, en Sentencias de 23 de diciembre de 1939, 28 de junio de 1943 y 28 de septiembre de 1950, ser denunciado al amparo del número segundo del artículo 1.693, ya que el mismo se refiere al caso en que indebidamente se reconoce en juicio personalidad a quien carece de ella, pero no al contrario.

RETRACTO DE COLINDANTES. PLAZO DE CONSIGNACION DEL PRECIO (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Doña Marta C. C. promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, demanda de retracto de finca rústica contra don Luis F. S., hoy sus albaceas, fundándose en los siguientes hechos: Que el día nueve de febrero, en que tuvo lugar el primer acto del juicio de interdicto de recobrar y retener la posesión, promovido por el demandado, llegó a su conocimiento que dicho señor era propietario de unas fincas rústicas, con una extensión inferior a la hectárea, las cuales colindaban con una de su propiedad, también de naturaleza rústica.

Que fue en el referido día nueve y no antes, cuando la demandante pudo conocer las circunstancias de la compraventa de las referidas fincas por parte del demandado y en este mismo día, la actora presentó en Barcelona la correspondiente papeleta de conciliación, por la cual se ejercitaba el derecho de retracto, estando dispuesta a consignar el precio, lo que tuvo lugar el día diecinueve de febrero al celebrarse el acto de conciliación, en el que no compareció el demandado. Por todo ello, doña Marta suplicaba se dictare sentencia dando lugar al retracto.

El demandado contestó negando la rusticidad de las fincas de autos, enclavadas en zona urbanizada, afirmando al mismo tiempo que el retracto había sido ejercitado fuera del plazo legal.

Unidas las pruebas a los autos, el señor Juez de Primera Instancia dictó sentencia dando lugar a la acción de retracto legal de colindantes, la cual fue revocada, en apelación, por la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Manuel González Alegre y Barbardo, declaró no haber lugar al recurso, fundándose en el siguiente:

Considerando que al declarar la recurrida sentencia que enterado el actor y hoy recurrente, de la venta y sus condiciones, de la parcela sobre

la que ejercita el derecho de retracto el día 9 de febrero de 1976, presentando la papeleta de conciliación el día siguiente pero no consignando el precio de la venta hasta el 19 del propio mes, no cumplió con los requisitos para que el mismo prosperara, es claro que no incidió en ninguna de las infracciones que se acusa en cada uno de los dos motivos con los que se articula el recurso, pues es doctrina establecida por esta Sala, reiteradas sentencias, la de que, si bien el acto de conciliación deducido en el plazo preclusivo que la Ley señala, constituye medio idóneo y modo adecuado de ejercitar aquél derecho, por entenderse sustituye, a los perseguidos efectos, a la interposición de la demanda, lo ha de ser, ya que constituye obligación ineludible, consignando al mismo tiempo, o en todo caso dentro de este plazo legal de los nueve días que señalan los artículos 1.524 del Código Civil y 1.618 de la Ley Procesal Civil, el precio de la venta, pues de no hacerlo pierde su eficacia en orden a dicho fin, como declaró la recurrida sentencia, por lo que el recurso ha de ser desestimado; con imposición de costas a la parte recurrente, por preceptiva del artículo 1.748 de dicha Ley procesal la que no tuvo que constituir el depósito al no ser conformes las sentencias de primera y segunda instancia.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE. APRECIACION DE LA PRUEBA. DOCUMENTOS AUTENTICOS (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Doña Angeles P. M. asistida de su esposo y don José María y don Carlos M. P. promovieron en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valladolid juicio de mayor cuantía contra la entidad mercantil «Anselmo León, S. A.», y contra cualquier persona natural o jurídica desconocida, que pudiera verse afectada por los derechos cuya declaración se pretende, sobre declaración de derechos y acción negatoria de servidumbre.

En la demanda se suplicaba, se dictase sentencia, por la que se declare: Que los demandantes son dueños de la finca, en la forma que resulta de las escrituras públicas que se acompañan. Que la propiedad de la finca no se encuentra gravada con servidumbre alguna. Que el camino que une el caserío propiedad de los actores con los pinares del Estado, discurre íntegramente por el interior de dicha finca, no encontrándose gravado con servidumbre de paso alguno.

Los demandados contestaron a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación.

El señor Magistrado, Juez de Primera Instancia, estimó la demanda de acuerdo con lo solicitado por los demandantes, la cual fue confirmada en apelación, por la Audiencia Territorial de Valladolid.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto el recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, no ha lugar al mismo, fundándose, entre otros, en los siguientes:

Considerando que como bien sintetiza la recurrida sentencia, la *ratio litis* lo es, si el camino que atraviesa la parcela de regadío de la finca de los actores, que une el caserío de ésta con los pinares del Estado, forma parte integrante de dicha finca y está destinada a su exclusivo servicio —tesis de los actores— o, por el contrario, es de dominio y uso público —tesis de la Sociedad demandada—; cuestión a la que se refiere el cuarto de los considerandos de la sentencia de Primera Instancia, que al ser todos ellos aceptados por la recurrida, han de tenerse por incorporados a ésta y en su conformidad, de la conjunta apreciación de la prueba documental y testifical o incluso propio reconocimiento de la parte demandada, da por resuelta en favor de la tesis sentada por la parte actora, a haber probado su propiedad sobre la finca por la que discurre, o atraviesa, el camino, que como declara la recurrida, ni pertenece al Estado como bien de dominio y uso público, tampoco es provincial ni local, declaración para la que tiene en cuenta, además del conjunto probatorio, la concreta referencia a la diligencia de reconocimiento judicial, la certificación de la Diputación y el Acta del Ayuntamiento, pues aunque sometida a sesión del pleno, «no se hace la más remota alusión a que el camino pudiera pertenecerle».

Considerando que los tres primeros motivos, de los cuatro con los que se articula el recurso, por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente denuncian error en la apreciación de la prueba, de hecho en el primero y de derecho en el segundo y tercero, con violación, en este segundo, de los artículos 1.232, párrafo primero, y 1.234 del Código Civil y violación en el tercero, del artículo 1.249 del propio Código; más haciendo consistir dicho error, en el de hecho, en la existencia y naturaleza del camino discutido en la *litis*, al no atribuirle la condición de público, el motivo ha de ser desestimado, al tratar de evidenciarlo con documentos que no tienen el carácter de auténticos a esos pretendidos fines, pues ni la diligencia de reconocimiento judicial es documento auténtico, ni se le puede reconocer a los planos aportados a los autos y certificación expedida por el Ayuntamiento de Pedraja, pues aparte de haber sido objeto de examen por el Juzgador, es que, de sí mismos, no puede llegarse a semejante declaración; como también han de ser desestimados el segundo y tercero, toda vez que por la simple circunstancia de expresarse que el camino atraviesa la finca y corroborarlo en confesión, que el Juzgador no desconoció, se pretende, bajo una interpretación subjetiva y no menos interesada deducir que dicho camino nacía y llegaba más allá de la finca y, consecuentemente, no era ni integrante de la misma ni destinado a su exclusivo uso, cuando la conclusión contraria la deduce el Juzgador del conjunto de la prueba práctica contra la que no puede prevalecer dicha interpretación y no menos la irrevocabilidad de dicha confesión en el sentido que se le quiere atribuir por el recurrente, cuando el Juzgador de su apreciación conjunta con el resto de la prueba determina su verdadero alcance y contenido; todo ello por lo que respecta al segundo de los motivos, y en cuanto al tercero, porque si los hechos a los que llega el Juzgador con consecuencia de prueba directa y, por tanto, sin necesidad de acudir a la indirecta, esto es, a la vía presuntiva, no puede decirse haya sido violado el invocado precepto en dicho motivo.

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION Y DESAFECCION DE ELEMENTOS COMUNES. BUENA FE (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Don Antonio G. B. promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid juicio de mayor cuantía contra don Jesús S. D. y doña María Isabel R. L. sobre realización de obras y restitución de elementos comunes, en un inmueble sito en la calle del Carmen de Madrid, en el cual, el demandante había adquirido una tienda, haciendo uso del derecho de retracto, que le correspondía como arrendatario de la misma.

Los demandados se opusieron, alegando que las variaciones y mejoras se hicieron antes que el demandante ejercitara el retracto, cumpliendo todos los requisitos que por ello exige la Ley de Propiedad Horizontal.

Que tanto la sentencia dictada por el señor Juez, como la que la Audiencia Territorial dictó en apelación, fue desestimando la demanda y absolviendo a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Que el Tribunal Supremo, siendo ponente el Excelentísimo Magistrado don Jaime Castro García, no da lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el demandante, fundándose, entre otros, en los siguientes:

Considerando que son hechos establecidos en la instancia e inalterados en la casación, de marcado relieve para decidir la controversia, los siguientes: 1.º La comunidad de propietarios de la finca número veinte de la calle del Carmen, de esta capital, en acuerdos tomados por unanimidad y reflejados en el libro de actas correspondiente, autorizó a don Jesús Sáenz Díez para la realización de importantes obras en el inmueble según proyecto técnico, consistente fundamentalmente en la sustitución de elementos estructurales dado el mal estado del edificio, revocación de la fachada, arreglo del tejado, cubrir un patio interior, supresión de puertas que daban a la vía pública y perforar y abrir huecos en el muro medianero con la casa contigua, propiedad del recurrido, además de otras de menor entidad, facultándole para utilizar como dominio privativo el espacio antes destinado a portería y el patio referido. 2.º Todas las obras han sido ejecutadas con anterioridad a la fecha en que el demandante y recurrente adquirió, por ejercicio del derecho de retracto legal, la «finca número o tienda izquierda» de la citada casa, que ocupaba en condición de arrendatario. 3.º El recurrente conoció o debió conocer la práctica de las obras y los cambios introducidos en los elementos comunes (portería, patio, muro medianero y fachada), sin embargo de lo cual realizó la adquisición consciente de que la disposición de las cosas y su descripción no podía coincidir con lo figurado en el Registro.

Considerando que rechazada en ambas instancias la demanda encaminada a lograr la condena del recurrido a la eliminación de las alteraciones físicas introducidas en el edificio, volviéndolo a su primitiva situación, el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia infracción por violación del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, y de la doctrina legal recaída en su aplicación; pero su improsperabilidad es clara, pues cons-

tituye doctrina jurisprudencial reiterada la de que ha de ser mantenido en casación el resultado interpretativo del negocio jurídico obtenido por el Tribunal *a quo*, salvo que se trate de una exégesis desorbitada o arbitraria en pugna con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas objeto de examen, aun cuando pudiere caber duda sobre la absoluta exactitud de las conclusiones del Juzgador (Sentencias de 22 de junio de 1968, 2 de junio de 1969, 5 de octubre de 1973, 28 de junio y 9 de octubre de 1976 y 6 de junio de 1977, entre otras), posible error en la tarea hermenéutica no cometido por la Sala de Instancia, porque confirmando la resolución recaída en el primer grado jurisdiccional, se atuvo a la norma directriz del artículo 1.281, en relación con el 1.282, del Código sustantivo, concediendo a los acuerdos de la Junta de propietarios todo el alcance que las actas proclaman en lo referente a la realización de las obras innovadoras de la estructura de la fábrica del edificio y desafección de aquellos elementos comunes «según proyecto de los Arquitectos don Angel y don Ceferino», cuya minuciosidad y amplitud demuestran la importancia de las innovaciones a introducir en el vetusto inmueble (folios 66 y siguientes de los autos) y en cuya realización no se ha extralimitado el condeño demandado, según también se deduce de conformidad tácita prestada por el otro titular dominical.

Considerando que a diferencia de los elementos comunes que por razón de su propia esencia o naturaleza no pueden en ningún supuesto dejar de serlo, como acontece con el solar y las cimentaciones, otros son susceptibles de transformarse en partes privativas y convertirse en departamentos independientes, siempre que la decisión comunitaria manifestada con la inexcusable unanimidad acuerde su desafección de modo definitivo, alterando el título constitutivo y separando el elemento o dependencia de que se trata de su adscripción o destino originario atribuyéndolo con exclusividad a uno de los dueños, según así lo autoriza el principio de la autonomía de la voluntad proclamada en el artículo 1.255 del Código Civil aplicable a la materia, como se desprende del último párrafo del artículo 396 del mismo Código y lo tiene declarado la jurisprudencia (Sentencias de 16 de mayo de 1967, 14 de marzo de 1968, 12 de noviembre de 1969 y 27 de abril de 1976), cuando la desaparición de esa cualidad común se produce por consentimiento de todos los copropietarios conforme a lo prevenido en los artículos 5.º, último párrafo, 11 y 16, regla primera, de la Ley especial; que es lo acaecido en el caso de *litis*, pues por decisión concorde de los propietarios que entonces lo eran se adoptó el acuerdo de tornar en dependencia privativa con utilización exclusiva por el recurrido el espacio correspondiente a la desaparecida portería y un patio interior (que ninguna relación ni contacto guarda con la «finca número dos o tienda izquierda», de veintitrés metros con noventa y ocho decímetros cuadrados, ocupada a la sazón como arrendatario por el recurrente, dueño desde el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y seis por virtud del ejercicio de su derecho de preferencia adquisitiva), sin duda como contraprestación a los cuantiosos desembolsos que don Jesús realizó para reparar el añoso edificio y dotarle de la conveniente seguridad, autorización igualmente válida para proceder a la apertura de huecos de comunicación y acceso en la pared medianera (Sentencia de 9 de diciembre de 1966), con lo que se advierte la inviabilidad del motivo segundo del recurso, que por el

mismo cauce alega violación del citado artículo 11 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, precepto observado por la Junta de propietarios a la hora de consentir las innovaciones y de transformar elementos de servicio común en dependencias privativas, y es manifiesto que la licitud de tales decisiones no desaparece por la circunstancia de que no se hubieran recogido todas las especificaciones que la norma indica, por cuanto el reajuste en los coeficientes de la cuota de participación del actor recurrente, expresión proporcional y aritmética de su obligación de contribuir a los gastos generales y participar en los beneficios (art. 3.º, párrafo b), 5.º, párrafo segundo, y 9.º, regla quinta), puede ser pretendido en cualquier momento si acaso la innovación altera en ese punto la situación precedente.

Considerando que tampoco puede alcanzar éxito el motivo tercera, que amparado igualmente en el número primero del artículo 1.692, aduce violación del artículo 609 del Código Civil en relación con el 1.261 del propio Cuerpo legal, producida en sentir del recurrente al tener la Sala por adquiridos unos elementos comunes sin título bastante para determinar el desplazamiento patrimonial; pero dicho queda que ha mediado un verdadero negocio jurídico de índole dispositiva por parte de la Junta de propietarios con indudable concurrencia de todos los requisitos genéricos y específicos para alcanzar eficacia plena y, por lo tanto, también de la capacidad y consentimiento, amén de los elementos objetivos y causales, ello aparte de que se trata de cuestión no planteada en la instancia y, por consiguiente, nueva en el recurso en contravención de lo establecido en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley Rituaria.

Considerando que también es desestimable el motivo cuarto, interpuesto por la misma vía de los precedentes y basado en violación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 5.º de la Ley especial, en relación con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que se dice ocasionada al introducir modificaciones en la composición de la finca sin la correlativa reedificación registral; pues la presunción de exactitud del Registro, como *iuris tantum* que es, queda destruida con la demostración de que su contenido no concuerda con la realidad jurídica, y por otra parte, mal puede ser invocada la fuerza legitimadora de la constancia tabular por el recurrente siendo así que la Sala sentenciadora declara, sin que su apreciación haya sido combatida, que don Antonio, en cuanto arrendatario que era del local, ha tenido que conocer por fuerza las modificaciones introducidas y las obras en que la demanda se apoya, llevadas a cabo con incuestionable anterioridad al ejercicio del retracto por el impugnante.

Considerando que por todo lo expuesto debe ser rechazado el recurso, con los pronunciamientos preceptivos en cuanto a la imposición de costas y la pérdida del depósito (art. 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

J. M. J.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

1.º Es prueba la visualización de una determinada película comercial en cuanto a ciertos objetos que en la misma se exhiben, frente a la reivindicación de un modelo de utilidad.

2.º La determinación del lugar en que la película se encuentra, y de aquel en que puede ser visionada es suficiente precisión del medio de prueba para su admisión (Sentencia de 2 de febrero de 1981).

Antecedentes de hecho.—Don G. J. L. y otro demandan la nulidad de determinado modelo de utilidad y entre otras pruebas proponen la visualización de determinada película comercial en la que ya aparecía un objeto igual al modelo de utilidad reivindicado por el demandado con anterioridad a la fecha de la reivindicación. La prueba propuesta se calificó como pericial y consistía en que dicha película fuera visualizada por un Ingeniero Industrial que determinara si al tiempo de exhibición de la película en cines comerciales era factible que el objeto que en ella aparecía fuera fabricado en España con los medios técnicos existentes. Denegada la práctica de la prueba y el recurso de reposición fue confirmada la decisión del Magistrado por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, por lo que se interpuso recurso de casación por infracción y quebrantamiento de forma; el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso fundamentalmente por la doctrina del considerando siguiente:

Considerando que, a la vista de los antecedentes fácticos expuestos en el presente Considerando, procede declarar haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma de que se trata, al darse el supuesto prevenido en el número quinto del artículo mil seiscientos noventa y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en denegación de la admisión de la diligencia de prueba pericial propuesta, en tiempo y forma, por los demandantes, ahora recurrentes..., referida a que un Perito, Ingeniero Industrial, designado de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, previo estudio del expediente administrativo del Modelo de Utilidad número... y de los documentos acompañados por dichos demandantes, previo visionado de la película citada en dicha demanda..., dictaminase sobre los extremos referentes a si es cierto que la cortina para baño que aparece en diversas secuencias de aquella película presenta las características reivindicadas en el mencionado Modelo de Utilidad número... y que una persona experta en la materia podía confeccionar en nuestro país, con anterioridad a diciembre de mil novecientos setenta la expresada cortina reivindicada en el aludido Modelo de Utilidad por el simple visionado en la citada cortina que aparece en diversas secuencias de la meritada película, puesto que siendo de aplicación al procedimiento planteado en materia de admisión y práctica de prueba las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, de conformidad con lo normado en la regla trece del artículo doscientos setenta del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado por Real Decreto-Ley de veinticinco de abril de mil novecientos veintiocho, concretándose el medio probatorio de que se viene haciendo

mencción a los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación, no confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen, cual requiere el artículo quinientos sesenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y determinándose claramente, con la remisión que en tal medio de prueba propuesto, cuya admisión fue denegada, se hace al escrito inicial de demanda y a los documentos a ella acompañados, el objeto sobre el cual debía recaer el reconocimiento judicial consistente en la visión de la película..., que se detalla la que es, persona que la tiene en su poder y lugar en donde se encuentra, así como los particulares sobre que ha de recaer el dictamen a su vista en relación con el meritado Modelo de Utilidad..., indudablemente conduce a la apreciación de los requisitos de claridad y precisión del objeto sobre el cual debería recaer el reconocimiento judicial que exige el artículo seiscientos once de la precitada Ley de Trámites Civil, produciendo, en consecuencia, la improcedencia de la inadmisión decretada en el correspondiente trámite procesal, susceptible de rectificación a medio de este extraordinario recurso de casación por quebrantamiento de forma, en acogida del meritado número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dado que la subsanación de la falta ha sido adecuadamente instada, al haber sido agotados los recursos y remedios procedentes, como requiere el artículo mil seiscientos noventa y seis de aquel Cuerpo legal, aunque sin éxito, así como que la circunstancia de que la denegación de la expresada diligencia de prueba pericial admisible puede producir indefensión, según previene el examinado motivo quinto del artículo mil seiscientos noventa y tres de la tantas veces aludida Ley Procesal Civil, se revela como realmente existente al afectar a un supuesto fáctico esencial a tener en cuenta en orden a la solución que deba merecer la controversia entablada.

F. J. F. F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: NO DEDUCIENDOSE LA PRORROGA DEL CONTRATO, DE PRUEBA DOCUMENTAL O PERICIAL, NO PUEDE CONSTITUIR SU NO ADMISION EL ERROR DE DERECHO QUE DE LUGAR A LA REVISION PRETENDIDA (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1979).

Ante el Juzgado de Torrijos se interpone demanda de desahucio por extinción del plazo pactado en el contrato de arrendamiento rústico, alegando el arrendatario que ha notificado al propietario verbalmente su derecho de prórroga. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda.

Tampoco prospera el recurso de revisión. Los errores de forma en la celebración del juicio no produjeron indefensión en el demandado, que compareció en tiempo y forma al juicio. En cuanto a la pretendida pró-

roga del contrato hay que tener en cuenta que el artículo 52, 4.º, 4, del Reglamento vigente exige que el error resulte acreditado por prueba documental o pericial mientras que el recurrente lo deduce de las pruebas de confesión o testifical que no sirven para el fin pretendido.

CONVERSION DE APARCERIA EN ARRENDAMIENTO: *AL NO ESTAR PAGADAS NI CONSIGNADAS LAS RENTAS EN EL MOMENTO DE INTERPONER EL RECURSO DE APELACION NO CABEN LA REVISION NI LA CASACION* (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1979).

Al ser requerido el aparcero para abandonar la finca, éste interpone demanda ante el Juzgado de Medina de Rioseco, solicitando se declare su derecho a continuar al término de la aparcería como arrendatario, a lo que se opuso el propietario, que, como reconvencción, opone la extinción del contrato primitivo. El Juez admitió la reconvencción y desestimó la demanda, declarando extinguida la aparcería, lo que confirma la Audiencia de Valladolid.

No triunfa el recurso de revisión, ya que la cuantía de la renta según el artículo 52, número 4, del Reglamento hace que la resolución impugnada no sea susceptible del recurso de revisión ni de casación por tratarse de resolución dictada en incidentes de juicios o procedimientos que no los admite contra la principal. Por otra parte, al interponer la apelación el aparcero, estaban pendientes las rentas de dos años no satisfechas ni consignadas en aquel tiempo por lo que, conforme al artículo 54, número 3, del Reglamento, en relación con los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada jurisprudencia, se debe tener al recurrente por desistido del recurso con la consiguiente nulidad del proveído que, indebidamente, lo admitió, teniéndose por firme la sentencia, a cuya ejecución se procederá.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: *LA PRORROGA DE UN ARRENDAMIENTO NO SUPONE MODIFICACION QUE IMPLIQUE LA NOVACION EXTINTIVA DEL CONTRATO PRIMITIVO* (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1979).

Ante el Juzgado número 1 de Valladolid se solicita la resolución del arrendamiento por extinción del plazo contractual, admitiéndose la misma, lo que confirmó la Audiencia de la misma capital.

No tiene éxito el recurso de revisión. No hay novación del contrato primitivo porque la prórroga de un contrato no supone la extinción del mismo, sino la prolongación de su vida y la modificación de la cuantía de la renta a partir de la prórroga no determina que se extinga, por lo que se pueden novar una o varias obligaciones de un contrato sin que éste pierda su naturaleza propia, la que constituye la novación modificativa, quedando vigente el contrato con nuevo contenido. En esta novación, las partes sólo han querido el efecto más débil continuando la relación obligatoria como antes de la modificación de la cláusula refe-

rente al precio, con el deseo de conservar el vínculo y no de extinguirlo. La novación extintiva en cuanto es un acto intencional significativo de alteración de condiciones del contenido de un negocio jurídico, se trata de una cuestión de hecho de la apreciación de la Sala sentenciadora y mientras aquella no se desvirtúe adecuadamente, vincula su interpretación. Es precisa una manifestación clara que evidencie el *animus novandi*, pues en otro caso se ha de suponer querida sólo la modificación no extintiva de la obligación. Por otra parte, vencidas las prórrogas legales, no se precisa para la viabilidad del desahucio por expiración del término la asunción del compromiso de permanecer en la explotación directa de las fincas seis años como mínimo, ya que esa obligación se contrae única y exclusivamente al caso de inicio de las prórrogas, pero no en este caso, ya que no puede tener vida una prórroga cuando el ordenamiento jurídico no la admite.

DESAHUCIO: DEBEN APLICARSE LAS NORMAS DE LA LEGISLACION ARRENDATICIA Y NO LAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1979).

Expirado el plazo del arrendamiento, se requirió al colono para que dejase las fincas a disposición del propietario por proponerse éste el cultivo directo de las mismas, interponiendo demanda de desahucio ante el Juzgado de Toro, que desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid declaró extinguido el contrato.

No se admite el recurso de revisión, que se funda en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con olvido de la normativa específica del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, siendo como son las normas procesales de *ius cogens* y, por tanto, examinables de oficio por el Tribunal, según reiteradas sentencias del Tribunal Supremo.

DESAHUCIO: LA ADMINISTRACION JUDICIAL DE LA TESTAMENTARIA ESTA LEGITIMADA PARA ENTABLAR LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1979).

Vencido el plazo contractual y su prórroga, se solicita el desahucio del colono por la administración judicial de la testamentaria del arrendador y tanto el Juzgado de Aranjuez como la Audiencia de Madrid estimaron la demanda.

No prospera el recurso de revisión, que se basa en si la administradora de la testamentaria está o no legitimada para ejercitar la acción resolutoria del arrendamiento y la respuesta ha de ser afirmativa porque el arrendamiento es un acto de administración, salvo que se trate de arrendamiento inscribible y de lo dispuesto en los artículos 1.097, 1.098 y 1.021 de la Ley de Enjuiciamiento claramente se infiere que el administrador jurídico de la testamentaria puede dar en arriendo las fincas en los casos a que se refiere el artículo 1.021 y, por ende, puede también ejercitar las acciones que procedan en orden al cumplimiento y resolución de tales contratos, por lo que procede desestimar el recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: *NO PROCEDE PORQUE SE TRATA DE UN NUEVO CONTRATO Y NO DE UNA PRORROGA DEL ANTERIOR* (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1979).

El propietario solicita el desahucio por expiración del término contractual de tres años, ya que el aprovechamiento exclusivo de las fincas es el ganadero, sin que la posterior convención, prorrogando por un año más la relación arrendaticia, venga sujeta por la Ley a un plazo mínimo de duración, como prórroga voluntaria que es, sometida al mutuo acuerdo de las partes. El demandado alegó que esta convención no suponía prórroga de la anterior, sino un nuevo contrato de arrendamiento al que se fijó una vigencia ilegal de un año, cuando el mínimo de la Ley es de tres años. El Juzgado de Puertollano estimó la demanda, pero la Audiencia de Albacete estimó parcialmente el recurso desestimando las excepciones del demandado y también la demanda, absolviendo a aquél de todas las pretensiones en su contra deducidas.

Se rechaza el recurso de revisión, ya que la sentencia recurrida considera que se está en presencia de dos contratos independientes, sin relación del uno con el otro, sin que el recurrente ataque el examen comparativo que de ambos contratos hace dicha sentencia y además, en el segundo contrato, no se hace referencia alguna a la existencia del primero y regula con gran minuciosidad la relación obligatoria que es propia de su naturaleza, todo lo cual pone de manifiesto la voluntad de las partes al celebrar un nuevo contrato independiente del anterior, difiriendo ambos en la cuantía de la renta que de las 277.000 pesetas anuales pasa a ser de 400.000 y en el pago de los seguros sociales, así como por lo que respecta a la clase y cantidad de ganado que el arrendatario puede tener en la finca arrendada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RECLAMACION DE CANTIDAD: *ES COMPETENTE LA JURISDICCION CIVIL PARA FIJAR LA INDEMNIZACION, AUNQUE EL HECHO QUE LA ORIGINE TENGA SU ORIGEN EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO* (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1979).

Se reclama a la propiedad la indemnización debida por los arrendatarios de un edificio, que ha sido incluido en el Registro de Solares. El Juzgado número 2 de León estimó en parte la demanda, condenando a la demandada a que abone unas cantidades a los arrendatarios, pero la Audiencia revocó en parte la sentencia, condenando a pagar cantidades inferiores a los demandantes.

No se admite el recurso de casación por infracción de Ley. Es competente la jurisdicción civil para resolver el tema indemnizatorio, aunque el hecho que haya dado lugar a esta indemnización tenga su origen en un procedimiento administrativo derivado de la Ley del Suelo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, como lo corrobora el que el precepto legal, haciendo referencia a derechos de índole privada, establece

una indemnización a cargo del favorecido por su extinción sin reglar el procedimiento para hacerlo efectivo, es decir, que no atribuye el conocimiento y decisión del asunto a un órgano o autoridad distintas de la jurisdicción ordinaria. Los contratos de arrendamiento se encontraban en período de prórroga contractual cuya afirmación hecha por la sentencia de Primera Instancia no ha sido combatida adecuadamente. Se alega duplicidad de conceptos indemnizatorios y que esto es contrario al artículo 73, 3, de la Ley de Arrendamientos, pero este precepto no establece con carácter exhaustivo los criterios estimativos a conjugar para fijar la indemnización, como lo demuestra el que expresamente diga que pueden tenerse en cuenta cuantas circunstancias se consideren oportunas, no existiendo duplicidad de conceptos cuando se concede lo que es importe mínimo de la indemnización, según dispone el último inciso del precepto que se supone infringido y, al propio tiempo, se tienen en cuenta otros factores cuya aplicación no prohíbe la norma legal, por lo que se impone la desestimación del recurso.

DESAHUCIO DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DEBE REGIR EN CUANTO A LA EXPIRACION DEL PLAZO LA LEGISLACION COMUN Y NO LA ARRENDATICA (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1979).

Alquilado un local para dedicarlo a cine y teatro en 1975, por un plazo de once meses, transcurrido éste, se negó la entidad arrendataria a dejar el local, por estimar tenía derecho a la prórroga del contrato. El Juzgado número 2 de Córdoba concedió el desahucio y la Audiencia de Sevilla lo confirmó.

No triunfa el recurso de casación. El recurrente argumenta que este contrato es uno más de los celebrados entre las partes desde 1951, debiendo considerarse todos como uno solo, pero esto no puede admitirse porque es facultad privativa de los Tribunales de Instancia la interpretación de los contratos y su criterio ha de prevalecer en casación, siendo como es correcta, al afirmar la total autonomía e independencia del contrato de arrendamiento de 1975, sin conexión alguna con lo convenido en los antes citados contratos, que no lo fueron de arrendamiento al faltar la determinación del precio cierto del canon arrendaticio, ya que consiste en un tanto por ciento de los ingresos, siendo más bien de aparcería o atípicos, carentes de las notas características del contrato locativo, por lo que la sentencia impugnada no infringió ninguno de los artículos del Código al declarar que el contrato en cuestión es de arrendamiento de industria o negocio sin conexión con los contratos anteriores, que aparecen extinguidos por mutuo acuerdo de las partes en las fechas previstas en los respectivos documentos. El arrendamiento de industria está excluido de la Ley arrendaticia y procede el desahucio solicitado, conforme a los artículos 1.565 y 1.569, causa 1.ª, del Código Civil. Por discutirse sólo lo relativo a la expiración del término contractual de un arrendamiento regido por la legislación común no cabe duda que las normas relativas al juicio de desahucio son las adecuadas para este caso, ya que no hay la complejidad pretendida por el demandado, por lo que hay que desestimar los restantes motivos del recurso.

OBRAS INCONSENTIDAS: LA AUTORIZACION DADA AL ARRENDATARIO PARA REALIZAR OBRAS DE ADAPTACION EN EL LOCAL ARRENDADO NO HA DE ENTENDERSE HECHA SIN LIMITES OBJETIVOS NI TEMPORALES (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1979).

El arrendamiento se hizo en 1965 y en 1973 se solicita la resolución por obras hechas por el I. R. Y. D. A., inquilino, sin autorización del arrendador, que, a juicio de éste, alteran la estructura del inmueble. El Juzgado número 1 de Palencia desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó la anterior y admitió la resolución.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado es desestimado por el Alto Tribunal. La Sala de la Audiencia distingue tres grupos de obras: a) las de adaptación indispensables ultimadas en 1969; b) las posteriores que no se incorporan a la fábrica del edificio y que carecen de entidad para generar una acción resolutoria; c) innovaciones introducidas en 1973 de evidente trascendencia, consistentes en la demolición de tabiques y levantamiento de otros, haciendo una nueva habitación con su puerta correspondiente de lo que antes era vestíbulo, dividido en dos además, abriendo comunicación en una de las habitaciones con otro despacho contiguo, obras de considerable importancia. Con base en éstas se decreta la resolución y rechazando la opinión del I. R. Y. D. A. de que la cláusula de autorización de obras se hizo sin límites objetivos ni temporales; en cualquier caso, la interpretación de los contratos es facultad atribuida a los Tribunales de Instancia, cuyo juicio ha de prevalecer siempre que el resultado exegético resulte racional. El arrendatario no puede modificar la configuración de los locales sin que el arrendador lo autorice de manera inequívoca y la autorización hecha al comienzo del contrato no tiene vigencia indefinida, sino que se circunscribe a las obras de instalación o puesta en marcha, atendiendo al principio de que se cede siempre lo menos, siendo correcta la interpretación de Juez de Instancia. La modificación de la configuración del inmueble ha de referirse a la existente antes de las obras modificativas y no a la existente al construirse el edificio. El simple conocimiento de las obras no implica un acto volitivo de querer o consentir, según lo declarado por la jurisprudencia, aunque el arrendador viva en la misma casa. No hay diferencia entre «forma» y «estructura» a efectos de asimilar ambas expresiones a la de configuración, salvo los casos en que por lógica exigencia de los términos en que ha sido plasmada la autorización del arrendador es obligado ceñir la expresión «estructura» al aspecto meramente arquitectónico de los elementos esenciales, sustentadores del edificio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: SON VALIDAS LAS OBRAS POR NO AFECTAR A LAS «CARACTERISTICAS ESENCIALES DEL LOCAL», UNICA LIMITACION QUE SE CONTENIA EN EL DOCUMENTO AUTORIZANDOLAS (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1979).

Se pide la resolución del arrendamiento por realización de obras que modifican la configuración de la nave arrendada y la resistencia de los

materiales empleados. Tanto el Juzgado número 6 de Barcelona como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tesis que es aceptada por el Tribunal Supremo. Según se recoge en la sentencia del Juzgado y de la Audiencia, las obras efectuadas por el arrendatario en el local arrendado no exceden de las autorizadas por la actora en el documento que se acompaña a la demanda, para instalar la industria que había de desarrollarse en el local sin que afectaran a las «características esenciales del mismo» única prohibición que se contiene en el indicado documento, por lo que la resolución impugnada interpreta el alcance de la autorización en el sentido que ha de prevalecer sobre el particular del recurrente El hijo de la arrendadora fue el que otorgó la autorización, como administrador de aquella, siendo indudable que venía gestionando como mandatario de su madre la actora en relación al arrendamiento que nos ocupa; al concretarse el mandato al negocio de arrendamiento, aunque fuera concebido en términos generales, había de comprender las necesarias facultades para la conclusión de tal negocio jurídico, entre ellas la posibilidad de autorización de las obras necesarias para que el arrendamiento tuviera virtualidad.

TRASPASO ILEGAL: AL NO TENER PAGADAS NI CONSIGNADAS LAS RENTAS EL ARRENDATARIO, AL INTERPONERSE EL RECURSO DE APELACION, NO PUEDE ADMITIRSE LA CASACION, SIN QUE ESTO SUPONGA EXCESIVA RIGUROSIDAD EN LA INTERPRETACION DE LAS LEYES (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1979).

El arrendatario traspasó el negocio a una sociedad mercantil sin autorización del propietario, por lo que se solicita la resolución del arrendamiento. El Juzgado número 11 de Madrid estimó la demanda, lo que se declaró firme por la Audiencia, al entender mal admitido el recurso de apelación.

No tiene éxito el recurso de casación. Al tiempo de interponerse el recurso de apelación no se justificó tener satisfechas las rentas ni consignadas, por lo que el Juez debió rechazar tal pretensión, ya que al ser el último día hábil no cabía subsanar dicho defecto, porque lo había de ser fuera de plazo para recurrir, no siendo competente el Juzgado de Primera Instancia para conceder nuevo plazo sin que ello sea demasiada rigurosidad en la interpretación, pues otro criterio hubiese beneficiado los derechos del arrendatario y perjudicado los del arrendador tan dignos de protección como los de aquél, al conculcar un terminante precepto legal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LOS ARRENDAMIENTOS DE FINCAS MIXTAS HAN DE REGIRSE POR LA LEGISLACION APLICABLE AL ELEMENTO PRINCIPAL DEL OBJETO ARRENDADO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1979).

El objeto del contrato era un solar con un pozo y un almacén existentes en él, por tiempo indefinido, lo que invalida el arrendamiento por falta del requisito de tiempo determinado, motivo por el que se pidió la

nulidad radical del contrato y, subsidiariamente, que el contrato de 1971 quedó resuelto en 1976, apercibiendo de lanzamiento al demandado. El Juez de Ibiza desestimó la demanda declarando improcedentes ambos impedimentos y aplicable la Ley de Arrendamientos. La Audiencia de Palma estimó parcialmente el recurso, en cuanto a la aplicabilidad de la Ley arrendaticia y la resolución del contrato, debiendo dejar libre el fundo al demandado en noviembre de 1976.

No triunfó el recurso de casación. La sentencia recurrida dice que el principal de los tres elementos objeto del arrendamiento, es el pozo, al ser la finalidad de la locación el uso de sus aguas con fines industriales, teniendo el arrendador los permisos necesarios de la Jefatura de Minas; en el contrato se establecía que la efectividad del mismo se condicionaba a que el arrendatario pudiera obtener los permisos necesarios, por lo que decaen los motivos del recurso que se fundan en que, al comprenderse el almacén en el arrendamiento debía considerarse como de local de negocio sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos con olvido de la doctrina establecida por esta Sala en Sentencia de 3 de junio de 1963, consistente en que cuando los arrendamientos versan sobre fincas mixtas que forman unidad arrendaticia, deben regirse por un solo ordenamiento jurídico que debe ser el que norme el elemento principal y preponderante en atención al principio de accesoriedad, siendo en este caso accesorio el almacén respecto al pozo, por lo que la legislación aplicable debe ser la común, criterio mantenido por la sentencia recurrida.

C. R. R.

TITULOS NOBILIARIOS. DISTRIBUCION. NORMATIVA: Real Decreto de 25 de mayo de 1912, Ley de 21 de septiembre de 1920, Ley de 4 de mayo de 1948 y Decreto de 4 de junio de 1948 (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1980).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 8 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se deduce el objeto de la *litis*:

Considerando que son antecedentes de hecho esenciales para decidir sobre la cuestión planteada, determinante del recurso de casación de que se trata, con valor eficiente en cuanto son reconocidos por las partes en los escritos rectores del proceso, y que sirven de base a la sentencia recurrida, los siguientes: A) Que el excelentísimo señor don M. O. M., padre de demandante y demandado, fallecido el tres de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, otorgó testamento, que es el rector de su sucesión heredi-

taria, el veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y uno, ante el Notario don T. G. B., por el que, entre otras cláusulas intrascendentes en orden a la actual contienda jurídica, se dispone que «es deseo del testador que ordena a su hijo don B. —ahora demandado— que lo cumpla, ya que ha de sucederle en los títulos que ostenta, ceda a su elección a su hermano M. —ahora demandante— los correspondientes a una de las tres casas de A., Al. o B., con todos los títulos anejos y lega en concepto de mejora a aquel de sus hijos que ostente el título de Marqués de B., los tapices conocidos por la cama de B.» (cláusula III de dicho testamento), así como que «ruega a su hijo don B., que si quisiera hacer cesión de alguno de los títulos que le corresponden, a sus hermanas, no lo realice, hasta que éstas hayan contraído matrimonio y sólo en el caso de que la elección de esposos haya sido de su agrado, con arreglo al modo de pensar del testador, y en caso de hacer esa cesión, encarga que ceda únicamente los títulos de Marqués de Ar. o los procedentes de la casa de Ag.» (cláusula IV del referido testamento) y «desea el testador que se acate en absoluto lo que con carácter preceptivo deja ordenado en este testamento» (cláusula XIV del mismo); que, por escritura otorgada el dos de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, ante el Notario, con residencia entonces en Madrid, don A. B. Ll., el excelentísimo señor don B. O. D., ahora demandado, «cede gratuitamente a su hermano don M. O. D. el título de Marqués de B., con cuantos usos, derechos y prerrogativas le sean inherentes, haciendo constar que efectúa esta cesión en cumplimiento de la voluntad de su padre, expresada en su último testamento» (cláusula primera de dicha escritura) y «don M. O. D. acepta la cesión, se subroga en el lugar y uso del cedente y tributa a éste su más cumplido reconocimiento» (cláusula segunda de la mencionada escritura); y B) Que de conformidad con lo preceptuado en el Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce y segunda disposición transitoria del Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, previa deliberación del Consejo de Ministros y a propuesta del de Justicia, se consolidó la sucesión concedida por la Diputación de la Grandeza de los Títulos de Duque de A., con Grandeza de España, y Marqués de B., con Grandeza de España a favor de don B. O. D. —ahora demandado—, vacante por fallecimiento de su padre don M. O. M., previo el pago del impuesto especial y demás requisitos complementarios (documento del folio cuarenta y uno de los autos), expidiéndose con fecha veintitrés de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro, carta de sucesión de tales títulos a nombre del referido don B. (documento de los folios cuarenta y dos a cuarenta y cinco de los autos).

Considerando que también es de tener en cuenta, en orden al recurso en cuestión, que por Ley de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, desarrollada por disposiciones legales posteriores, se restableció la normativa existente con anterioridad al catorce de abril de mil novecientos treinta y uno en las Grandezas y Títulos del Reino, actualmente en vigor, contenida, según tiene reconocido este Tribunal en Sentencia de dos de julio de mil novecientos veinticinco, por la Ley Segunda, Título XV, de la Partida Segunda; Ley Primera, Título XXVIII, de la Partida Segunda; Ley Octava, Título XXVI, de la Partida Cuarta; Leyes Primera y Segunda de la Partida Séptima; Ley Cuarenta de Toro, que se incluyó en la Quinta, Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación; Ley Cuarenta y cuatro de Toro; Ley Cuarta, Título XVII, Libro VIII de la Novísima Recopilación;

Ley de veintisiete de septiembre de mil novecientos veinte; Real Decreto de veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis; Ley de diecisiete de junio de mil ochocientos cincuenta y cinco; Real Decreto de primero de octubre de mil ochocientos cincuenta y ocho; Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, con fuerza de Ley por la de Presupuestos de veintinueve de diciembre de mil novecientos catorce y Real Decreto de ocho de julio de mil novecientos veintidós, además de otros complementarios.

Considerando que las consideraciones de hecho y la normativa vigente que se indica en los precedentes considerandos, conduce a la estimación del primero de los motivos en que se basa el recurso de casación de que se trata, formulado al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en violación del artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, así como del artículo trece de la Ley de veintisiete de septiembre de mil ochocientos veinte, de adecuada aplicación al supuesto ahora contemplado, porque establecido por el excelentísimo señor don M. O. M., causante de demandante y demandado, poseedor entonces de los Títulos del Reino correspondientes a cada una de las tres casas de A., Al. o B., en el testamento recto de su sucesión que otorgó el veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y uno, ante el Notario don T. C. B., que ordena a su hijo don B. —ahora demandado— que de los títulos en que éste ha de suceder al mencionado causante, entre los que figuran los referidos de A., Al. y B., ceda a su elección a su hermano don M. —ahora demandante— los correspondientes a cada una de las mencionadas tres casas, claramente determina que el aludido poseedor de los precitados títulos, don M. O. M., lo que hizo, mediante tal disposición testamentaria, fue distribuir entre sus expresados dos hijos don B. y don M. los títulos del Reino que poseía, con cumplimiento de reserva del principal para su inmediato sucesor don B., en el carácter éste de primogénito, lo que es plenamente válido de conformidad con lo prevenido en el artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, reflejador de lo ya normado al respecto en igual artículo de la Ley de veintisiete de septiembre de mil ochocientos veinte, previsores de que el poseedor de una o varias Grandezas de España o Títulos del Reino podrán distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos, reservando el principal para el inmediato sucesor, de tal manera que la escritura otorgada por el demandado don B. O. D., Duque de A., ahora demandado, el dos de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, ante el Notario, con residencia entonces en Madrid, don A. B. Ll., mediante la que aquél cedió gratuitamente a su hermano don M. O. D. el título de Marqués de B., con cuantos usos, derechos y prerrogativas le sean inherentes con expresa constancia por dicho cedente que esa cesión la efectúa en cumplimiento de la voluntad de su padre, expresadas en su último testamento, y que el cesionario acepta, con expresión de subrogación y reconocimiento, no es en realidad un acto de cesión espontánea del meritado don B., que contempla el artículo doce del referido Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, sino simplemente un acto de efectividad de la actividad distributiva de los títulos de que se viene haciendo mención llevada a cabo por el tan mencionado causante don M. O. M., en la que sólo cabía a su hijo primogénito don B. O. D. la facultad electiva

de cuál de los tres Títulos de las casas de A., Al. y B. debería asignarse a su hermano don M. O. D., cumplimentando el claro mandato testamentario distributivo de aquellos títulos, por su entonces poseedor, como precisa e inevitable asignación de uno de ellos al hijo don M., si bien con facultad meramente electiva del primogénito don B. de cuál de ellos habría de ser, en la evidente intención del mencionado causante de que fuese precisamente dicho primogénito el que, por exclusión del asignado a don M., en relación con los que retuviese, determinare el que tuviese el carácter de principal para el inmediato sucesor, dando efectividad a la precisa reserva que impone el invocado artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, por entender, lógicamente, que el citado hijo primogénito don B., beneficiado por tal reserva, era quien, en definitiva, pudiera decidir sobre ese aspecto de carácter principal, solventando toda duda que su padre, el referido causante, pudiera tener al respecto; aparte que, en todo caso, la sentencia recurrida no atribuye ese carácter de principal, de entre los títulos en cuestión, al de B. asignado a don M., con lo que implícitamente admite que lo son los retenidos por el repetido hijo primogénito demandado, lo que, por otra parte, no es controvertido en la *litis* planteada.

Considerando que la consistencia de la solución acogida en el precedente, de aplicación al supuesto contemplado de la normativa contenida en el examinado artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, reflejador en definitiva de lo que ya había sido regulado en el también artículo trece de la Ley de veintiuno de septiembre de mil novecientos veinte, no puede entenderse desvirtuado con la tesis, erróneamente sostenida por la sentencia recurrida, de que el acto electivo de concreto título, de entre los tres designados —A., Al. y B.— a realizar por don B. O. D. a favor de su hermano don M. O. D., por mandato testamentario de su padre, don M. O. M., no suponga el acto de distribución autorizado por dicho artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, sino un mero comportamiento de delegación no permisible por ser aquélla una potestad de carácter personalísimo y extraordinario, en primer lugar, porque al disponer el tan repetido causante en el mencionado testamento rector de su sucesión, en su cláusula tercera, que «es deseo del testador que ordena a su hijo don B. que lo cumpla, ya que ha de sucederle en los títulos que ostenta, ceda a su elección a su hermano M. los correspondientes a una de las tres casas de A., Al. o B., con todos los títulos anejos y lega, en concepto de mejora a aquel de sus hijos que ostente el título de Marqués de B., los tapices conocidos por la cama de B.», con complemento expreso en la cláusula decimocuarta que «desea el testador que se acate en absoluto lo que con carácter preceptivo deja ordenado en este testamento... el heredero que tal hiciere, y por ello contradijere el deseo del testador se entenderá por ese solo hecho privado de todo legado y de toda participación en la herencia», está poniendo de manifiesto, con toda nitidez, que el meritado causante no estableció una delegación en la distribución de los títulos, correspondientes a las tres casas aludidas, sino que, por el contrario, realizó precisa distribución de ellos entre sus dos hijos aludidos, con asignación forzosamente de uno a dicho don M.

por elección que al respecto efectuara el primogénito don B., para que quedase, en definitiva, cumplimentada en su real efectividad la exigencia de reserva a su favor del título que considerase principal, sin originación de controversias que a tal particular pudieran producirse por la designación que sobre ello hiciere directamente el causante poseedor de los títulos, además que la consideración personalísima distributiva que sanciona el tan aludido artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, surge de la disposición de preceptiva y posesoria distribución de tres títulos referidos por el indicado causante don M. O. M. en su aludido testamento que rige su sucesión, con obligada adjudicación de uno de ellos a su hijo don M. y los restantes a don B., y no de la elección que le confirió, dado que ésta es un mero complemento de efectividad de aquella manifestación distributiva; en segundo lugar, en razón a que si éste podía hacer lo más —designar directamente el título a adjudicar a su hijo don M., en uso de la facultad distributiva que le confería el indicado artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce—, indudablemente podía hacer lo menos —adjudicar uno de sus varios títulos a un hijo con atribución al primogénito de elección del que se asignase a su hermano don M., con implícita fijación de los que aquél se reservaba por considerarlos principales—, en ortodoxa aplicación del principio de derecho de quien puede lo más puede lo menos (Sentencia de este Tribunal de diez de marzo de mil novecientos tres, entre otras), y mayormente en cuanto que esa facultad de elección conferida a don B. O. D. es, como queda dicho, una actividad meramente complementaria de la efectividad concreta de la distribución ya realizada testamentariamente por su padre, poseedor de los relacionados títulos distribuidos, puesto que lo en esencia requerido por el tantas veces mencionado artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce es que el poseedor haga distribución de las varias Grandezas de España y Títulos del Reino que posea, con reserva del principal por el inmediato sucesor, y esto viene cumplido en el supuesto contemplado, ya que el carácter personalísimo de la disposición distributiva, una vez más sea dicho, viene determinado por el mero acuerdo de que esa distribución forzosamente se produzca con lo que queda agotado el ejercicio de tal facultad al respecto, aunque esa efectividad se desplace al inmediato sucesor para su real y concreta precisión determinando concretamente cuáles son los títulos principales a fines de la jurídica efectividad del acto distributivo; en tercer lugar, a causa de que la criticada institución testamentaria no da opción al hijo primogénito don B. O. D. para decidir o no si ha de ceder a su hermano don M. O. D., si que para asignar a éste forzosamente uno de los ya relacionados, por lo que el no cumplir con esa regla testamentaria lo mismo supondría vulnerar el esencial principio en materia de Derecho sucesorio de respeto a la voluntad e intención del testador que acoge el artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil (Sentencias de esta Sala, entre otras, de seis de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, tres de junio de mil novecientos cuarenta y siete, doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, cuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, tres de abril de mil novecientos sesenta y cinco y doce de febrero de mil novecientos sesenta y seis); en cuarto lugar, porque la realidad del acto distributivo llevado a cabo en su me-

ritado testamento por don M. O. M., y su consiguiente imperatividad a cargo de su hijo primogénito, lo viene a revelar el contenido de las ya citadas cláusulas tercera y decimocuarta de dicho acto de última voluntad, que lo establece como orden y carácter preceptivo, en contraste con el contexto de la cláusula quinta del propio testamento, que tratando de cesión de títulos que pudiera tener el referido don B. O. D. a sus hermanas lo deje, no a su elección con imperatividad de adjudicación, sino con supeditación a que aquéllas hayan contraído matrimonio y para el caso de que la elección de esposo haya sido del agrado del mencionado hijo primogénito don B. O. D. con arreglo al modo de pensar del testador, lo que ciertamente, a diferencia de lo que sucede en relación con don M. O. D., no es un acto de distribución, sino de rigurosa delegación y así lo ha venido a reconocer el propio don B. con aspecto vinculante para él derivada de los actos propios, cuando por la invocada escritura pública de cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y dos hizo cesión a su aludido hermano don M. del referido título de Marqués de B. precisamente con expresa manifestación de que lo afectaba en cumplimiento de la voluntad testamentaria de su padre, y, finalmente, en consideración a que la obligación creada por el tantas veces meritado causante don M. O. M. a cargo de su hijo primogénito don B. y a favor de su también hijo don M., para que aquél entregase a éste el que eligiese de entre los varios títulos relacionados poseídos por dicho causante, genera, en definitiva, por modo analógico, la naturaleza y efectos de las obligaciones alternativas con específica proyección al legado alternativo que contempla el artículo ochocientos setenta y cuatro, en relación con el mil ciento treinta y uno a mil ciento treinta y seis del Código Civil, en cuanto el don B. quedó constreñido a la prestación de una determinada prestación de entre las varias previstas como posibles, que se extinguen por la ejecución de la una o de la otra, por el particular fenómeno jurídico de la concentración, productor de que lo que inicialmente viene establecido como obligado, aunque de modo indeterminado, se concrete de modo definitivo, por derivación de la concepción dominante de que toda obligación alternativa constituye no una suma de obligaciones determinada por la pluralidad de sus posibles objetos, sino una obligación única en la que se debe una sola prestación, que aun cuando inicialmente pueda aparecer indeterminada dentro de los límites trazados en su creación, queda precisada al tiempo de darle cumplimiento (concentración por el pago) o con anterioridad, al tiempo de ser elegida la prestación (concentración por la elección).

Considerando que tampoco es obstáculo a la casación de la sentencia recurrida, por acogida del motivo primero en que se soporta el recurso de que se trata, la circunstancia de que el aludido artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, cuando trata de la facultad que confiere al poseedor de dos o más Grandezas de España o Título del Reino para distribuir entre sus hijos o descendientes directos, con reserva del principal para su inmediato sucesor, requiera la aprobación de Su Majestad, pues aparte que esta formalidad, no expresamente contemplada en el artículo trece de la Ley de veintisiete de septiembre de mil novecientos veinte, antecedente de igual precepto del precitado Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, al tiempo en que se produjo en dos de octubre de mil novecientos

cincuenta y dos la efectividad de la distribución de los títulos en cuestión estaba atribuida al entonces Jefe del Estado, según lo regulado en el artículo primero de la Ley de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho y Disposición Final primera del Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, es lo cierto, como ya admite la sentencia recurrida, que no es preciso, por no venir exigido, proceda al acto de distribución, así como que, al afectar a una autorización complementaria de índole administrativa, mal podría ejercitarla en ese ámbito don M. O. D., que no podía pretender la concesión a su favor del Título de Marqués de B. cuando antes su hermano don B. O. D. había solicitado lo mismo y la administración lo había aceptado concediéndoselo y que es precisamente lo determinante del pleito seguido entre ambos hermanos que origina el recurso de casación examinado, desde el momento, de una parte, que el mismo lo que plantea no es el aspecto de aprobación por el Jefe del Estado, hoy Su Majestad el Rey, de la distribución de títulos efectuada por don M. O. M. en favor de sus hijos don B. y don M., al amparo de lo normado en el tan citado Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, sino simplemente, conforme a la petición formulada en la súplica del inicial escrito de demanda, complementada en el pedimento A) de la súplica del escrito de réplica, al reconocimiento, por consecuencia de aquella distribución, de ser mejor y preferente, frente al propio derecho del demandado don B. O. D., el derecho del demandante don M. O. D., para llevar, usar y poseer, con sus honores y prerrogativas, el Título Noble de Marqués de B., en virtud de la voluntad desvinculadora de dicho título contenido en el testamento del padre común de ambas partes, don M. O. M., plenamente válidas a tales efectos; y, bajo otro aspecto, en razón a que, dada la singularidad de los procedimientos en materia de Títulos Nobiliarios, aquella formalidad de aprobación por Su Majestad de la tantas veces mencionada facultad distributiva de dos o más Grandezas de España o Títulos del Reino por su poseedor, con base en el meritado artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, que como queda dicho es meramente complementaria de la distribución y para el logro de su definitiva efectividad de hecho y jurídica, puede ser instada en cualquier momento, al no venir supeditado por el legislador, a uno determinado, ni menos previamente al acuerdo de distribución, si se tiene en cuenta que lo anteriormente resuelto en el procedimiento judicial entablado es el mejor derecho del demandante don M. O. D. al Título de Marqués de B., con relación al pretendido por su hermano don B. O. D., por causa de la distribución de títulos hecha por su padre común, el excelentísimo señor don M. O. M., al amparo del tan citado artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, por ser eficaz a tales efectos, pues la separación que tienen los procedimientos sobre Títulos Nobiliarios en sus dos fases procesales típicas —la declarativa y la ejecutiva—, por el carácter discrecional y graciable de la merced, se mantiene tras la sentencia judicial, como uno de los ejemplos vivos de la tesis que sostiene que la ejecución no es necesariamente en todo caso solución inherente a la fase declarativa o a los órganos jurisdiccionales, quedando en consecuencia ésta supeditada a la exigencia formal, prevnida en el referido artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, de la aprobación por Su Majestad el Rey a la distri-

bución de títulos efectuada al amparo de tal precepto, por su poseedor don M. O. M., en virtud del principio de libertad dispositiva ciertamente poseído al respecto por la Corona, que siempre autorizó a pensar que la libertad tanto de creación como de adjudicación de Títulos Nobiliarios no sufre excepción por el hecho de que medie una resolución en vía jurisdiccional, que al particular sólo es declarativa de derechos en el campo estrictamente civil, y no de la instauración de prerrogativas históricas como las en el presente caso contempladas, que de siempre se sustrajeron a las exigencias de los límites de competencia estatales, dado que quien posee potestad para lo más, como es crear, suprimir y hasta transmitir el derecho, la tiene para lo menos, como es de suspenderlo, y puesto que el sometimiento de la Corona a los expedientes tramitados sobre la materia de Título Nobiliario lo fue como a un mero procedimiento de control y buen gobierno de los principios inspiradores del sistema, pero no como una exigencia que le obligue a respetar, porque en tal caso su poder ya no sería lo absoluto que la gracia o merced implica, lo que prácticamente ya viene reconociendo por la Real Orden de veintinueve de octubre de mil novecientos veintidós al declarar que «cuando el titular de una rehabilitación resulte vencido en juicio... el litigante victorioso podrá impetrar de la Corona la efectividad del derecho declarado según los trámites que se relacionan», y por el Real Decreto de trece de noviembre de mil novecientos veintidós, previsor de que el sucesor «podrá instar del Ministerio de Gracia y Justicia —hoy Justicia— la revocación de la Real Orden sucesoria que ha sido atacada en juicio y previa cancelación de la Real Cédula expedida a favor de otra a su favor», como expresión del poder moderador generante de los títulos, que mantiene siempre viva la potestad de conservarles y otorgarles a quien su Real Merced estima conveniente, salvo supuesto de excepción no apreciable en el presente caso, y cuya solicitud, por consecuencia de lo decidido en esta sentencia, queda facultada para ejercitar el demandante recurrente don M. O. D., con el cumplimiento adecuado, en su caso, de la aprobación de Su Majestad a la tantas veces meritada distribución de títulos realizada por su poseedor don M. O. M. mediante el testamento de veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y uno que rige su sucesión.

Considerando que tampoco es impedimento a la estimación del recurso, con fundamento en el primero de los motivos en que el recurrente lo sustenta, la circunstancia de que el referido artículo trece del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce supedita la viabilidad de la distribución de títulos que autoriza a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las concesiones respecto al orden de suceder, porque como ya reconoce la sentencia recurrida, siguiendo doctrina sancionada por esta Sala en Sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y tres, no habiéndose aportado la carta fundacional se presume que el orden de suceder en el supuesto contemplado es el regular, que en este caso no consta venga alterado, se hace innecesario entrar en el examen del segundo, pues ésta parte del supuesto de que no se aprecie con eficacia la distribución realizada de los títulos en cuestión por su poseedor el excelentísimo señor don M. O. M., y sí solamente una mera situación de cesión de título realizada por su hijo

don B. O. D., que no se acepta por reconocerse aquella situación de distribución eficiente.

Considerando que, por lo expuesto, es de declarar haber lugar a la casación pretendida, por acogida del primero de los motivos en que se basa el correspondiente recurso, y procede dictar, por separado, sentencia sobre los extremos objeto del pleito respecto de los cuales recae dicha casación, con devolución del depósito constituido; y todo ello cual previene 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 por don M. O. D., por acogida del primero de los motivos en que se soporta, contra la sentencia dictada, con fecha tres de junio de mil novecientos setenta y ocho, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, con devolución a aquél del depósito constituido y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas producidas en dicho recurso; y a su tiempo comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicte a la expresada Audiencia con devolución a la misma de las actuaciones que remitió

Y en la segunda sentencia se resuelve congruentemente con lo expuesto:

Considerando que los razonamientos consignados en la sentencia de casación que precede, y que se dan por reproducidos, llevan a la solución estimatoria de la súplica del inicial escrito de demanda, complementado con lo instado en el epígrafe A) de la súplica del escrito de réplica, en el sentido de declarar que es mejor y preferente, frente al propio derecho del demandado —don B. O. D.— el derecho del demandante —don M. O. D.—, para llevar, usar y poseer con sus honores y prerrogativas, el Título Noble de Marqués de B., en virtud de la voluntad desvinculadora de dicho título contenida en el testamento del padre común de ambas partes, don M. O. M., plenamente eficaz a tales efectos; y sin que, en consecuencia, procede pronunciarse en orden al pedimento inserto en el epígrafe B) de la indicada súplica del mencionado escrito de réplica, al ser formulada alternativamente con lo solicitado en el referido epígrafe A) del propio escrito y, por tanto, para el supuesto de inadmisión de éste no producida.

Considerando que no se aprecian méritos para hacer una especial declaración sobre costas en ninguna de las instancias.

Fallamos que revocando la sentencia apelada, dictada con fecha once de mayo de mil novecientos setenta y siete por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número ocho de Madrid, en el juicio de que el presente recurso dimana, y, en su consecuencia, estimando la demanda rectora de dicho juicio complementada con el epígrafe A) del escrito de réplica, formulado por don M. O. D. contra don B. O. D., declaramos que es mejor y preferente, frente al propio derecho del demandado —don B. O. D.— el derecho del demandante —don M. O. D.— para llevar, usar y pasear, con sus honores y prerrogativas, el Título Noble de Marqués de B., en virtud de la voluntad desvinculadora de dicho título contenida en el testamento del padre común de ambas partes, don M. O. M., plenamente eficaz a tales efectos, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia.

Así, por ésta nuestra sentencia definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA. CUARTA TREBELIANICA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Don J. O. V., abuelo del actor, apelado y recurrido, J. O. O., falleció en Barcelona el 20 de agosto de 1882 en estado de casado con doña C. B. D., bajo testamento otorgado el 7 de noviembre de 1879 ante el Notario de dicha ciudad, don E. M., en el que nombró albaceas, ordenó diversos legados en pago de legítimas y, a los efectos que ahora interesan, instituyó heredero universal a su hijo I. O. B., padre del actor en este pleito, con la obligación de mantener a los demás hijos o hijas del causante, mientras no hubiesen cobrado su citada legítima, en su casa y compañía, darles de comer, beber, calzar y vestir, tanto en sanidad como en enfermedad, trabajando empero ellos en lo que pudieran, a utilidad de la casa; de cuya herencia, si el citado I. muriese dejando hijos, uno o más, legítimos y naturales y de su legítimo y carnal matrimonio procreados, podrá disponer libremente a favor de los mismos hijos del modo que mejor le parezca; y para el caso de morir sin hijos, podrá disponer sobre sus bienes de la cantidad de mil libras catalanas, o sea, 2.666,66 pesetas, y de los demás bienes al mismo I., sustituyó y en herederos universales suyos instituyó a los demás hijos suyos varones que, nacidos o póstumos, en el día de su muerte, tal vez existieran, no a todos juntos, sino al uno después del otro, orden de primogenitura guardado, con las mismas obligaciones y condiciones que impuso a su primogénito...».

La viuda hizo inventario de los bienes relictos en el que se incluyó la finca urbana sita en V., objeto del pleito, la cual fue vendida por el heredero fiduciario don I. O. B., al que se le había adjudicado en tal concepto, a los demandados, apelantes y recurrentes, E. C. A. y J. F. B., contando en el Registro de la Propiedad sin cancelar la sustitución fideicomisaria ordenada por don J. O. V.

El vendedor de la finca, don I. O. B., hijo y heredero fiduciario del primitivo causante don J. O. V., falleció, a su vez, en Barcelona, el 13 de febrero de 1952, bajo testamento otorgado el 7 de julio de 1949, en el que «a todos los efectos de la condición con que el testador fue instituido heredero por su padre don J. O. V...., declara que dispone de tales bienes a dichos efectos. . a favor de su hijo J. O. D.», el actor, apelado y recurrido en este litigio, quien, en consecuencia, vino a suplicar al Juzgado: 1.º Se declare extinguido a partir de la muerte del fiduciario don O. V. B. el dominio revocable y sujeto a gravamen sustitutorio de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda; 2.º Se declare, asimismo, que el dominio de la propia finca corresponde a partir de la fecha en que ocurrió el fallecimiento del indicado fiduciario, al actor don J. O. O.; y los demás pedimentos consecuencia de los expuestos.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet de Llobregat estimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José-María Gómez de la Bárcena y López, declara no haber lugar al recurso de

casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, conforme a las siguientes consideraciones:

Que por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula el único motivo del recurso, en el que se denuncia como infringido, por el concepto de violación por inaplicación el párrafo primero del artículo ciento noventa y ocho de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, al sostenerse en el cuarto de los considerandos de la sentencia impugnada, que por no ejercitar el fiduciario el derecho que le confiere el antes mentado precepto legal renunció al mismo, expresando en el desarrollo del motivo, que el fiduciario don I. O. B. tenía derecho a detraer la cuarta trebeliánica, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, en disposición testamentaria, por lo que, una cuarta parte del caudal relicto del primer causante, don J. O. V., por imperativo legal, dadas las características del testamento, así como por el hecho del fallecimiento del señor O. B. con hijos, no estaba sujeto a la cláusula del fideicomiso familiar; que al tener el fiduciario pleno derecho a la cuarta trebeliánica, al no haberlo prohibido el testador en el testamento otorgado en mil ochocientos setenta y nueve, y haberse aceptado la herencia fideicomitida por el fiduciario, practicándose el oportuno inventario, ha de entenderse que la finca cuya reivindicación se pretende estaba integrada en la cuarta trebeliánica, y que, como quiera que su valor no excede de la cuarta parte del valor total del caudal relicto, el tal motivo debía ser acogido y casada la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Que en el considerando cuarto de la sentencia impugnada, la Sala viene a establecer que «la cuarta trebeliánica constituye una facultad que puede ejercitarse por el fiduciario si el testador no lo prohibió; pero que tal derecho no fue ejercitado por aquél en su vida ni cuando dispuso testamentariamente del fideicomiso; por todo lo cual debía considerarse que renunció tácitamente al mismo, tal como hoy presume el último apartado del artículo doscientos de la Compilación catalana»; consideración a la que la Sala llega a la vista de las disposiciones testamentarias que examina y por vía de la interpretación de los preceptos que cita, por lo que está fuera de toda duda que tales afirmaciones sólo por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal podía haber sido atacadas, pero no por la del primero que ha sido la indebidamente utilizada.

Que aunque por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley adjetiva pudiera pretenderse la casación de la sentencia impugnada, lo cierto es que la infracción que se denuncia no puede ser acogida, ya que si bien es cierto que el artículo ciento noventa y ocho de la Compilación de Cataluña reconoce al heredero fiduciario, que hubiere aceptado la herencia y practicado el debido inventario, el derecho a la cuarta trebeliánica, si el testador no lo hubiere prohibido, circunstancias que si concurren en el caso enjuiciado, no lo es menos que el tal derecho, de acuerdo con el párrafo último del artículo doscientos, se extingue por renuncia expresa o tácita, entendiéndose esta última producida si el fiduciario o sus herederos, con conocimiento de tal derecho, entregan al fideicomisario la posesión de la herencia, o, en el fideicomiso puro, si el fiduciario efectúa su transmisión

sin reserva alguna en ambos casos, y tal tácita renuncia ha de estimarse se ha producido, como la Sala acertadamente sostiene, desde el momento en que el heredero fiduciario no ejercitó el potencial derecho a detraer la cuarta trebeliánica en el curso de su vida, ni a ello hizo referencia expresa al disponer testamentariamente del fideicomiso.

COMENTARIO.—Con toda claridad se produce esta sentencia, ya que no podía ser otra la solución a la vista de los artículos 198 a 203 de la Compilación catalana, de acuerdo con los cuales la cuarta trebeliánica puede ser definida como el derecho a detraer la cuarta parte de los bienes relictos del fideicomitente —una vez deducidas ciertas deudas, gastos y las legítimas— que tiene el primer fiduciario y por transmisión sus herederos o los fideicomisarios sucesivos gravados de restitución, siempre que el testador no lo haya prohibido, hayan aceptado la herencia y hayan practicado el debido inventario en tiempo y forma oportunos.

Se rige por las reglas que establece el testador y, en su defecto, por los preceptos de la Compilación relativos a ella (arts. 198-203), completados por los relativos a la cuarta falcidia (arts. 225-234).

Tienen derecho a la misma, el fiduciario, sus herederos y cada uno de los sucesivos fideicomisarios inmediatos gravados si los anteriores, pudiendo detraerla, no lo hicieron y manifestaron su voluntad de favorecerles, respectivamente, con ella. El coheredero tiene derecho a una parte proporcional a su cuota.

Los requisitos son:

1. Que el interesado haya aceptado la herencia.
2. Que no haya renunciado a la trebeliánica expresa ni tácitamente. Esto último, si, con conocimiento de tal derecho, entrega al fideicomisario la posesión de la herencia o efectúa su transmisión sin reserva alguna.
3. Que el testador no la haya prohibido en testamento o codicilo, expresamente cuando el fiduciario sea su descendiente, o manifestando su voluntad de que no la perciba, expresando que la sustitución debe producirse sin detracción alguna o sólo con la de determinados bienes y cantidades, cuando el fiduciario no sea su descendiente. No implica prohibición la simple manifestación de que la sustitución sea de todos los bienes.
4. Que el fiduciario practique el debido inventario o lo haga cualquiera otra persona, judicial o notarialmente, dentro de ciento ochenta días naturales o, excepcionalmente, de un año, si el testador hubiere fallecido o tenido su residencia habitual en el extranjero o el fiduciario no residiera en el domicilio en que radiquen la mayor parte de los bienes hereditarios.
5. Que el fiduciario no lo sea en virtud de heredamiento otorgado en contemplación a su matrimonio o con carácter mutuo entre cónyuges.

Puede detraerse de una vez o en varias, en dinero o en otros bienes de la herencia que no sean los de mejor condición, pudiendo obtener el favorecido la anotación marginal de su derecho en el Registro de la Propiedad. A diferencia de lo que sucede en Mallorca, no parece que el fiduciario goce del derecho de retención.

F. C. L.

2. JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. COMERCIANTES Y AUXILIARES

LAS CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR AGENTE DE CAMBIO Y BOLSA NO SON DOCUMENTOS PUBLICOS (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1980).

Como ya dijo la Sentencia de 8 de febrero de 1921, el artículo 93 del Código de Comercio, al determinar que los libros y pólizas de los Agentes harán fe en juicio y el 1.216 del Código Civil, al conceder la condición de documentos públicos a los autorizados por Notario o funcionario con las solemnidades requeridas por la Ley, no reconoce a las pólizas y certificaciones de los libros respectivos otra fuerza probatoria que la prevista en el artículo 1.218 del mismo Código Civil... Las certificaciones expedidas por Agentes de Cambio y Bolsa sólo acreditan, en cuanto a tercero, el hecho que origina su otorgamiento, en este caso la venta de acciones en Bolsa por el referido Agente mediador, ya que la fe pública de que éstos se hallan investidos no alcanza, según expresó la Sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1947, a advenir la verdad intrínseca de las declaraciones de voluntad que contienen.

II. SOCIEDADES

A) SOCIEDADES ANONIMAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES CONFIRMATORIOS DE OTROS ANTERIORES (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 2 de octubre de 1972 que no pueden impugnarse los acuerdos de una Junta de contenido totalmente confirmatorio de los que se tomaron en una Junta anterior, habiendo pasado con exceso los plazos señalados en el artículo 67, en relación con el 68, referidos a aquellos primeros acuerdos, a pesar de estar dentro del plazo respecto de los de la segunda Junta.

Aunque puede impugnarse un acuerdo sin necesidad de esperar a que la lesión se produzca... la tal lesión no se entiende automáticamente causada por la adopción de aquél, ya que el cumplimiento de la carga procesal del resultado lesivo es exigida al impugnante en las reiteradas Sentencias de esta Sala de 4 de octubre de 1956, 16 de abril y 22 de diciembre de 1970 y 10 de enero de 1973.

ADMINISTRADORES. SU SEPARACION Y NOMBRAMIENTO PUEDE SER ACORDADO EN CUALQUIER MOMENTO POR LA JUNTA GENERAL, SIN PERJUICIO DE QUE PUEDA SER IMPUGNADO EL ACUERDO EN QUE SE DECIDA CONFORME AL ARTICULO 67 DE LA LEY (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1981).

III. TITULOS VALORES

ACCION PERSONAL Y ACCION EJECUTIVA (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1981).

Ejercitada una acción personal derivada de un contrato de préstamo, ha de estimarse que prescribe a los quince años, y no a los tres por el hecho de existir letras de cambio expedidas en garantía del acreedor prestamista; y esto aunque se hayan satisfecho intereses desde la fecha de protesto por falta de pago de tales cambiales y sea condenado el deudor prestatario a satisfacer los gastos de protesto.

R. S. DE F.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

*RETROACCION DE ACTUACIONES POR DEFECTO DE NOTIFICACION
EN LA APERTURA DE INFORMACION PUBLICA DE LOS ESTATU-
TOS DE UNA JUNTA DE COMPENSACION (SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 1980).*

I. ANTECEDENTES

1. Tramitado el Proyecto de Estatutos de la Junta de Compensación del Polígono L del Plan Especial de la Avenida de la Paz, éstos reciben definitiva aprobación de la COPLACO el 12 de mayo de 1971.

2. Doña Felisa C. C., propietaria de una finca en dicho Polígono, en momento alguno recibe citación o notificación personal al respecto.

3. Al no haberse incorporado la mencionada doña Felisa a la Junta de Compensación dentro del plazo, queda planteado el tema de la expropiación de su finca a favor de dicha Junta, integrada, precisamente, por los propietarios redactores del Proyecto y los incorporados dentro de plazo.

4. Doña Felisa interpone recurso contra aquella aprobación de COPLACO, siendo estimado por resolución del Ministerio de la Vivienda el 17 de octubre de 1975. En dicha resolución se acuerda la anulación y que se retrotrayeran las actuaciones al momento procedimental oportuno al efecto de que doña Felisa sea citada a información pública y los acuerdos adoptados también notificados personalmente.

5. La indicada Junta de Compensación del Pinar de Chamartín interpone entonces recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, siendo desestimado por la Sala Tercera de la Territorial de Madrid en Sentencia de 25 de enero de 1978.

6. Promovida apelación por la Junta recurrente, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la desestima aceptando en la sentencia los considerandos de la apelada.

II. LA SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1980

En esta sentencia, de la que fue Magistrado ponente el excelentísimo señor don J. L. Ponce de León y Belloso, se aceptan los *considerandos de la apelada*:

«1.º Que por la Junta de Compensación del Polígono número 1 del Plan Especial de la Avenida de la Paz, también denominada abreviadamente Junta de Compensación Pinar de Chamarín, *se impugna la resolución* del Subsecretario del Ministerio de la Vivienda, adoptada en ejercicio de competencias delegadas por el Ministro del Departamento, *estimatoria del recurso de alzada entablado por la condenanda* en este proceso, Doña Felisa C. C. contra el acuerdo de la COPLACO, de fecha 12 de mayo de 1971, que aprobó definitivamente el Proyecto de Estatutos y de Construcción de la Junta de Compensación del mencionado Polígono, acto administrativo que además ordenó retrotraer las actuaciones para llevar a cabo la citación personal de la indicada señora, propietaria de una finca integrada en el Polígono, a fin de que la misma pudiera manifestar su voluntad de incorporación a la Junta.

2.º Que *la fundamentación jurídica de la estimación del recurso de alzada* se encuentra en la infracción de los artículos 42.1 de la Ley del Suelo de 1956 y 80.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues *ninguno de los actos* administrativos de aprobación inicial, provisional y definitiva de los invocados Proyectos han sido *notificados* personalmente a quien —como la codemandada— tenía la condición de propietario de terrenos comprendidos dentro del área espacial afectada por aquéllos, habiéndose comunicado los mismos mediante publicaciones en Boletines Oficiales y anuncios en tablones de anuncios y periódicos, lo que no es bastante en el supuesto controvertido, ya que la primera de las normas citadas exigen, repetimos, la notificación personal de los propietarios.

3.º Que frente a tal argumentación, *la parte demandante sostiene*: 1.º Que la publicación llevada a cabo en la forma antedicha cumple por completo con lo exigido por el artículo 42.1 de la Ley del Suelo y artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo; 2.º Que *los datos registrales no eran suficientes* para dar a conocer el domicilio de la codemandada, pues este extremo no luce en la inscripción de la finca, y 3.º Que el empadronamiento de tan repetida señora en el Ayuntamiento de Madrid era completamente desconocido por la COPLACO y por la Junta recurrente, por todo lo cual llega a la conclusión de la inexigibilidad de la notificación personal y de *la suficiencia de las publicaciones efectuadas por tratarse de personal con ignorado domicilio*, de suerte que aquélla ya no podrá adherirse a la Junta de Compensación, quedando sujeta (art. 125.3 de la Ley del Suelo) al expediente de expropiación forzosa de la finca de su propiedad.

4.º *Que la tesis actora es por completo rechazable*, pues como ya informó la Asesoría Jurídica del Ministerio de la Vivienda (en 16 de octubre de 1975), el concepto de domicilio desconocido sólo puede referirse al hecho de que el desconocimiento continúe, no obstante las averiguaciones racionalmente hechas al efecto, no pudiendo legítimamente considerarse desconocido el domicilio de un titular registral y, por tanto, otorgante de la escritura pública que determinó la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca afectada por el expediente, donde necesariamente constará tal domicilio, máxime si, como resulta de la certificación aportada al expediente librada por la Secretaría del Ayuntamiento de Madrid, dicha persona interesada (artículo 23.b. de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículos 295 y 296 R. O. F.) está debidamente empadronada como nacida en Madrid, con residencia continuada en esta capital durante sesenta y tres años y con inalterable domicilio detalladamente señalado.

5.º Que cuando se exige la notificación personal (arts. 42.1 de la Ley del Suelo y 23.3 y 25 del Decreto 1006/1966) no es suficiente la publicación del acto administrativo, pues dice el artículo 315 del R. O. F. que 'la falta de notificación no podrá suplirse con la publicación del acto o acuerdo en el Boletín, sino en el caso de que se ignore el domicilio de la persona a quien haya de notificarse una resolución', ignorancia que no es posible mantener en el supuesto controvertido; la omisión de tal trámite constituye un defecto de forma determinante de indefensión, y por ello, de anulabilidad del acto definitivo (artículos 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 293 del R. O. F.) y como así lo ha entendido la resolución impugnada resulta clara su conformidad a Derecho, con la consiguiente desestimación del recurso.

6.º Que no se aprecian razones determinantes de expresa imposición de costas».

El Tribunal Supremo insiste en considerandos propios:

Primer considerando: Que el tema que se suscita en esta apelación esencialmente radica, en si resulta adecuado lo resuelto por el acto administrativo que por la Entidad recurrente se impugna y que a su vez fue ratificado en la sentencia que se recurre, que ordenó retrotraer las actuaciones practicadas al momento de tener que notificar personalmente a la aquí interesada y propietaria de la finca integrada en el Proyecto de Estatutos de Constitución de la Junta de Compensación del Polígono a que este recurso se refiere el mismo, puesto que, aprobado, era requisito esencial llevar a cabo tal notificación a fin de que tal interesada manifestara su voluntad del derecho que le asistía con respecto a dicho Proyecto; o si por el contrario, de acuerdo con la tesis que se sostiene por la Entidad apelante, por tratarse de persona la expresada propietaria con ignorado domicilio, toda vez eran insuficientes los datos que existían sobre el mismo, no

era exigible la indicada notificación personal, siendo entonces suficiente la forma de publicidad llevada a efecto en este caso para su cumplimiento, con arreglo a la legalidad dispuesta en este supuesto, y por tanto no podía ya adherirse a la citada Junta de Compensación, habiendo de quedar por tanto sometida a la correspondiente expropiación forzosa de la finca de su propiedad, conforme fue resuelto por la COPLACO.

Segundo considerando: Que planteada en los anteriores términos la cuestión litigiosa, es imprescindible cumplir con lo dispuesto en el artículo 42, número 1.º, de la Ley de Régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956 y que está reproducido en el artículo 54, número 1.º, de su Texto Refundido de 9 de abril de 1976, según los que los planes y proyectos se elevarán al Ayuntamiento y serán tramitados conforme a lo previsto en la Sección 4.ª, con citación personal para la información pública de los propietarios de los terrenos comprendidos en aquéllos, por lo que *se trata de un trámite esencial el de la información pública y por tanto el de la citación personal de tales propietarios, y por consiguiente, es indudable que su omisión produce asimismo la indefensión de los afectados, y en consecuencia, determina su anulabilidad*, según lo previsto en el artículo 48, párrafo 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y aun en el caso de haberse prescindido de dicha citación personal alegando desconocimiento de su domicilio, es también imprescindible haberse dado amplia y detallada publicidad informativa de los planes o proyectos de que se trata, para el debido conocimiento de cuantos sean interesados en los mismos, y bajo la declaración en otro caso de incurrir de igual modo en su anulabilidad por falta del adecuado cumplimiento de dicho trámite esencial del procedimiento.

Tercer considerando: Que a la vista de ello resulta, que al propio tiempo y en defecto de la mencionada citación personal a la interesada, *siempre serían exigibles para su debido cumplimiento las formalidades establecidas en estos casos por el artículo 80, número 3.º, de la referida Ley de Procedimiento Administrativo* cuando dispone, que si los interesados en un procedimiento son desconocidos o se ignora su domicilio, la notificación se hará por medio de anuncios en el Tablón de Edictos del Ayuntamiento de su último domicilio o residencia, así como en el *Boletín Oficial del Estado o de la Provincia*, mas esta forma subsidiaria de realizarse esa notificación cuando debía ser la misma personal, necesita reunir determinados requisitos formales para que surta efectos y que en este caso, desde luego, no se han cumplido conforme resulta del propio examen de su publicación, pues entonces dicho incumplimiento dará lugar a un defecto de trámite y consiguiente indefensión, de tal modo que dicha notificación no será válida a tenor del citado artículo 48, número 2.º, de la expresada Ley procedimental, y a fin de evitar con ello se produzca una situación de incertidumbre para tales interesados con los naturales perjuicios para sus legítimos derechos y que originarían las pertinentes acciones impugnatorias;

de todo lo cual se desprende la necesidad en el acto objeto de esta impugnación, de que a falta de su citación personal siempre su notificación habría de haber tenido la debida y adecuada publicidad, tanto en el Tablón de Edictos del Ayuntamiento de su último domicilio o residencia —cuando hubiera constancia de esto según ocurre en este caso—, como asimismo, indistintamente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o de la *Provincia*, con los requisitos formales pertinentes para que sea eficaz tal publicidad, *especialmente con la debida determinación y concreción de los bienes afectados y la identidad de sus respectivos propietarios*, datos precisos para su adecuada eficacia y validez y que en este caso resulta se omitieron al haberse prescindido de los mismos en los respectivos anuncios oficiales, por lo cual tampoco, y aun a falta de la citación personal que correspondía realizar, es posible tener por fehaciente dicha notificación subsidiaria, a los efectos del cumplimiento del indicado requisito formal.

Cuarto considerando: Que una vez sentado lo que antecede, la lógica conclusión ha de ser la que se sustenta en la sentencia apelada y que también es la que comparte el Ministerio de la Vivienda, puesto que cualquiera que sea el supuesto aquí aplicable con respecto a la constancia o no de la residencia y domicilio de la propietaria afectada, siempre la forma de llevar a cabo su citación y notificación adolece de ser defectuosa conforme a los preceptos legales reguladores de esta materia en estos casos, y por tanto, resulta evidente el acordar a causa del incumplimiento de dicho esencial trámite y consiguiente indefensión para la interesada, la anulabilidad del acto que indebidamente lo resolvió y en su consecuencia confirmar la sentencia apelada y la resolución administrativa impugnada ante esta vía jurisdiccional, que de este modo así se han pronunciado.

Quinto considerando: Que no se aprecian motivos en los litigantes determinantes de una expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, a tenor de los artículos 81 y 131 de la Ley Jurisdiccional.

III. COMENTARIO

1. Introducción: Valor del análisis de sentencias

La función de los Jueces no consiste en hacer literatura, ni en resolver los litigios con estética y lógica jurídica incuestionables; más sencillamente los Jueces deben impartir justicia.

No obstante, la *importancia y trascendencia* de sentencias, como las del Tribunal Supremo, por ejemplo, debiera hacer que los Magistrados se cuidaran de ofrecer con claridad la doctrina que con ocasión del concreto litigio establezcan o reiteren.

Conocida es la manipulación de que son objeto las sentencias del Tribunal Supremo con la finalidad de fundamentar determinadas posi-

ciones argumentales de las partes en los contenciosos. No estaría de más en este sentido que los propios Magistrados evitaran ambigüedades y oscuridad en sus pronunciamientos.

A un lado la calidad lingüística, gramatical o literaria de las resoluciones, resulta inexcusable que la doctrina ofrecida lo sea con claridad. Claridad, que exigiría una exposición del *supuesto de hecho* del que partiría y en el que se fundamentaría la argumentación jurídica de la resolución, así como una *argumentación* integrada por los suficientes y necesarios pasos lógicos que, a su vez, deberían darse sobre bases suficientemente fundadas.

Hay sentencias de una estética y lógica admirables, cuya simple y primera lectura ofrece un panorama nítido del tema que tratan.

Otras, sin embargo, son difíciles y exigen un cierto esfuerzo: el camino argumental utilizado no resulta trazado con exactitud, en determinados pasos se advierte inestabilidad de la base escogida, incluso el punto de partida no se expone suficientemente, ni se fija con exactitud. Tales sentencias, aunque en su fallo resulten totalmente justas y ajustadas al Ordenamiento Jurídico, no dejan de plantear problemas a la hora de ser utilizadas como precedente judicial, por ejemplo. Pero tales sentencias ofrecen un interesante ejercicio equiparable a cualquier pasatiempo: rellenar lo que aparece en blanco, detectar los posibles errores, *reconstruir los pasos dados*, averiguar el significado de lo que se expone...

De lo expuesto, que quede de manifiesto la importancia que cualquier análisis de jurisprudencia tiene para adquirir e incrementar la inexcusable sensibilidad jurídica de quienes con más o menos profesionalidad dedican algún tiempo al Derecho.

Ejemplos de lo que se ha dicho pueden encontrarse en cualquier comentario de jurisprudencia que esta Revista, por ejemplo, viene ofreciendo.

2. Exigencia de notificación

a) Notificación de actos de trámite a quienes no iniciaron el procedimiento administrativo

Según el apartado 1.º del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo (L. P. A.):

«Se notificarán a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses».

Dejando a un lado el tema de la eficacia, jurídico-material o procesal, del acto notificado en relación con el notificador, algo resulta patente del precepto transcrito: que las resoluciones deben notificarse a los interesados. Ello en los términos de los siguientes apartados del mismo artículo y del siguiente (1).

(1) Según los apartados 2, 3 y 4 del artículo 79 de la L. P. A.:

«2. Toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días a partir de la resolución o acto que se notifique y deberá contener el texto íntegro del acto, con la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo

Dos temas, sin embargo, se plantean. Uno sería el de concretar el concepto de interesados, ya que sólo a éstos es preceptivo notificar. Otro tema es el de la notificación de actos administrativos que no sean resoluciones, es decir, si es preceptivo notificar actos de trámite.

El concepto de interesados, así como su posición en el procedimiento administrativo, explica claramente el ordenamiento general sobre el problema. Veámoslo

Según el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

«Se considerarán interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos.

b) Los que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquéllos cuyos intereses legítimos personales y directos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Dejando a un lado a aquellos interesados que, por serlo, puedan iniciar un procedimiento y, además, lo inician (apartado a), el tema es el de la posición jurídica de aquellos otros administrados que no inician el procedimiento (por haberse incoado por otros o de oficio).

Muy sintéticamente podría decirse que la posición de los interesados en el procedimiento se concreta en la posibilidad de intervenir en el mismo. Intervención que tiene un doble aspecto.

Por un lado, informarse (2). Según el artículo 62 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

«Los interesados en un expediente administrativo tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes».

para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen pertinente.

3 Las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente

4 Asimismo surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas personalmente al interesado que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubiera omitido otros requisitos, salvo que se hubiera hecho protesta formal, dentro de este plazo, en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia.»

Y según el artículo 80 de la misma Ley

1 Las notificaciones se realizarán mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identidad del acto notificado, y se dirigirán en todo caso al domicilio del interesado o al lugar señalado por éste para las notificaciones. Si se tratase de oficio o carta se procederá en la forma prevista en el número 3 del artículo 66, uniéndose al expediente el resguardo del certificado.

2. De no hallarse presente el interesado en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su parentesco o la razón de permanencia en el mismo

3. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos o se ignore su domicilio, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el *Boletín Oficial del Estado* o de la provincia »

(2) Sobre el tema trató el comentario aparecido en el número 538 de esta Revista

Por otro lado, hacer alegaciones. Según el artículo 83 de la misma Ley:

«Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución».

y según el artículo 91:

«1. Instruidos los expedientes, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

2. La audiencia será anterior al informe de la Asesoría Jurídica o al dictamen del Consejo de Estado.

3. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado».

Pero volvamos al concepto de interesado. Del artículo 23 (apartados *b*) y *c*) se desprende una distinción entre titulares de derechos y simples ostentadores de un interés cualificado. A los primeros se les considera interesados sin más. Sin embargo, a quienes no son titulares de un verdadero derecho que pueda resultar directamente afectado por la resolución, para considerarles interesados es preciso que *se personen en el procedimiento*.

Esta distinción ofrecida por el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo tiene un claro reflejo en la posición jurídica que cada tipo de administrado tiene en el procedimiento. Y es que, efectivamente, si, como acabamos de indicar, se trata de administrados que no han iniciado el procedimiento, aunque sean interesados, para que pueda considerarse efectiva su posibilidad de informarse y hacer alegaciones, lo primero que deben saber es que tal procedimiento se ha iniciado. Pues bien, a este respecto dispone el artículo 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo lo siguiente:

«Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal se advierte la existencia de interesados comprendidos en el apartado *b*) del artículo 23 y que no hayan comparecido en el mismo, se comunicará a dichas personas la tramitación del expediente».

Es decir, que a los titulares de derechos (apartado *b*) del art. 23) debe notificárseles la tramitación del procedimiento y, con independencia de que se personen o no en el mismo, tienen «derecho» a conocer la existencia del procedimiento. Y, por el contrario, los ostentadores de un interés cualificado, que no llega a ser derecho subjetivo (apartado *c*) del art. 23), aunque pueden informarse y hacer alegaciones, no tienen «derecho» a conocer, mediante notificación, la existencia del procedimiento, debiendo, consi-

guientemente, enterarse por otras vías Sólo desde que se personen en el procedimiento tendrán ese «derecho» a las notificaciones de actos de trámite que les afecten.

b) *El tema de las informaciones públicas*

En algunos procedimientos la información pública aparece como trámite obligado. Su significación tiene distinto alcance según los casos.

En términos generales, y en primer lugar, la información *pública* viene a significar una apertura del procedimiento a quienes no son «interesados» según el concepto legal: el *público* puede informarse y hacer alegaciones. Ello implica que, lógicamente, el medio de poner en conocimiento la existencia del procedimiento y la posibilidad de *informarse e informar* sea la *publicación*.

La existencia de información pública, significa, además, que a los interesados no titulares de derechos, pero interesados según el concepto legal (apartado c) del art. 23, y art. 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo), se les da oportunidad de conocer la existencia del procedimiento por medio de aquella publicación.

Lo dicho, desde el punto de vista de la ampliación de perspectivas a los administrados. Ahora bien, la existencia de información pública ofrece también una perspectiva contraria, al menos como posible planteamiento.

Aparte la concreción en el tiempo o periodo de información pública que supone para la información, receptiva o activa, por parte de los interesados en relación con el tema de las notificaciones personales la cuestión es patente. ¿A los titulares de derechos debe notificárseles personalmente la existencia del procedimiento? ¿Basta respecto de ellos la publicación? Por otro lado, ¿a quienes se personen en el procedimiento deben notificárseles los trámites y actos, en cuanto interesados?

En el supuesto de la sentencia comentada todo el tema se resume en el de la notificación a un titular de derecho subjetivo, en un procedimiento especial en el que hay información pública: Aprobación de los Estatutos de una Junta de Compensación (3).

c) *Necesidad de notificar a los propietarios del Polígono la apertura del trámite de información pública de los Estatutos de una Junta de Compensación*

La sentencia comentada entiende preceptiva la notificación a los propietarios cuando se abre la información pública con base en el artículo 42-1 de la Ley del Suelo de 1956 (actual art. 54-1 del Texto Refundido). Así, en el principio del quinto considerando de la apelada y en el segundo propio del Tribunal Supremo. En la sentencia apelada también se hace referencia a los artículos 22-3 y 25 del Reglamento de Reparcitaciones.

Según el artículo 41-1 antiguo, y actual 54-1 de la Ley del Suelo:

(3) Al tema de la información pública en el procedimiento de aprobación de Planes de Urbanismo y, en especial, de la citación a los propietarios hizo referencia al comentario del número 539 de esta Revista, planteándonos entonces problemas próximos a los del presente comentario.

«Los Planes y Proyectos se elevarán al Ayuntamiento y serán tramitados conforme a lo previsto en la Sección cuarta, con citación personal para la información pública de los propietarios de los terrenos comprendidos en aquéllos».

Es de notar al respecto que, aunque clara, la exigencia de citación lo es con referencia a Planes y Proyectos. Proyectos sin cualificar, pero que del contexto de la norma (el art. 52-1 se refiere a los *Proyectos de urbanización*) resultaría torzado entender incluidos *los de compensación*. Sin embargo, la conclusión es correcta: No por ser posible una interpretación del precepto que incluya en el mismo los proyectos de compensación. Tampoco por la posibilidad de analogía entre tramitación de estos proyectos y las de los Planes y otros proyectos. Más sencillamente, la solución es correcta, porque el artículo 124 de la Ley de 1956, en su apartado 5 disponía claramente que:

«la aprobación de los proyectos de compensación requerirá los mismos trámites que los de los Planes de ordenación urbana».

Esta es la pieza que falta a la sentencia comentada para poder comprender el tema en su amplitud (4).

Por otro lado, la sentencia apelada, que no el Tribunal Supremo en sus propios considerandos, hace referencia a los artículos 23-3 y 25 del Reglamento de Reparcelaciones.

Según el artículo 23-3 del citado Reglamento:

«Se notificará la aprobación (inicial) a los interesados a que se refiere el artículo 20-1-d)... y, en su caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 25-2».

Los interesados a que se refiere el 20-1-d), *son los propietarios* y titulares de derechos reales y situaciones jurídicas sobre las fincas, respecto de las que en el expediente se exige indicación de sus nombres y apellidos, domicilio y datos de la inscripción de sus derechos, salvo que fuesen desconocidos, en cuyo caso se hará constar así en el expediente.

Resulta claro, por tanto, que es necesario notificar personalmente a los propietarios, pero en el caso de Proyectos de Reparcelación.

Aquí, la analogía resulta necesaria y clara. Además de ser exigible la notificación con base en lo dispuesto para los planes por remisión expresa de la Ley, lo es también si se tiene en cuenta que lo es en los supuestos de Reparcelación, ya que el Proyecto de Compensación no es sino el equivalente en el sistema de compensación a aquel proyecto en el sistema de cooperación. Así lo ve la sentencia apelada en su quinto

(4) Es de señalar que el vigente texto de la L. S. respecto de la aprobación de los proyectos de Bases y Estatutos de las Juntas de Compensación dice que

«Con anterioridad a la resolución que se adopte se dará audiencia a los demás propietarios» (los que no presenten dichos proyectos)

Es decir, que según el vigente Texto legal hoy queda fuera de duda la exigencia de la citación, dado el sentido que en el contexto del ordenamiento tiene la «audiencia». Artículo 91 de la L. P. A., por ejemplo.

considerando y así lo acepta el Tribunal Supremo, aunque éste no utilice expresamente tal argumentación complementaria (5).

A lo anterior cabe añadir la referencia que la sentencia apelada hace (final del cuarto considerando) al artículo 23-b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, significándose que, además de la legislación especial, principios generales del ordenamiento jurídico administrativo, según antes veíamos, empujan a entender exigible la notificación.

3. Notificación a personas de ignorado domicilio

a) *El apartado 3 del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo*

Según el apartado 3 del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

«Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos o se ignore su domicilio, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el *Boletín Oficial del Estado o de la Provincia*».

Lógicamente, si se desconoce al interesado o se desconoce su domicilio, no será posible la notificación «personal», con cumplimiento de los requisitos de los apartados 1 y 2 del citado artículo 80. Ahora bien, para poder utilizar la publicación como medio de notificación, lógico es que concurra alguno de los supuestos de hecho que la posibilitan: desconocimiento del interesado o de su domicilio.

Visto que la existencia de información pública no excusa de la notificación personal en el caso, se trata ahora de ver si a doña Felisa se la debió de notificar o no.

b) *Aplicabilidad del apartado 3 del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo al procedimiento especial del supuesto de hecho*

Según se vio antes, la Ley del Suelo de 1956 no regula especialmente el procedimiento de aprobación de los Estatutos de las Juntas de Compensación; remite la regulación a la de los planes de ordenación urbana.

(5) Es de señalar que el Texto reglamentario actualmente a tener en cuenta es el Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Decreto 3288/78, de 25 de agosto.

En el Reglamento vigente se regulan como dos fases, en principio, diferenciadas, primero, la aprobación de las Bases y Estatutos, que culmina con la Constitución de la Junta de Compensación (artículos 161 y ss. fundamentalmente), y luego la aprobación del concreto proyecto de compensación, redactado y tramitado dentro de la Junta (arts. 172 y ss. fundamentalmente).

Pues bien, según comienza diciendo el apartado 3 del artículo 161:

«El acuerdo de aprobación inicial, con los proyectos de *Estatutos y bases* de actuación, se publicará en el *Boletín Oficial* de la provincia y se notificará además *individualizadamente* a todos los propietarios afectados por el sistema de actuación, en cuya notificación se hará mención del *Boletín Oficial* en el que se inserte el aludido acuerdo».

Con referencia al Proyecto concreto, el artículo 174 comenzará diciendo que.

«El Proyecto de compensación se someterá, *previa audiencia* de todos los afectados por plazo de un mes, a aprobación de la Junta».

Dichos afectados serán, en principio, los miembros de la Junta, aunque cabría plantear la posibilidad de que existan propietarios no incorporados a la Junta y que mantengan su titularidad sobre las fincas afectadas por no haber sido todavía expropiadas (art. 168 del R. G.; también art. 169).

Pues bien, en la regulación del procedimiento de aprobación de planes de ordenación urbana no se prevee expresamente el supuesto de que los propietarios a quienes se deba efectuar alguna notificación o citación individual sean desconocidos o su domicilio se ignore. La aplicabilidad, aquí, por tanto, del apartado 3 del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo debe fundarse en el carácter general y supletorio de la Ley de Procedimiento Administrativo no desvirtuado por ninguna especialidad en el supuesto (tanto de planes, como de Estatutos de las Juntas de Compensación) (6). Tal es lo que la sentencia comentada da a entender implícitamente.

Por otro lado, también según antes veíamos, la sentencia apelada utilizaba la analogía con el supuesto de Proyectos de Reparcelación en orden a exigir la notificación. Pues bien, para este aspecto del tema la analogía es perfectamente utilizable, ya que según el artículo 23-3 del Reglamento de Reparcelaciones la citación a información pública de los propietarios del polígono, *en su caso*, se hará en los términos del artículo 25, apartado 2. Y según éste:

«Cuando no constaren los domicilios o hubiere interesados desconocidos o incomparecientes se estará a lo dispuesto en el artículo 2-2 de este Reglamento en relación con el 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo».

Admitida, por tanto, la analogía con la reparcelación, la conclusión es claramente afirmativa sobre la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo en este punto (7). Así lo da a entender la sentencia apelada (considerando quinto) y así lo acepta el propio Tribunal Supremo.

c) *El concepto de domicilio desconocido*

En la sentencia apelada se llega a la conclusión de que el domicilio de doña Felisa no podía considerarse desconocido y consiguientemente la notificación personal no podía entenderse suplida por la publicación. Al tema se dedica el cuarto considerando, aceptado por el Tribunal Supremo, y en el que se rebate la argumentación de la parte demandante (considerando tercero).

Del análisis del mentado considerando pueden extraerse las siguientes puntualizaciones.

De la lectura, difícil por demás, de dicho considerando, parece desprenderse que el hecho de que doña Felisa tuviese su finca inscrita en el Registro de la Propiedad significa que su domicilio tiene necesariamente que ser conocido.

Al respecto, de entrada, hay que puntualizar que en el Registro no tiene porqué constar necesariamente el *domicilio del titular registral* (artículo 51, regla novena, del Reglamento Hipotecario).

Si la anterior afirmación es la que ha querido verterse en la sentencia

(6) En el vigente texto de la Ley del Suelo ocurre lo mismo.

(7) El Reglamento de Gestión Urbanística no contiene precisión alguna al respecto. No sería forzado en base a ello sostener que resulta vigente en este punto el Reglamento de Reparcelaciones y la analogía respecto del sistema de compensación operaría en los mismos términos que antes.

apelada, habría que criticarla. Ahora bien, de la confusa redacción de la misma también podría darse a entender que *de hecho* en la inscripción constaba el domicilio de doña Felisa, que, consiguientemente, éste debería constar en el expediente administrativo y que el hecho de la antigüedad de la inscripción no justificaría prescindir y dar por desconocido tal domicilio. Esta parece ser la realidad del supuesto de hecho si con minuciosidad se lee el farragoso tercer considerando del Tribunal Supremo; del mismo parece desprenderse que hay constancia en el expediente del último domicilio o residencia de doña Felisa. Pues bien, si esto fuera así, no hubiera estado de más hacerlo constar claramente en los considerandos de la sentencia, y en este sentido es criticable tal oscuridad.

Con independencia de lo anterior, y después del esfuerzo interpretativo a que la sentencia obliga, lo que sí resultaría atinado es la conclusión que parece desprenderse. Tal conclusión, aunque no expresamente expuesta, debiera ser la siguiente: que constando (o debiendo haber constado) un domicilio en el expediente debiera haberse efectuado la notificación en el mismo y sólo después de averiguar que tal no era el actual domicilio del interesado (de doña Felisa) proceder a sustituir la notificación por la publicación.

Otro aspecto de interés es el de la Certificación Municipal a que hace referencia el mismo considerando. Al respecto se plantea la misma confusión que rige todo el contexto de la sentencia.

¿Constaba tal certificación en el expediente administrativo? Si así fuera sobraba cualquier elucubración, ya que el domicilio era perfectamente conocido.

Descartada tal hipótesis, por el absurdo que supondría, habría que entender que dicha certificación es aportada como prueba (ya sea en el Contencioso-Administrativo, ya en el recurso estimado de alzada ante el entonces Ministro de la Vivienda). Pues bien, ahora el problema lo plantea el contenido de tal certificación. De la misma parece deducirse que doña Felisa, en los sesenta y tres años de vida, desde que nació en Madrid, no ha alterado su domicilio. Entonces, si coincide el domicilio registral con el real *sobran hacer averiguaciones* acerca del mismo. ¿Qué sentido tiene, entonces, exigir que el desconocimiento continúe no obstante las averiguaciones racionalmente hechas al efecto de determinar el verdadero?

De nuevo hay que interpretar las palabras de la sentencia apelada en el sentido de significar que en el supuesto de hecho, aunque se conocía el real y verdadero domicilio ni siquiera se efectuó la notificación, en el mismo, en orden a averiguar si tal era el real, dadas las dudas sobre tal extremo.

En definitiva: sólo con las anteriores matizaciones y puntualizaciones es posible dar algún sentido a la doctrina que con base en la sentencia apelada, admite el Tribunal Supremo.

d) *El tema de los requisitos de la notificación mediante publicación*

En el tercer considerando propio del Tribunal Supremo se aborda el tema del epígrafe.

Lo primero que tiene que hacerse notar es la misma existencia del tema en la sentencia. Lo que viene a decir el Supremo es que, al no reunir

la repetida publicación los requisitos exigibles, el acto resolutorio del procedimiento es anulable. Ahora bien. ¿En qué quedamos? ¿Acaso no era conocido el domicilio de doña Felisa? Aunque no lo fuera ¿acaso no resultaba claro de la sentencia apelada que no se hicieron las racionales averiguaciones que hicieran posible sustituir la notificación por la publicación? ¿A qué viene, por tanto, argumentar que la publicación no reunió los requisitos exigibles? Si debió notificarse y no se hizo, sobra cualquier otra consideración (8).

Por demás, y aparte el tema de la calidad de la redacción, el considerando analizado no fija con claridad el supuesto de hecho. Supuesta la publicidad mediante el *Boletín Oficial*. ¿Se publicaron o no los edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de última (?) residencia de doña Felisa?

Según el 80-3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, tales serían los requisitos de esta notificación subsidiaria. Y una de dos: si se publicaron los edictos, sobra la referencia al tema; caso de no haberlo sido, no deja de ser paradójico que el tema se enfoque como incumplimiento del 80-3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y no del artículo 23-3 del Reglamento de Reparcelaciones, de aplicación analógica según se vio y según el cual...

«En cumplimiento de la información pública se insertarán anuncios en el *Boletín Oficial* de la provincia y en el del Ayuntamiento, si lo hubiere, y se expondrán en el tablón del Ayuntamiento y en el del órgano actuante si quiere otro. En dichos anuncios constará la delimitación de la zona y el lugar y circunstancias en que podrá examinarse el proyecto».

Lo que sí resulta claro del considerando analizado es que, en el supuesto, la publicación efectuada no contenía una determinación y concreción del bien y la identidad de su respectivo propietario, doña Felisa. Y según el Tribunal Supremo ello era especialmente debido. Debido, según se desprende, en base al 80-3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que no dice nada al respecto, pero que con acierto es interpretado en el sentido de exigir dicha concreción para que sea eficaz tal publicidad.

Insistiendo en esta idea, es de señalar que del artículo 80-3 de la Ley de Procedimiento Administrativo lo más que puede desprenderse, en una consideración aislada, es que el contenido de la publicación debe ser el mismo que el de la notificación que sustituye. Al exigirse, por tanto, que en el anuncio de información pública se hagan constar, además de los generalmente debidos, los datos de las fincas y de sus propietarios, caso de ser conocidos, pero de ignorado domicilio, se está dando una especial significación al tema en el contexto del procedimiento especial: no basta dar oportunidad a doña Felisa de conocer la apertura de la información pública de una manera impersonal; debe aparecer en la publicación su nombre y los datos de su finca. El considerando, así destilado, ofrece una interesante doctrina.

(8) Quizá el Supremo haya querido salir al paso de cierta corriente jurisprudencial que ha llegado a admitir que la citación a los propietarios puede entenderse sustituida por la publicación de los anuncios de la información pública (sobre el tema, en esta Revista, el comentario del núm. 539, páginas 986 y ss.). Ahora bien, si eso era lo que se quería y pretendía, no hubiera estado de más haberlo expresado claramente.

4. *Apreciación de la indefensión*

Tanto la sentencia apelada (considerando quinto, *i. f*) como el propio Tribunal Supremo (considerandos segundo, tercero y cuarto), no dudan en apreciar indefensión respecto de doña Felisa determinante de la trascendencia invalidatoria de la infracción formal cometida (Ley de Procedimiento Administrativo art. 48-2). La primera, por entender que no se produjo la notificación personal debida. El segundo, al tiempo, por entender que la publicación no reunía los requisitos debidos para operar como citación subsidiaria.

Aparte cual sea la infracción determinante de la indefensión, en cualquier caso resulta importante que ésta se haya apreciado y dado a doña Felisa no sólo la oportunidad de incorporarse a la Junta de Compensación, evitando así la expropiación de su finca, sino también la posibilidad de hacer alegaciones críticas respecto de los Estatutos de la Junta antes de que éstos sean aprobados por la Administración.

La automaticidad de la conexión entre defecto de citación e indefensión en el tema de Constitución de Juntas de Compensación, es otra importante aportación de la sentencia comentada y en otros puntos de esforzada comprensión.

J. G. S.

LIBROS

COLMENAR VALDÉS, S., y STAMPA SÁNCHEZ, L.: *Tributación eclesiástica. Congregaciones, fundaciones, fieles*. Editorial Derecho Financiero. Madrid, 1980.

Llega a mis manos, con una amable dedicatoria de uno de los autores, este estudio de una materia que puede producir extrañeza en aquellos que todavía recuerdan la tradicional fórmula del quinto mandamiento de la Santa Madre Iglesia: «pagar diezmos y primicias a la Iglesia de Dios», que, tras el Concilio, se ha quedado en eso de «ayudar a la Iglesia en sus necesidades». Sí, por supuesto, existe una tributación eclesiástica en un conjunto de supuestos a los que el estudio se refiere específicamente desarrollando el Convenio Económico celebrado para las relaciones Iglesia-Estado el 3 de enero de 1979 y que toca esencialmente la regulación fiscal de las mismas.

Esta publicación inicia la serie de «Cuadernos Fiscales» que la Editorial EDESA brinda al público bajo la idea de «comentar aquellas disposiciones que, por la extensión de su estudio, superen la normal de un artículo de revista, sin que lleguen a la acostumbrada para que formen un libro, aunque el resultado supere al propósito». Buen propósito si con ello se logra otra de las finalidades que la editorial pretende: enfocar la materia fiscal para encuadrarla, en forma exigente, dentro de las directrices más exactas del Derecho. Deseemos buen camino a estos planes de EDESA —nombre comprimido en respuesta a la brevedad urgente de nuestros tiempos— como hace poco se los dediqué a la guipuzcoana NICOLASA —nombre sin comprimir y tradicional del buen comer— para que siga su vieja tradición.

Son once los capítulos de la obra, precedidos de un prólogo y seguidos de dos apéndices legislativos: los acuerdos económicos y jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español. Creo que es importante el enfoque inicial que los autores dan al tema, pues la «doble realidad» de la Iglesia obliga a contemplar los Convenios que ella ha celebrado con el Estado desde las dos facetas. Estoy de acuerdo en que hemos llegado a la «estación término» y que al tranvía o la locomotora que nos ha llevado hasta los topes que frenan su impulso hay que darle la vuelta en esas plataformas giratorias —estilo San Francisco de California— para intentar recuperar esa espiritualidad dejada en el camino de ida. Al pueblo hay que hacerle leer, racionarle el opio televisivo y llenarle de ideas, limitándole los gestos... y, se me olvidaba, a los afiliados al partido comunista o socialista, recomendarles que cuando les hagan una entrevista no contesten en plural: nosotros los comunistas opinamos. Ser persona y tener personalidad es más importante que pertenecer a un partido.

En el capítulo II se exponen las notas generales del convenio y la diversa personalidad de la Iglesia. Se destacan los caracteres del carácter provisional y la fórmula legitimadora anterior basada en el pasado desamortizador, de los acuerdos, así como los supuestos que no originan obligación de contribuir, las exenciones y los beneficios fiscales. Igualmente en forma muy sintética se encuadran la múltiple representación social de la Iglesia y su diversa personalidad.

El capítulo III está destinado a los recursos económicos de carácter normal de la Iglesia: las donaciones. Los autores examinan los artículos 1 y 3 del Convenio, donde se plantea la no sujeción de las limosnas, obligaciones y la adquisición de objetos para el culto a los impuestos de la renta, gasto y consumo. Igualmente se comprende el examen del artículo 4 y las relaciones que el mismo ofrece en torno a las donaciones a la Iglesia y a los entes eclesiásticos, las plusvalías del donante y las deducciones por donación.

El capítulo IV aborda el problema de las herencias y legados hechos directamente a la Iglesia y a los entes o personas eclesiásticas que también se recogen en el artículo 4 del Convenio citado. Especialmente se estudia la institución o legado a favor del alma del testador y la posible existencia de plusvalías generales por el fallecimiento del causante.

El capítulo V recoge el estudio de la tributación de las personas o entes eclesiales a través de la figura de las retenciones, cesión de elementos patrimoniales y ejercicio de actividades empresariales, ganancias de capital y aumentos y disminuciones de patrimonio.

El capítulo VI está destinado a la tributación por ganancias de las mismas personas y fundamentalmente el tema principal es el de las enajenaciones de bienes eclesiásticos.

El capítulo VII se refiere a la tributación de las fundaciones eclesiásticas (beneficios, instituciones pías, fundaciones pías y capellanías colativas) a las cuales debe aplicarse el tratamiento fiscal especialísimo sobre las fundaciones de carácter benéfico.

Los capítulos VIII y IX se refieren a diversos impuestos que pueden o no afectar a las entidades eclesiásticas como son el Impuesto de Sociedades (con la distinción entre rendimientos sujetos a retención y rendimientos derivados de la cesión del uso del patrimonio) y los incrementos de patrimonio, rendimiento de explotaciones económicas y el Impuesto sobre Personas Jurídicas.

El capítulo X se refiere a la imposición indirecta que comprende el doble estudio de los impuestos sobre el Tráfico de las Empresas, Impuesto sobre el lujo, transmisiones patrimoniales y valor añadido, así como las exacciones municipales sobre contribuciones e impuestos municipales. Cierra la obra el capítulo XI, que examina la jurisdicción competente.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ESCOBAR FORNOS, IVÁN: *Casos prácticos de Derecho inmobiliario registral*. Nicaragua, 1980.

Me llega de Nicaragua, la Nicaragua «sandinista», esta obra que viene especialmente dedicada por su autor a mi persona. Y no ya por correspondencia, sino por fervor a la amistad que con el autor me une, quiero recensionarla sin apearne de mi inquebrantable sentido objetivo en estas tareas. El autor es Abogado y Notario, Profesor de la Universidad, Miembro del Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y ex Registrador y ex Magistrado. Pero creo que esos títulos no significan nada al lado de su cultura, de su sentido deportivo hacia el estudio, de su dimensión humana y de su gran deseo de extender sus conocimientos hacia quienes los quieran recoger. Todavía en mis entrañables recuerdos vive y vivirá siempre el de las cuatro jornadas en las que IVÁN brindó a un grupo de españoles su hospitalidad, su hidalguía y su amabilidad dándonos la gran lección de su señorío. Todas estas cosas ya las digo en el prólogo de su obra que creo ha sido o está a punto de ser publicada.

Situado el autor y «la media filiación» que con él me une, vaya por delante mi sincero aplauso por haber logrado con esta publicación el tan deseado equilibrio entre la teoría y la práctica que la aplicación del Derecho exige. En mi larga experiencia de preparador de opositores a Notarías, Registros, Judicatura, etc., he comprobado con auténticos temblores cómo el opositor al pasar de los temas teóricos, que es preciso aprenderse de memoria, a los ejercicios prácticos sufre una especie de trauma que es preciso salvar a base de comprensión y comprender es descender, para iluminar en el abstracto conocimiento la realidad viva del caso al que el mismo es aplicable. Ahí es donde creo que la obra cobra su tremenda eficacia y desde donde hay que arrancar para extraer de la misma todos sus valores. Utilizando una metáfora, a la que ESSER era tan acostumbrado, podríamos decir que el autor de este trabajo ha sabido echar tierra en el gran foso que separa la teoría y la práctica del Derecho.

En otra ocasión creo haber recensionado algún otro libro de práctica jurídica y era entonces cuando hacía mención de algunos famosos que había tenido en mis manos y que figuran en mi biblioteca —entre los cuales está el de CASTÁN *Problemas de Derecho civil*—, pero ahora no quiero «ascender» a la erudición de las citas, sino valorar la forma y planteamiento que la obra ofrece. La obra tiene dos partes diferenciadas. En la primera se van exponiendo los diferentes supuestos teóricos o lo que el autor denomina «planteamiento» del problema, y en la segunda, cosa insólita en estos libros de práctica jurídica, se ofrece la solución, se brindan unas consideraciones y se aporta legislación aplicable y jurisprudencia. IVÁN ha hecho realidad mi sueño de haber publicado una especie de guía práctica con casos reales, soluciones discutibles, legislación y jurisprudencia y, si ello fuera posible, bibliografía aplicable. Pero para eso se necesita lo que IVÁN tiene: calma, tiempo, orden y experiencia... y a mí me está invadiendo la prisa. Soy una «colonia» de la urgencia.

Los temas tratados en la obra, primorosamente editada y con un

cmotivo dibujo en la portada, enfocan los principales problemas del Derecho hipotecario, o como Iván los llama, Derecho inmobiliario registral. Hay tres puntos claves que responden al estudio de los elementos esenciales de la relación jurídico-hipotecaria: los bienes, derechos y títulos inscribibles, la finca y sus modificaciones y la constatación libraria hecha patente a través de los asientos registrales. En esa línea se completa la materia con el examen de diversos efectos de algunos derechos inscribibles, de la inmatriculación de las fincas y del problema que la posesión y la prescripción ofrecen frente al Registro. Un segundo punto de materias suponen el gran «tronco» de la publicación al recoger en él los principales principios de la legislación hipotecaria: inscripción, publicidad, rogación, legalidad, tracto sucesivo y prioridad. En una especial concesión final se brindan ciertos problemas referidos a la organización del Registro.

Doscientos cincuenta y tres casos se aglutinan en torno a los temas apuntados y a ellos se responde con doscientas cincuenta y tres soluciones y consideraciones. Ni qué decir tiene que todo ello está ajustado al Derecho «vernáculo» de Nicaragua, pero no debe olvidarse —aparte de la influencia que nuestro sistema haya podido tener— que el autor utiliza bibliografía española en su mayor parte. He solido criticar mucho la falta de imaginación que ciertos autores han tenido al ofrecer formularios o casos prácticos en los que al utilizar apellidos puede dar lugar —sobre todo en el primer caso— que una determinada persona figure en uno como casado y en otra como recién nacido. Bien, aquí el autor ha tenido el buen cuidado de utilizar nombres sin apellidos, aunque uno vuelva la vista atrás en esas referencias a Ulises, Aquiles, David, Napoleón, etc., que por esos «pagos» pueden tener todavía vigencia.

Yo creo, Iván, y este es mi mensaje, que vas a conseguir tu propósito: inquietar a las autoridades universitarias sobre la conveniencia de implantar en la Facultad este nuevo tipo de enseñanza complementaria, como dices en tu introducción. La enhorabuena ya te la daré en la carta que te escriba, aparte de agradecerte la dedicatoria.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FUNDACIÓN CALOUSTE GULBENKIAN: *A agricultura latifundiaria na Península Ibérica*. Editado por el Instituto Gulbenkian de Ciencia. Oeiras, Lisboa, 1980. Un tomo de 500 págs.

Por iniciativa del Centro de Estudios de Economía Agraria del Instituto citado se reunieron, en diciembre de 1979, investigadores y profesores de diversas nacionalidades para estudiar el sistema latifundiaro en la Península y ahora se publican, en sus idiomas originarios, los trabajos aportados.

Esta forma de la agricultura domina vastas regiones del sur de la Península y representa un acusado trazo diferenciador frente al resto de los países europeos, excepto Italia.

Las comunicaciones recogidas en este libro giran en torno a tres

términos: a) Génesis de la agricultura del latifundio; b) Desenvolvimiento del capitalismo y evolución de la agricultura latifundiaria, y c) Latifundismo y desarrollo.

La comunicación de apertura, bajo el título «*O latifundio: Tentativa de caracterização económica*», se presentó por el profesor HENRIQUE DE BARROS, el cual en su calidad de economista agrario intenta encontrar un concepto del latifundio. Parte de la doble idea del gigantismo empresarial y de la extensión exagerada de los sistemas de producción adoptados, lo que produce una explotación insuficiente. Otra característica es la llamada «asimetría económica» o dualidad social, que consiste en la contraposición de dos estratos: uno rico y dominante y otro pobre y dominado.

La actual empresa agrícola capitalista proviene principalmente del engrandecimiento físico y económico de la antigua empresa campesina y en muy escasos supuestos de la intensificación de los sistemas de producción tradicionalmente aplicados a los latifundios. Estudia seis diversos criterios de distinción para caracterizar los grandes sistemas de organización de la economía agrícola. Frente al máximo lucro que remunera legítimamente al capital de empresa, según BARROS, lo que únicamente interesa al latifundista es extraer del funcionamiento de su empresa el rendimiento suficiente para mantener su nivel de vida y su posición en la pirámide social. En las relaciones humanas, sigue diciendo BARROS, el latifundista está más lejos del contacto con la gente a su servicio que el típico empresario. Estudia los demás criterios tratando de obtener datos distintivos que permitan comparar con la empresa técnica y administrativamente modernizada, lo que puede resultar fecundo y capaz de permitir una aplicación práctica.

El español EDUARDO SEVILLA-GUZMÁN, en su trabajo «*Reflexiones teóricas sobre el concepto sociológico del latifundismo*», da una imagen un tanto exagerada de la figura al definir al latifundismo como una estructura socioeconómica en la que se da un predominio de explotaciones de gran extensión que, formando parte ecológicamente de la comunidad rural, crean sobre la misma un sistema local de dominación de clase ejercido por el grupo de terratenientes que monopoliza los medios de producción agraria con la fiel asistencia, a través de unas específicas relaciones sociales de dependencia, de un sector de la comunidad compuesto por unas clases locales de servicio en cuyas manos se encuentran las instituciones económicas, culturales y políticas que controlan a nivel local la vida de la comunidad, creando en la misma un específico orden social cuya organización económica determina la explotación del campesinado.

Aunque después trata de explicar a su modo estos conceptos clave y dice que vienen en último término determinados por el grado de apropiación de la tierra y la posibilidad de acceso a los medios de vida desarrollada en la comunidad, creemos que se cargan demasiado las tintas y no se ha conseguido un retrato del latifundismo, sino una deformada caricatura.

CARLOS DA SILVA aporta un estudio «*Acerca da génese das relações de produção características do latifundio em Portugal*», en el que trata de identificar los factores que originan el fenómeno de la concentración de la propiedad rústica que caracteriza al latifundio, entendiendo que

puede estar ligado a ciertas condiciones geoclimáticas (hay una Iberia seca y otra Iberia húmeda); también puede haber influido el condicionamiento histórico de las relaciones técnicas del cultivo o la ganadería. En cuanto a este último factor, SILVA hace un cuidadoso estudio de las relaciones de producción, tanto en su evolución en las diversas épocas como en la actualidad, presentando estadísticas y cuadros expresivos, sobre todo de las regiones meridionales de Portugal.

Tomando como base el «Inventario de fincas expropiables» llevado a cabo por el Instituto de Reforma Agraria en 1933, JUAN MUÑOZ, ANGEL SERRANO y SANTIAGO ROLDÁN hacen un estudio de aproximación sobre *«La estructura de la propiedad de la tierra y la reforma agraria de 1932 en Andalucía»*. Dicho inventario, llevado a cabo por los Registradores de la Propiedad y que actualmente se encuentra en el IRYDA, consta de 254 volúmenes y contiene la necesaria información sobre los propietarios, datos físicos y jurídicos de las fincas y sus respectivos cultivos y es una magnífica fuente para analizar la reforma agraria republicana y obtener un completo estudio de la propiedad de la tierra y su distribución en la primera mitad del siglo xx.

Con estos datos, que los autores ciñen solamente a Andalucía, consideran que la reforma hubiera afectado a más de 8.000 propietarios, con una superficie expropiable que representa el 27 por 100 del total de la región. La mayor parte de las fincas afectadas pertenecían a grandes propietarios, aunque también la pequeña y mediana propiedad se vio afectada por la base V de la Ley; concretamente, 4.743 propietarios, o sea, el 56,75 por 100 del total; esta inclusión fue desafortunada desde el punto de vista operacional, pues este numeroso grupo de expropiados se enfrentó directamente a la reforma. Los resultados obtenidos muestran con toda claridad que la Ley afectaba a un colectivo muy numeroso de propietarios con menos de 100 hectáreas, que aportaban una cantidad muy reducida de tierras. Las provincias andaluzas más afectadas fueron Sevilla y Córdoba. En cuanto a los grandes propietarios, los terratenientes de más de 5.000 hectáreas en Andalucía eran 39; en la cúspide de la pirámide destacan las sociedades anónimas y la nobleza; si se consideran también los familiares más directos de los propietarios-nobles, la extensión de las fincas comprendidas en el grupo aumenta sustancialmente.

Es de especial interés, en relación con la estructura de la propiedad, el examen de los motivos de afectación establecidos en la base V de la Ley de Reforma Agraria:

1. La mayor parte de las tierras afectadas lo fueron por el apartado 13, o sea, las grandes fincas: el 77,59 por 100.
2. Después, las explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento: el 37,38 por 100.
3. Las del «ruedo» de las poblaciones, o sea, las situadas a distancia menor de dos kilómetros del cerco de los pueblos menores de 25.000 habitantes, el 14,26 por 100.
4. Los bienes de las corporaciones y establecimientos públicos no explotados directamente por ellos, el 1,35 por 100.
5. Fincas compradas para la especulación, el 0,57 por 100.
6. Las no cultivadas o manifiestamente mal cultivadas, que sólo alcanzaban a 25 propietarios, con unas 11.000 hectáreas.

El francés MICHEL DRAIN empieza su trabajo *«Latifundium et transformation des structures sociales agraires»* preguntándose si aún existe el latifundio. Si se atiende exclusivamente a un criterio de extensión, España está caracterizada por la importancia que conservan los grandes patrimonios; es la opinión del autor, basada en los datos conocidos que aportara PASCUAL CARRIÓN. Pero nos aclara que el latifundio no es sólo una gran finca, sino más bien un modo de llevarla que no asegura la explotación del potencial agrícola de su suelo ni ocupa racionalmente la mano de obra agrícola de la localidad. Por eso entiende que en una economía de base agrícola en la cual la naturaleza sea el medio normal de producción, el fenómeno latifundiario consiste en la puesta en juego de un monopolio fundiario concentrado en pocas manos frente a un numeroso proletariado para obtener el esencial de los recursos de la tierra. En estas condiciones, el factor dimensional de la propiedad es menos importante de lo que puede parecer; la dimensión más bien caracteriza al feudalismo, evoca un arcaico capitalismo agrario que pervivió en la mitad meridional de la Península Ibérica hasta mediados del siglo xx. Pero en los últimos años se han modificado las condiciones necesarias para pervivencia del latifundio y así se nota una gran disminución de la plusvalía de la tierra y el cambio de naturaleza del trabajo campesino, que de ser superabundante ha pasado a ser escaso. Como secuelas del latifundio señala el autor el subempleo y la emigración, por un lado; y, por otro, el abandono de las comarcas menos rentables, toda vez que la mecanización obliga a reducir al máximo los costos de la mano de obra.

Otro francés que intenta comprender nuestros problemas es BERNARD ROUX, con su artículo *«L'évolution de l'agriculture latifundiaire dans le système capitaliste: Les transformations de la grande exploitation en Andalousie»*. Hace un estudio de economista, limitándose a la observación de los sistemas de producción y los resultados económicos de la gran explotación, con los que intenta explicar su evolución en función de las relaciones con los demás elementos del sistema económico. En este estudio desarrolla sus particulares puntos de vista sobre la gran explotación en un capitalismo poco desarrollado al principio del siglo xx y sobre la transformación de estas explotaciones en la reciente época del desarrollo de la década de los 60, para acabar con un intento de ensayo sobre la naturaleza del latifundismo. Concluye que la gran explotación actual es bien distinta de su antecesora latifundista: bajo el impulso de presiones exteriores se ha transformado en busca de la rentabilidad del capital y con técnicas de acuerdo con la nueva etapa de las fuerzas productivas.

JOSÉ MANUEL NAREDO hace un balance sintético de la cuestión genérica, bajo el título *«Algunas precisiones sobre la noción de latifundio y el devenir de la agricultura latifundista»*. Según él, en un sentido estrictamente etimológico, el término latifundio está desprovisto de juicio de valor y significa simplemente finca de gran extensión; pero el empleo del término va acompañado usualmente de connotaciones peyorativas sobre aprovechamiento ineficiente o sobre su carácter «antisocial».

Es difícil fijar un límite por encima del cual la finca se considere latifundio y la extensión varía según los criterios. Por tanto, la cuestión debe responder a las condiciones en que se desenvuelve el funcionamiento de la gran explotación de la sociedad agraria tradicional, que se sostenía

sobre una mano de obra abundante y un bajo nivel de salarios. Pero el concepto de latifundio ha evolucionado y el criterio superficial ya no es significativo, siendo necesario buscar criterios técnico-económicos más adecuados a la nueva situación. También resulta contradictoria la noción de latifundio como gran finca mal cultivada, puesto que la evolución hacia técnicas productivas intensivas en capital, con el consiguiente incremento de productividad, ha puesto en tela de juicio esta segunda acepción del latifundio.

En la década de los 70 las grandes fincas se cultivaban en su gran mayoría bajo el modelo de «agricultura moderna» y, por la emigración, desaparecía el exceso de mano de obra en el campo, por lo que la «cuestión agraria» parecía estar a punto de resolverse por sí misma. Pero en los últimos años la situación se ha alterado sensiblemente: La crisis energética, ecológica y económica ha puesto en cuestión la tecnología y los criterios de gestión de la gran empresa agraria que hasta entonces permanecían indiscutidos, a la vez que el aumento del paro acentuaba nuevamente la presión de los trabajadores sobre la tierra. Concluye que la cuestión no se reduce a un simple problema de «reparto» o al de una reforma que trate aisladamente al sector agrario, sino que se inserta en una crisis de civilización en la que se cuestionan tecnologías y criterios de gestión que hasta ahora se consideraban válidos.

«*Le latifundium en Espagne et au Portugal*» es un estudio comparativo aportado por MICHEL DRAIN que considera la existencia de una línea continua, que cruza la frontera luso-española, separa aproximadamente un tercio de la Península Ibérica, delimitando un espacio en el que convergen las condiciones que le dieron vida. Sin embargo, la evolución reciente del sistema ha sido divergente en las dos naciones:

— En España, a partir de los años 60 el rápido desarrollo económico y la emigración abrieron nuevos horizontes de trabajo, incitando a los agricultores a reemplazar la mano de obra por máquinas.

— En Portugal se dio parecido fenómeno, pero con cierto retraso y, sobre todo, con un desarrollo menos amplio, sujeto a la vez a las condiciones económicas generales y a su potencial agrícola, ambos más limitados que los del país vecino.

Delimita la región latifundiaria de la Península Ibérica estudiando su formación y comparando la evolución contemporánea, diferenciada por factores como la revolución portuguesa y la desigualdad en el potencial agrario y económico.

Termina opinando que la resolución del problema agrario supone:

— No contentarse con un aumento de la producción agrícola; deben buscarse nuevas formas de empleo en el campo para luchar contra el paro.

— No limitar la reforma agraria solamente a las estructuras territoriales, sino hacer que sea parte de una transformación global de la economía y la sociedad.

EDWARD MALEFAKIS, el norteamericano que ha estudiado más a fondo nuestras cuestiones sociales de este siglo, hace una comparación entre

la reforma agraria española y la portuguesa en un artículo en inglés titulado «*Two iberian land reforms compared: Spain, 1931-36 and Portugal, 1974-78*», que puedo resumir gracias al trabajo de traducción de mis hijos.

Nos dice MALEFAKIS que la reforma agraria ya no tiene importancia en muchos países de la Europa occidental, pues no daba lugar a conflictos desde la segunda mitad del siglo XIX. Pero la Península Ibérica se diferencia a este respecto: La reforma agraria dominó la política española en la década de los 30 y ha llegado a ser muy controvertida la de Portugal en los años 70 de este siglo.

¿Qué similitudes y diferencias hubo entre las dos?:

Como *similitudes*, España y Portugal se parecen en la estructura social rural; en la Península Ibérica el pequeño campesino no predomina, pero tampoco lo hacen los grandes terratenientes. Portugal ofrece un ejemplo dramático en 1975: en el Alentejo los campesinos ocupaban las tierras, mientras que en el norte, gran número de labriegos trabajaban contra las tendencias socialistas. En España, los campesinos andaluces eran socialistas o anarquistas, mientras los de Castilla y León hicieron pública su hostilidad a la legislación de Azaña, votando en contra en 1933 y participando en la guerra al lado de Franco. Esta realidad central de la clase rural de la Península Ibérica supone una gran paradoja: los campesinos descontentos han armado bastante ruido, pero sus protestas no han tenido entidad suficiente para originar un cambio estructural.

Los dos factores de la diversidad rural y la ambivalencia política y social pueden ayudar a explicar las similitudes:

1) Los campesinos no contribuyeron a la formación de aquellos regímenes políticos. Ni en la república ni en la revolución portuguesa intervinieron los campesinos.

2) La coalición triunfante incluyó personas o grupos que tenían una orientación revolucionaria; pero, en cualquier caso, los campesinos permanecieron al margen para definir las posiciones predominantes.

3) La pasividad del campesinado continuó durante todo el período de formulación de estos programas agrarios.

4) Los primeros conflictos rurales ocurrieron con motivo de problemas de trabajo y no por la reforma agraria en sí.

5) El impacto social de estas dos grandes etapas era contradictorio: Se tendía a dividir a los proletarios y además se volvió a los pequeños empresarios contra los trabajadores. También tuvo su importancia que se elevaran los costes de la producción.

6) Las primeras ocupaciones de tierras se hicieron fuera del ámbito de las organizaciones obreras.

7) La premura de la primera ocupación fue impuesta no sólo por la necesidad de tener tierras para el invierno, sino por la aparente radicalización de los gobiernos español y portugués en sus respectivas épocas: el primero como consecuencia de la sublevación de Sanjurjo y el portugués por el movimiento del 28 de septiembre de 1974.

8) La legalización gubernamental de las ocupaciones de tierras no se produjo en un período de acción radical del Estado, sino por las presiones recibidas en cada gobierno.

9) La abstención gubernamental en el frente agrario también vino

dada por el hecho de que cada uno de los nuevos regímenes entraron tardíamente en unos complejos esfuerzos internos y este retraso fue dramático.

10) Mientras lentamente se desarrollaba el conflicto en el campo, el extremismo fue posteriormente en aumento ayudado por el triunfalismo de los obreros.

11) El esfuerzo cada vez más activo de los jornaleros fue apoyado por los inequívocos soportes que empezaron a recibir de los oportunistas partidos políticos.

12) Este grado inicial de desenvolvimiento de los dos procesos de reforma agraria terminó por los acontecimientos políticos generales de cada nación.

Diferencias.—En este punto, las reformas agrarias de los dos países en estudio se distinguen dramáticamente.

El factor diferenciador, en *Portugal*, fue el ejército, como responsable de la caída del régimen Salazar-Caetano, constituyéndose en guardián de la revolución. Las manifestaciones sociales de este esfuerzo extraordinariamente complejo se dieron en el campo; en Beja, Evora y Portalegre, los tres principales distritos del Alentejo, empezaron las ocupaciones de tierra. El gobierno, predispuesto en favor de una solución radical, no intentó anular esas ocupaciones, sino que aceleró una solución legal para confirmarlas. Los comunistas defendieron las redistribuciones de tierra, sosteniéndolas como la más palpable muestra de la eficiencia de la revolución portuguesa. La Ley Barreto de septiembre de 1977, supuso un freno: dio fin a la paga de salarios a las «nuevas unidades de producción», (NUP) con cargo a los fondos del Estado y rebajó la cantidad de tierra que podía ser retenida legalmente por los colectivos; la nueva ley consolidó el cambio de dirección en la política gubernamental.

Las restituciones tuvieron lugar poco a poco y el esfuerzo de los trabajadores e ideólogos ha sido seguido por una larga batalla de desgaste que todavía no ha acabado. ¿Cuál ha sido el resultado? Las estadísticas de tierras devueltas a los dueños son tan divergentes que no se pueden usar por inseguras, pero parece claro que las NUP retienen aún la gran mayoría de las tierras ocupadas al principio.

La reforma agraria portuguesa se hizo rápidamente por la actitud benevolente del gobierno y sus legalizaciones *ex post facto*. Pero las ocupaciones terminaron, aunque sin violencia, en noviembre de 1975, al cambiar el régimen portugués.

En cambio, la *reforma agraria española* de los años 30 fue diferente: Primero vino el período inicial con la Ley de Bases de 1932; después la llamada «contrarreforma» en 1934 y la última fase fue revolucionaria al triunfar el Frente Popular en febrero de 1936, con una primavera de ocupaciones y violencias que desembocaron en la guerra civil. Con la victoria de Franco, en 1939, desapareció la reforma agraria y el radicalismo en el campo; la reacción fue rotunda, los colectivos fueron disueltos y los propietarios recuperaron sus fincas. Como es historia conocida para nosotros, no hay que extenderse más.

En resumen, las reformas agrarias siguieron distintos caminos en España y Portugal:

- 1) La revolución no fue un proceso autónomo en sociedades con una población rural homogénea.
- 2) El radicalismo en el campo fue sólo una fuerza minoritaria limitada a ciertas regiones de ambas naciones.
- 3) El Estado pudo dominar el proceso reformista y el radicalismo rural fue derrotado.
- 4) Las presiones de la reforma agraria en ambas naciones iberas fueron lo bastante fuertes como para prevenir una salida revolucionaria a la cuestión campesina y dar lugar a ser removida por la acción política.

Hemos resumido los trabajos más importantes que se contienen en esta publicación francamente interesante. Hay algunos otros que omitimos, tanto por no hacer farragosa ni repetitiva la recensión, como porque, a nuestro juicio, o no tienen demasiado interés para los lectores por tratar aspectos muy particulares, o porque rozan los límites de la demagogia, a que tan fácilmente se presta esta materia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ISTITUTO NAZIONALE DI SOCIOLOGIA RURALE: *Cooperative di produzione e agricoltura di gruppo*. Edición de Franco Angeli, Milán, 1981. Un tomo de 420 págs.

La agricultura asociativa o de grupo es un medio al que acuden, bajo diferentes formas, sobre todo los medianos y pequeños agricultores y por el que pretenden superar los defectos estructurales de sus explotaciones, para obtener un aumento en la productividad. Los motivos que aconsejan esta unión, a veces de modo perentorio, suelen ser múltiples; entre los más corrientes están la dificultad de mecanizarse de modo individual, la falta de mano de obra familiar o asalariada, la vejez cada vez más acentuada de los campesinos, la existencia de un porcentaje elevado de propietarios femeninos, la emigración creciente a zonas urbanas o industriales y otros varios.

Las formas posibles de asociación son variadísimas, desde la comunidad familiar o parroquial hasta sociedades civiles o mercantiles constituidas con objeto de llevar una explotación agrícola. Pero la cooperativa es la forma que goza de mayor predicamento en los ambientes doctrinales y desde el punto de vista legislativo constituye el instrumento preferido para llevar adelante la agricultura de grupo en la mayoría de países.

El «Istituto Nazionale di Sociologia Rurale» de Italia ha recogido en el volumen que vamos a comentar varios trabajos de diversos autores que contemplan el desenvolvimiento, en la ley y en la práctica, de las tendencias asociativas de los agricultores. En la primera parte se examinan distintos países de Asia, Africa y Europa, con detención mayor en Francia y España. Para la segunda parte se deja el estudio especial del fenómeno de la agricultura de grupo en Italia.

1. *La cooperativa agrícola en el mundo*

BOGUSLAW GALESKI hace un estudio general indicando que podemos encontrar una gran variedad de nombres: agricultura colectiva y cooperativa, agricultura asociativa, agricultura de grupo, agricultura común, compacta, etc. Esta diferencia en los nombres no carece de significado, sino que revela el verdadero nivel de la cooperación y de todos modos las definiciones de cooperativa que encontramos en las enciclopedias o diccionarios de ciencias sociales no suelen servir de gran ayuda. Si tomamos al pie de la letra los principios adoptados por la Rochdale Society of Equitable Pioneers no encontraríamos muchas cooperativas en el mundo. Aunque estos principios sean un tanto utópicos, hay que preguntarse por qué vienen a ser introducidos casi siempre en el articulado de los estatutos. Es necesario distinguir las formas fundamentales de este fenómeno heterogéneo, pues un estudio más analítico requiere un examen separado de todos los modelos en cada uno de los países, extrayendo los datos del Anuario de la F. A. O.

En los países de planificación central, o sea, la U. R. S. S. y el C. O. M. E. C. O. N., el rápido crecimiento de la agricultura estatal en los últimos diez años viene a significar que algunas haciendas se encuentran en un período transitorio; funcionan todavía oficialmente como koljós, pero ya están organizados como sovjós. En Bulgaria y Alemania del Este el proceso de formación de la mayor unidad compuesta de hacienda estatal y colectiva crea grandes dificultades. Aunque en menor medida, los mismos procesos integradores ocurren en Checoslovaquia y Rumania. En términos aproximados, en estos países cerca del 60 por 100 de la tierra (el 65 por 100 en Rusia) pertenece al Estado, otro 30 por 100 a explotaciones colectivas y menos del 10 por 100 incluye parcelas privadas, pero llevadas por miembros de explotaciones colectivas.

La situación no cambia mucho en Albania, con una agricultura plenamente colectivizada, o en Polonia y Yugoslavia, que aunque tienen agricultura privada, conocen un rápido desarrollo de la estatal.

Fuera de la Europa oriental estos programas gubernativos de socialización de la agricultura se han introducido en Cuba, Tanzania y algunos países asiáticos como China, Mongolia, Corea del Norte, Vietnam y Laos.

En la Europa occidental la agricultura colectiva se ha introducido principalmente como instrumento de desarrollo rural después de una reforma fundiaria o como modo de organizar la agricultura en terrenos destinados al cultivo (conversión en regadío, mejoras, roturaciones, etc.). En la mayor parte de los casos esta agricultura de grupo forma parte de un programa gubernamental orientado hacia una finalidad particular y no a una reconstrucción global del ámbito rural. Por ejemplo, en Italia en algunas regiones se experimentaron diversas formas asociativas; en Portugal la asociación va unida a la reforma agraria; en España se han articulado dos figuras, las cooperativas y los Grupos Sindicales de Colonización, y en Francia destacan los Groupements agricoles d'exploitation en commun (G. A. E. C.). Otros países como Inglaterra, Benelux Alemania y Escandinavia, han fomentado bastante bien un amplio sistema de cooperativas rurales; lo mismo ocurre en Suiza y Grecia.

Igualmente, en Asia la agricultura de grupo se relaciona ya con refor-

mas agrarias ya con programas de desarrollo rural y en particular con planes de regadío a largo plazo. Desde este punto de vista, Israel no constituye una excepción, pues la agricultura no sería posible allí sin las previstas transformaciones en regadío: cerca del 40 por 100 de su tierra de labor está en el régimen de Kibbutz y el 26 por 100 en el de Moshavim o comunidad cooperativa familiar. En los países árabes del Oriente Medio, como Siria, Irak e Irán, se organizaron algunas formas de explotación colectiva en atención a programas de reforma agraria. En la India se consideró el asociacionismo como instrumento importante de desarrollo agrícola, promovido por el gobierno desde 1951. También se contempla el fenómeno en Bangladesh, Sri Lanka, Japón, Corea del Sur, Formosa y Filipinas.

En Africa la agricultura de grupo viene casi siempre asociada a las transformaciones fundiarias; las familias que quieren obtener tierras o aguas deben asociarse en una cooperativa para organizar y controlar toda la operación agrícola. Se dan cifras al respecto en cuanto a Túnez, Argel, Egipto, Angola y Etiopía. En otros países, con la excepción de Tanzania, el cooperativismo ha obtenido unos resultados más escasos que los del Norte de Africa.

La última parte del mundo donde se aprecian cifras significativas de agricultura asociativa es Iberoamérica. En el pasado, el mayor número de explotaciones colectivas se daba en México, bajo la forma de ejidos, y otro país de gran arraigo es Chile. En Bolivia y Perú se adjudicaron tierras en colectivo como consecuencia de reformas agrarias. El porcentaje asociativo es muy escaso en otros países sudamericanos como Colombia, Venezuela, Costa Rica, Guatemala y El Salvador.

Concluye el autor confesando que no ha tomado en consideración todas las formas existentes de explotación en común. En Estados Unidos, Canadá, Australia y algunas regiones de Oceanía podríamos encontrar bastantes haciendas colectivas. Por otro lado, deben señalarse las explotaciones sujetas a una economía de rígida planificación centralizada como en Rusia o en China; aquí no cabe pensar en la transformación en agricultores individuales de los simples números o miembros que integran las fincas colectivas. Por eso, nos dice, no es posible profundizar a nivel mundial la diversa tipología de la cooperación agrícola, las normas que la rigen y los métodos de funcionamiento. El movimiento cooperativo, según los datos de la F. A. O., representa a nivel mundial del 35 al 40 por 100 de los agricultores activos, del 15 al 20 por 100 de la superficie labrada y también del 15 al 20 por 100 de la producción total agraria.

2. Francia: Los «G. A. E. C.»

La creación en Francia de los «Groupements agricoles d'exploitation en commun» (G. A. E. C.) se inscribe en la política de estructuración cuyas líneas se trazaron en la «Ley de Orientación» de 1960, según opinión de PHILIPPE MAINTE, autor de este trabajo. El término «productividad», nos dice, había tenido su mayor esplendor en la época inmediata a la postguerra, respondiendo al doble objetivo de estimular la producción y dejar libre mano de obra para el desarrollo industrial. El éxodo rural es fuerte y la estructura fundiaria evoluciona lentamente; en tales

condiciones, las varias formas de asociación de las explotaciones familiares debían tener como fin asegurar un aumento de la productividad.

Una Ley de 1962 conforma los G. A. E. C. como sociedades civiles personalistas y las primeras nacen en 1965, siendo promulgado su estatuto tipo por un Decreto del Ministerio de Economía y Finanzas en 1966.

La personalidad jurídica de los G. A. E. C., que aparece clara en los textos legales, respeta la corriente doctrinal que existía a su creación. La Ley de 1962 establece como principio fundamental el carácter familiar de estos grupos, que constituyen la categoría a la cual está destinada la fórmula de modo exclusivo, sea respetando el tamaño de la explotación o en los estatutos. Los grupos agrícolas de producción no pueden comprender más de diez cultivadores y su extensión no debe superar en diez veces la superficie de la explotación individual de referencia que se define en la Ley de Orientación.

En lo que respecta al estatuto de asociado, el carácter de explotación familiar se manifiesta en la figura del socio, coadyuvante o asalariado, sea en su función atribuida, en la gestión o en el trabajo. Para disfrutar del *status* de socio debe aportar dinero, bienes y trabajo sobre todo, puesto que cualquiera que sea su contribución monetaria, el socio debe participar de un modo efectivo en el trabajo común. La participación de los socios va ligada con la responsabilidad en los resultados de la explotación. Y en cuanto a su retribución, el trabajo está netamente privilegiado frente al capital.

En síntesis la legislación francesa en esta figura contiene los siguientes propósitos:

1. Dar al G. A. E. C. una característica técnica, una estructura social, un funcionamiento económico que no altere de modo fundamental el carácter familiar de las explotaciones que lo han constituido, y
2. Revalorizar el trabajo frente al capital.

A continuación el autor recoge datos estadísticos sobre el número de grupos, socios que lo integran y superficies cultivadas, así como sus caracteres sociológicos y estudia el caso del G. A. E. C. constituido solamente por padres e hijos, fórmula irónica pero efectiva, equivalente a lo que en nuestros campos es llamada «pareja sindical».

En resumen, los G. A. E. C. representan una figura humana que corrige el tipo de asociación puramente capitalista, donde rige la ley del más fuerte y hay exceso de burocracia. Son colectivos de cultivadores directos con una dimensión suficiente para hacer frente a una explotación con asalariados y a la vez lo bastante limitada como para permitir a todos sus miembros la participación en las decisiones.

3. España: Agricultura de grupo

Este capítulo está redactado por el Ingeniero español MIGUEL BUENO, Jefe del Gabinete de Estudios del I. R. Y. D. A., el cual considera bajo el rótulo genérico de «Agricultura de grupo» a las sociedades que tienen estas características:

- Asociación voluntaria de sus miembros por tiempo determinado.
- Copropiedad de todos o parte de los medios de producción.

- Gestión única colegiada de la explotación.
- Reparto de los productos de acuerdo con la aportación en capital o trabajo de los socios.
- Según la legislación española, que adopten las formas jurídicas de cooperativas o Grupos Sindicales de Colonización.

No existiendo en España una legislación peculiar de estas figuras asociativas, fue necesario adoptar entre las formas vigentes las dos que más se parecían a la nueva realidad, aunque no se identifiquen con este particular fenómeno asociativo. En efecto, la Ley de Coperativas de 1942 y el Decreto del Ministerio de Hacienda de 1954 que clasificaba los tipos de cooperativas agrícolas, no contemplaba la situación de cooperativas para el cultivo en común.

En cuanto a los Grupos Sindicales de Colonización, nacen jurídicamente en el 1941, agrupando a los agricultores que desean realizar obras de mejora específicamente determinadas en la legislación de colonización local, contando para ello con los auxilios técnicos y económicos del Estado; inicialmente tenían una exclusiva finalidad económica y una duración limitada.

Tras señalar las diferencias de ambas figuras por el número de socios, modos de distribuir las ganancias y su distinto encuadre administrativo, MIGUEL BUENO estudia la raíz de este fenómeno asociativo que está, a su juicio, en la crisis generalizada que en la década de los 60 afecta a la explotación familiar, junto con el estímulo que la Administración Pública presta a este movimiento agrupador. La explotación tradicional, basada en la familia, no podía subsistir como tal; el éxodo rural priva al titular de la mano de obra necesaria y no dispone de capacidad económica por sí solo para mantener la empresa; por ello, dicho titular tiene necesidad de asociarse con otros para poder obtener un cierto nivel. No se trata, por tanto, de un impulso promovido por solidaridad o por ideología política o religiosa, sino simplemente una solución para sobrevivir. La acción de la Administración en varios aspectos como la lucha contra el minifundio y las ayudas para la introducción de maquinaria, preparó psicológicamente a los labradores para trabajar en común; también ayudó la postura tolerante del Ministerio de Hacienda desde el punto de vista fiscal, dando a estos grupos un tratamiento equiparado a las cooperativas; por último, deben resaltarse los estímulos económicos del Ministerio de Agricultura.

Enumera a continuación las diversas medidas y vicisitudes: En el trienio 1966-68 nacieron 875 agrupaciones cerealistas, con 10.382 agricultores y 205.158 hectáreas de extensión, correspondiendo 234 hectáreas por grupo.

MIGUEL BUENO señala los elementos positivos y negativos del proceso reformador:

- Una tendencia a la racionalización de la producción agraria como consecuencia del desarrollo general de España que entonces se iniciaba y que permiten disminuir los fuertes vínculos tradicionales entre el hombre y la tierra, ofreciendo a los agricultores la posibilidad de trabajar fuera del sector primario.

- Una no ingerencia de tendencias políticas en el nacimiento y desarrollo de este movimiento.

— Una fuerte autoridad a nivel nacional, provincial y local permitió remover algunos obstáculos jurídicos y sociológicos.

— Un buen plantel de personal joven con formación adecuada y con vocación agraria, con gran sentido de la disciplina, propio del ambiente de la época.

— Una legislación incompleta, confusa e inorgánica, que, si bien permitió la formación de algunos falsos grupos, facilitó por su amplitud la creación de los auténticos.

— Una organización de cultivadores poco adecuada para garantizar la representatividad auténtica de la categoría encuadrada de hecho en el movimiento asociativo.

En cuanto a su desarrollo, MIGUEL BUENO dice que es muy difícil la cuantificación y por eso sólo recoge los datos de las zonas de actuación del I. R. Y. D. A., mostrando unas tablas de las que se deduce una cierta correlación con este fenómeno asociativo y dos hechos concretos: el desarrollo económico español y la actividad específica del citado I. R. Y. D. A. En efecto, de 1966 a 1969 coincide el máximo desarrollo cooperativo con el crecimiento económico de España y el mayor impulso dado por los planes de desarrollo económico y social.

Según los datos del I. R. Y. D. A., para los años 1966-1969:

— La fórmula jurídica del Grupo Sindical de Colonización predomina sobre otros posibles.

— Hay un incremento de la superficie media por empresa.

— Disminuye el número de socios.

— Se produce un aumento de la mecanización.

— Más del 70 por 100 de las explotaciones cultivaban la tierra en común.

Después de 1974 el número de explotaciones unidas se reduce grandemente, sea por la incidencia de la crisis económica general, sea por la llegada de un nuevo sistema político, pasando de autoritario a democrático.

En cuanto al presente y futuro de la agricultura agrupada, BUENO cree que este cambio institucional ha influido más en los órganos representativos a nivel nacional que en la propia vida de cada una de las asociaciones. Se han disuelto la Obra Sindical de Cooperación y la de Colonización, dependientes de la Organización Sindical, única existente en el pasado régimen, en donde estaban encuadradas las cooperativas y los grupos.

Transitoriamente las explotaciones asociadas dependen ahora de la Administración Central: el Ministerio de Trabajo para las cooperativas y el Ministerio de Agricultura para las agrupaciones agrarias.

La nueva Ley de Cooperativas reconoce la existencia de la explotación en común de la tierra y ordena que el reglamento desarrolle este tipo especial de cooperativa. Por desgracia, es un comentario nuestro, ya se ha publicado el reglamento y no hay nada que se parezca a la esperada regulación.

Los Grupos Sindicales de Colonización han cambiado su nombre como consecuencia de la nueva regulación sindical, pasando a llamarse Sociedades Agrarias de Transformación, en dependencia del Instituto de Rela-

ciones Agrarias del Ministerio de Agricultura. Hay diversos proyectos legislativos para regular estas sociedades en general y la explotación en común de la tierra en particular, previéndose normas transitorias para que los antiguos Grupos Sindicales de Colonización puedan adoptar la forma cooperativa o la de las nuevas Sociedades Agrarias de Transformación.

Termina MIGUEL BUENO su estudio contemplando el aspecto económico-social y dice que en los programas de los partidos políticos se suelen incluir incentivos a la explotación asociativa de la tierra y que otra tendencia es combinar la producción con la transformación y comercialización tanto como el aumento de superficie de las haciendas asociadas.

4. *Los «Jóvenes de Longo-Mai»*

CRISTINA DI CARPEGNA nos expone que en 1972 un grupo de jóvenes de diversos países europeos dio vida a una comuna agrícola en Provenza. La llamaron Longo-Mai y en el curso de pocos años ha multiplicado su actividad. La juventud de sus socios (entre los veinte y los treinta años) ha contribuido a la informalidad de su sistema de vida. Se rechazan la autoridad y la familia; después de los tres años, los niños son educados todos juntos y se les inculca sobre todo la solidaridad y la igualdad.

No es la primera comuna utópica, ni será la última. Hasta ahora ninguna ha perdurado. ¿Pasará igual con la Longo-Mai?

II. *Italia*

Compuesto el libro por el «Istituto Nazionale di Sociologia Rurale» del Ministerio de Agricultura italiano, es natural que se dedique en esta segunda parte del libro, la más extensa, a recoger los trabajos de los distintos autores que estudian los aspectos del fenómeno asociativo en Italia.

GIORGIO AMADEI estudia la historia y el concepto de las cooperativas de explotación diciéndonos que las primeras se constituyeron en los años de la crisis agraria ochocentista, cuando la alteración de los precios y el paro en el campo originan la idea de organizarse sindicalmente. Entre 1890 y principios del siglo xx se expanden las cooperativas de explotación. El fascismo frenó su desarrollo, pero éste se vigoriza después de la II guerra mundial, sobre todo en las explotaciones familiares. En enero de 1978 el número de cooperativas de explotación en común era en Italia de 857, con una superficie de 122.987 hectáreas.

Las cooperativas de braceros son estudiadas por GUIDO CORAZZIARI, el cual opina que su modelo dominante es hoy el de la explotación con una dirección técnica eficiente y especializada y con notable capacidad de inversión. Los braceros prefieren el cultivo a pleno campo con alto rendimiento por hectárea y buenas inversiones en maquinaria. A la alta producción por hectárea se contraponen una baja por socio; esto es debido probablemente a que su base social es más amplia que la empeñada en el trabajo de la asociación. Existe a veces una masa indiferente de socios que pide a la hacienda ocasión de trabajar, ya de modo inmediato o como reserva para ser utilizada en caso necesario.

Las cooperativas de explotaciones familiares son objeto de otro ar-

título de GIORGIO AMADEI. Esta realidad se consideraba difícil por el fuerte contenido empresarial de las cooperativas familiares. Tienen por objeto el uso de instrumentos comunes para reunir más tierra, fundar empresas, reducir el empleo de trabajo, racionalizar el capital y, en una palabra, promover la eficacia productiva de la empresa colectiva agraria.

ARIANNA MONTANARI presenta dos trabajos, uno sobre el aspecto humano de los cooperativistas y otro sobre el tema genérico de la agricultura de grupo. En cuanto a lo primero, de las cooperativas analizadas, resulta que algo más de la mitad de sus socios son miembros activos de la explotación; los que no trabajan son sobre todo los ancianos y los deficientemente preparados, mientras que la mayoría de los socios jóvenes y los titulados sí están empleados en la explotación. El trabajo de la misma autora en cuanto al hecho asociativo debe ponerse en relación con la agricultura de grupo a través de la sociedad simple o de facto, por la que se unen los agricultores a su explotación participando conjuntamente en productos y riesgos.

El movimiento juvenil de las comunas agrícolas en Italia es analizado por ORIETTA BERNARDI. La comuna surgida de la contestación juvenil de 1968 se ha inspirado de un lado, en valores místicos (una especie de religión oriental) y de otro, más próximo en su propia identidad con una diversa presencia social y política. En Italia se han constituido 57 de estas comunas, en las que viven 267 personas, cultivando 771 hectáreas. Los comuneros tienden a actuar rotando en los diversos cometidos para evitar la división del trabajo y la especialización que consideran propias de sistemas capitalistas.

III. «Cosi e problemi»

Para terminar el libro y bajo este rótulo, equivalente al de «cajón de sastre», se recogen seis trabajos de diversa factura:

Los obstáculos para la constitución de cooperativas en el ambiente rural, a juicio de GIULIANO CESARINI, son el respeto a la tradición y el individualismo. La gestión societaria tiene también otra dificultad derivada de la desviación del aparato administrativo externo que debía estimularla. El autor piensa que los peligros para la sobrevivencia de la cooperativa han de buscarse en su dimensión, en la gestión y en la técnica.

DUCCIO TABET contempla algunos problemas de los llamados establos sociales, recopilando los datos de una cooperativa ganadera de la provincia de Bolonia. También se refieren a cooperativas individualizadas los trabajos de PIRANTI, MANZO, CRISTINA DI CARPEGNA y SILVIA TESTA.

Al final del libro se incluye un discurso de GIULIANO VECCHI, secretario de la Confederación Cooperativa italiana, cuya idea central es que la explotación en común de las tierras es parte de la forma asociativa que tiende a facilitar los procesos de modernización de la hacienda agrícola; así se contribuye a adaptar la dimensión de la explotación misma y de su cultivo facilitando la utilización de las técnicas más modernas y se equilibran los factores de la producción, con referencia particular al factor humano.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Il Registro delle imprese. Publicación del «Consiglio Nazionale del Notariato» relativa a las actas de la Convención celebrada en Parma los días 24 y 25 de marzo de 1979. Editada el mismo año por Giuffrè, de Milano.

En una economía de mercado el crédito constituye un eje fundamental, casi la misma columna vertebral del sistema. Las informaciones relativas a existencia, sede, objeto, representación, patrimonio, responsabilidad, limitaciones dispositivas (incluso las dimanantes de regímenes conyugales) y estados de insolvencia de las empresas, como otros muchos, permiten el juego del crédito al facilitar la emisión de juicios de valor respecto a su capacidad jurídica y técnica, solvencia económica, marcha regular y hasta honestidad, la proporción entre su capital de riesgo y el de crédito y, con ello, fluidez y seguridad en el tráfico con los consiguientes desarrollo económico y prosperidad general.

Tales informaciones pueden ser obtenidas de fuentes particulares, con relativas garantías y costes algo elevados. Pero dada su trascendencia, tratando de hacerlas más asequibles, facilitando rapidez, economía y ciertas garantías, se han creado servicios públicos que acostumbran a denominarse Registros Mercantiles o de Comercio que permiten la fácil accesibilidad a los datos indicados, en cuantía reducida, y cuya existencia representa una victoria para los terceros en la lucha sostenida con aquellos empresarios cuyo interés se halla centrado en mantener en la penumbra los informes que puedan influir en su crédito negativamente.

Tales registros están implantados en muchos de los países del *civil law*, pero no en los de la zona del *common law*, que se reducen a meros registros de sociedades, ya que no existe distinción entre comerciantes y no comerciantes. No obstante, las diferencias son más aparentes que reales, pues mientras en algunos Estados, como España, las disposiciones relativas a comerciantes individuales carecen de sanción práctica, por lo que sus registros, esencialmente, lo son casi exclusivamente de sociedades (y en este sentido fue emitido el informe laborado para la C. E. E. por GADEBOIS y DE LA HAYE), en otros, como Inglaterra (que posee un maravilloso registro de compañías para gran parte de la isla, con base en Cardiff), las informaciones de sociedades se complementan con fuentes privadas cuya autoridad, por su solvencia y extensión, es comparable a la de los registros oficiales dotados de efectos jurídicos.

Esquemáticamente las funciones asignadas a tales institutos son las de control en la creación de sociedades u otras personas jurídicas, que acostumbra a ser riguroso y cuya publicidad se denomina constitutiva, ya que con la registración simple, o complementada con anuncios en determinadas publicaciones, se entiende erigido el nuevo ente. La publicidad legal hace que informaciones facilitadas por el registro y claramente determinadas se presuman conocidas y ciertas y surtan efectos, con eficacia positiva y negativa, a favor y contra de interesados y terceros, estableciendo posiciones en orden a riesgos y pruebas procesales. Y la publicidad-noticia, sin efectos jurídicos, que constituye zona de cada día más acentuados horizontes al compás del desarrollo técnico y las necesidades económicas pues, como ha concretado GHIDINI a título ejemplar, aun

cuando los terceros puedan tener a su disposición a través del registro un balance anual, lo que no ocurre en todos los registros, ello se contrae a una fotografía momentánea: una película permitiría constatar, a lo mejor, como breves días antes o después su situación era muy diversa. Por ello estima que el *desideratum* debe posibilitar a los interrogadores, no sólo varios balances anteriores, sino otros datos de considerable interés: intereses pasivos permanentes, número y costo del personal, relación entre producción y venta... Muchos de ellos son indispensables para el responsable ejercicio mercantil. Y en tales fuentes beben no sólo los particulares, sino también la administración pública, que los utiliza a efectos de estadísticas y ulteriormente para asistencias, programaciones, fines fiscales o administrativos de otra índole. Incluso para la escueta política general, el registro, debidamente equipado y organizado, puede ser un valiosísimo instrumento.

Hay que buscar la cuna de ellos en el siglo XIII, en especial en Italia y en las matrículas de los gremios que al federarse y dar lugar a *Università* o *Mercanzia* extienden en sus anotaciones, que pasan a ser públicas, no sólo a nombres y datos de los titulares de denominaciones comerciales, sino a apoderamientos, capitulaciones matrimoniales y hasta estados de insolvencia. A partir del siglo XVIII, particularmente en el mundo germánico, los registros se desarrollan considerablemente, estado evolutivo que permanece en nuestros días, con ritmo más acelerado.

Curiosamente Italia, a pesar de los indicados antecedentes y de contar en la materia figuras tan recientes y prestigiosas como las de FERRI, GHIDINI, SAPORI, BOCCHINI, PAVONE LA ROSA, PUGLIATTI, BUONOCUORE, AFFERNI, CONORTI y MINERVINI, cabeceras de una extensa relación, carece de este tipo de registro. Lo creó el Código Civil de 1942 con el nombre de «Registro delle Imprese», quedando su regulación a cargo de un Decreto que todavía no ha aparecido. Como régimen transitorio sus disposiciones de aplicación remiten al Código de Comercio de 1872 y tal conjunto, amalgamado con normas complementarias, aclaratorias y contradictorias, aparecidas principalmente a partir de 1968, fecha de la Primera Directiva sobre la materia de la C. E. E., constituye un batiborrillo del que, en medio de lagunas y oscuridades, mana una publicidad rudimentaria que se alcanza a través de un procedimiento lento, difícil y costoso. Aunque entre las ponencias que obran en las Actas objeto de recensión figura una de ARISTOTELE MORELLO dedicada a «Disfunzioni e costi dell'attuale sistema di pubblicità commerciale», título que es ya un poema, limitemonos a apuntar que en otra de BOCCHINI, de alta calidad y fines meramente expositivos no se duda en referirse a las normas como hijos de Saturno que se devoran unas a otras y al total proceso como «trama propia de un film de Charlot».

El *iter*, arcáico e ingenuo, exige que previa la homologación del Tribunal (en constituciones de sociedades de capitales y cooperativas) se inscriban los actos a ellas relativas, que no son todos los que afectan a sociedades, pero sí todos los homologados y otros, en los Registros de la Cancillería, lo que tiene lugar mediante depósito de un duplicado, redacción de un asiento y, en ciertos casos, publicación de un anuncio. A tales efectos el Registro se entiende dividido en tres departamentos: de Orden o de peticiones de inscripción, de Fascículos o depósitos de copias y de Sociedades con folios nominativos independientes en los que

se anota la documentación en forma histórica. Los anuncios aparecían en el F. A. L. u Hoja de Anuncios Legales, además del B. U. S. A, las sociedades anónimas, y del B. U. S. C., las cooperativas. Pero hace unos años se suprimió el primero y el segundo pasó a comprender las sociedades de responsabilidad limitada, denominarse B. U. S. A. R. L. y subdividirse en regional y nacional. Es dudoso el momento en que realmente se produce el nacimiento de una persona jurídica, si el de la inscripción o el de la publicación del anuncio, cosa algo grave, pues tales boletines aparecen con años de retraso, con números saltados y otras anomalías. Una aventura algo quijotesca que no ha impedido el desarrollo industrial italiano.

Según el nuevo Código estarían sujetas al Registro de Empresas las individuales, salvo las de reducidas dimensiones; las sociedades mercantiles y de tipo comercial, quedando excluidas las agrarias y civiles; las cooperativas y los entes públicos y consorcios, con ciertas excepciones. Pero inefectivo todavía, en plácida hibernación en su sarcófago, un hecho inesperado revolucionó el panorama y abrió la tapa levantando al Lázaro que llevaba casi ocho lustros dormitando. Con motivo de las «concertaciones» para el traspaso a las Regiones Autónomas de los servicios correspondientes a las Cámaras de Comercio se reavivó el tema del citado registro elaborándose en poco tiempo varios anteproyectos y proyectos de ley en los que, con unanimidad, se encargaba de la gestión del mismo a las Cámaras de Comercio, bajo la inspección de un Juez delegado y sin perjuicio de la correspondiente homologación a cargo del Tribunal, cuando correspondiera. Además se estructuraba su modernización hasta extremos tan increíbles que la reliquia se metamorfoseaba en nave espacial con ansias de surcar velozmente por el mundo de las galaxias.

La explicación se alcanza al constatar que dichas Cámaras desde 1910 tienen establecido un registro de denominaciones mercantiles o *Ditte*, que realmente es mucho más que un simple instrumento anagráfico. RUGGIERO lo califica de verdadero sucedáneo del Registro de Empresas durante la dilatada vacuidad referida. Tiene en su haber una impresionante experiencia, personal adiestrado con modernísimo equipo que, aunque no totalmente establecido en este momento, implica un circuito o red informática que permite suministrar informes o formular interrogatorios a un banco central, archivo nacional, desde cualquiera de las 94 Cámaras.

BRUNO PIANA y ANGELO GALIZIA lo describen con fruición: el archivo contiene los datos de casi 1.200.000 empresas o firmas comerciales «vivas», eliminándose con facilidad las extinguidas; pueden localizarse por el número de inscripción, el nombre de un administrador cualquiera o un solo vocablo de los que integran el nombre comercial; contabiliza y detalla protestos, hallándose hasta el momento, archivados los datos de doce millones de ellos y admitiendo preguntas sobre los protestos levantados a determinada empresa durante los últimos cinco años; también cotizaciones de Bolsa, en lo relativo a acciones; los índices que ha elaborado del B. U. S. A. R. L. regional permiten fácil acceso a su contenido, hecho notable si se tiene en cuenta que antes de ello constituía una verdadera proeza en muchos casos; facilita datos sectoriales, topográficos y de otra naturaleza de las actividades empresariales, dispone de otros relativos al comercio exterior y se está preparando el enlace con la

EURONET para facilitar los de varios países de Europa occidental. Su prestigio es tan destacado que en el Consejo Permanente de Cámaras de Comercio de la C. E. E. se ha asignado a Italia la presidencia de la Sección de Informática. Un *speculum* impensable para la *legal fantasy*.

Pese a la práctica coincidencia de criterios apuntada, no han faltado reparos doctrinales respecto a la llevanza del Registro de Empresas. Servicio público o función pública, se ha escrito, debe ser asumida directamente por el Estado. Las Cámaras son organismos privados, relativos a determinada categoría social, constituidos sobre la base de representación. Las propuestas formuladas tienden a regresar a la *matricula mercatorum*. Sus directrices tienen más base política que jurídica.

Frente a tal tesis «privatista» se oponen las que pueden englobarse como «administrativistas»: las Cámaras son organismos semi-públicos, de reconocida seriedad y de cuya imparcialidad nadie duda. Ofrecen ventajísimos elementos, en el momento actual y en países como Holanda, donde se acaba de estructurar un registro ejemplar, a ellas ha sido confiado sin reparo alguno. Ciertamente que tradicionalmente funcionarios más o menos relacionados con la justicia como el *Greffier* o el *Rechtspfleger* tienen asignada la llevanza, pero la justicia tiene horizontes fundamentalmente contenciosos y escapan a su órbita no sólo la gestión de registros, sino aun la misma jurisdicción voluntaria, que pueden encargarse a otros funcionarios administrativos como ocurre con los registros español o inglés, mercantil y de compañías, mientras otros como de Hipotecas, Venta a Plazos, Automóviles, Naval, etc., es normal que estén alejados de la organización judicial.

Además, como observó en una intervención el Magistrado Angelo Januzzi, a los Tribunales se les exige que con modestísimos medios económicos y un personal más reducido todavía, realicen funciones gigantescas para las que se encuentran simplemente imposibilitados. Ello es constatable con los registros referidos y sobre todo en su faceta de acceso al público. Además, en los proyectos elaborados no desaparece la homologación en su forma actual, ni siquiera un cierto control a través de un Juez delegado. Otro Magistrado asistente a la Convención, Enzo Salafia, habló incluso de la supresión de la homologación judicial y aun de la homologación.

El diseño del registro resultante de la Primera Directiva de la C. E. E. no encaja exactamente con los proyectos italianos. Por una parte, dicha directiva, acaso por desconfianza en la ficción registral que sustituye el conocimiento real, da una cierta prevalencia a la publicidad de hecho, y con ello al juego de la *exceptio doli*, frente a la publicidad legal del registro. Además mantiene el registro de fascículos, de copias, aunque admite la transcripción en folios. Algunos participantes coincidieron en diagnosticar que la directiva, de 1968, vive los tiempos de la paleo-informática, en los que el ordenador era «el visón del Director-Gerente», y que posiblemente sus esquemas variarían considerablemente en la actualidad. Pero dada la posibilidad de introducir datos erróneos en el ordenador, donde llegan sólo módulos esquemáticos, no disgusta mantener el registro de fascículos, aunque en su versión de microfilmado, de escaso espacio y fácil manejo. Todo ello con vista a certificaciones.

El uso del ordenador a los fines registrales, que en esencia coinciden con los de organización y gestión de un archivo, con especial acento en

el *abstracting* o introducción del núcleo informativo, supone un proceso que, esquemáticamente, podría ser el siguiente:

Presentación del documento sujeto a inscripción, con la consiguiente anotación a efectos de orden; microfilmado para el registro en fascículos y expedición de certificaciones, fundamentalmente; extracto o confección del núcleo a introducir en el archivo, labor fundamentalmente jurídica, con los oportunos indicadores externos o elementos para índices que permitan fácil acceso a los datos, tarea que requiere colaboración de juristas e informáticos; codificación del núcleo para la adecuada introducción; oportunidad de lecturas ópticas; introducción en el ordenador o registro, el cual deberá verificarlo en los puntos adecuados, detectando posibles errores en la información suministrada. Posibilidad de efectuar la introducción y consultas desde diversos terminales emplazados en distantes puntos geográficos.

La facilidad en la interrogación implica la supresión, por inútiles, de boletines u otras publicaciones con anuncios.

ANGELO GALIZIA, que narra todo ello con el énfasis de un canto épico, hace una referencia a la considerable bibliografía sobre ello acumulada en el Instituto para la Documentación Jurídica de Florencia y a las experiencias dimanantes del Centro de Documentación de Milán y los notariales C. R. I. D. O. N. de Lyon y C. R. E. D. O. C. de Bruselas.

El nuevo planteamiento italiano abarca muchos aspectos en los que debemos limitarnos al enunciado. Preocupa si deben refundirse o actuar paralelamente Registros de *Ditte* y de *Imprese*; la futura delimitación del comerciante individual y la aplicación de la doctrina del *Musskaufmann*; también el supuesto del *Loueur de fonds de commerce* francés; atrae la organización holandesa, destacándose sus registros de Asociaciones, Fundaciones y Contratos Matrimoniales y señalando que los dos primeros entes deben inscribirse en el Mercantil cuando ejerzan actividades de esta índole y de los últimos debe tomarse razón en el propio registro en cuanto afecten a comerciantes individuales. Una de las ponencias es de Derecho comparado. España aparece en una simple nota, después de exponer el sistema portugués, aunque se alega no haber sido recibido el informe oportunamente. La ponencia está presentada por MARCELLO DI FABIO y, aunque no extensa, sus trazos breves pero enérgicos y representativos la hacen interesante, pero no lo suficiente como para olvidar la tesis de HERVÉ CORVEST, sobre los Registros alemán, francés y español, que reseñamos en el *Boletín del Colegio* en 1976.

Bastantes de los ponentes han sido ya enunciados. Los restantes, así como otros participantes cuyas actuaciones constan en la obra recensio-nada, contribuyen a realizar y dar un acusado resplandor de dignidad a la Convención. Catedráticos, Magistrados, Notarios, dirigentes de cámaras, técnicos de alta categoría ofrecen un magnífico esfuerzo de proyección cultural sobre problemas vivos de las instituciones de nuestro tiempo.

No hay que olvidar una referencia a la Cuarta Directiva de la C. E. E., que en forma indirecta insiste en la importancia mercantil de la publicidad-noticia. A ella se contrae un interesante estudio de MARIO CERA aparecido en el último fascículo de 1980 de la *Riv delle Società*. En el propio marco se encuadra la interesantísima conferencia de BENAVIDES DEL REY relativa a la publicitación de estados financieros, en especial en el *nonnato*

Registro Central, prescrito por el anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, cuya conferencia aparece en el número 543 de esta *REVISTA*.

Todo ello invita a meditar. Tal vez haya que remontarse a la preparación del funcionario administrativo, denominado Registrador, en el que se resalta 'excesivamente su aureola académica y sus funciones de censor, en detrimento de la publicitaria, que es la esencial. Algo similar ocurre con los Bibliotecarios, a los que se exige sólida formación humanista y aun técnica de ordenación, pero no se les imbuye que su función primordial es facilitar el acceso a los fondos que tienen confiados y no dificultarlo en aras a su conservación.

Parece que tampoco hay que olvidar que aunque en estos momentos muchas instituciones como catedrales y cruzadas, caballerías, misiones e imperios gocen de mala prensa, la centralización, que se incluye entre las indicadas, constituye un valor permanente y un símbolo de eficacia y economía, base ineludible para un futuro desarrollo. Prevalece la miopía minifundista, con sus fragmentaciones políticas, jurídicas y administrativas, pero los resultados, que reconducirán a la ruta abandonada, mostrarán su condición de cuenta de cristal, degeneración que sólo puede crecer en ambientes en que más que la ciencia prevalecen los *spots* elementales al alcance de las masas.

Finalmente, también hay que recordar que en la conciencia social, pese al auge colectivista, permanece una profunda convicción de que sector público equivale a desinterés, carestía y desastre. La administración del *others people money* es economía sin política empresarial. Nuestros Registros, en singularísima postura, conjugan acertadísimamente funciones públicas y regencias autónomas y el esfuerzo debe encaminarse hacia la meta de aumentar su base, con adecuadas ampliaciones, y potenciar su eficacia con ineludibles centralizaciones. Ello ha de contribuir a dignificar el Estado en estos delicados momentos en que parece quebrar su prestigio y hasta que la historia patria la estén escribiendo unos españoles que hayan dejado de amarse. La esperanza siempre perdura, pues siempre, y no distante, aparece una nueva aurora.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1981

El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia, por Pedro Elizalde y Aymerich, págs. 227 a 257.

Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español, por Iván C. Ibán, págs. 259 a 369.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 114, enero-marzo de 1981

La agricultura en las constituciones españolas, por Francisco Corral Dueñas, págs. 7 a 37.

Propuesta de ordenamiento de los agrosistemas de dehesa en la Península Ibérica, por J. J. Ibáñez, M. A. Recuero y A. Vicente, páginas 39 a 80.

Anotaciones sobre el sector de industrias cárnicas en España, por Julián Ruiz Escribano, págs. 81 a 112.

Impacto de la instalación de una factoría de automóviles sobre el área rural circundante, por Cristina Calandre y Javier Bascones, páginas 113 a 132.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 209, enero-marzo de 1981

La suspensión de las licencias de obras, por José María Boquera Oliver, págs. 9 a 28.

Provincia-entidad local y comunidades autónomas uniprovinciales, por José Luis Martínez López-Muñiz, págs. 29 a 90.

Magistraturas municipales y funciones religiosas en la Hispania romana, por Juan Francisco Rodríguez Neila, págs. 91 a 118.

Núm. 210, abril-junio de 1981

La contaminación de las aguas superficiales, por Manuel Alvarez Rico, págs. 209 a 246.

La figura del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas, por Diego Cámara del Portillo, págs. 247 a 264.

Titularidad y naturaleza jurídica del monte «Vallerrutajo», por Rafael Nasarre Alastruey, págs. 265 a 302.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO

Núm. 153, mayo-junio de 1981

Política financiera para un crecimiento reducido, por A. Barrere, páginas 575 a 592.

Recursos jurídicos del contribuyente, por G. Ataliba, págs. 593 a 620.

Las categorías fundamentales del Derecho tributario: Relación jurídica V. Potestad, función y procedimiento, por A. Rodríguez Sanz, páginas 621 a 664.

Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado: Algunas aportaciones de doctrina civil, por I. Sabater Bayle, págs. 665 a 699.

Nuevas normas sobre amortizaciones, por E. Piedrabuena, págs. 701 a 712.

La lucha contra la defraudación fiscal en Francia, por J. A. Cremades, págs. 713 a 736.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 439, abril de 1981

El tratamiento de los menores en el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 316 a 355.

Núms. 440 y 441, mayo y junio de 1981

Aspectos de la criminología en España, por Javier Boix Reig, páginas 474 a 487 y 643 a 648, respectivamente.

Núms. 442-443, julio-agosto de 1981

Comentario jurídico al Informe de la Comisión de Expertos en materia de Autonomías, por José María Martínez Val, págs. 866 a 876.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Abril de 1981

La sentencia interlocutoria en el proceso canónico: Algunos problemas técnico-procesales, por Santiago Panizo Orallo, págs. 373 a 409.

Propiedad intelectual. Derecho de reproducción y relaciones internacionales, por José María Chico y Ortiz, págs. 411 a 425.

Consideraciones en torno al concepto y titularidad de los bienes que forman parte del patrimonio histórico-artístico español, por M.^a Teresa Pérez de Acosta, págs. 427 a 436.

Mayo de 1981

Protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978, por Enrique Linde Paniagua, páginas 467 a 504.

Responsabilidad penal objetiva, por Fernando Díaz Palos, págs. 505 a 525.

Algunas notas sobre el poder de los Jueces, por Juan Beneyto, páginas 529 a 538.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Julio-septiembre de 1981

La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima, por José María Garreta Such, páginas 585 a 627.

El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, por Gonzalo Quintero Olivares, págs. 629 a 657.

Sistemas internacionales para la protección de los derechos españoles de autor, por Antonio Mischbach Rigalt, págs. 659 a 687.

Competencia de los Tribunales internacionales en litigios con elementos internacionales, por Adolfo Miaja de la Muela, págs. 689 a 728.

El defecto o vicio de consentimiento en los capítulos canónicos de nulidad, por Juan José García Failde, págs. 729 a 749.

REVISTA DE DERECHO
PROCESAL

Núm. 1 de 1981

Un precursor en España del moderno Derecho procesal constitucional: El doctor Alvarado, por José Almagro Nosete, págs. 7 a 20.

La representación en el proceso laboral, por María Asunción Barrio Calle, págs. 21 a 51.

La naturaleza jurídica de la llamada comisión liquidadora en el expediente de suspensión de pagos, por Julio Calvet Botella, páginas 53 a 84.

Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad, por Alfonso Pérez Gordo, páginas 85 a 127.

El orden contencioso-administrativo en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, por Pedro Luis Serrera Contreras, págs. 129 a 137.

Implicaciones procesales de la solidaridad derivada del ilícito culposo civil, por Francisco Soto Nieto, páginas 139 a 191.

Los procesos de infanzonía en el reino de Aragón, por Benito Vicente de Cuéllar, págs. 193 a 247.

REVISTA DE DERECHO
PRIVADO

Mayo de 1981

Solidaridad entre el causante material del ilícito culposo y el responsable por «hecho de otro», por Francisco Soto Nieto, págs. 435 a 453.

Un caso especial de «possessio iuris» en D. 19, I, 35, por Antonio Fernández, págs. 454 a 459.

Junio de 1981

Algunas consideraciones en torno al desarrollo histórico del Derecho internacional privado en la Grecia de las ciudades, por José María Espinar Vicente, págs. 547 a 568.

Derechos fundamentales del hombre. Derechos fundamentales del cristiano, por Piero Bellini, páginas 569 a 585.

La teoría de la institución y el positivismo sociológico, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, páginas 586 a 594.

Julio-agosto de 1981

El matrimonio canónico en el proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por J. Giménez y Fernández de Carvajal, págs. 659 a 668.

La accesión bien mueble a inmueble. Una interpretación del artículo 361 del Código Civil, por Eduardo Serrano Alonso, páginas 669 a 688.

Sobre el cobro del salario mediante talón u otra modalidad similar, por José Ignacio García Ninet, páginas 689 a 698.

La interpretación de la norma canónica y la concreción del tipo, por Carmen Serrano Postigo, páginas 699 a 712.

REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO

Núm. 72, marzo-abril de 1981

Las bases fundamentales del núcleo de población, por María Blanca Blanquer Prats, págs. 13 a 30.

La dialéctica «adaptación-revisión» de los planes generales de ordenación urbana, por Alvaro de Diego, págs. 31 a 49.

Núm 73, mayo-junio de 1981

Régimen y naturaleza de las actuaciones concertadas en materia de

urbanismo, por José A. López Pellicer, págs. 13 a 48.

Servidumbre y limitaciones derivadas de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, por Juan Arroyo García, págs. 49 a 75.

El urbanismo desde la técnica, por Olegario Llamazares Gómez, páginas 77 a 88.