

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVI ○ Julio - Agosto 1980 ○ Núm. 539

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

- D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
- D. Pedro Cabello de la Sota.
- 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. Eugenio Fernández Cabaleiro.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria» (final), por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG	781
«Matrimonial Property Regimes in Private Comparative International Law», por VICENTE L. SIMÓ SANTONJA	859

NOTAS:

«Las participaciones sociales y el Registro Mercantil», por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ .. .	877
--	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	897
---	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1 Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	917
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	979
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	996

LIBROS:

«El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones», de JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ, por JOSÉ LUIS LACRUZ BEDERJO	1003
--	------

«La Empresa agraria española ante el futuro», del CÍRCULO DE EMPRESARIOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1006
«L'Agriculture dans l'aménagement des aires péri-urbaines, de ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE), por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1011
«La notion d'associe», de ALAIN VIANDIER, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ.	1017
«Estudio sistemático del Impuesto sobre la Renta», de LEOPOLDO STAMPA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1022

ESTUDIOS

Venta por el propietario no poseedor: Cesión de la acción reivindicatoria

(CONTINUACION)

7. GARCIA GOYENA Y EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851

LACRUZ BERDEJO, al exponer el proceso codificador español, concluye que la paternidad del proyecto de Código Civil de 1851 corresponde sólo a cuatro de los miembros de la Comisión General de Código, a saber, GARCÍA GOYENA, CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY. Tan reducido grupo supone una aportación personal considerable de cada uno de los presentes, o bien, como es prácticamente seguro, que fuera GARCÍA GOYENA (204) quien llevara la voz cantante y lo verdaderamente arduo del trabajo, quedando más especialmente para Lu-

(204) Nacido en Tafalla de Navarra el 27 de octubre de 1783; desempeñó muy joven una Cátedra de Digesto en Salamanca; ejerció la abogacía en Tarragona y Barcelona; de allí se exilió a Francia, perseguido como liberal, regresando después de morir Fernando VII; fue fiscal de Madrid; regente de las Audiencias de Valencia y de Burgos, Ministro de la Audiencia de Madrid; Magistrado del Tribunal Supremo, y llegó a Presidente de Sala. Su primera obra de empeño, en 1842, es la nueva edición, con mucho, la más estimada, de «Febrero» o «*Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*», el texto jurídico más popular de la primera mitad del siglo. Pero su obra fundamental fue la codificación civil, que promovió desde el primer momento y llevó a cabo con una estupenda aportación personal. No es un científico del Derecho, ni un profesor, ni siquiera un erudito, su aparato bibliográfico es muy parco—ver LACRUZ—; no es ningún ilustrado (es un moderado, incluso en las citas), pero es un jurista agudo y despierto, un buen juez, un abogado de calidad.

Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Nota preliminar* a la reimpresión en Zaragoza, 1974, de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, Madrid, 1852.

ZURIAGA (aunque intervino también con intensidad en todo el resto, según advierte GARCÍA GOYENA) las cuestiones hipotecarias y actuando de corifeos y árbitros BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY.

No es ajeno al proyecto, desde luego, el Derecho patrio: el castellano y, en algunas ocasiones, alguna regla del Derecho catalán, aragonés o navarro. Pero el texto de 1851 no es una recopilación del Derecho vigente (205).

Con todos sus fallos, el texto isabelino es el *antecedente claro de nuestro Código Civil*. Abiertamente había previsto el proyecto de Ley de Bases de ALONSO MARTÍNEZ, en su artículo 1.º, que se publicase como ley del Reino, con las convenientes modificaciones, «el proyecto de Código Civil de 5 de mayo de 1851», y según la base primera de la Ley de 1888, el «Código tomará como base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones del Derecho histórico patrio»; en realidad, el Código se hallaba redactado ya desde antes, salvo las modificaciones de última hora, y lo que la base establece como precepto a cumplir es una descripción del *modus operandi* seguido por la Comisión de Codificación desde que se emprendió la tarea de redactar el Código Civil, y no un precepto con verdadera eficacia para el futuro.

Biológicamente, bien puede considerarse que el proyecto de 1851 es el Código Civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración. A la vista del anteproyecto del Código Civil queda robustecido el valor que para la interpretación del Código tiene el proyecto de 1851 y las «concordancias» de GARCÍA GOYENA.

La propia sección de Derecho civil de la Comisión de Codificación, terminado su trabajo, envía el Código al gobierno (5 de mayo de 1851), y en la exposición que lo acompaña puede leerse que «simultáneamente

(205) «Emplea como guía el Código Civil francés. Lo imita con notable fidelidad, en su sistema y orden de materias. Pero sobre todo, le sigue con transcripción literal o casi literal de un buen número de preceptos, y en la clara inspiración de muchos otros que representan, en la mente de la Comisión, una mejora sobre el original extranjero: sin ánimo, por supuesto, de realizar ellos, a su vez, obra original.

Su falta de inspiración nacional, y—cuando lo tiene—su exclusivismo castellanista, constituyen sus dos defectos esenciales que lo mantuvieron siempre, afortunadamente, nonato en la legislación. Otras tachas menores, de las que tampoco se halla libre el Código Civil de 1888, son fruto de la época: de unos prejuicios y corrientes de ideas y de un grado muy bajo de técnica en los juristas españoles de entonces: tachas que, siendo generales, no permitían una crítica válida o un proyecto mejor a otros niveles de ideas o conocimiento; y, por tanto, no hubieran obstado a su promulgación como ley.»

A lo que, dice LACRUZ, ha de observarse que, aunque el proyecto sea «afrancesado», el *Code*, aparte peculiaridades territoriales, *representa* la formulación del *Usus modernus pandectarum*, mejor aún que el Código Civil austríaco, *aunque precisamente se aparta* de aquél y de éste *en lo referente al sistema del título y el modo*.

con el Código, ha formado el señor don FLORENCIO GARCÍA GOYENA una obra que contiene la historia y el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en su aplicación»; cabe deducir de aquí el modo y desarrollo de las discusiones, que normalmente obedecerían a una ponencia o propuesta de GARCÍA GOYENA, aceptada unas veces y discutida otras por sus colegas. Y aún dice algo más, en apoyo de la suma importancia de la obra de GARCÍA GOYENA, la citada exposición: «esa interpretación y resoluciones pueden considerarse *auténticas*, por haberse hecho previa discusión con aprobación de las secciones». GARCÍA GOYENA es, en verdad, no sólo el gran motor de la codificación española, sino también el primer comentarista de la mayor parte de los preceptos del Código Civil y el mejor auxilio para la interpretación histórica (206).

Los civilistas españoles, desde 1888 hasta época muy reciente, citan a GARCÍA GOYENA, pero no con la constancia que merece una obra a la que acaso no se ha dado toda la importancia que tiene para la averiguación de la *voluntas legislatoris*. El propio JOSÉ CASTÁN, maestro y mentor, a través de su obra, de los civilistas españoles durante casi medio siglo, da noticias de las «concordancias» en una simple nota al pie de página: «Publicó GARCÍA GOYENA un libro, interesante todavía hoy...» Pienso—dice LACRUZ BERDEJO—que ese libro no es simplemente un libro interesante: es un *libro clave*.

Esta afirmación—dice—se funda en la idea sobre la naturaleza y virtualidad de la ley como acto de la voluntad inteligente, encarnando el mandato de un legislador concreto; naturaleza de la cual deriva el valor primordial de los trabajos preparatorios para la interpretación del precepto (207).

(206) «La obra de GARCÍA GOYENA se compone de explicaciones sobre cada precepto aislado. El autor da noticia, con solicitud, en primer lugar y como una caución indispensable, de los Códigos extranjeros que se han tenido en cuenta en su redacción (entre los de Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña), conocidos por él, sin duda, a través de la obra de ANTOINE DE SAINT JOSEPH, durante su exilio en Francia, del que regresó poco después de la muerte de Fernando VII.

Atiende también a las concordancias que al autor le parecen existir entre el precepto proyectado y las fuentes romanas, e igualmente las españolas. Más los pasajes romanos que abundantemente exornan las concordancias, así como los de las leyes de Partidas y otras fuentes castellanas (muy excepcionalmente, alguna foral), dan no pocas veces la impresión de un añadido *postfacto*, como si el texto genuino procediera de los Códigos extranjeros y, una vez redactado, se concordara con los viejos pasajes del Derecho tradicional.»

(207) «Como observa DUALDE—dice LACRUZ—, difícilmente cabe atribuir el sentido de la ley al órgano legislativo que la aprueba: ni las Pandectas son obra de Justiniano, ni las Partidas de Alfonso *el Sabio* (al menos, en una medida notable), ni el Código Civil de los cuerpos colegisladores españoles. Atribuir el contenido

La forma de elaboración de nuestro Código concede al proyecto de 1851 y al trabajo de GARCÍA GOYENA una autoridad singular, hasta el punto de ser muy pocos los cuerpos legales de esta clase provistos de una explicación tan directa y convincente. Pues, en primer lugar, lo reducido de la Comisión que redactó el proyecto y la autoridad en ella de GARCÍA GOYENA garantizan la afirmación de los propios vocales de ser el trabajo de este autor una interpretación auténtica de la voluntad colectiva; en segundo lugar, se puede prescindir aquí (como legislador del Código Civil con propia voluntad, merced al sistema de la Ley de Bases) de la mayoría parlamentaria que votó ésta; y, por último, en cuanto a la Comisión de Codificación que elaboró el Código Civil, tanto el mandato de la propia Ley de Bases (o más bien descripción de algo ya realizado) como las notas de concordancia añadidas al anteproyecto, redactado por aquélla y que continuamente remiten al texto isabelino, convencen de que dicho texto se halla en el origen del articulado vigente, formulado en un ininterrumpido diálogo con la obra de GARCÍA GOYENA. De ahí el valor excepcional, incomparable, de ésta en la fijación de la *voluntad del legislador*.

8. COMPARACION ENTRE EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851 Y EL CODIGO CIVIL DE 1889

La comparación entre el Proyecto y el C. c., cuando éste modifica la regulación de aquél, sirve, por contraste, para percatarse mejor de la actitud y de los propósitos del legislador de 1888, dice LACRUZ, e interpretar el texto vigente, revisado en 1889.

Respecto al tema de este estudio, interesa resaltar estas conclusiones evidentes: El Proyecto de 1851, en cuanto al sistema de transmisión formulado por GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, se quedó en proyecto. La Ley Hipotecaria de 1861 parte de la vigencia en el Derecho civil del sistema tradicional del título y el modo, e introduce reformas derivadas de los efectos publicitarios de la inscripción. El C. c. vigente se limita a adaptar el Proyecto de 1851 al sistema tradicional, aunque mantiene las reformas introducidas por la Ley Hipotecaria de 1861 en el mismo sistema tradicional y exige la inscripción para la existencia de la hipoteca.

Por esto, seguidamente, por orden correlativo, *se transcriben los artículos del Proyecto de 1851* que interesa resaltar, indicando entre paréntesis el número de cada artículo concordante del C. c. vigente, aun-

de ideas y mandatos de la ley al legislador constituye, frecuentemente, un fenómeno de prestidigitación.

Cosa distinta es que la ley no sea sólo expresión de la voluntad de un legislador pretérito.»

que su redacción sea distinta, dándolo por reproducido, *copiando la parte que interesa de los Comentarios de García Goyena al Proyecto y añadiendo el comentario comparativo con el C. c. vigente*. Se incluyen artículos que permiten, indirectamente, precisar el tema central.

1. COSA CORPORAL Y COSA INCORPORAL

Art. 379 (333 C. c.).—«Las cosas que pueden ser objeto de propiedad son bienes muebles e inmuebles.»

«Por Derecho romano y patrio las cosas se dividían primeramente en corporales e incorporales; las corporales se subdividían en muebles e inmuebles, y luego las muebles en simplemente tales, como las inanimadas, y en semovientes, como los animales; las segundas no necesitan del auxilio del hombre para moverse; las primeras, sí. En el artículo 1.387 (1.464 C. c.) viene a reconocerse la división de cosas corporales e incorporales, aunque aquí no se haga: ve lo allí expuesto.»

Art. 380 (334, ap. 10, C. c.).—«Son bienes inmuebles: ... 8.º Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

«Este número comprende los bienes que se llaman inmuebles por el objeto sobre el que recaen o tienen aplicación. Trátase de derechos o cosas incorporales que, consideradas en sí mismas, no son propiamente muebles ni inmuebles, puesto que no se pueden tocar: mas siendo preciso para los efectos de Derecho clasificarlas en una de las dos especies, se han reunido naturalmente al objeto o cosa en que pueden ejercitarse, y se han considerado muebles o inmuebles según la diversa naturaleza de la cosa u objeto.

Acerca de las *servidumbres prediales* no podía haber duda, pues forman un todo con el predio dominante, y son una modificación o disminución del dominio en el predio sirviente; son derechos y calidades de ambos predios...

La misma razón milita en los demás derechos y *acciones reales* relativas a inmuebles, según la regla 15 del Derecho: *qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*; por esto el *usufructo*, *uso* y *habitación* sobre inmuebles tienen el mismo concepto.

Pero la *acción hipotecaria*, accesoria de una obligación personal y exigible no debe considerarse como inmueble, porque ... lo principal es la obligación personal...

Hasta aquí los *censos* eran considerados, a manera de servidumbres, como una carga puramente real, sin mezcla alguna de obligación personal; y nosotros hemos establecido lo contrario respecto del consignativo, reduciéndolo a un simple crédito con hipoteca...; en el *reservativo*, por el contrario, sólo hemos reconocido obligación y acción puramente real...

Entiendo, pues, que el censo consignativo no debe reputarse bien inmueble ... pero sí el reservativo ... disminución o modificación del dominio en la finca gravada ... a manera de servidumbre que hasta aquí tenía también el consignativo.»

El C. c. (arts. 333 y 334, ap. 10), concordante con el Proyecto (artículos 379 y 380), confirma el ordenamiento jurídico tradicional en cuanto distinguen entre cosa, sin más, o cosa corporal, que se puede tocar, y cosa incorporeal, que no se puede tocar—v., además, arts. 391 P. (348 C. c.), 392 (349), 425 (430), (438), 1.387 (1.464), 1.457 (1.526) y epígrafe del capítulo, 1.466 (1.535).

1. El *derecho de propiedad de una cosa poseída por su propietario* (que es *titular del derecho de propiedad y poseedor*) tradicionalmente se identifica con la cosa que es objeto del derecho de propiedad y es objeto de la posesión en concepto de propietario; en este sentido, tal derecho *es una cosa corporal*. La cosa poseída por el propietario «representa» su derecho de propiedad. Así se dice «mi finca 'Cepeda'», en vez de decir mi derecho de propiedad sobre la finca llamada «Cepeda». Que ésta es una forma figurada de hablar, inmemorial, recogida en las leyes, es de conocimiento jurídico elemental, aunque a veces parece olvidado.

2. Los *derechos reales parciales posesorios, poseídos por su titular*, se denominan *cosas incorporeales o derechos incorporeales*. Se incluyen, tradicionalmente, las servidumbres (tanto las personales, en sentido histórico: usufructo, uso y habitación, como las prediales), y los censos, considerados a modo de servidumbre. GARCÍA GOYENA pone en duda la inclusión de las servidumbres prediales negativas (Com. art. 425 P.) y excluye, además de la hipoteca, por su accesoriedad del crédito, el censo consignativo.

3. En el Derecho tradicional, la palabra *derecho* y la palabra *acción* se emplean como *equivalentes o sinónimos* (arts. 1.280, 6.º, y 1.526 C. c.). Las *acciones de defensa de la titularidad del derecho*, que «representan» y defienden la titularidad o pertenencia del derecho real, del que derivan (acciones reales), o del derecho personal, con el que se identifican (acciones personales), se denominan también *cosas incorporeales o derechos incorporeales*. Así, la acción reivindicatoria del propietario, que «representa» su derecho de propiedad sobre una cosa (corporal) que no posee, y se dice que es «lo que le queda» de su derecho, es una cosa incorporeal o derecho incorporeal.

El derecho personal, como el crédito del prestamista, «se cosifica» y califica como cosa incorporeal o derecho incorporeal.

El derecho de propiedad de cosa poseída por su propietario se iden-

tifica con la cosa sobre que recae, y, por esto, se denomina *cosa corporal* y también *derecho corporal*; el derecho de propiedad de cosa no poseída por su propietario, que se identifica con la acción reivindicatoria, se denomina *cosa incorporal* o *derecho incorporal*.

Precisamente, GARCÍA GOYENA cita como cosa incorporal a la acción reivindicatoria cuando alude a la regla del *Digesto* según la cual *qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*, que también cita GÓMEZ DE LA SERNA en apoyo de la equivalencia de cesión de la acción a cesión del derecho, a efectos registrales.

La distinción entre cosa corporal e incorporal tiene gran importancia, porque se considera que la cosa corporal (que se puede tocar) se puede poseer y entregar o *tradir* (transmitir la posesión), mientras que la cosa incorporal (que no se puede tocar), estrictamente, no se puede poseer y entregar, sino solamente cuasi poseer y cuasi entregar. Se contrapone, por una parte, cosa, posesión y entrega o tradición, y, por otra parte, cosa incorporal, cuasi posesión y cuasi entrega o cuasi tradición (GARCÍA GOYENA habla también de casi entrega y casi tradición).

Para destacar la contraposición de conceptos se utilizan expresiones redundantes (cosa corporal, derecho incorporal) o figuradas (cosa incorporal, derecho corporal).

Pero *la expresión cosa incorporal o derecho incorporal designa un objeto o contenido homogéneo sólo en cuanto contrapuesta a la expresión cosa corporal*, pues se refiere, por una parte, a derechos reales parciales poseíbles y poseídos, que se cuasi entregan por transmisión del poder de hecho correspondiente, que se presume en los casos del art. 1.464 C. c., y, por otra parte, a acciones o derechos que se cuasi entregan por el solo contrato de cesión, conforme al artículo 1.526 C. c., incluyendo como cesibles no sólo las acciones personales identificadas con el derecho personal, sino también las acciones reales que derivan del derecho real, pero representan y defienden la titularidad o pertenencia del derecho, como la acción reivindicatoria, respecto del derecho de propiedad (208).

2. COSA CORPORAL Y DERECHO DE PROPIEDAD

Art. 391 (348 C. c.).—«La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que previenen las leyes y reglamentos.»

(208) En adelante se hará referencia a estas acciones que se identifican con el derecho personal o *representan* al derecho real, no a las demás acciones que implican ejercicio o defensa de facultades integrantes del contenido del derecho, personal o real (por ejemplo, acción por intereses de un crédito, acción negatoria de una servidumbre, etc.).

«Propiedad es señoría de la cosa: Ley 10, Título 33, Partida 7. Es sinónima de dominio.»

Art. 392 (349 C. c.).—«Ninguno será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.»

«Aquí se toma esta palabra, propiedad, por la cosa misma sobre la que se tiene el derecho de propiedad; en el artículo anterior se toma por el derecho o dominio.»

El C. c. (arts. 348 y 349), concordante con el Proyecto (arts. 391 y 392) y con el uso inmemorial, identifica—según el comentario anterior—el derecho de propiedad, no privado de la posesión, con la cosa sobre que recae y que lo «representa» (cosa corporal o derecho corporal).

En otro sentido, el artículo 392 C. c. distingue propiedad de una cosa (corporal) y «propiedad»—pertenencia o titularidad—de un derecho real.

3. COSA INCORPORAL, CUASI POSESIÓN Y CUASI ENTREGA

Art. 425 (430 C. c.).—«La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños o por otro en nuestro nombre.»

«Possessio (apellata a sedibus quasi positus, quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit) est detentio rei corporalis animo sibi habendi», según Ley 1, Título 3, Libro 41, del Digesto.

«Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies, o es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del entendimiento.»

Según estas definiciones no cabía propiamente posesión sino en las cosas corporales, pues en ellas solas cabía entrega propia: lo incorporal, como son los derechos reales, no admitía sino *cuasi posesión*, «*como manera de posesión*», según la citada ley de Partida.

Pero admitiéndose en el artículo 1.387 entrega de los derechos incorporales debía también admitirse aquí posesión de los mismos, y comprenderse la de todas las cosas o bienes en una sola definición.

Difícultó, sin embargo, que la definición del artículo cuadre propiamente a las servidumbres negativas, pues ni en ellas hay ejercicio de un derecho ni el uso del uno y la paciencia del otro que constituían la casi posesión romana y en las Partidas: esta dificultad obsta igualmente a la casi posesión de aquellos derechos.»

El C. c. (art. 430), no plenamente concordante con el Proyecto (artículo 425), califica como posesión civil la tenencia de una cosa corporal

y el disfrute de un derecho—real parcial (cosa incorporal)—«con la intención de haber la cosa o el derecho como suyos» (209).

También el artículo 438 del C. c. distingue la cosa o derecho (real) poseído.

GARCÍA GOYENA aclara que *la tenencia de una cosa corporal es posesión, pero el ejercicio de un derecho real parcial, que es cosa incorporal, sólo implica cuasi posesión*, aunque se incluye como posesión en relación con la obligación de entrega por el vendedor: El artículo 1.462, ap. 2.º, del C. c. (1.387 P.) se refiere a entrega de cosa corporal de la cosa poseída por el vendedor, mientras el artículo 1.464 C. c. (1.387 P.) se refiere a cosa incorporal, aludiendo a derecho real parcial poseíble y poseído, susceptible de cuasi posesión y cuasi entrega o cuasi tradición, por transmisión del poder de hecho correspondiente al derecho.

La servidumbre predial negativa también puede estimarse derecho poseíble, y transmitirse por cuasi tradición (210).

4. TÍTULO Y MODO

Art. 548 (609 C. c.).—«La propiedad se adquiere por herencia, *contrato* y prescripción.»

«Los contratos no eran entre los romanos modos de adquirir la propiedad o dominio, sino títulos para llegar a su adquisición, y entre nosotros lo son por el artículo 981. Por contrato: entiéndese los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compra y venta, que en Derecho romano y patrio eran simples *títulos*. Según el Código holandés (artículo 639), «la propiedad de las cosas no puede ser adquirida sino por ... tradición o entrega, acompañada de título de transmisión de propiedad, emanada del propietario».

Art. 973 (1.254 C. c.).—«El contrato es un convenio por el cual una o varias personas *se obligan*, respecto de otra o más, a *dar* alguna cosa o prestar algún servicio.»

Art. 978 (1.258 C. c.).—«Los contratos *se perfeccionan* por el mero consentimiento...»

Art. 981 (1.095 C. c.).—«La *entrega* de la cosa *no es necesaria para la traslación de la propiedad*, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1.850 y siguientes...» (hasta las disposiciones transitorias, que continúan tratando del Registro público—Registro de la propiedad—desde el art. 1.819).

(209) El mismo sentido tiene el artículo 432 del Código Civil. ALBALADEJO, *obra citada*, T. III, V. 1, pág. 56.

(210) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 163 y 53, sobre derechos reales poseíbles, frente a GARCÍA GOYENA.

«La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.006 (vid.).

El que tiene a su cargo el riesgo de la cosa debe sufrir su pérdida o deterioro; pero se aprovechará también de su aumento o mejora.»

«Contiene *disposición enteramente contraria a la máxima romana y patria 'Traditione, non nuda conventione dominium acquiri'*, párrafo 40, Título 1, Libro 2, Instituciones; Leyes 46, Título 28, Partida 3, y 50, Título 5, Partida 5.

La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla.

Desde entonces asiste al acreedor no ya un simple derecho a la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*). Por lo tanto, si la cosa perece por fuerza mayor o caso fortuito después que nació la obligación de entregarla, perece para el acreedor; según la regla *res perit domino*, aun cuando se haya señalado plazo o término para hacer la entrega, pues el contrato quedó perfeccionado por el mutuo consentimiento; pero ve el artículo 1.006.

Y a la verdad, si '*Nihil tan conveniens est aequitati naturali*', según el mismo JUSTINIANO en el párrafo citado, '*quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*', no es fácil de conciliar con la equidad y sencillez que la *voluntad de transferir el dominio* no ha de bastar por sí sola para su traslación, si no va acompañada o seguida de la entrega. Esto, sin embargo, no quita a lo prescrito en el título 'de hipotecas' sobre la necesidad de la inscripción (toma de razón) en el Registro público y sobre los efectos de su prioridad...»

El C. c. (arts. 609 y 1.095) *se contrapone al Proyecto* (arts. 548 y 981).

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (arts. 978 P. y 1.258 C. c.) y los hay que obligan a «dar alguna cosa» (arts. 923 P. y 1.254 C. c.), es decir, a entregar alguna cosa (art. 1.005 P.), a transmitir la posesión de la cosa (art. 1.384 P.; 1.462, 1.º, C. c.), como el contrato de compraventa (art. 1.367 P.; 1.445 C. c.).

Pero, según el *Proyecto*, la propiedad se adquiere por contrato (artículo 548), como el de compraventa, por lo que «la entrega de la cosa (cumplimiento de la obligación de dar) no es necesaria para la traslación de la propiedad» (art 981 P.); basta el consentimiento contractual, como en el Código francés.

En cambio, según el *C. c.*, la propiedad se transmite «por consecuencia de ciertos contratos—como el de compraventa—mediante la tradi-

ción» de la cosa (art. 609 C. c.), por lo que el acreedor de una obligación de dar (entregar) cosa determinada, como el comprador, aunque tiene derecho a la cosa, de tal índole que «tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», «sin embargo no adquirirá el derecho real sobre ella—el derecho de propiedad en el caso de la compraventa de cosa corporal—hasta que le haya sido entregada» la cosa (art. 1.095).

El C. c. *se opone al intento reformista del Proyecto*, y mantiene el sistema tradicional de transmisión de la propiedad por título (compraventa, con obligación de entregar) y modo (entrega o tradición), que es cumplimiento del título.

5. FORMA CONTRACTUAL

Art. 1.001 (1.278 y 1.279 C. c.).—«Cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones no serán éstas *válidas* si se otorgaren en una forma diferente.»

«Las solemnidades de los contratos y la designación de los casos en que sean necesarias corresponden al Derecho público, y éste *privatorum pactis mutari non potest*; en cierto modo corresponden también al orden de los juicios: ve los artículos 1.202 y 1.220.

La paz pública gana mucho con prevenir pleitos y asegurar ciertos intereses por su mayor importancia.

Pero ¿no podrá recurrirse al juramento decisorio para probar la existencia del convenio y obliga a que se extienda en la forma prevenida por la ley? Yo entiendo que sí, a pesar de nuestro artículo 1.202, y que éste es el sentido del Código francés y seguido por todos los Códigos; la moral y la equidad parecen dictarlo, y ningún perjuicio sufre la parte cuando se deja a un simple dicho la decisión del negocio.»

[Art. 1.202.—«La falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere expresamente esta solemnidad, aunque las personas contratantes se hayan obligado a otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquier pena, la cual no podrá exigirse.»

Art. 1.220.—«No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en documento público o privado...»

... El citado artículo 1.002, cuya principal disposición se reproduce en éste, encierra una legislación nueva para España, aunque vigente en Francia ha cerca de tres siglos...]

1. Art. 1.002 (1.280, f, C. c.).—«Toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad de valor de cien o más duros debe redactarse por *escrito*...

Exceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el momento de contraerlas.»

Obligaciones consumadas: ... no hay necesidad ni costumbre de exigir recibo. Si el vendedor me reclama de nuevo el precio, podría yo probar su pago por testigos: la presunción está porque nadie entrega su cosa sin recibir el precio (y viceversa).

2. Art. 1.003 (1.280, 1.º, 6.º, C. c.).—«Deben redactarse en *escritura pública*: 1.º Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos. 11.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.»

Según el *Proyecto* de 1851, la escritura pública en los supuestos del artículo 1.003, 1.º y 11.º (1.280, 1.º y 6.º, C. c.), se exigía como requisito de validez, conforme al artículo 1.001 (y 1.202, 1.220).

Pero el *C. c. rechaza esta «legislación nueva»* a que alude GARCÍA GOYENA, y según lo dispuesto en los artículos 1.278 y 1.279 y la interpretación constante del Tribunal Supremo la falta de forma especial sólo supone que los contratantes podrán compelerse a llenar o *cumplir el requisito de forma*, y no afecta a la validez y eficacia del acuerdo entre partes.

6. OBLIGACIÓN DE DAR O ENTREGAR

Art. 1.005 (1.094 C. c.).—«El obligado a dar alguna cosa lo está a *conservarla* con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a *entregarla*, bajo la responsabilidad...» (por resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses).

Dar equivale a entregar la cosa, según resulta del artículo 1.005 P., expresamente, no de su concordante artículo 1.094 C. c., pero sí de los artículos 1.095 y 1.096 C. c. (211).

La entrega de la cosa *en el Proyecto era transmisión de posesión*, porque la transmisión de la propiedad no requería la entrega. *En el C. c.* la entrega de la cosa es, *también*, transmisión de la posesión, pero es re-

(211) *Dare*, tradicionalmente (v. ROLANDINO y UNZOLA, citados anteriormente), significa entregar, es sinónimo de entregar (arts. 1.157 y 1.462 del Código Civil), es un *traspaso posesorio*, tanto cuando sea para transmitir el derecho de propiedad como para cumplir la obligación del arrendador respecto al arrendatario (v. ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. II, V. 1, pág. 34; Díez PICAZO, *Fundamentos...*, pág. 436).

quisito de la transmisión del derecho de propiedad, «por consecuencia» de ciertos contratos, como el contrato de compraventa, que implica voluntad concordada de transmitir el derecho de propiedad, mediante el cumplimiento de la obligación de entregar, presupuesto el derecho de propiedad del vendedor. De aquí que los artículos del C. c. referentes a las obligaciones de dar (arts. 1.094 y ss.) y al pago de obligación de dar (artículo 1.160) regulan el dar como cumplimiento o realización de requisito necesario para que se transmita el derecho de propiedad.

7. CONTRATO DE COMPRAVENTA-TRANSMISIÓN DE COSA

7.1. *Efecto traslativo*

Art. 1.367 (1.445 C. c.).—«El contrato de compra y venta es aquel en que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagar por ella un precio cierto y en dinero.»

«Obliga a entregar una cosa; y al saneamiento de la misma...; responde el comprador de la posesión pacífica de la cosa ... porque *la venta de cosa ajena es válida*.»

En el Proyecto, como en el Código francés, el vendedor se obliga a «entregar una cosa», a transmitir la posesión de la cosa, pero esta cosa pasa a ser propiedad del comprador por el contrato de compra, si era propiedad del vendedor al vender («porque—dice GARCÍA GOYENA—la venta de cosa ajena es válida»), siendo cosa determinada, salvo pacto de reserva de dominio.

El artículo 1.445 del C. c., casi literalmente, dice lo mismo que el concordante artículo 1.367 P.: El vendedor se obliga a «entregar una cosa determinada a transmitir la posesión de la cosa. Pero si la cosa es determinada, no es cosa ajena, y salvo pacto de reserva de dominio, sólo al cumplir la obligación de entregar, al transmitir la posesión, se transmite el derecho de propiedad.

El *fin* objetivo, típico, invariable, del contrato de compraventa es el de *cambiar cosa por precio*; como tal fin, es causa, pero no es elemento del contrato. Mediante—o por—el contrato de compraventa *se realizan dos atribuciones patrimoniales*: al comprador se le atribuye la cosa, al vendedor se le atribuye el precio, y *el obtener la respectiva atribución es la causa respectiva para cada una de las partes contratantes* (212).

Vender y comprar implica convenir o consentir todo el contenido o efectos del contrato de compraventa, conforme a las normas jurídicas aplicables al mismo (incluso las normas de Derecho dispositivo, que per-

(212) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. I, V. 2, págs. 261, 270, 272 y 265.

miten ciertos pactos que modifiquen los efectos naturales), y, por tanto, la transmisión del derecho de propiedad de la cosa al comprador y del precio al vendedor, mediante el cumplimiento, en su caso, de los requisitos complementarios del acuerdo de voluntades.

En este sentido, por su contenido y efecto final (traslativo o real, con efecto traslativo real), el contrato de compraventa es un *contrato traslativo*, tanto en el Proyecto de 1851 como en el C. c., y no, como en el C. c. alemán, un contrato obligatorio, distinto del negocio de transmisión, del que es elemento integrante esencial un acuerdo real, diferente del convenio de compraventa, aunque pueda considerarse implícito junto a éste (213).

Pero el que sea un *contrato traslativo* no quiere decir que, en todo caso, por sí solo transmita el derecho de propiedad de la cosa. En el sistema del título y el modo de nuestro C. c., que es el tradicional europeo antes de la codificación, se requiere además, para que se realice el convenido efecto traslativo del derecho de propiedad de la cosa, si el vendedor es propietario y poseedor de la cosa determinada, que transmita la posesión de la cosa, y al cumplir su obligación de entrega, de hacer *tradición* de la cosa, de transmitir la posesión de la cosa, se transmite el derecho de propiedad (si, además, se pagó el precio o se aplazó el pago, según dicho sistema antes de la codificación).

El Proyecto de 1851, como el *Code*, para que la compraventa surtiera el efecto de transmitir el derecho de propiedad de la cosa, dejaba de requerir el cumplimiento de las dos obligaciones principales del contrato, la de entregar la cosa y la de pagar el precio. El Código continuó requiriendo la entrega de la cosa, pero dejó de requerir el pago del precio.

Tanto en el Proyecto como en el Código *la transmisión del derecho de propiedad de la cosa se acuerda contratando la compraventa*.

En el Proyecto, si la cosa es determinada, no es ajena, y no hay pacto de reserva de dominio, el *efecto traslativo* o real convenido es *inmediato* y *simultáneo* a la perfección del contrato, y hasta que se entregue la cosa, el vendedor la detenta en nombre del comprador.

En el Código, en el mismo supuesto, es decir, si la cosa es determinada, no es ajena y no hay pacto de reserva de dominio, el *efecto traslativo* convenido no es inmediato, sino mediato, *simultáneo a la entrega* (aunque ésta puede ser inmediata a la perfección), y el vendedor está obligado a hacer adquirir el derecho de propiedad de la cosa entregándola, transmitiendo su posesión. El vendedor puede, voluntariamente, cumplir su obligación de entregar, y realizarse la entrega, *animus et cor-*

(213) Sobre el *acuerdo real abstracto* del Derecho alemán son interesantes las consideraciones de ZUMALACÁRREGUI (Tomás) en «*Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*», Madrid, 1977, especialmente págs. 158 y sigs.

pus, con acuerdo de entrega y, en su caso, acto de entrega (dejación y toma de posesión); pero su obligación de entregar es coercible, en el sentido de que, si la incumple, el comprador puede reclamar judicialmente su cumplimiento y obtener sentencia condenatoria, que el vendedor puede acatar, aunque, si no la acata, el comprador puede pedir la ejecución de la sentencia y obtener la posesión de la cosa por actuación del agente ejecutivo judicial, que le pondrá en posesión (art. 926 L. E. C.) aun contra la voluntad del vendedor; en este momento el comprador adquiere la propiedad de la cosa.

La transmisión de la propiedad está unida, en principio, a la transmisión de la posesión del *propietario poseedor*.

Tradicionalmente, la venta se refiere a cosa corporal, y el derecho de propiedad de una cosa poseída por su propietario se identifica con la cosa corporal sobre la que recae el derecho de propiedad y la posesión (214).

Al C. c. español, lo mismo que al Derecho romano, realmente, no le preocupa el efecto publicitario de la tradición, sino la posibilidad de que el comprador *pueda ejercitar su derecho de propiedad poseyendo la cosa*, inmediatamente o mediatamente o por servidor posesorio.

Este es el fundamento de la obligación del vendedor de entregar en el C. c. francés y en el C. c. alemán, como en el C. c. español.

Mientras no se realiza la entrega de la cosa, el comprador no puede realizar el ejercicio normal del derecho de propiedad, *conservar* la cosa y preservarla de los *riesgos de pérdida*, para *disfrutarla*.

Ahora bien, el comprador ha de considerar satisfecho su derecho a obtener la posesión de la cosa por alguno de los medios o formas legales, en las que se tiene en cuenta la *voluntad del comprador* (además de la del vendedor), sobre todo cuando no cabe entrega corporal porque el vendedor no es poseedor, tema de este estudio.

La *entrega*, así concebida, *no es un negocio dispositivo* como el de transmisión de cosas muebles del C. c. alemán, integrada por un acuerdo real, abstraído de su causa (del contrato de compraventa), y una tradición o traspaso posesorio.

La voluntad manifestada por las partes al perfeccionarse la compraventa es, potencialmente, idónea para determinar el efecto traslativo real, aunque éste queda pendiente de la transmisión de la posesión, como re-

(214) «El Código Civil alemán, e igual probablemente el español, quiere ligar, siempre que ello sea posible, la transferencia de la propiedad y la de la posesión, aunque sea de una posesión espiritualizada, y ello no merece sino alabanzas, no sólo a efectos de publicidad, sino porque la disociación entre posesión y propiedad es un fenómeno anómalo que sólo por excepción se debe admitir» (HEDEMANN: *Derechos reales*, V. II, versión y notas de JOSÉ LUIS DíEZ PASTOR y MANUEL GÓMEZ ENRÍQUEZ, nota pág. 70).

quisito de eficacia o «condicio iuris», de modo que no se requiere un negocio jurídico, distinto y posterior a la compraventa, determinante del efecto real.

En la compraventa considerada y en otros supuestos de compraventa distintos del referido como típico se requiere un ulterior comportamiento del comprador para que se produzca el efecto real: determinación de la cosa genérica, pago total del precio cuando es condición suspensiva por pacto de reserva de dominio, adquisición de cosa ajena, existencia de la cosa futura, etc., pero en ningún caso se requiere una nueva declaración de voluntad; tal comportamiento es cumplimiento de un requisito de eficacia, de una *condicio iuris*, incluso cuando implica cumplimiento de la obligación del vendedor de hacer adquirir el derecho vendido entregando la posesión (215).

La regulación del contrato de compraventa se refiere, normalmente, a la *compraventa típica* de cosa (corporal) determinada (del derecho de propiedad de cosa determinada) poseída por el vendedor.

Esta regulación se aplica, adaptándola, a otras transmisiones de un derecho a cambio de un precio, sea una cosa no determinada, una cosa futura, un derecho real parcial posesorio, un derecho real parcial no posesorio o un derecho de crédito o una acción o derecho discutido, incluyendo el derecho de propiedad de cosa no poseída por el propietario, sino por un tercero (acción reivindicatoria).

7.2. Perfección y consumación

Art. 1.372 (1.450 C. c.).—«La venta se perfecciona entre las partes y es obligatoria por el solo convenio de ellas en la cosa y en el precio, aunque aquélla no se haya entregado ni éste satisfecho.»

«El Código holandés dice lo mismo (art. 1.494), pero 'el comprador no adquiere la propiedad del objeto vendido sino después que le ha sido entregado, con arreglo a los artículos...' (art. 1.495).»

La compraventa, *en el Proyecto y en el Código, es consensual*, en el sentido de que no es formal, y *no es real*, en el sentido de que la perfección y el pago, cumplimiento o consumación, no han de ser simultáneos esencialmente, aunque el cumplimiento ha de ser simultáneo para ambas partes, normalmente (art. 1.500 C. c.).

Pero *en el Proyecto* la compraventa, además de obligatoria u obligacional en cuanto a la entrega, *es inmediatamente traslativa* del derecho de propiedad, normalmente; mientras *en el C. c. es causa de la transmi-*

(215) Se ha de distinguir la perfección del contrato de compraventa, su eficacia y su cumplimiento, aunque sean simultáneos o inmediatos en el tiempo.

sión de la propiedad que se realiza mediante la entrega (como en el Código holandés que cita GARCÍA GOYENA).

7.3. Entrega

Art. 1.383 (1.461 C. c.).—«Las principales obligaciones del vendedor son la entrega y saneamiento de la cosa vendida.»

Entregar es la obligación esencial del vendedor, y la llamada garantía o saneamiento sólo es responsabilidad del vendedor, natural (salvo pacto), mientras que la transmisión de la propiedad es el efecto normal del cumplimiento del contrato por el vendedor propietario, según se considerará al comentar el artículo 1.397 del Proyecto.

Art. 1.384 (1.462, 1.º, C. c.).—«Se hace entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador.»

Ratio vel datio possessionis, quae a venditore fieri debeat (Ley 3, Título 1, Libro 19 del Digesto). Las Leyes 46 y siguientes, Título 28, Partida 3, usan de la palabra «apoderar de la cosa vendida, ponerla en poder, etc.».

CUJACIO define la entrega (según la Ley 3 romana) «*datio vel traslatio possessionis*»; de consiguiente, debe tenerla el vendedor, «*quia nemo dat quod non habet*». VINTO (al Título 1, Libro 2, párrafo 40, Instituciones) dice: «*Traditio vera in re mobili est de manu traslatio; in re soli, inductio in possessionem.*»

Entregar es transmitir la posesión, en el Proyecto y en el Código.

La posesión, para entregarla, «*debe tenerla el vendedor*».

El vendedor no tiene la posesión de la cosa, aun cuando parezca tenerla y aparentemente haga entrega ficticia, o incluso real, de la cosa, si un tercero vence al comprador mediante interdicto de recobrar la posesión, es decir, si hay evicción de posesión.

En cambio, el vendedor despojado de su posesión antes de que transcurra un año desde el despojo (art. 460, 4.º, C. c.) entrega su posesión incorporal o «ideal», por acuerdo relativo a la transmisión de ésta (artículo 1.463 C. c.) como demuestra el que el comprador puede ejercitar el interdicto de recuperar la posesión efectiva, que correspondía a aquél por el despojo (cf. L. E. C., art. 1.652, 1.º) (216).

El C. c. dice que «se entenderá» entregada la cosa, ..., mientras el Proyecto dice «se hace entrega...» La diferencia de expresión acaso puede interpretarse en el sentido de que la puesta en poder y posesión del

(216) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 77. Además, con la transmisión de esta posesión, transmite la propiedad, si es voluntad de ambas partes (*id.*, número 2).

comprador es sólo *presunción de entrega de la posesión en concepto de dueño* y transmisión de propiedad, salvo pacto en contrario, de reserva de dominio.

La transmisión de la posesión requiere, como la adquisición originaria de la posesión, *corpus et animus*, y el *animus* de transmisión posesoria es un *animus* de transmitente y de adquirente, un *acuerdo de entrega*, al que se refiere el artículo 460, 2.º, C. c., cuando dice que el poseedor puede perder su posesión «por cesión hecha a otro por título oneroso o lucrativo», destacando el aspecto volitivo, consensual, de la pérdida de la posesión por el cedente, y la adquisición de la posesión por el cesionario.

No cabe hablar, en un sentido estricto, de transmisión o cesión de la posesión como hecho, de transmisión del poder de hecho sobre la cosa, pero sí cabe para significar que el poder de hecho lo adquiere una persona sobre una cosa porque otro, desposeyéndose, desprendiéndose de la cosa, se la entrega, con lo que le proporciona o confiere tal poder (217).

La llamada *entrega longa manu* de inmuebles, normalmente, es una forma de entrega real, no fingida, ni solo *consensu*, apropiada para los inmuebles, que están presentes, que están a la vista, como decía ROLANDINO (218).

Art. 1.385 (1.462, 2.º, C. c.).—«Cuando por disposición de la ley o por la voluntad de las partes se haga la *venta en escritura pública*, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.»

a) 1. «El artículo 1.136 del Código de VAUD dice: «En cuanto a los inmuebles la confección (*pasation*) de escritura pública auténtica equivale a la entrega.» No presenta inconveniente, exigiéndose escritura pública para los inmuebles en nuestro artículo 1.003, 1.º

2. La Ley 1, Título 54, Libro 8 del Código de JUSTINIANO equipara la entrega de los instrumentos de propiedad a la de la misma cosa; la Ley 8, Título 30, Partida 3, añade: «O haciendo otra carta de nuevo, e dandogela», por manera que la misma escritura de venta o donación equivale a la entrega; igual es el espíritu y la letra de las Leyes 17 y 44 de Toro, hablando de mejoras y mayorazgos: «O le oviere entregado ante escribano la escriptura dello.»

3. Teníamos, además, la práctica, pues la escritura suele hacer veces de entrega, aun sin las cláusulas y formularios que suelen añadirse, como la de *constituto posesorio*..., sin que importe nada que el vendedor

(217) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 77.

(218) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 88.

se reserve el usufructo o... tome en arriendo la cosa vendida; de todos modos la entrega de este artículo es simbólica.

Pero nuestro artículo va más adelante que los extranjeros citados, pues no se limita a los inmuebles, sino que adopta la ley de Partida en toda su extensión: «Heredamiento u otra cosa cualquiera», dice aquélla, y establece para todos los casos que la escritura baste para ganar la posesión, que es la consecuencia natural e inmediata de la entrega.

Si de la misma escritura, etc.: porque puede venderse, por ejemplo, una cosa mueble, expresándose en la escritura que se ha de entregar en tal tiempo, o lugar, o por partes.»

b) *El artículo 1462, 2.º, C. c., quiere decir lo siguiente:* al efecto legal de que se pueda «entender» cumplida la obligación de entregar del vendedor, respecto de una cosa, cuando se haga la venta mediante escritura pública, el acto de otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario. Es decir, el acto de otorgar la escritura equivale al cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, salvo pacto en contrario, que resulte expreso o se deduzca de la misma escritura. Hay un presunto acuerdo de entrega, con presunción *iuris tantum*, según el cual el comprador y el vendedor acuerdan que el vendedor cumple su obligación de entregar si otorga escritura pública de compraventa, es decir, que cumple al otorgar, por lo que ha cumplido si ha otorgado; pero se puede pactar lo contrario, que no sea así.

En el Proyecto y en el C. c. el otorgamiento de la escritura pública de compraventa «equivale» (Proyecto) o «*equivaldrá*» (Código) a la entrega o transmisión de la posesión en concepto de dueño, *salvo pacto* contrario a la presunción de voluntad de las partes respecto a tal equivalencia.

El pacto de que el otorgamiento de la escritura no equivale a la entrega, considerado *en el Proyecto* de 1851, es un acuerdo sobre la no transmisión de la posesión en concepto de dueño, que, *a contrario sensu*, destaca la importancia del acuerdo de entrega, aspecto volitivo, acordado, de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, que, al otorgar la escritura, puede ser condicionada o excluida totalmente.

En el C. c. el alcance de la presunción de equivalencia es distinto que en el Proyecto, porque la entrega implica no sólo la transmisión de posesión, sino, además, la transmisión de la propiedad, salvo pacto de reserva de dominio. Así, puede acordarse, por pacto de reserva de dominio, que el otorgamiento equivale a la entrega de la posesión, pero que esta entrega no surtirá el efecto de transmisión del dominio por la compraventa hasta que se cumpla cierta condición, normalmente el pago total del precio.

En el Proyecto y en el C. c., salvo pacto, al comprador en escritura pública se le atribuye la posesión en concepto de dueño y el vendedor queda ejerciendo la posesión—en concepto de dueño—ajena (art. 431 Código Civil, sin perjuicio de que, por pacto, quede como poseedor inmediato en concepto de usufructuario o arrendatario o comodatario o mandatario (mediador posesorio del comprador, que resulta poseedor mediato), o como precarista, o como detentador con licencia o tolerancia del comprador (arts. 444, 1.942 C. c.), o como servidor posesorio del comprador.

Si se pacta, pese a la entrega, la reserva de dominio, el comprador, además, será poseedor en concepto de propietario eventual, hasta que, en su caso, cumplida la condición suspensiva, pase a ser poseedor en concepto de dueño actual, exclusivo.

Según el *formulario* de la *Suma* de ROLANDINO, para el instrumento de venta simple de una parcela de tierra el vendedor «dió, vendió y traidió ... al comprador que recibe y compra... y el mismo vendedor se constituyó poseedor en nombre del propio comprador de la citada casa hasta que hubiera recibido la posesión corporal de la misma y dióle licencia omnímoda para aprehenderla por su autoridad y retenerla en lo sucesivo».

El formulario de las Partidas, inspirado en el de ROLANDINO, dice «como fulano vende e da ... a fulano, que recibe e compra... E otrosí otorgó al comprador de suso nombrado libre e llanero poder para entrar en tenencia de aquella casa sobredicha, que le vendió, sin otorgamiento de juez o de otra persona cualquiera».

En el formulario de Febrero, F. A. «vende y da ... a S. G. una casa ... que le pertenece en posesión y en propiedad...», por cuyos títulos corresponde en posesión y propiedad al otorgante ... y le constituye procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad o judicialmente entre y se apodere de la nominada casa, y de ella tome y prenda la real tenencia y posesión que por derecho le compete: y para que no necesite tomarla me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehensión ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y transferidosele, y en el interin se constituye su inquilino tenedor y poseedor en legal forma».

GARCÍA GOYENA, al comentar el hoy artículo 1.462, 2.º, como se ha visto, interpreta el Código de JUSTINIANO y las Partidas, en el sentido de que en aquél «la escritura equivale a la entrega», y en éstas, «la escritura suele hacer veces de entrega, aun sin las cláusulas y fórmulas que suelen añadirse, como la de *constituto posesorio*», y así la entrega de este artículo (el hoy 1.462, 2.º) será simbólica. El mismo autor, al comentar el hoy artículo 1.464 (1.387 P.), por su remisión al hoy 1.462,

2.º, dice que «la disposición—vigente, hay que entender—es general y no distingue entre—escritura de—cosas corporales e incorporeales: los motivos son iguales en ambos casos, y la entrega será simbólica». Es decir, en todo caso, interpreta el otorgamiento de la escritura de venta como tradición simbólica. No se entrega mediante *constituto posesorio expreso*, sino, a lo más, en virtud de *constituto posesorio presunto*, entendido tal *constituto* en el amplio sentido de que el vendedor poseedor «se constituye poseedor en nombre del propio comprador», como decía la *Suma* de ROLANDINO, y el comprador tiene «llanero poder para entrar en tenencia de aquella cosa «como decían las Partidas, o—como dice Febrero—«el vendedor, al comprador, le constituye procurador actor en su propia causa para que de su autoridad ... tome la real tenencia y posesión—de la cosa—... y para que no necesite tomarla ...—pide al Notario—le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehensión, ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y transferídosele, y en el ínterin se constituye su ... (219) tenedor y poseedor». Según esta interpretación, la entrega se realiza *otorgando* la escritura de venta, se reciba o no la copia autorizada, pero si la copia autorizada está en poder del comprador, además de probar la compra, también acredita la entrega. Ahora bien, esta entrega simbólica, por el otorgamiento de escritura de venta, es distinto de la entrega simbólica por dación del título (escritura pública o no), o documento de pertenencia que prueba el derecho incorporal (art. 1.464 C. c.) del vendedor, pero no, por sí solo, la compra, aunque su posesión pueda implicar un principio de prueba de la compra y, en su caso, del cumplimiento de la obligación de entregar tal derecho incorporal. Para distinguir un caso de otro, la entrega, de cosa corporal o de cosa incorporal, por el otorgamiento de escritura, que GARCÍA GONZÁLEZ llama entrega simbólica, se suele denominar tradición *instrumental*, y la entrega de cosa incorporal mediante dación del título de pertenencia del vendedor, que es anterior a la venta, se denomina tradición *documental*. Pero ha de tenerse en cuenta que la tradición instrumental solía y suele ir acompañada de la entrega del título de pertenencia del vendedor, tanto cuando se vende una cosa (poseída por el vendedor) como cuando se vende un derecho incorporal.

En los formularios de compraventa de cosa determinada, en la *Suma* de ROLANDINO y en la «Librería...» de Febrero se hacen constar, sucesivamente, dos cláusulas de estilo: primero, la de dación, transmisión o *cesión de derechos y acciones*, referida a la transmisión de la cosa por venta, es decir, del derecho de propiedad sobre la cosa vendida (pero no

(219) La referencia a constituirse «inquilino» ha de tomarse no en el sentido actual, sino, a lo más, en el sentido que tenía al tiempo de redactarse el formulario: ocupante sin ningún derecho de prórroga, aunque pagara merced por el tiempo convenido.

como un acuerdo real distinguible del contrato de compraventa), y luego, la de *constituto*, referida al cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, de transmisión de la posesión de la cosa. Estas cláusulas tienen el significado de que por causa de la compraventa (título), con finalidad transmisiva, si la cosa es propiedad del vendedor (como se afirma en la escritura), la entrega o tradición, la transmisión de la posesión, por el otorgamiento de la escritura de venta, efectivamente transmite la cosa, el derecho de propiedad sobre la cosa; en el Derecho tradicional si además se paga o aplaza el pago del precio.

Ciertamente, según el C. c., resulta innecesaria la cláusula de *constituto*, por la equivalencia presunta de otorgamiento de la escritura y entrega de cosa corporal (arts. 1.462, 2.º, y 1.463, principio, C. c.) o cuasi entrega de cosa o derecho incorporal, derecho real poseíble (art. 1.464), aunque, según GARCÍA GOYENA, ya era innecesaria con anterioridad (220).

Pero la finalidad de la transmisión del derecho, contenida en aquella cláusula de estilo de dación, transmisión o cesión de derechos y acciones, con una u otra fórmula, continúa haciéndose constar en las escrituras, e incluso se hace referencia a la transmisión de la posesión por el otorgamiento.

Después de la profunda reforma que supone la publicación de la Ley Hipotecaria y su Reglamento, así como la Ley del Notariado y su propio Reglamento, aparte de los formularios del Reglamento Hipotecario e Instrucciones publicadas para la redacción de instrumentos públicos (221),

(220) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Instituciones de Derecho notarial*, Madrid, 1946, página 508. Después del Código Civil esta cláusula, en cuanto no formalice un pacto modificativo de la equivalencia entre otorgamiento de escritura y entrega de la cosa (arts. 1.462, 2.º, y 1.463) o cuasi entrega de un derecho real parcial posesorio (art. 1.464), no es más que una cláusula formularia o «cláusula de estilo amojamada».

(221) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique (*Derecho Notarial*, 1976, pág. 171), dice que el primer Reglamento Notarial de 30 de diciembre de 1862, en el desarrollo de los requisitos formales del instrumento público ratifica, con mayor minuciosidad, los preceptos de los artículos 19 a 28 de la Ley, sin formular una teoría general de la forma documental notarial. Acaso influyó en su deficiencia la circunstancia de haberse regulado especialmente en normas específicas la forma de los instrumentos sujetos a Registro (Instrucción de 12 de junio de 1861) y el deseo de no alterar, en lo más mínimo, el contenido de la Ley y el de no provocar dificultades de tipo público.

GONZÁLEZ PALOMINO, José (*Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1946, páginas 514 y sigs.), reconoce que tales normas cuidaron, y es cierto, de facilitar la labor registral, pero también ayudaron a facilitar y racionalizar el quehacer notarial, aunque acaso carga las tintas cuando se refiere a que se «encubría a través de altas consideraciones de filosofía de la historia, la tendencia de poner el título no sólo al servicio, sino bajo la dependencia del Registro de la Propiedad»; al «intento de mecanizar la función notarial, haciendo marcar el paso a todos los Notarios, por la aprobación de formularios oficiales».

Ambas Instrucciones (12 junio 1861 y 9 noviembre 1874) han sido publicadas en la *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1977, págs. 406-447.

el cambio de contenido de la tradicional escritura pública de compraventa es radical: se pretende cortar el verbalismo y se consigue; prácticamente desaparecen antiguas cláusulas de estilo, que ya muchos no sabían lo que querían decir (222), y se pasa a un sistema más simplista (223), sobre todo después de la publicación del C. c., cuando ya claramente no resulta necesario, salvo pacto especial, prever las cláusulas de *constituto posesorio* (arts. 1.462 y 1.464), de cesión adicional de acciones y derechos, de entrega de títulos, de evicción y saneamiento, etcétera (224).

Respecto a la *práctica notarial actual* pueden citarse dos ejemplos de mucha autoridad profesional.

NÚÑEZ LAGOS manifestó que venía usando durante más de treinta años la siguiente fórmula: «Don ... transfiere, libre de todo gravamen y con todos sus accesorios y pertenencias, el pleno dominio de la finca descrita a Don ..., quien acepta, quedando en posesión de la misma en este acto y por el solo otorgamiento de esta escritura», fórmula que—según él—es la consagración de la transmisión por el solo acuerdo de transmisión, por *acto de disposición*, porque la *traditio* ha sido absorbida por el acto de disposición, concepto más amplio y más técnico, síntesis y compendio, en el artículo 18 L. H., de los llamados títulos sujetos a inscripción en el artículo 2.º L. H.».

Opone ROCA SASTRE (225) que la *traditio* no absorbe el acto de disposición ni, inversamente, aquélla es absorbida por el acto de disposición. «Precisa esperar que se reforme el sistema respecto de la tradición como requisito constitutivo—dice de la transmisión.» Sin embargo, el mismo ROCA SASTRE concluye que el requisito de la tradición exigido por el Código Civil debiera desaparecer sustituido por el *acuerdo de disposición*,

(222) Basta recordar las citadas manifestaciones de UNZOLA en la «Suma» de Rolandino (v. nota 55), y de GARCÍA GOYENA en la «Librería» de Febrero (v. com. al número 3.337 sobre el *constituto posesorio*).

(223) El «*Tratado completo filosófico-legal-teórico-práctico de instrumentos públicos...*», de GONZALO DE LAS CASAS, Notario de Madrid, publicado en 1870, ofrece ya formularios similares a los actuales, y en el de escritura de venta llana, según la cláusula primera, el vendedor transmite la propiedad y dominio pleno... *para que la posea en propiedad* y en igual forma que la venía poseyendo el vendedor, por precio y cuantía de... pesetas.

Asimismo, la «*Colección de formularios de escrituras*», publicada por el Antiguo Colegio de Notarios de Valencia, en 1871, a propósito de la venta de una finca rústica, dice que el comprador acepta esta venta; recibe los documentos de propiedad de... en señal de la toma de posesión...

(224) El paso brusco de uno a otro sistema facilita el olvido de las causas por las que, con anterioridad al Código Civil, se recurría a ciertas fórmulas y llega a oscurecer la interpretación de algunos preceptos del mismo, como ocurre con los artículos 1.462 y 1.464, en relación con el 1.526, respecto a la compraventa-cesión de derechos «representados» por acciones.

(225) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, 6.ª ed., pág. 275.

causalizado por el contrato de finalidad traslativa, y que, por ejemplo, en las escrituras públicas de compraventa de fincas podría estar concedido en estos términos: «En virtud de esta escritura la parte vendedora transmite el dominio de la finca vendida a la parte compradora, cuya adquisición acepta ésta.» Esta cláusula—dice ROCA SASTRE—«ya la empleamos actualmente en escrituras de compraventa que autorizamos» (226).

Las dos fórmulas, indiscutiblemente, son correctas. No obstante, la referencia de NÚÑEZ LAGOS al acto de disposición y la de ROCA SASTRE al acuerdo de disposición parecen influidas por *reminiscencias germánicas del acuerdo real dispositivo, aunque no sea abstraído causalmente*, pese a que ambos ilustres publicistas, frente a las tendencias germanizantes, han sido celosos defensores de la vigencia en el Derecho español del sistema del título y el modo, en el que, como ha insistido reiteradamente NÚÑEZ LAGOS, no puede distinguirse legalmente más que el *contrato* de compraventa (no un contrato obligacional de compraventa y un acuerdo real dispositivo), y el cumplimiento de la obligación de *entregar* la cosa, de transmitir su posesión, si bien el otorgamiento de la escritura de compraventa equivale a tal entrega, salvo pacto; por su parte, ROCA SASTRE ha reafirmado que toda la virtualidad traslativa queda concentrada *indiferenciadamente* en el contrato de finalidad traslativa (compraventa, etc.), por lo que no puede entrar en juego el expediente de abstracción del convenio causal (227). Claro que la compraventa puede no ser formalizada en escritura pública y entonces la entrega, *animus et corpus*, no queda presunta, aunque pueda entenderse realizada al amparo de una forma legal ficticia, e incluso por el solo acuerdo o conformidad, que no requiere ser expreso, en el supuesto de que la cosa vendida no pueda trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta (art. 1.463 Código Civil), sin perjuicio de que el comprador no se conforme y exija otra forma de entrega.

La *escritura de compraventa normal* formaliza, por una parte, la *perfección* de un contrato de compraventa, acuerdo de voluntades, en el que no cabe distinguir un acuerdo contractual de compraventa puramente obligatorio y un acuerdo dispositivo real causalizado, como cumplimiento del acuerdo contractual, y, por otra parte, el *cumplimiento* de la obligación de entrega, en cuanto incluye, al menos presuntamente, el acuerdo de entrega por *constituto posesorio* instrumental (art. 1.462, 2.º,

(226) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, 6.ª ed., pág. 276, núm. 2, y T. II, pág. 86, n. 2. Obsérvese que no utiliza la fórmula del artículo 227 de la Compilación catalana.

(227) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, 5.ª ed., págs. 633 y sigs.

La concepción germanista del negocio dispositivo, aunque no abstraído causalmente, informa también el estudio sobre la cesión de créditos hipotecarios. *Obra citada*, T. IV, V. 2.º, págs. 785 y sigs.

Código Civil). Puede adelantarse que *cuando se vende* no una cosa poseída por el vendedor propietario, sino *una cosa no poseída por el vendedor propietario, el contrato de compraventa, por sí solo, es traslativo de la acción reivindicatoria (del derecho de propiedad, sin posesión), sin necesidad de cesión expresa adicional*, incluso en el supuesto de que el comprador desconozca la falta de posesión del vendedor, y el comprador está facultado para ejercitar la reivindicatoria como dueño, sin perjuicio de reclamar por incumplimiento de la normal obligación de entrega, que corresponde al vendedor poseedor.

Art. 1.386 (1.463 C. c., que dice «acuerdo» donde el Proyecto dice «consentimiento»).—«Fuera de los casos del artículo anterior, la entrega de los bienes muebles se efectúa por el hecho material de ponerlos en poder del comprador: por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen guardados; por el solo consentimiento de las partes, si la cosa vendida no puede trasladarse en el momento de la venta, o si el comprador la tenía ya en su poder por algún otro motivo.»

«Por el solo consentimiento, etc.: Este párrafo contiene las entregas *longae manus* y *brevis manus*: ve el artículo 1.384; ambas se hacen por el solo consentimiento de las partes, a diferencia de la simbólica, en la que interviene un signo exterior; este artículo no perjudica a lo establecido en el último párrafo del artículo 1.374.»

El Proyecto y el Código se diferencian en que, salvo pacto, la entrega en el C. c. implica, con la transmisión de la posesión, la transmisión del dominio.

El precepto se puede aplicar también a *inmuebles*, salvo en lo referente a la entrega de llaves del lugar de almacenamiento (228).

Hay entrega por el *solo consentimiento* si la cosa no puede trasladarse en el momento de la venta, pues el vendedor sólo tiene la posesión como derecho (caso del poseedor mediano y del poseedor despojado que vende antes del año a que se refiere el artículo 460, 4.º, C. c., que pueden defender su posesión interdictalmente) o incluso si tiene la posesión como hecho de la cosa, cuando está destinada a permanecer, por lo menos de momento, en poder del transmitente, como usufructuario, arrendatario, depositario, etc. (*constituto posesorio*).

Opina ALBALADEJO que, vigente el sistema del título y el modo en el C. c., no parece que la entrega sea prácticamente suprimible a capricho de las partes, a las que les bastaría un simple acuerdo *traditorio* o entrega sólo consensual (229).

(228) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 83, n. 2.

(229) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 155 y 84, n. 4.

(230) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 157.

Sin embargo, reconoce que *en la Compilación catalana y en la navarra* la tradición puede tener lugar por el solo acuerdo de las partes (230). Según la Compilación catalana, «en el contrato de compraventa la tradición o entrega de la cosa vendida tendrá lugar ... por el pacto en que el vendedor declare que extrae de su poder y posesión la cosa vendida, transfiriéndola al comprador con facultad a éste para tomarla por sí mismo y constituyéndose en el ínterin poseedor en su nombre...» (art. 227, 1.º). Según la Compilación navarra, «la cosa vendida se entenderá entregada cuando haya sido puesta a disposición del comprador, según la naturaleza de la cosa y conforme a los usos del lugar» (Ley 568, 1.º).

Pero, pese a tal opinión, el sistema del título y el modo ha de entenderse—como entiende el mismo ALBALADEJO—que sólo requiere el que, para transmitir la propiedad, el vendedor que es propietario y poseedor ha de transmitir la posesión, que puede estimarse transmitida por acuerdo de cambio del concepto en que se posee, tanto cuando ya poseía el comprador, que pasa de mediador posesorio a poseedor inmediato (*traditio brevi manu*, del art. 1.463 al final, C. c.) (231), como cuando el vendedor poseedor inmediato pasa a ser poseedor en nombre del propio comprador (*constituto posesorio* tradicional).

Ahora bien, el acuerdo a que se refiere el C. c. puede ser, más bien, la *conformidad del comprador en no recibir la entrega real*, en los supuestos en que sea aplicable el artículo 1.463.

En la Compilación catalana, la cláusula del artículo 227, 1.º, parece que no tiene sentido cuando se hace constar en escritura pública, por resultar aplicables, conforme al mismo precepto, los artículos 1.462, 2.º, y 1.464 C. c. (232). Pero, en cambio, tal cláusula es importante a falta de escritura pública, aunque entonces parece que el pacto ha de ser expreso («declara»), no simplemente tácito o presunto en toda compraventa, ni aun considerando al vendedor como servidor posesorio del comprador (233).

En la Compilación navarra la puesta a disposición del comprador, si bien puede ser un *constituto posesorio* acordado, también puede ser un acto unilateral del *tradens*, pues no requiere, esencialmente, la conformidad del que recibe la disponibilidad; el poder se adquiere porque lo confiere quien lo tenía y no, necesariamente, porque lo acepte quien lo recibe (234).

(231) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 83 y 147.

(232) Obsérvese que ROCA SASTRE no la incluye en la fórmula referida al tratar del artículo 1.462 del Código Civil, pero continúa siendo usual en las escrituras autorizadas en Cataluña, por lo que GONZÁLEZ PALOMINO (*ob. cit.*, pág. 512) la comenta humorísticamente.

(233) ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 157, n. 6, cree que el vendedor no queda como servidor posesorio.

(234) ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 158. Es más, también la Compilación navarra (ley 355) habla de que «la propiedad de las cosas se adquiere... por la entrega de

Art. 1.387 (1.464 C. c.).—«En cuanto a los *bienes incorporales*, regirá lo dispuesto en el artículo 1.385; en cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia o el uso que él haga de su derecho, consintiendo el vendedor.»

«El artículo 668 del Código holandés exige escritura pública o privada para la *cesión* y entrega de créditos que no son al portador, y de otros derechos incorporales.

Res incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt: eodem numero sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur, texto del Título 2, Libro 2, Instituciones, y la Ley 1, Título 30, Partida 3. *Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*, Ley 43, párrafo 1, Título 1, Libro 41 del *Digesto*. *Nulla ejusmodi juris vacua traditio est. Ego puto usum ejus juris* (de la servidumbre) *pro traditione possessionis accipiendum esse*, Ley 20, Título 1, Libro 8 del *Digesto*, y dicha Ley 1, Título 30, Partida 3; por manera que en estas cosas no caben propia y verdaderamente entrega y posesión, sino cuasi-entrega y cuasi-posesión.

Lo dispuesto en el artículo 1.385. La disposición del artículo 1.385 es general y no distingue entre cosas corporales e incorporales; los motivos son iguales en ambos casos, y la entrega será simbólica: ve el comentario del artículo 1.384.

Los *títulos de pertenencia*: otra entrega o cuasi-entrega, también simbólica, porque, no siendo posible en las cosas incorporales la natural y verdadera, es indispensable recurrir a la fingida.

Pero ténganse presentes las palabras 'en cualquier otro caso', pues que si se trata de derechos o cosas incorporales en los que deba intervenir escritura según el artículo 1.003, ella sola equivale a la entrega, y sin ella no basta la de los títulos.

O el *uso*: Por Derecho romano y patrio, que no requerían escritura para la imposición de servidumbres, bastaba el uso del dueño del predio dominante y la paciencia del dueño del predio sirviente por el tiempo legal para adquirirlas...»

El precepto se refiere a cosas incorporales, pero parece que no a todas, sino *tan sólo a los derechos reales parciales poseíbles* (235), a los que se alude en el artículo 609 C. c., y que se concretaron al comentar

las mismas hecha por su propietario, en virtud de un convenio que justifique la transmisión», con lo que no se precisa el acuerdo sino para el título, mas no para la entrega o modo (ALBALADEJO, *loc. cit.*, n. 10).

(235) Según Díez PICAZO (*Sistema de Derecho civil*, V. III, 1.ª ed., 1977, páginas 154 y 228), el artículo 1.464 del Código Civil está pensado para la transmisión de derechos reales sobre cosas. Su entrega no es la material, dada la naturaleza del objeto.

los artículos 379 y 380 P. (333 y 334 C. c.), respecto de los que cabe transmisión de cuasi-poseción por cuasi-entrega o cuasi-tradición, cabe hacer posible su ejercicio, *hacer posible el ejercitar el poder de hecho correspondiente*, aunque no se haya ejercitado (usado) (236).

A ellos es aplicable lo dispuesto para las cosas (corporales) por el artículo 1.462, 2.º, C. c., en cuanto que el otorgamiento de la escritura de compraventa equivale a la entrega (cuasi-entrega), al cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar, naturalmente, es decir, salvo pacto contrario a la presunción de voluntad de las partes respecto a tal equivalencia.

GARCÍA GOYENA entendía que este precepto alude a «en cualquier otro caso», en consideración a que debían constar en escritura pública la compraventa de tales derechos en la mayor parte de los casos (v. com. artículo 1.003, 1.º, P.; 1.280, 1.º, C. c.), a efectos de validez del contrato (art. 1.001 P.), pero en el C. c. la falta de escritura no tiene tal efecto (arts. 1.278 y 1.279).

Por tanto, a falta de escritura pública, también «se entenderá» como cuasi-entrega, es decir, se presumirá el acuerdo de cuasi-entrega (y la cuasi-entrega efectiva), deducido de cualquiera de estas dos formas o *actos exteriorizadores de la cuasitradición* realizada:

1. El hecho (acto) de «poner en poder del comprador los títulos de pertenencia del derecho» del vendedor: es la *tradición documental*, forma simbólica que patentiza la cuasi-tradición y el acuerdo cuasitraditorio. Distinta de la *traditio chartae* o entrega material del título original de compra por el comprador y de la tradición instrumental por el simple otorgamiento (237).

2. El uso que haga de su derecho el comprador, consintiéndolo el vendedor, que probará que ya hubo cuasi-tradición, pero no la constituye él mismo (por la misma razón que para que haya tradición de la cosa no hace falta que se haga uso del recibido poder de hecho sobre esa cosa), por lo que cualquier derecho nacido en el intermedio, entre cuasi-tradición y comienzo del uso, es posterior a la constitución de aquél, mediante la cuasi-tradición (238).

Estas presunciones cumplen la función de facilitar la prueba de la cuasi-entrega realizada, pero no impiden la prueba por otro medio.

Por otra parte, como presunciones *juris tantum*, admiten el pacto en contrario.

(236) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 162, y anterior comentario al artículo 430 del Código Civil.

(237) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 162 y 86.

(238) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 162, n. 2, y 86, n. 8.

Es interesante observar que entregar un derecho real parcial es hacer posible su ejercicio, pero también entregar el derecho de propiedad es hacer posible su ejercicio, transmitiendo la posesión inmediata y exclusiva de la cosa sobre la que se ha de ejercitar el derecho de propiedad, sin perjuicio de pactos de mediación posesoria.

Concretando, el artículo 1.464 C. c. será *aplicable* a la constitución traslativa (no reservativa) de usufructo, uso o habitación, y a la transmisión del usufructo (dada la intransmisibilidad del uso y habitación), así como a las servidumbres prediales (incluso las negativas, según ALBALADEJO) y al censo enfiteutíco y reservativo.

Los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 C. c. disponen que el *acto real* de traspaso de la posesión de la cosa (art. 1.462, 1.º) o su *equivalente* legal (arts. 1.462, 2.º; 1.463 y 1.464) implica la presunción *juris tantum* de que existe acuerdo de entrega, acuerdo de transmisión de la posesión en concepto de dueño sin necesidad de entrega real, sin perjuicio del acuerdo en contra, porque el comprador no se conforme con el equivalente de la entrega real, lo que impide se considere transmitida tal posesión. Así resulta del Proyecto de 1851 (arts. 1.384, 1.385 y 1.386), en el que la entrega es transmisión de la posesión (como en el C. c.), pero sólo transmisión de la posesión, porque no implica, por consecuencia de un contrato, la transmisión de la propiedad (a diferencia del C. c.).

El artículo 1.462 y el 1.463 se refieren a la tradición de cosa (corporal). El artículo 1.462, a inmuebles y muebles. El artículo 1.463, literalmente a muebles, pero también puede aplicarse a inmuebles con las debidas adaptaciones.

El artículo 1.464, en cambio, se refiere a la cuasi-tradición de cosa incorporal de un derecho real poseíble (al que se refiere el art. 609 C. c.).

Pero todos los artículos, 1.462, 1.463 y 1.464, *presuponen que el vendedor es poseedor* y no se aplican al caso en que el vendedor no es poseedor.

a) Contra esta opinión. ALBALADEJO estima que, cuando el vendedor no sea poseedor, son aplicables el artículo 1.462, 2.º, y el artículo 1.463, al referirse al «solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta», de tal modo que si hay un tercero poseedor en concepto de dueño no se transmite la posesión, pero sí la propiedad, por el otorgamiento de la escritura de venta (que equivale a la entrega; art. 1.462, 2.º, C. c.) o por el solo acuerdo (o conformidad, más bien, del comprador) (239).

También estima que cuando el vendedor no es poseedor se transmite no la posesión, pero sí la acción reivindicatoria y con ella el derecho de

(239) ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 159 y 161.

propiedad, tanto por el otorgamiento de escritura pública como por la entrega de títulos de pertenencia, como por el uso del derecho (240).

En apoyo de estos criterios podría argumentarse lo siguiente:

1. GARCÍA GOYENA, citando a CUJACIO, comenta que la entrega es *trascriptio possessionis*, «de consiguiente debe tenerla el vendedor, *quia nemo dat quod non habet*», pero el comentario lo hace el artículo 1.384 P. (1.462, 1.º, C. c.) y no lo repite en los artículos siguientes, 1.385 P. (1.462, 2.º, C. c.) y 1.386 P. (1.464 C. c.).

2. GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.387 P. (1.464 C. c.) hace referencia al Código holandés (art. 668) que exige escritura pública o privada para la cesión y entrega de crédito que no sean al portador y de otros derechos incorpóreos.

3. El mismo comentarista cita como concordante con el art. 1.387 P. (1.464 C. c.) al artículo 1.607 del Código francés, que alude a tradición de derechos incorpóreos (no de bienes incorpóreos), por entrega (*remise*) de títulos o por el uso (no por otorgamiento de escritura), y que puede ponerse en relación con el artículo 1.689 del mismo Código (que no tiene concordante con el Proyecto de 1.851, por lo que en ningún punto lo cita GARCÍA GOYENA, ni con el C. c. de 1889), que es el artículo 1.º del capítulo VIII del título de la compraventa, que trata de la transmisión de créditos y de otros derechos incorpóreos, según el cual «en la transmisión de un crédito, de un derecho o de una acción contra un tercero, la entrega (*delivrance*) se realiza entre cedente y cesionario por la entrega (*remise*) del título» (241).

b) Sin embargo, frente a tal opinión de ALBALADEJO, hay que insistir en que el Proyecto de 1851 refería los artículos equivalentes a los actuales 1.462, 1.463 y 1.464 C. c., exclusivamente a la transmisión de la posesión y no a la transmisión de la propiedad, razón por la que GARCÍA GOYENA no tenía por qué repetir el principio de que para transmitir la posesión debe tenerla el vendedor. Siendo así, hay que entender que el C. c. también se refiere a la transmisión de la posesión, que ha de tener el vendedor para poder transmitirla, sin perjuicio de que cuando el vendedor sea poseedor, mediante la transmisión de la posesión, mediante la tradición, en cumplimiento del contrato de compraventa, se transmita el derecho de propiedad del vendedor al comprador.

La transmisión del derecho de propiedad del vendedor no poseedor al comprador no precisa referirla a los artículos 1.462, 2.º; 1.463 ó 1.464.

(240) ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 158 a 161.

(241) En el Derecho español el primer artículo del capítulo concordante es el artículo 1.526, a su vez referente al contenido del artículo 1.690 del Código Civil francés.

Tradicionalmente, desde el Derecho justiniano, recibido a través de los glosadores, el solo contrato de compraventa-cesión de la acción reivindicatoria, basta para que se transmita la acción que representa al derecho de propiedad, por el cauce legal de la transmisión de acciones o derechos incorporales (art. 1.526 C. c.), si bien el Derecho tradicional exigía, además, el pago del precio, diferencia que se considerará más adelante.

7.4. *Pago del precio*

Art. 1.389 (1.466 C. c.).—«El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha *pagado el precio* o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.»

«Por Derecho romano y patrio, ni aun entregada ya la cosa por el vendedor se hacía del comprador si éste no pagaba el precio o satisfacía de otro modo al vendedor, o si éste no había vendido al fiado, párrafo 41, Título 1, Libro 2, Instituciones, y Ley 46, Título 28, Partida 3. Por el artículo 981 se establece lo contrario en cuanto a la transmisión de la propiedad:

Sin embargo, en el caso del artículo, si la venta no se hizo al fiado o a plazo, no puede ser compelido el vendedor a cumplir su obligación de entregar la cosa mientras el comprador no cumpla la suya de pagar el precio...; el vendedor en este caso podrá usar de la facultad contenida en el artículo 1.042» (1.124 C. c.).

Así, *el Proyecto introduce una importante modificación al Derecho tradicional, al no requerir el pago del precio como «condicio iuris» para la transmisión de la propiedad de la cosa ya entregada*; el C. c. recoge esta modificación, aunque no la de prescindir de la *condicio iuris* de la entrega para la transmisión de la propiedad.

Por otra parte, el Proyecto y el Código plantean la *simultaneidad* de cumplimiento de las obligaciones principales del vendedor y del comprador, salvo pacto.

Claro que en el Proyecto el cumplimiento por el vendedor afecta exclusivamente a la transmisión de la posesión, mientras que en el C. c. implica la transmisión del derecho de propiedad, salvo pacto.

7.5. *Doble venta*

Art. 1.396 (1.473 C. c.).—«Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982.»

1. Art. 982 (1.473, 1.º, C. c.).—«Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la

propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmuebles se estará a lo dispuesto en el artículo 1.859, salvo, en ambos casos, al (otro) adquirente de buena fe el derecho que le corresponda...» (por resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses).

«Por la Ley 15, Título 32, Libro 3 del Código—de JUSTINIANO, claro—, y 50, Título 5, Partida 5, el comprador que primero toma posesión de la cosa, y paga su precio, se hace dueño de ella; la ley romana habla de predio, sin duda, porque éste era el caso consultado; la ley de Partida habla de cosa en general.

Cuando no hay más que un solo comprador de la cosa mueble rige de lleno lo dispuesto en el artículo anterior. Yo compro un caballo: adquiero desde luego su propiedad sin necesidad de la entrega, y si parece sin culpa del vendedor, parece para mí que soy su dueño.

Pero otro compró el mismo caballo después que yo, y le fue entregado.

El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior: esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener libre la circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguir las y reconocerlas cuando están ya en manos de terceros. Además, se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al Registro; en los muebles le falta este recurso. La legislación romana y la de Partidas, por no reconocer el Registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce.»

2. Art. 1.859 (1.473, 2.º, C. c.).—«Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas, por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su derecho.»

Los tres artículos citados del Proyecto pasan al C. c., referidos a la doble venta, como un solo artículo: 1.473, 1.º (982 P.) y 2.º (1.859 P.), pero el C. c. añade un tercer párrafo que ha sido objeto de varias interpretaciones y será considerado más adelante como específicamente referente al tema de este estudio.

Por lo demás, la solución de la doble venta de cosa mueble conforme al Proyecto se interpreta como excepción a la regla general de adquisición de la propiedad por la compraventa sin entrega (art. 981 P.).

En el C. c. la solución se interpreta, tradicionalmente, conforme a la doctrina del *jus ad rem*.

En el Proyecto, como la compraventa, o mejor el consentimiento, transmite la propiedad de la cosa, su lucro y su riesgo corren a cargo del

comprador desde la perfección de la venta (art. 981 P.), si bien «cuando el obligado—vendedor—se haya constituido en mora o se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega» (art. 1.006 P.; 1.096 C. c.), teniendo en cuenta que «en las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva (1.007, 2.º, P.; 1.100, 3.º, C. c.), y lo ya indicado sobre la doble venta como excepción a la transmisión por el solo consentimiento.

En el C. c. la compraventa, desde su perfección hasta la entrega, confiere al comprador un *jus ad rem*, un derecho personal al que sólo falta el cumplimiento de una *condicio iuris*, la *entrega*, para pasar a ser un derecho real. En un sentido estricto, *jus ad rem*, no es todo derecho personal, sino el derecho personal a recibir la entrega (*dare*) de una cosa determinada, de «esta cosa» (no de una cosa simplemente genérica, aunque sea determinable), por título hábil para transmitir la propiedad, que aún no se ha transmitido por no haberse realizado la tradición, es decir, por no haberse cumplido la obligación de entregar.

El *jus ad rem* del comprador le da derecho a los frutos desde la compra (aunque no los adquiere hasta que se le entreguen) (art. 1.095 C. c.), pero también le somete a los riesgos del menoscabo de la cosa (que no le permite reducir el precio aunque no a los del perecimiento fortuito de la cosa (que ha de soportar el vendedor, quien pierde el derecho al precio) (1.182 y 1.096, 3.º, C. c.). Es más, «puede compeler al deudor—vendedor—a que realice la entrega» (art. 1.096, 1.º, C. c.), a que pague su obligación de entregar (art. 1.157 C. c.), y, si no la paga, a obtener la posesión coercitivamente (art. 926 L. E. C.) (242).

El *jus ad rem*, además, en caso de doble venta afecta a terceros. Este derecho personal de un primer comprador, que habría adquirido el derecho de propiedad de la cosa determinada si no se exigiera la tradición para ello, prevalece frente al derecho de un segundo comprador que conocía la venta al primer comprador, pese a que el segundo obtenga la tradición (transmisión de la posesión). en vez del primero, porque se entiende que el segundo comprador actuó de mala fe; en este sentido prevalece el *jus ad rem* del primer comprador sobre el *jus in rem* del segundo comprador, aunque más bien el segundo comprador, que obtiene la tradición (transmisión de la posesión), en vez del primero, sólo adquiere la propiedad si actúa de buena fe, desconociendo la primera compraventa (arts. 1.095 y 1.473 C. c.) (243).

(242) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. II, V. 1, pág. 191

(243) Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, pág. 56. ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. II, V. 1, págs. 85 y anteriores. NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, R.G.L.J., mayo 1950, separata, pág. 55.

7.6. ¿Obligación de transmitir la propiedad?

Art. 1.397 (1.474 C. c.).—«Por el saneamiento expresado en el artículo 1.383, el vendedor responde al comprador:

- 1.º De la posesión pacífica de la cosa vendida.
- 2.º De los vicios y defectos ocultos que tuviere.»

Posesión pacífica. Vacua possessio emptori tradita non intelligimur: si alius in possessione est, Ley 2, párrafo 1, Título 1, Libro 19 del *Digesto*. Así, lo primero es poner al comprador en posesión de la cosa; la palabra pacífica se refiere a garantizar esta posesión contra toda inquietación posterior.

La Ley 30, párrafo 1, del mismo título dice que el vendedor *hactenus tenetur, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*, no se obliga a transmitir al comprador la propiedad, sino a ponerle en posesión de ella, y a defenderle contra todos los que después quisieran hacérsela dejar, o reclamaran algunos derechos sobre ella.

Esta decisión ha tenido sus impugnadores; yo la encuentro justa: el comprador no tiene acción contra el vendedor de buena fe mientras no se verifiquen los dos casos indicados, aunque llegue después a descubrir que el vendedor no era propietario de la cosa.»

En este punto ha de considerarse si el vendedor está obligado a transmitir la propiedad (244), cuestión no sólo relacionada con la venta de cosa ajena (245), sino que implica la concreción de la eficacia traslativa y obligacional de la compraventa desde el punto de vista del vendedor (246).

Al comentar el artículo 1.367 P. (1.445 C. c.) se precisó que, por su finalidad, contenido y efecto final, el contrato de compraventa es un contrato traslativo, y que si se vende cosa determinada, propia (no ajena), sin pacto de reserva de dominio, el vendedor, que está obligado a entregar, o sea, a transmitir la posesión de la cosa al comprador, si posee

(244) Un estudio muy completo sobre esta cuestión es el de ALBALADEJO GARCÍA (Manuel): «*La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*», que fue su tesis doctoral leída en 1944, publicada en R.G.L.J., con separata de Ed. Zeus, Madrid, 1947, incluido en sus *Estudios de Derecho civil*. Ed. Bosch, ed. 1955, páginas 141 y sigs., con algunas adiciones. El autor mantiene su tesis, con algunas matizaciones, en su «*Derecho civil*», T. II, V. 2, 4.ª ed., págs. 39 a 42.

En Italia y en Alemania, expresamente, el vendedor está obligado a procurar (Italia) o transmitir (Alemania) el dominio de lo vendido, y el incumplimiento de esta obligación, en el caso de venta de cosa ajena, faculta al comprador para pretender la resolución del contrato de compraventa; en Francia también, aunque la solución legal es más compleja (págs. 17 y 20, 27 y 30, de dicha separata).

(245) ALBALADEJO: *Derecho civil*, pág. 17.

(246) ALBALADEJO expone su opinión en *Estudios...*, pág. 234, y *Derecho civil*, página 41.

la cosa y la entrega cumple una obligación y queda cumplida una *condicio iuris* requerida para que se transmita el derecho de propiedad sobre la cosa del vendedor al comprador (arts. 609 y 1.095 C. c.), pero si no la entrega, su incumplimiento de la obligación de entregar no determina el definitivo incumplimiento de dicha *condicio iuris*, que puede quedar cumplida, aun contra la voluntad contumaz del vendedor, mediante la puesta en posesión en trámites de ejecución de sentencia condenatoria, que sólo figuradamente puede calificarse como entrega forzosa, por lo que dicha *condicio iuris*, más que de entrega, es de traspaso posesorio, voluntario (entrega) o forzoso. En este caso, por hipótesis, no cabe hablar de responsabilidad por evicción respecto del derecho vendido.

Pero GARCÍA GOYENA (v. com. art. 1.367, 1.397 y 1.400 P.) admite que «la venta de cosa ajena es válida», a diferencia de lo que aparentemente dispone el C. c. francés (en el que, realmente, más que la invalidez, o anulación, puede determinar la resolución del contrato, según ALBALADEJO), y, exclusivamente con el fin de permitirla, formula el principio de que «el vendedor responde de la posesión pacífica de la cosa vendida» (y entregada), y por ello entiende que «el vendedor no se obliga a transmitir al comprador la propiedad», por lo que el comprador no tiene acción contra el vendedor de buena fe (de cosa ajena, que cree propia), sino en los dos supuestos de falta de entrega (incluyendo la llamada evicción interdictal de la posesión) o de evicción del derecho (reivindicatoriamente), de modo que, si no falta la entrega, no tiene acción de resolución del contrato, «aunque llegue a descubrir que el vendedor no era propietario de la cosa».

«Se adopta la fórmula tradicional romana, cuando, realmente, están muertas las razones que la sostenían» (247) y «cuando, en principio, poner en duda que el vendedor está obligado a procurar la propiedad al comprador, para un profano puede probablemente parecer cosa de locos o confirmarle en la opinión de que sólo a un jurista se le ocurre poner en duda en materia legal lo que una persona corriente considera evidente» (248).

Pero esta fórmula—argumenta ALBALADEJO—tiene *menos inconvenientes que los aparentes*:

1. La posesión que ha de entregarse o proporcionarse al comprador no es una posesión cualquiera, sino una posesión en concepto de dueño, legal y pacífica. Esta, en la práctica, no se transfiere *legalmente* mientras consta de forma oficial que el propietario es otra persona, ya que no puede aceptarse que sea vendedor poseedor legal y pacífico quien ni

(247) ALBALADEJO: *Derecho civil, loc. cit.*, pág. 37. Separata, págs. 91 y 92.

(248) ALBALADEJO: *Derecho civil, loc. cit.*, pág. 37.

siquiera tiene a su favor la presunción legal de ser poseedor, como ocurre, por ejemplo, si lo vendido es un inmueble y el comprador no puede inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad (art. 38 L. H.) o si se trata de algunas cosas muebles (como automóviles), con documentación a nombre de otro, de modo que no puede estimarse que sea totalmente legal la situación posesoria del comprador. Si el vendedor no regulariza la situación oficial el comprador podrá pedir la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de entregar. (Hasta aquí, ALBALADEJO.)

2. Tampoco se transmite la posesión *pacífica* si se pierde la posesión aparente por una acción interdictal ejercida por un tercero; es la llamada *evicción de posesión*. En tal caso, también el comprador podrá pedir la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega.

3. Asimismo, ha de entenderse que, pese a la apariencia de cumplimiento de la obligación de entregar mediante tradición instrumental, el comprador que pretenda tomar posesión efectiva puede enfrentarse con la *oposición de un tercero poseedor que alegue serlo en concepto de dueño*, y si en un *juicio de desahucio por precario* no obtiene el desalojo de tal poseedor inmediato, tampoco ha llegado a obtener el comprador la posesión y podrá pedir la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega.

4. Si el vendedor vende una cosa ajena, sabiendo que no es propia (con conocimiento y consentimiento del comprador o desconociéndolo éste), o creyendo que es propia, y la entrega al comprador, el vendedor puede resolver la situación a satisfacción del comprador, adquiriendo la propiedad de cosa ajena vendida, y el comprador puede llegar a adquirirla por usucapión, si el tercero propietario no actúa oportunamente, acaso porque sea dudosa o discutible la titularidad del derecho de propiedad. Aunque se concediera, en principio, la acción de resolución del contrato de compraventa en los supuestos de venta de cosa ajena, por no proporcionarse la propiedad al comprador, la acción resultaría inadmisibles en los casos referidos: el comprador ha adquirido la propiedad, tanto si el vendedor compra al tercero como si el tercero deja pasar el plazo para interrumpir una posible usucapión, y el comprador no ha de entrar en averiguaciones sobre si, realmente, el vendedor fue causante de la pérdida de la propiedad del tercero por usucapión.

5. También ha de considerarse que se puede vender, con conocimiento y consentimiento del comprador, una cosa poseída por el vendedor, manifestando como *dudoso o discutible el que sea propia o ajena*,

porque el vendedor no esté seguro de que sea de su propiedad o porque le resulte difícil la prueba de la titularidad, haya o no litigio pendiente, previsible o posible, sobre la titularidad del derecho.

6. Por otra parte, «el vendedor está obligado a todo lo que, según la naturaleza del contrato, sea conforme a la buena fe y al uso» (artículo 1.258 C. c.) y *el vendedor no puede alegar ignorancia* (art. 6.º, 1.º, C. c.) *de que está obligado a entregar*, es decir, *a transmitir la posesión en concepto de dueño, legal, pacífica, como medio para transmitir el derecho de propiedad*, salvo pacto o convenio en contrario, limitativo de los efectos de la entrega, con un término o una condición, respecto a la posesión o respecto a la propiedad, en cuanto lo permita el ordenamiento jurídico (249).

Si el comprador, después de recibir la cosa comprada, llega a conocer (incluso si conoció al contratar) que el vendedor, al vender, es dudoso o discutible que fuera propietario o, con certeza, no lo era, es justo que tenga algún *medio de salir de la situación*, que no puede considerarse pacífica duraderamente; la posesión es una situación o estado duradero y puede ser pacífica durante cierto tiempo y dejar de serlo más tarde.

El problema estriba, *de jure condendo*, en la prueba de la alegación por el comprador poseedor de que el vendedor no le ha transmitido la posesión pacífica en concepto de dueño y con ella la propiedad, porque no era propietario al venderle la cosa, en el caso de que el vendedor se oponga a la pretensión del comprador. Aquí se plantea la *necesidad de evitar pleitos entre comprador y vendedor*, en los que se discutan alegaciones más o menos arbitrarias o infundadas, para que el vendedor no quede obligado a probar su derecho de propiedad, en todo caso, incluso al comprador, sino sólo cuando un tercero lo discuta, habida cuenta de la dificultad de la prueba del derecho de propiedad (*probatio diabolica*). Cabe entender que precisamente por esto la ley requiere, para que el comprador pueda reclamar por incumplimiento de la obligación del vendedor de entregarle la posesión (duradera) en concepto de dueño, legal y pacífica, y con ella la propiedad, el que aporte como prueba plena de la propiedad de un tercero, anterior a la compraventa (art. 1.475 C. c.) y aun actual, una sentencia firme que así lo declare, en un juicio en el que el vendedor pueda oponerse probando su propiedad si fuere menester (arts. 1.475 y 1.482 C. c.) o una decisión administrativa equivalente,

(249) Es de destacar que según la Compilación navarra (ley 567), «por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma», pero no a transmitir ésta necesariamente, con lo que de forma clara y expresa parece acoger la tesis que para el Código Civil propugna ALBALADEJO (*ob. cit.*, T. II, V 2, pág. 42).

también firme (sentencia de 27 de mayo de 1957, entre otras). Pero el comprador, al comprar, ya sabe (art. 6.º, 1.º, C. c.) que se requiere tal prueba del incumplimiento para exigir la responsabilidad legal (art. 1.478 Código Civil) o convenida (art. 1.477 C. c.). Conviene añadir que el comprador queda «privado» de la cosa (art. 1.475 C. c.) por la sentencia firme, aun antes de ejecutarla, al declararse la titularidad del tercero propietario. Además, aunque el comprador venza en el juicio reivindicatorio contra un tercero determinado, puede ocurrir que otro tercero pretenda reivindicar con otro fundamento de su alegada titularidad.

El C. c. se refiere, directamente, al caso del *tercero demandante* (cf. artículos 1.481 y 1.482), pero sus disposiciones son aplicables al caso de un *tercero demandado* (250), con lo que se puede lograr, directamente, el mismo resultado práctico que si—como sugiere ALBALADEJO—el comprador insta al tercero a que demande (salvada la diferente posición procesal, más favorable la del demandado que la del demandante).

La *responsabilidad por evicción* se regula como efecto natural del contrato, admitiendo el pacto de exención, total o parcial (art. 1.475, 2.º, 3.º, Código Civil).

La exención puede concertarse por el comprador con conocimiento del riesgo de evicción que hay en el caso concreto, y en este caso, si la evicción se produce, por el riesgo conocido, no por otro, el vendedor queda totalmente exento de responsabilidad (art. 1.477, *in fine*, C. c.), o bien puede concertarse por el comprador lisa y llanamente, es decir, sin tal conocimiento, y en tal caso el vendedor responde sólo del precio (valor) de la cosa al tiempo de la evicción (art. 1.477, pr., C. c.), y queda exento parcialmente de responsabilidad (cf. art. 1.478 C. c.).

Claro que si el vendedor sabe que vende cosa ajena, desconociéndolo el comprador, será nulo todo pacto que le exima, total o parcialmente, de responder de la evicción (art. 1.476 C. c.), pero por aplicación del

(250) MANRESA: *Comentarios*, T. X, pág. 207. Opinión transcrita anteriormente al tratar de la inseparabilidad de la acción reivindicatoria respecto del dominio.

MANRESA se refiere a la acción reivindicatoria ejercitada por el comprador que perdió interdicionalmente la posesión recibida, pero además el comprador puede demandar al tercero que pretenda ser propietario, ejercitando la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, de la que puede resultar el comprador vencedor o vencido (evicto); si fuere vencido la sentencia firme le permitirá reclamar por evicción contra el vendedor, siempre que éste hubiera sido notificado debidamente (arts. 1.480 a 1.482 del Código Civil).

El Código Civil parece considerar exclusivamente la reivindicación *inmediata* del tercer propietario contra el comprador, pero la posesión pacífica ha de ser duradera, y también la acción para exigir la responsabilidad por evicción, que prescribe a los quince años (art. 1.964 del Código Civil), por no tener plazo especial (a diferencia de las acciones para exigir responsabilidad por vicios ocultos que tienen un corto plazo, de seis meses—art. 1.490—o de cuarenta días—art. 1.496—).

principio que inspira la imposibilidad de renunciar a la acción para exigir la responsabilidad en caso de dolo (art. 1.102 C. c.) (251).

7.7. Simultaneidad de cumplimiento

Art. 1.429 (1.500 C. c.).—«La principal obligación del comprador es pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. Si no se hubiere fijado, debe hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.»

«La principal obligación del vendedor es entregar la cosa; la del comprador, pagar su precio: estas obligaciones son correlativas: ¿pero quién debe cumplir antes, el comprador o el vendedor? Debe cumplir el que primero de ellos inste por el cumplimiento del contrato, pues de otro modo se le opondrá la excepción de que no ha cumplido por su parte, sin que el demandado tenga que probarla...

El vendedor cumplirá entregando la cosa o pidiendo su depósito o secuestro; el comprador, pagando o consignando el precio...»

El comentarista se plantea, *con independencia de la transmisión de la propiedad de la cosa*, el que, salvo pacto convenido al perfeccionarse la compraventa o posterior a su perfección, *el pago o cumplimiento de las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador ha de ser simultáneo o inmediatamente sucesivo*. El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio, a menos que se haya señalado en el contrato plazo para el pago (1.466 C. c.); y

(251) Según el *Código Civil italiano vigente*, el vendedor está obligado a realizar los actos necesarios para que se transmita el derecho vendido, sea el de propiedad u otro.

El comprador de cosa ajena, que obtuvo la entrega, pero no la propiedad, puede ejercitar la acción de resolución del contrato o la de garantía por evicción (MESSINEO, *ob. cit.*, V. 3, 1.º, pág. 95).

La acción de *resolución* puede ejercitarla si ignoraba al comprar que la cosa no era propiedad del vendedor y luego lo descubre, siempre que, entretanto, el vendedor no le haya procurado la adquisición de la propiedad o el comprador no haya adquirido la propiedad por usucapión, es decir, si el vendedor continúa incumpliendo la obligación fundamental de hacerle adquirir la propiedad. Resuelto el contrato debe devolver la posesión de la cosa al vendedor.

La acción de *garantía por evicción* puede ejercitarla si es vencido en juicio reivindicatorio por un tercero, tanto si éste es el demandante, como si éste es el demandado, que se posesionó de la cosa después de recibida por el comprador del vendedor, porque el tercero realiza mejor prueba de su derecho que el vendedor y, por tanto, que el comprador. Más que una garantía por evicción es una responsabilidad del vendedor por evicción, por vender cosa ajena, que continúa siéndolo al reivindicarla su dueño.

La acción de resolución implica no pretensión actual de un tercero, sino peligro de pretensión de sentencia de condena reivindicatoria.

La responsabilidad por evicción implica la realidad actual de una sentencia de condena reivindicatoria.

se afiance éste si después descubre que el comprador es insolvente (artículo 1.467 C. c.). El comprador deberá hacer el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega, salvo pacto en contrario (art. 1.500 C. c.).

7.8. Resolución por incumplimiento

Art. 1.435 (1.506 C. c.).—«La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y además por las expresadas en los capítulos anteriores...»

Respecto a las *causas generales*, al comentar el artículo 1.042 P. (1.124 Código Civil), dice GARCÍA GOYENA que «ilustra y fija este punto vago y oscuro en Derecho romano y patrio: la condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra cumpla su obligación.

Pero como no se puede dejar al arbitrio de la parte dolosa o culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento o resolución, y en acudir a este segundo medio cuando le haya resultado fallido el primero: téngase presente el párrafo 3 del artículo 1.007 (1.100 C. c.). ... Aquí se pide la resolución del contrato por el mismo que podía pedir su cumplimiento».

Al comentar el citado párrafo, según el cual «en las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana o cumplir debidamente la obligación que le es respectiva», aclara que «el que no cumple, mal puede reclamar del otro cumplimiento, y de consiguiente constituirse en mora».

Respecto a las *causas especiales* de resolución se ha de destacar, en primer lugar, que según el Proyecto (art. 1.432; 1.503, 1.º, C. c.), «si el *vendedor* tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, debe inmediatamente declarar la resolución de la venta...», porque—según el comentarista—«en el caso apremiante de este artículo, por ejemplo, cuando el comprador demoliese la casa o talase un bosque (objetos de la venta) ... es más breve, seguro y económico para el vendedor pedir la resolución de la venta que empeñarse en un pleito para el pago del precio; y de todos modos en su mano estará elegir uno u otro medio, pero mientras no llegue a ejecutarse la resolución de la venta puede el comprador libertarse de ella pagando el precio e indemnizando al vendedor de los daños e intereses; así lo dicta la equidad, y el vendedor no tiene de qué quejarse, pues consigue cuanto se propuso en el contrato».

En cambio, respecto al *comprador* que recibió la entrega de la cosa,

no hay norma recíproca, pues «si el comprador es turbado o tuviese fundado temor de serlo por una acción, sea hipotecaria, sea reivindicatoria, puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro; a no ser que este último afiance, o que se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de esta clase, el comprador verifique el pago» (art. 1.431 P.; 1.502 C. c.), pero no puede pedir la resolución de la compraventa «ni reclamar el precio, ni exigir fianza, si ya lo ha pagado...»

8. CONTRATO DE COMPRAVENTA-CESIÓN DE DERECHO

Capítulo VIII.—De la *transmisión* de créditos y demás *derechos incorporales*.

Art. 1.457 (1.526, 1.º, C. c.).—«La cesión de un crédito, derecho o acción no surte efecto contra un tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad con los artículos 1.201 y 1.209.

Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.»

«Viene a ser una aplicación de los dos artículos a que se refiere, y también el 1.003, números 1 y 11. (Deberán redactarse en escritura pública: 1.º Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos ... 11. La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública)» (art. 1.280, 1.º y 6.º, C. c.).

[Art. 1.201 (1.526, 2.º, y 1.218 C. c.).—«La escritura pública hace fe plena de la obligación en ella comprendida entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes.

También hace fe contra terceros en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y a su fecha.»

Art. 1.209 (1.227 C. c.).—«La fecha de un documento privado no se cuenta respecto de un tercero, sino desde el día en que ha sido incorporado en un Registro público, desde el día de la muerte de uno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido escrito o inventariado por algún escribano o empleado público, procediendo por razón de su oficio».]

Art. 1.466 (1.535 C. c.).—«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tiene derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado y los intereses del precio, desde el día en que éste fue satisfecho.

Entiéndese litigioso un crédito desde que se contesta a la demanda relativa al mismo.

El deudor tendrá nueve días para usar de su derecho, desde que el cesionario le reclame el pago.»

«Está tomada la primera parte de las Leyes 22, 23 y 24, Título 35, Libro 4 del Código, cuyo objeto fue cortar los pleitos y refrenar la codicia o malignidad de los que con la compra o cesión de derechos litigiosos se proponían enriquecerse a expensas de otros, a atormentarle ... pero dichas leyes eran más absolutas, y a mi entender más sabias, pues prohibían que el comprador pudiera exigir del deudor más que el precio dado y sus intereses. La Comisión no lo estimó así y rechazó la indicada prohibición.

Las leyes romanas prohibían que un mismo crédito se vendiese en parte y se donase en otra (yo lo tengo por justo y conveniente para evitar simulaciones). Además, según su letra, no era necesario que la acción o derecho estuviera ya en litigio; antes bien, se infiere que la compra se hacía para moverlo (en lo que hallo mayor sagacidad y previsión). Me afirmo en lo que digo porque otras leyes anteriores tenían ya prohibida la enajenación de las acciones o cosa litigiosa (Leyes 2, 3 y 4, Título 37, Libro 8 del Código). Pero esto equivalía a prohibir la venta de todo crédito o derecho; según POTHIER, basta que se tema pleito, aunque no haya comenzado: esto, como se ve, es muy vago.

Séase por Derecho romano lo que se quiera, *nuestro artículo se limita a lo ya litigioso*.

Nótese que nuestro artículo dice crédito, lo que parece conforme a las leyes romanas citadas que usan en sentido inverso la palabra *debitum*, y los autores lo hacen sinónimo de *nomen* (crédito); de consiguiente, no puede suscitarse entre nosotros la cuestión de si el artículo es aplicable a los inmuebles, que según ROGRÓN fue declarada en sentido negativo por el Tribunal de Casación.

Sin embargo, temo que hayamos incurrido en contradicción o por lo menos en impropiedad de lenguaje: decimos *crédito* en este artículo; pero en el 1.467 siguiente repetimos por dos veces *derecho*.

Yo poseo una finca: sobre su dominio me suscita otro un pleito, y durante éste enajena su acción o derecho: ¿por qué no he de tener yo el beneficio del presente artículo? ¿No militan los mismos temores o sospechas de codicia o malignidad? ¿La misma utilidad de cortar pleitos? ¿La mayor de asegurar desde luego la propiedad de una finca? ¿Es por ventura la acción de dominio más real que la hereditaria? Lo mismo digo de las servidumbres y de todos los otros derechos reales, que ... son inmuebles; y todo derecho, sea cualquiera la cosa u objeto sobre que recaiga, es incorporal por su naturaleza.

Entiendo, pues, que habría más propiedad y consecuencia en ambos Códigos poniendo por epígrafe del capítulo 8: 'De la transmisión de cré-

ditos y demás *acciones*’, y redactándose nuestro artículo 1.461: ‘Vendiéndose un crédito, acción u otro cualquier derecho litigioso, etc.’

Dejando aparte estas observaciones, el artículo como se halla redactado encierra la venta de una cosa o derecho dudoso e incierto: regirá, pues, lo dispuesto en el artículo 1.460: el vendedor de buena fe y que nada ocultó al comprador, a nada queda obligado.

Entiéndese litigioso: Así fue entre los romanos; pero JUSTINIANO por la Novela 112, capítulo 1, estableció que bastase la presentación del libelo o demanda al juez, si la acción intentada fuera real.

¿Puede haber riña o litigio sin oposición, ni realizarse ésta sin la contestación a la demanda?» (252)

El C. c., en el Libro IV, Título IV, regula el «contrato de compra y venta», pero su último capítulo se refiere, como a algo independiente de los seis capítulos anteriores, a la «transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos» (arts. 1.526 a 1.536).

Los primeros seis capítulos regulan la compraventa típica de *cosa* (corporal), es decir, del derecho de propiedad de cosa determinada *poseída* por el propietario, salvo el artículo 1.464, que se refiere a la cuasi-entrega de derechos reales parciales poseíbles, considerados como cosas incorpóreas, a los que claramente se aplica el sistema traslativo del título y tradición (art. 609 C. c.), y también salvo el artículo 1.473, inciso final.

El capítulo VII regula la compraventa de las *demás cosas incorpóreas* o derechos incorpóreos (v. com. arts. 379 y 380 P.), a los que, *en sentido estricto, no se aplica la obligación de entrega y el sistema traslativo del título y tradición*. Se refiere claramente a las acciones personales, identificadas con el derecho personal, pero también a las acciones reales, que derivan de derechos reales, a los que representan en cuanto defienden la titularidad o pertenencia del derecho, como la acción reivindicatoria respecto del derecho de propiedad de cosa poseída por un tercero usucapiente. Por la sinonimia de tales acciones y derechos, resulta más adecuado hablar de cesión de derechos, sean derechos personales (créditos) o derechos reales. Incluye un solo artículo de carácter general, el primero (art. 1.526), pues los demás se refieren a la venta-cesión de

(252) Antes de pasar adelante, interesa destacar los comentarios de GARCÍA GOYENA al hoy artículo 1.535:

El precepto se refiere exclusivamente a la venta-cesión de un crédito litigioso, a una acción personal en ejercicio procesal, aunque el comentarista entiende que hubiera sido más consecuente la referencia a cualquier acción o derecho, no ya personal, sino también *real*, incluida la acción reivindicatoria, y a la demanda contestada.

Es destacable su insistencia en que todo derecho, sea cualquiera la cosa u objeto sobre que recaiga, es incorporeal por su naturaleza, en que el epígrafe del capítulo debería referirse a créditos y demás acciones, y en la equiparación, tácita, de acción o derecho.

un crédito (art. 1.526 a 1.530), que puede ser litigioso (arts. 1.535 y 1.536), o de un conjunto de bienes (art. 1.532), que pueden ser los integrantes de una herencia (arts. 1.531, 1.533 y 1.534).

La venta no transmisiva de cosa (corporal), sino de un «derecho incorporeal» se denomina unas veces venta (arts. 1.529, 1.532 y 1.535), otras veces cesión (arts. 1.526, 1.527, 1.530 y 1.536, 1.º y 3.º), otras venta o cesión (arts. 1.526, 1.536 pr.), lo que puede entenderse en el sentido de que la palabra venta designa genéricamente el contrato con finalidad de transmisión y cambio de derecho por precio, pero específicamente a la venta de cosa corporal, o sea, del derecho de propiedad de cosa poseída por el vendedor, mientras la palabra cesión designa la transmisión no de cosas corporales, sino de cosas incorporeales o derechos, incluido el derecho de propiedad de cosa no poseída por el vendedor (253), cesión que, en el capítulo, se realiza por contrato de venta; de aquí que podría reservarse la palabra venta para su sentido específico de venta de cosa y utilizar la expresión venta-cesión para la venta de cosas incorporeales, pues hablar respectivamente de venta (de una cosa corporal) y de venta de un derecho (de una cosa incorporeal) induce a confusión, ya que, en definitiva, la venta siempre se refiere a derechos, sobre todo al derecho de propiedad de cosa poseída por el vendedor.

El *Derecho alemán* distingue el negocio obligatorio de compraventa y el negocio dispositivo, abstraído causalmente de la compraventa, integrado esencialmente por el acuerdo dispositivo, que puede resultar implícito junto al contrato de compraventa. El negocio dispositivo puede ser de transmisión de derechos reales (con su acuerdo dispositivo real) o de cesión de derechos personales o pretensiones reales (con su acuerdo de cesión).

En el *Derecho español*, en cambio, el contrato de compraventa (v. com. art. 1.445 C. c.), por su contenido y efecto final, traslativo de cosa o de derecho, de derecho en este caso, no es simplemente un contrato obligatorio, distinto del negocio dispositivo de transmisión o de cesión; es decir, en Derecho español no cabe hablar de un contrato de compraventa de un derecho que obliga a celebrar un negocio dispositivo del derecho, sino que, por sí sola, la compraventa de un derecho implica la voluntad traslativa del derecho, aunque el efecto traslativo del derecho no se produzca por la sola compraventa, porque se requiere, además, el cumplimiento de la entrega, de la transmisión de la posesión, para que se transmita la cosa (el derecho de propiedad de la cosa poseída por el vendedor), o el derecho incorporeal real poseíble (art. 609 C. c.), a dife-

(253) No obstante, también se refiere el Código Civil a la pérdida de la posesión por cesión (transmisión de la posesión de la cosa) a título oneroso o gratuito (art. 460).

rencia de los otros derechos incorporales para cuya transmisión no se requiere, además de la compraventa, ni tradición propiamente dicha—que no es aplicable—ni un acuerdo dispositivo de cesión adicional al contrato de compraventa.

Con estos antecedentes se puede pasar a considerar las *conclusiones* de este estudio respecto al Derecho español vigente sobre la venta-cesión de acciones y concretamente de la reivindicatoria.

1.^a En primer lugar, se ha de afirmar que por la compraventa *se cede, se transmite, la acción del cedente al cesionario, y no sólo se cede el ejercicio de la acción del cedente*. Anteriormente se ha examinado la evolución histórica de esta cuestión; ahora sólo cabe resaltar que nuestro ordenamiento, en este punto, no se diferencia de los demás ordenamientos vigentes, en los que se distingue la cesión propiamente dicha, la cesión de la acción, de la denominada cesión impropia o cesión del ejercicio de la acción ajena.

A la cesión (*cesión propia*) se refiere, normalmente, el C. c.; con generalidad en los artículos 1.526 a 1.536.

A la denominada *cesión impropia* se refiere, excepcionalmente, el artículo 486 C. c. El usufructuario para poder ejercitar su derecho ha de obtener la posesión de la cosa, en concepto de usufructuario. Esta posesión, en principio, ha de entregársela el propietario. Pero el C. c. prevé el supuesto de que el propietario no pueda entregársela porque un tercero posea la cosa en concepto de dueño. En tal caso, el titular del derecho de usufructo no necesita esperar a que el propietario ejercite la acción reivindicatoria para que, una vez haya obtenido la posesión en concepto de dueño, le entregue la posesión en concepto de usufructuario. La ley faculta al usufructuario (que «tiene derecho») para ejercitar la acción reivindicatoria del propietario, pero en nombre y representación de éste, quien debe, para este fin, conferirle—cederle, dice el C. c.—su representación y facilitarle los elementos de prueba de que disponga. Actuando de este modo, el usufructuario podrá obtener la declaración del derecho real del propietario y la posesión para éste, que quedará como poseedor mediato, mientras el usufructuario, como mediador posesorio, obtiene la posesión inmediata correspondiente a su derecho de usufructo.

La terminología del C. c. responde plenamente a la concepción de la acción como concepto sinónimo de derecho, y de la cosa como representativa del derecho de propiedad sobre la misma: alude al usufructuario de una acción para reclamar un predio, y no al usufructuario de un predio del que su propietario no es poseedor y, por tanto, tiene acción reivindicatoria para que se declare su derecho y se le restituya la posesión de la cosa; también alude al propietario de la acción, y no al titu-

lar del derecho y, por tanto, de la acción. La referencia a cesión de la representación para ejercitar la acción ajena responde a la concepción de la cesión como *procuratio*, incluso a la *procuratio in rem suam*, pero limitada la «cosa propia» a la posibilidad de ejercicio del derecho de usufructo.

Es claro que un precepto específico no se puede generalizar, para llegar a la conclusión de que toda cesión de acción implica aún, como si estuviéramos en la Roma antigua, una *procuratio*, aunque sea una *procuratio in rem suam*, un poder irrevocable.

La distinción entre cesión (propia) de la acción y cesión impropia o poder para ejercitar la acción ajena, aunque sea con cierto interés propio, ya se precisaba por MORELL y por MANRESA a propósito de la cesión de la acción reivindicatoria.

2.^a En segundo lugar, pero en íntima conexión con la cuestión anterior, hay que insistir en que *bajo la denominación de cesión de una acción el ordenamiento español se refiere a la cesión de un derecho*, bien sea personal, con el que la acción personal se identifica, bien sea real, del que deriva la acción que defiende la titularidad, pertenencia o atribución del derecho, al que «representa». En este sentido, las palabras acción y derecho se utilizan como sinónimas, porque es inseparable la acción del derecho y viceversa. El artículo 1.526 C. c., referente a la cesión de un derecho o acción, y el artículo 1.280, 6.º, C. c., referente a la *cesión de acciones o derechos*, son aplicaciones de esta *sinonimia e inseparabilidad*.

En atención a esta sinonimia, algunos autores (así, MANRESA) prefieren hablar directamente de cesión de un derecho, en vez de hablar directamente de cesión de una acción, para referirse indirectamente a la cesión —transmisión— de un derecho, desechando una terminología que se utiliza en función del origen histórico de la cesión de acciones.

Sin embargo, aludir a la cesión de un crédito en vez de a la cesión de una acción personal no induce a confusión, mientras que aludir a la cesión del derecho de propiedad para referirse a la cesión de la acción reivindicatoria sí que puede dar lugar a confusión, si no se precisa que se trata de la cesión del *derecho de propiedad sobre cosa poseída en concepto de dueño por el no propietario*, expresión demasiado larga, pero que tampoco es fácil de sustituir por otra más corta, como *derecho de propiedad sin posesión*, a menos que seguidamente se aclare el sentido de la expresión utilizada, considerado el riesgo de confusionismo que comporta la palabra posesión, tan equívoca, o el que pueda, erróneamente, entenderse que se cede el derecho de propiedad con exclusión de la facultad de poseer la cosa (inmediata o mediatamente), que integra el contenido

del derecho de propiedad, como presupuesto de ejercicio de la primordial facultad de disfrute.

Acerca de la *inseparabilidad* de la acción reivindicatoria respecto del derecho de propiedad del que deriva, como más recientes, pueden citarse las opiniones afirmativas siguientes:

a) Entre los civilistas, los comentaristas de ENNECCERUS, PÉREZ y ALGUER (contra los que argumentaba VALLET), y, últimamente, PUIG BRUTAU (254): «es a todas luces posible la cesión o transmisión de la acción reivindicatoria, su cesibilidad no necesita apoyo positivo expreso, pero puede encontrarse en los artículos 1.464 y 1.526 C. c.»; «debe negarse para nuestro Derecho la posibilidad de una cesión independiente de la pretensión de entrega de la propiedad»; «la acción reivindicatoria es de carácter real y, por tanto, *inseparable* de la propiedad de que dimana».

ALBALADEJO (255) también entiende que la cesión transmite *el derecho mismo*.

DÍEZ PICAZO (256) afirma que «de acuerdo con la técnica de nuestro C. c. debe incluirse en la regulación de la transmisión de créditos y demás *derechos incorporeales* (redundancia, porque todo derecho es incorporeal) *incluso la cesión de una acción, como, por ejemplo, la acción reivindicatoria*».

CASTÁN-DE LOS MOZOS (257), después de una exposición más bien de índole procesalista y poco centrada en el tema propiamente civil, concluye que «por lo que al Derecho español respecta infinidad de textos de nuestro C. c. demuestran, como hace notar PRIETO CASTRO, el *enlace orgánico entre la acción y el derecho subjetivo*. En el régimen jurídico moderno ha desaparecido el sistema formalista de las acciones como tipos procesales fijos correspondientes a otros tantos derechos. Ya no hay un número limitado de acciones típicas (lo único necesario es la determinación del derecho solicitado: sentencia de 26 de enero de 1928), y por ello no es posible, ni sería útil, hacer una enumeración de las acciones que admite y condiciona el C. c., unas veces dándoles su nombre clásico y otras sin designarlas con ningún nombre especial».

(254) *Tratado* de ENNECCERUS, notas de Derecho español. T. III, V. 1, páginas 447, 576 y 578.

(255) ALBALADEJO, *ob. cit.* T. II, V. 1, págs. 349 y 350.

(256) DÍEZ PICAZO, LUIS: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Madrid, 1970, pág. 189.

(257) CASTÁN-DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, 11.ª ed., 1971 (idéntica a la ed. 12.ª de 1978), T. I, V. 2, págs. 61 y ss.

b) Entre los procesalistas la unanimidad es total:

GUASP (258) dice que «la concepción dominante hasta la renovación de los estudios jurídicos procesalistas en Alemania a mediados del siglo pasado ve en la acción una simple manifestación o ejercicio de un derecho material: el propietario que reclama judicialmente su cosa de quien indebidamente la detenta ejercita su derecho de propiedad»... «Esta es todavía la opinión recogida, sin duda, por nuestro ordenamiento positivo, a pesar de que al tiempo de la redacción de los cuerpos legales que lo integran gran parte de la crítica que produjo la superación de la doctrina había sido ya formulada. Examinando las normas de Derecho material o las de Derecho procesal se encuentran abundantes ejemplos que confirman esta tesis... El artículo 348, 2.º, C. c. ... y el artículo 62 L. E. C., cuando habla de acciones reales y acciones personales como reflejo de la clasificación de derechos. Los casos en que algunos de los citados cuerpos legales emplean al lado de los términos derecho u obligación la palabra acción ponen de relieve no una distinción conceptual, sino una repetición de *términos sinónimos: derecho o acción*, obligaciones y acciones, acción y derecho...

Confusión que explica que a veces se llamen acciones y quieran clasificarse como tales verdaderos derechos de carácter material; *por ejemplo, el derecho del propietario a reivindicar la cosa que le pertenece (acción reivindicatoria)*, el derecho del vendedor a exigir el pago del precio (*actio venditi*)... Estas denominaciones, lo mismo que la de acciones reales y personales, estaban justificadas en el sistema de las acciones del Derecho romano clásico, pero no responden a la relación en que se encuentran acción y derecho subjetivo dentro de la concepción del proceso actual (ALBERTARIO).»

GÓMEZ ORBANEJA (259), por su parte, después de recordar que, según BINDER, el Derecho romano era un sistema de acciones, lo que, brevemente, significa que a cada *actio* corresponde un derecho, mientras en el Derecho privado actual un mismo derecho subjetivo material (una misma acción en el sentido del C. c.) puede dar lugar a diferentes pretensiones procesales, afirma que el C. c. emplea el *término acción como sinónimo o equivalente de derecho subjetivo privado, como cuando se habla de acción reivindicatoria*; en el sentido del Derecho civil la acción no es otra cosa que el derecho.

Según el procesalista colombiano DEVIS ECHANDÍA (260), con fre-

(258) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pág. 322, n. 1; 923 y 341, n. 4.

(259) GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, T. I, págs. 225, 226 y 238.

(260) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Nociones generales de Derecho procesal civil*. Madrid, 1966, pág. 205.

cuencia se dice que una persona que no ha demandado, cede o traspasa sus acciones o derechos a otra, a título singular o universal, gratuito u oneroso. Sin embargo, examinados estos casos a la luz del moderno concepto de la acción procesal, se deduce, sin la menor duda, que en ese caso *existe únicamente cesión del derecho material subjetivo* y no de la acción procesal. El cesionario de tal derecho material puede iniciar juicio para cualquiera de los fines relacionados con él, naturalmente; pero estimamos que entonces ejercita su propia acción procesal, porque como titular que es o pretende ser de aquel derecho, necesita la actividad jurisdiccional del Estado para esos fines. Así como hoy no se acepta que a quien ejercita la acción procesal se le inquiera el fundamento o razón de sus pretensiones, ni se le exija la titularidad del derecho pretendido, ni la del interés en el litigio (interés para obrar y *legitimatío ad causam*), para que su derecho de acción procesal exista, tampoco puede exigirse que se investigue el origen de su pretensión. Por tanto, será propia la acción procesal, cualquiera que sea el origen de su derecho material o de su pretensión: por directo mandato de la ley, por acto jurídico propio o de un tercero, etc.

Es su propio interés en la pacífica solución del litigio que se le presenta con el sujeto pasivo del derecho cedido o en la declaración u obtención de sus efectos jurídicos (como en la cesión del derecho de herencia) lo que le lleva a ejercitar la acción.

Cuando se obra en representación de otra persona, la acción procesal que se ejercita es la de ésta; pero no hay cesión alguna de la acción procesal, sino ejercicio a nombre del representado; tampoco cuando se obra como agente oficioso, pues es una especie de representación sin mandato, y por eso se obliga al demandante a que la persona por quien actúa ratifique su demanda.

Cuando se cede un derecho material, reservándose el cedente las acciones para exigir cierta prestación de otra persona, relacionada con tal derecho, lo que en realidad se está reservando aquél es *parte* del derecho material (como los intereses vencidos de un crédito, que se cede en lo demás), u *otro* derecho material contra ese tercero (por ejemplo, el derecho de cobrar una indemnización de perjuicios por daños al inmueble que se vende), y entonces, como es obvio, podrá el cedente ejercer su acción procesal si no consigue la voluntaria satisfacción por el obligado. En consecuencia, no hay reserva de la acción propiamente.

Cuando se dice que se cede una acción (por ejemplo, la de *reivindicación* o petición de herencia o de indemnización) lo que se está cediendo es el *derecho material* que se pretende tener o la pretensión civil, pero no la acción procesal, pues el cesionario ejercitará, como titular de ese derecho o de la pretensión de tenerlo, su propia acción procesal.

Cuando se habla de que hay acciones cesibles y no cesibles (ejemplo de éstas, algunas del estado civil), lo que entonces puede ser o no cesible es el derecho material o la pretensión de tenerlo; y la prueba está en que el aparente cesionario de pretensión o derecho no cesible por un contrato (nulo, naturalmente) podría ejercitar válidamente su acción para que por la sentencia dictada mediante un proceso completo se resolviera si tal cesión es válida y si le otorga algún derecho material, o lo contrario. Tal cesionario recibiría sentencia desfavorable a su pretensión de tener el derecho que se le quiso ceder; pero su demanda no podría ser rechazada, porque sólo en la sentencia se resuelve acerca de si la cesión que se le hizo tiene valor o es nula. Es decir, de todas maneras habrá sentencia en la que el juez resuelva si por ser incesible tal pretensión o derecho y no ser el demandante su legal titular, es posible la decisión de mérito o fondo sobre la demanda, y en caso afirmativo, si debe ser favorable o desfavorable. Creemos que la sentencia de fondo es procedente en cuanto a decidir sobre el valor de dicha cesión, pero no en cuanto a resolver si el cedente tenía o no el derecho que quiso ceder, si se declara que la cesión fue nula (para esto último el demandante carecería de legitimación en la causa).

Sólo cuando se declare que la cesión fue válida podría resolverse sobre el derecho material cedido, como petición y declaración consecuente.

3.^a La *cesión*—transmisión—del derecho o acción que lo representa se realiza *por el solo contrato de finalidad traslativa, concretamente por el de compraventa*; no se requiere un adicional acuerdo de cesión, ni aun tácito, con eficacia de negocio dispositivo de cumplimiento del contrato de compraventa configurado como negocio causal. Esta cuestión ya se ha considerado, con referencia al Derecho tradicional frente al C. c. alemán, y posteriormente se examinará el alcance de las obligaciones de cumplimiento o pago, de entrega por el vendedor y de pago del precio por el comprador.

4.^a Si el contrato de finalidad traslativa, el de compraventa concretamente, no es de transmisión de cosa (derecho de propiedad de cosa poseída por el propietario) o constitutivo o traslativo del derecho real parcial poseíble, sino de cesión de otro derecho o acción, ello no afecta a la forma del mismo.

Así resulta, *a contrario sensu*, del artículo 1.526 C. c., en cuanto dispone que la venta-cesión «... no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta...» *Entre partes, entre vendedor cedente y comprador cesionario, no se requiere forma alguna.*

Según el C. c., «deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la ... transmisión ... de derechos

reales sobre bienes inmuebles; y 6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública» (art. 1.280). Pero, según lo dispuesto en los artículos 1.278 y 1.279, y la interpretación constante del Tribunal Supremo, la falta de forma especial sólo supone que los contratantes podrán compelerse a llenar o cumplir el requisito de forma, de modo que dicha falta no afecta a la validez y eficacia del acuerdo entre partes (art. 1.279) (261).

5.ª Ahora bien, conforme al artículo 1.526, «la venta—cesión del derecho de propiedad en este caso—no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad con los artículos 1.218 y 1.227», o sea desde la fecha del documento público de venta-cesión (art. 1.218), o desde la fecha que se cuenta respecto a tercero cuando se trata de un documento privado de venta-cesión (artículo 1.227), que contra tercero no altera lo pactado en escritura pública (artículo 1.230).

«Si—la cesión—se refiere a un inmueble (inscrito), desde la fecha de su inscripción en el Registro» (art. 1.526, 2.º, C. c.) (262).

Aquí surge la cuestión de precisar a qué *terceros* se refiere el artícu-

(261) «No hay sino una sola clase de forma exigida por la ley a efectos formales: la *forma ad solemnitatem*. En cualquier otro caso, siendo la forma libre, el negocio puede adoptar cualquiera sin que sea inválido por no adoptar una forma determinada. La denominada forma *ad probationem* no tiene nada que ver con la forma verdadera, sino sólo con la prueba del negocio: se establece con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita.

El artículo 1.280 no se refiere a formas *ad probationem* ni los documentos públicos en que deberán «constar» los negocios que enumera son documentos excluyentes de cualquier otro medio de prueba: por ejemplo, de la testifical (art. 1.244). Los negocios a que se refiere el artículo 1.280: primero, son válidos aunque se hayan celebrado sin observar las formas que dicho artículo establece; segundo, pueden ser probados aunque no sea mediante escritura pública o privada (documento); tercero, pueden ser también probados aunque se hubiesen celebrado sin observar la forma escrita (documental). El papel del artículo 1.280 no es el de establecer formas *ad probationem*, sino el más modesto de permitir (según se desprende de ese artículo y de los arts. 1.278 y 1.279, interpretados por la jurisprudencia—tan abundante que huelga su cita—) que los contratantes, desde que «hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos para la validez» del contrato puedan recíprocamente compelerse, sin necesidad de que se haya pactado, a hacer constar por escrito el negocio ya celebrado y perfecto, y, en consecuencia, el negocio será éste y lo posterior sólo constancia del mismo documentalmente» (ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, V. 2, 5.ª ed., 1977, pág. 346).

(262) El Derecho establece la forma con *carácter distinto* al de *ad solemnitatem* o *ad probationem* cuando dispone que el negocio no puede oponerse a terceros si no adoptó determinada forma (art. 1.230 del Código Civil). En tales casos —en los que no siempre la forma tiene igual naturaleza—el negocio, aunque no hubiese adoptado la forma de que se trate, es válido y eficaz, en principio, con exclusión del sector a que se extienden las consecuencias de la falta de forma (ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, V. 2, 5.ª ed., 1977, págs. 346 y 348).

lo 1.526, anteriormente aludido con referencia a la cesión de créditos y ahora referido a la cesión de la acción reivindicatoria.

Ante todo, en principio, *ha de excluirse al tercero poseedor*, sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, que abstractamente se dirige *erga omnes possidentes* contra cualquier poseedor en concepto de dueño, pero que concretamente se dirige contra un sujeto determinado, mediatamente, en cuanto poseedor de la cosa al ejercitar la reivindicatoria (dejando aparte los problemas que plantean los casos del que por dolo dejó de poseer o del que aparenta ser poseedor). En la cesión de créditos tampoco se considera tercero al deudor, que es el sujeto pasivo de la acción personal, del crédito cedido (263).

Por analogía con la cesión de créditos, habría que considerar como terceros, en cuanto pudieran resultar afectados por la incertidumbre de la fecha de la cesión, los acreedores del cedente, los otros cesionarios (en el supuesto de doble o múltiple cesión) e incluso el mismo tercero poseedor en los supuestos de doble cesión.

El artículo 1.526, 1.º, C. c., es de gran interés respecto al tema objeto de este estudio, en cuanto se aplica al supuesto de doble cesión de la acción reivindicatoria, y se pone en relación con el *artículo 1.473, 3.º, inciso final*, del C. c.: si una misma cosa no poseída por el vendedor se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá, cuando no haya inscripción, «a quien presente *título* de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

Los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.473 del C. c. proceden, respectivamente, de los artículos 982 y 1.859 del Proyecto de 1851, pero el párrafo 3.º no tiene precedente en el Proyecto y su inciso final se refiere a un supuesto en el que no se aplica el principio de prioridad en la inscripción, porque no la hay, o en la posesión, porque no la tiene el vendedor; entonces, según el C. c., la propiedad pertenecerá al comprador que presente *título formal* de fecha más antigua, salvo que sea segundo comprador de mala fe, porque conoce la existencia de la primera venta, que no se tituló formalmente o se tituló con retraso. La cesión, en principio, se realiza por el solo acuerdo contractual, aunque éste se pruebe, normalmente, con título de fecha fehaciente. Pero en el caso de doble venta-cesión se aplica el principio de *prioridad en la titulación formal, salvo prueba de mala fe*; es decir, aunque se pruebe la existencia de una primera cesión, ésta no prevalece frente al segundo cesionario, fundado

(263) Aun entendiendo—erróneamente—que el artículo 1.526 subordina el efecto legal de la transmisión de la propiedad frente al tercero poseedor al otorgamiento de escritura pública o de documento privado de fecha fehaciente, esta interpretación no suscitaría problemas desde el punto de vista de la *calificación registral* de una compraventa cesión que, para registrarse, debería estar formalizada en escritura pública.

en título formal de fecha anterior al título formal que presenta el primer cesionario, si el segundo cesionario desconocía la primera cesión.

GÓMEZ DE LA SERNA, al tratar de la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, se refiere expresamente a la doble cesión de ésta, sin inscripción, o sea exactamente al mismo supuesto del inciso final del artículo 1.473 C. c., pero la solución de GÓMEZ DE LA SERNA no coincide con la del artículo 1.473 C. c. (v. nota 172).

El artículo 1.526, en su apartado 2.º, se interpreta en el sentido de que deja a salvo los *efectos publicitarios de la inscripción en el Registro* y especialmente del principio de fe pública registral en cuanto al tercero protegido. Incluso se aplica al supuesto de inscripción de dos escrituras de cesión de un mismo crédito hipotecario, teniendo en cuenta que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene efecto constitutivo (arts. 149, 150 y 151 de la L. H.) (264).

6.ª Respecto al tercero poseedor, sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, aunque, según lo dicho, no puede considerársele tercero, a efectos del artículo 1.526 C. c., con lo que queda equiparado al sujeto pasivo de la acción personal o derecho de crédito cedido, en lo demás no puede ser equiparada su situación.

Concretamente *no es aplicable a dicho tercero poseedor la normativa referente* (art. 1.527, etc.) *a la notificación de la cesión* al deudor del crédito cedido o a su conocimiento de la cesión. Sobre este punto es acertada la opinión fundada de IHERING. No obstante, parece que debe tenerse en cuenta el efectivo conocimiento por el tercero poseedor de la cesión de la acción reivindicatoria, por ejemplo, a efectos de su buena o mala fe en la devolución de los frutos indebidamente percibidos. Supuesto relacionado, por otra parte, con la posibilidad de que en caso de doble cesión sea aplicable la norma del artículo 1.526, 1.º, C. c.

(264) La cesión o enajenación del *crédito hipotecario* por compraventa se verifica en virtud de la escritura pública tan sólo (art. 149 de la Ley Hipotecaria); la notificación al deudor sólo es necesaria para vincular al deudor con el nuevo acreedor; para que la enajenación surta efecto contra tercero protegido por la fe pública registral precisa que la cesión ya efectuada en escritura se inscriba en el Registro (art. 1.526, 2.º, del Código Civil), pero la inscripción de cesión del crédito no tiene valor constitutivo, a diferencia de la inscripción de constitución de hipoteca.

Los terceros protegidos son los cesionarios del crédito hipotecario... lo mismo que en el caso de doble venta a que se refiere el artículo 1.473 del Código Civil.

Los terceros poseedores no son verdaderos terceros a estos efectos. No obstante, a los efectos del pago, estos adquirentes de la finca sólo deberán atenerse a quien figure inscrito como acreedor.

Respecto al deudor, la inscripción debería sustituir a la notificación, pero no es así (arts. 1.251 del Código Civil, 151 de la Ley Hipotecaria, 176, 242 y 243 del Reglamento Hipotecario).

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. IV, 2.º, págs. 785 y ss.

7.^a Procede examinar ahora la eficacia de la venta-cesión de la acción reivindicatoria, relacionándola con el cumplimiento de las obligaciones principales de las partes en la normal venta-transmisión de la cosa, es decir, en relación con la obligación del vendedor de entregar la cosa y con la obligación del comprador de pagar el precio (265).

Según el *Derecho justiniano*, el comprador de una cosa no poseída por el vendedor, que pagaba el precio, adquiría la propiedad; aparentemente, la norma jurídica concedía (cesión legal) al comprador la acción reivindicatoria, llamada *actio in rem (reivindicatio utilis)* (C. 4,39,9), pero, en realidad, le atribuía el derecho de propiedad: «*Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*» (D. 50,17,15); la propiedad, pero no la posesión; el derecho, pero no el hecho, que no podía concederse.

En el *Derecho común medieval* se recibió esta solución justiniana, pese a la concepción peculiar de los glosadores respecto a la distinción entre acción directa y útil. Claramente dice UNZOLA que «está fuera de duda, según la opinión de todos, que en seis casos o títulos la ley permite intentar la acción por el solo título, sin cesión—adicional expresa, quiere decir UNZOLA—, a la persona que recibió, a la que transmití algo de mí, por alguno de aquellos títulos. El primer título se da en la venta: por ejemplo, te vendo una acción que me corresponde contra tal persona—se refiere al caso del C. 4,39,9—. Fuera de estos seis casos (266) los

(265) El *Código Civil alemán* (par. 931, con referencia específica a la venta de una cosa mueble por su propietario no poseedor) distingue, por una parte, un contrato de compraventa, y, por otra, un negocio jurídico de transmisión (abstraído causalmente), integrado por un acuerdo real de transmisión de la propiedad y un acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, considerado sucedáneo, sustitutivo o supletorio del acuerdo y acto real de entrega de la cosa, es decir, del acuerdo de transmisión de la posesión de la cosa (no del acuerdo real de transmisión del derecho de propiedad) y del acto real de entrega.

El *Código Civil alemán* (par. 931) refiere el acuerdo de cesión a la acción reivindicatoria (pretensión de entrega del propietario), pero la doctrina opina que la cesión de la acción reivindicatoria implica, siempre, la transmisión del derecho de propiedad, y, por otra parte, que el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria no es la forma específica del acuerdo real de transmisión de la propiedad cuando el propietario transmitente no es poseedor, porque conceptualmente puede distinguirse del acuerdo real de transmisión de la propiedad el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria en cuanto acuerdo sustitutivo del acuerdo de transmisión de la posesión real, y la distinción se aprecia prácticamente en el supuesto de que el comprador, con voluntad de adquirir la propiedad, desconoce la falta de posesión del vendedor.

La propiedad se transmite por el solo negocio jurídico de transmisión, supuesto que el transmitente sea propietario, sin que sea *condicio iuris* la obtención de la posesión de la cosa, ni tampoco el pago del precio por el comprador.

(266) Los restantes casos o títulos son la donación, la dación en pago, la dote, la prenda, el legado; de los seis casos destacan la venta (título oneroso), la donación (título gratuito) y la dación en pago.

glosadores opinan que es necesaria la cesión—adicional expresa (267)—subsiguiente al contrato o título, al igual que hace la *traditio* en las cosas corporales... Y así como en la venta de una cosa corporal el dominio no pasa al comprador si no se efectúa la *traditio*, del mismo modo el cesionario no tiene acción directa—su ejercicio—si no se efectúa la cesión—adicional expresa—. Sin embargo, posee la acción útil en los seis casos apuntados. Ahora bien: como hablando con propiedad no hay *traditio* de cosas incorporeales, por ello en nombre del cedente y no en el suyo propio ejercita la acción directa y, en cambio, puede ejercitar la útil en su propio nombre (268)... La cesión—adicional expresa—no parece ser muy beneficiosa en los seis casos antes explicados, ya que sin aquélla se tiene la acción útil, mediante la cual puede luchar por su utilidad personal quien recibió de mí alguna acción por las causas antedichas».

Al final de una larga evolución histórica, cuando se ha desvanecido la distinción doctrinal entre acción directa y acción útil, el comprador de una cosa no poseída por el vendedor puede ejercitar en nombre propio la acción reivindicatoria, por el título, mediante el pago del precio, o aun antes del pago si se pactó un aplazamiento del mismo (sin necesitar una adicional cesión expresa de la acción directa para ejercitarla en nombre del cedente). En este sentido, *la cesión—la transmisión—de la acción reivindicatoria se realiza por el solo título*, sin necesidad de un adicional pacto de cesión equivalente a la tradición, pero con efecto desde el momento del pago del precio, si no se convino su aplazamiento, con o sin garantía, pues de existir tales pactos la transmisión resulta simultánea a la perfección de la compraventa.

Esta es la *solución tradicional*, vigente en el ordenamiento jurídico español al tiempo de la codificación, como acreditan GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA (269).

El C. c. sólo modifica el Derecho tradicional al no requerir, como *condicio iuris*, para la transmisión de la propiedad por título de compraventa, el pago del precio, si no se pactó el aplazamiento del pago, con o sin garantía.

(267) El mandato o *procuratio in rem suam*: si hay mandato para que sea *procurator in rem suam*, significa lo mismo «ceder» que «mandar».

(268) La acción útil se tiene por la compraventa, sin más. El ejercicio de la acción directa se tiene, por la compraventa, mediante cesión o mandato o *procuratio in rem suam*.

(269) El referir el momento de la adquisición de la propiedad al de la obtención de la posesión no fue la solución justinianeana ni la recibida medievalmente, sino resultado de una interpretación conceptualista, pseudohistórica, de IHERING, que no llegó a prevalecer en el Código Civil alemán y que, desde luego, no trascendió al Derecho español.

La vigencia de la solución tradicional hace innecesario tener que recurrir (270) a forzar la interpretación de preceptos del C. c.:

La interpretación del artículo 1.462, 2.º, C. c., en el sentido de que el otorgamiento de la escritura pública de venta equivale, en todo caso, a la entrega, aunque el vendedor sea propietario no poseedor.

La del artículo 1.463 C. c., en el sentido de que (refiriéndose a bienes muebles expresamente, pero también a bienes inmuebles analógicamente) el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, aunque no se formalice en escritura pública de compraventa, también equivale a la entrega «si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta» cuando el vendedor propietario no es poseedor.

La del artículo 1.464 C. c., refiriéndolo a toda clase de derechos incorpóreos y no sólo a los derechos reales parciales, a los que indudablemente sí que se refiere conforme al artículo 609 C. c.

Esta interpretación, además de innecesaria, tropieza con la argumentación de que estos mismos preceptos (arts. 1.462, 2.º; 1.463 y 1.464 Código Civil) proceden del Proyecto de 1851, en el que se refieren, indudablemente, tan sólo al cumplimiento de la obligación de entregar, en el sentido de transmitir la posesión de la cosa o del derecho real parcial poseíble, es decir, la tenencia de la cosa o la posibilidad de ejercicio (goce o disfrute) de un derecho, pero no a la transmisión del derecho (271).

(270) Como ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 158 y ss.

(271) ALBALADEJO (*loc. cit.*, pág. 160), sobre este tema de la *cesión de la acción reivindicatoria*, viene a decir, con razón:

Afirmar que cuando no se posee cosa, y por tanto no puede ser transferida su posesión, no cabe transferir la propiedad (mediante la tradición por el solo acuerdo), sería negar que el dueño (que puede desprenderse de su derecho si posee la cosa) puede transmitir su propiedad cuando no es poseedor, lo que es inaceptable.

No cabe negar que la acción reivindicatoria es transmisible..., transmisibilidad que se apoya no sólo en la falta de un precepto que la excluya (falta que ya sería suficiente), sino en arg. ex artículos 1.464 y 1.526.

Ahora bien, ceder la acción reivindicatoria con ánimo de que el cesionario obtenga la posesión de la cosa, definitivamente, para sí, implicaría, si se opina que entretanto no puede transmitirse la propiedad, porque no cabe entregar la posesión, que continuaría siendo dueño (inútilmente porque nunca la recuperará), el cedente, hasta la toma de posesión de la cosa por el cesionario. Lo que es una conclusión o absurda o puramente conceptualista.

Esta conclusión, que ALBALADEJO rechaza, es precisamente la que, conceptualmente, construyó IHERING y la que aceptó su amigo WINDSCHEID, aunque, luego, no fue recogida por el Código Civil alemán, pero que en España, hace algunos años, tuvo algunos valedores, aparentemente fundados, según ellos, en el Derecho tradicional y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero ALBALADEJO se aparta de la interpretación tradicional del sistema del título y el modo, según resulta de su exposición de varias cuestiones relacionadas con el tema.

En primer lugar, admite la aplicación al contrato de compraventa del Derecho español de la distinción entre negocio de disposición y de obligación (*ob. cit.*, T. I, V. 2, pág. 159), de modo similar al Código Civil alemán, excluida la abstracción causal. Considera a la compraventa como negocio de obligación, «que no transmite

8.^a En principio, hay que distinguir *dos supuestos de compraventa-cesión de la acción reivindicatoria*.

1. Si el comprador *conoce*, al comprar, que la cosa está poseída por un tercero en concepto de dueño, la venta se refiere convencionalmente a la acción reivindicatoria, en el sentido de que el comprador está conforme o consiente que el vendedor no le entregue la cosa, su posesión inmediata o mediata, real o ficticiamente, pero sí que quiere adquirir la propiedad y, como propietario, obtener la posesión, reivindicando él y no el vendedor (en el caso de no obtener la posesión sin reivindicar), para así poder ejercer el disfrute normal de su derecho. El comprador sabe que compra un derecho más o menos discutido o dudoso, puesto que un tercero posee en concepto de dueño, sabe que la titularidad del derecho es discutible o dudosa (el artículo 1.535 alude a lo vendido como litigioso). El vendedor, por su parte, cuidará de pactar una exención total o parcial de la responsabilidad por evicción. A este supuesto se refiere GÓMEZ DE LA SERNA.

El comprador adquirirá la acción reivindicatoria, es decir, el derecho de propiedad, por el solo título de compraventa, sin perjuicio de que convencionalmente se condicione el efecto traslativo al pago del precio y sin perjuicio de que, si no hay pacto de aplazamiento, el vendedor podrá pedir el pago inmediato del precio o la resolución del contrato de compraventa, por aplicación del artículo 1.124 (referido a las obligaciones recíprocas en general), y de los artículos 1.466 y 1.503, 2.º (referentes a la simultaneidad de cumplimiento de las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador), aunque permiten, mediante el pacto de aplaza-

la propiedad, sino que sólo obliga a transmitirla» (arts. 609 y 1.445 del Código Civil), a la tradición o entrega de la cosa con ánimo de transferirla, como negocio de disposición, traslativo, real, y a la cesión como negocio de disposición, traslativo, obligacional (referido a un derecho de crédito).

Por otra parte (*ob. cit.*, T. II, V. 1, págs. 121 y 122), opina que el pago, en cuanto realización de determinada conducta (pago) y en cuanto el deudor debe realizarlo, es un acto debido, que no tiene necesariamente carácter negocial, pero que puede tenerlo; estima que la tradición es un negocio jurídico (entrega de la cosa con ánimo de transferir y adquirir la propiedad, en cumplimiento de la obligación del vendedor) y que cuando la prestación debida es en sí un negocio jurídico se precisa, además, la declaración (expresa o tácita) de realizarla con el fin de cumplir la obligación (*solvendi animo*); también estima (*loc. cit.*, pág. 350) que el acuerdo de cesión de un crédito «es en sí transmisivo del crédito, siendo diferente del contrato por el que una persona se obliga a ceder un crédito a otra. La diferencia es la misma que hay entre el contrato de compraventa (por el que el vendedor se obliga a transmitir el derecho de propiedad al comprador) y la tradición (entrega de la cosa con ánimo de transmitir aquel derecho)».

Esta concepción germanista afecta a toda la exposición de la teoría del título y el modo (T. III, V. 1, págs. 137 y ss.), de la tradición (*loc. cit.*, págs. 144 y ss.) y de la venta de derechos y de créditos en particular (T. II, V. 2, págs. 59 y ss.).

miento del pago del precio, el cumplimiento no simultáneo de las obligaciones.

Si la compraventa-cesión se formaliza en escritura pública, habida cuenta de que ésta se refiere, normalmente, no sólo a la perfección, sino también al cumplimiento del contrato, al otorgarla se pagará el precio o se confesará recibido o se señalará plazo para su pago, con lo que, prácticamente, la situación resulta igual que la anterior a la reforma del C. c.

Este efecto traslativo del derecho no obsta a que el vendedor-cedente tenga que cumplir su obligación principal de *entregar*, respecto al comprador, pero en el sentido de *hacer posible el ejercicio del derecho adquirido* por el comprador (272), de ayudarle y facilitarle:

Un título formal de su adquisición: escritura pública o documento privado, según los casos.

La documentación del vendedor: título adquisitivo o de pertenencia del derecho del vendedor.

La cooperación necesaria para el ejercicio del derecho cedido.

En este sentido, dando por supuesto que el simple contrato de com-

(272) La *obligación del vendedor de entregar* consiste en realizar los actos necesarios para hacer posible el ejercicio de su derecho por el comprador, en todo caso. Si se vende el derecho de propiedad de cosa poseída por el vendedor, ha de transmitir su posesión; a la vez se transmite el derecho. Si se vende un derecho real parcial poseíble ha de transmitirse la posesión del mismo, la posibilidad de ejercicio del poder de hecho que supone su posesión; a la vez se transmite el derecho. Si se vende un crédito ha de hacerse posible su ejercicio, en cuanto depende del vendedor, otorgando título de cesión, entregando el título de pertenencia del derecho cedido, etc.; pero entonces la obligación de entregar es adicional al efecto traslativo operado por el solo contrato de compraventa, al igual que ocurre en el Derecho francés y en el italiano respecto a cualquier derecho, incluso el de propiedad. Si se vende una acción real, como la reivindicatoria, la obligación de entregar tiene el mismo sentido que respecto a la venta de un crédito. Por otra parte, en la venta de cosa poseída por el vendedor la obligación de entregar también incluye la de otorgamiento de título, entrega de título de pertenencia, etcétera, aunque éstas se consideren obligaciones o deberes secundarios del principal de transmitir la posesión.

El *Código Civil francés*, en el artículo primero del capítulo relativo a la transmisión de créditos y otros derechos incorporales, en este sentido, dispone que «en la transmisión de un crédito, de un derecho o de una acción contra un tercero, la entrega (*delivrance*) se realiza entre cedente y cesionario por la entrega (*remise*) del título» de pertenencia (art. 1.689). Precepto éste sin correspondencia en el Proyecto de Código Civil español de 1851. Ha de tenerse en cuenta que, aparte de este precepto, el Código Civil francés, al tratar de la entrega como obligación del vendedor, incluye otro artículo según el cual «la tradición de los derechos incorporales se realiza o por la entrega de los títulos o por el uso que el adquirente realiza consintiéndolo el vendedor», concordante, en parte, con el artículo 1.464 del Código Civil español.

El *Código Civil italiano*, análogamente al francés, también dispone que «el cedente debe entregar (*consegnare*) al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su posesión» (art. 1.262), pero la cesión de créditos se regula con carácter general, en un capítulo, exclusivo, del título que trata de las obligaciones en general.

praventa, cualquiera que sea su forma (arts. 1.278, 1.280, 1.º, 6.º y final, y 1.279 C. c.), es traslativo de la acción reivindicatoria cedida (art. 1.526 Código Civil), aunque no se haya pagado el precio, salvo pacto (artículo 1.500 C. c.), podría entenderse que el artículo 1.464 C. c. dispone que los hechos a que se refiere hacen presumir no sólo una venta-cesión consumada, en su efecto traslativo de un derecho incorporal, sino, además, el cumplimiento de la obligación principal del vendedor a satisfacción del comprador.

2. Si el comprador *no conoce*, al comprar, que la cosa está poseída por un tercero en concepto de dueño, la venta se ha de considerar referida intencionalmente a la transmisión del derecho de propiedad de la cosa y a la obligación del vendedor de transmitir al comprador la posesión real de la misma para que pueda ejercitar sobre ella el derecho de propiedad, pero la realidad de la falta de posesión del vendedor se impone, como se impondría en su caso la falta de propiedad de la cosa en el supuesto de venta de cosa ajena o la inexistencia actual de la cosa en el supuesto de venta de cosa futura (273).

Primordialmente, debe considerarse que, conforme al sistema del título y el modo, la voluntad de transmitir y adquirir el derecho, para el vendedor y para el comprador, no puede interpretarse como un acuerdo real dispositivo diferenciado del contrato de compraventa obligacional, aunque ligado causalmente a éste. La perfección del contrato implica tal voluntad, y la de realizar los actos necesarios a tal fin. Si el vendedor es poseedor, para que se realice la transmisión del derecho de propiedad el ordenamiento jurídico exige que se transmita la posesión del vendedor al comprador. Pero *si el vendedor no es poseedor, el ordenamiento no requiere para que se transmita el derecho de propiedad sobre la cosa que se transmita la posesión sobre la misma; basta la voluntad contractual, el consentimiento del contrato de compraventa.*

Teniendo en cuenta la voluntad de transmitir el derecho por el «cauce» del contrato de compraventa, en el ordenamiento español vigente si

(273) En tal caso, según la interpretación del par. 931 del Código Civil alemán, se plantea un supuesto de *interpretación del acuerdo* entre las partes del contrato de compraventa y, en definitiva, la posibilidad de que sea el comprador quien decida si, efectivamente, se conforma o consiente que se le transmita el derecho de propiedad mediante la cesión de la acción reivindicatoria y no mediante la transmisión de la posesión de la cosa, lo que le permite ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, sin que, salvo pacto, renuncie a reclamar por incumplimiento, al menos parcial, de la obligación de entrega, y, además, en su caso, de la de transmisión del derecho, si acaso es vencido en el ejercicio de la acción reivindicatoria.

El problema de interpretación de la voluntad que se plantea en la doctrina alemana hay que referirlo no a la voluntad de transmitir el derecho de propiedad, sino a la voluntad del comprador respecto a si se conforma, total o parcialmente, con que el vendedor no le entregue la cosa, no le transmita la posesión de la cosa.

el propietario vendedor es poseedor de la cosa vendida, la transmisión del derecho de propiedad se realiza al transmitir la posesión de la cosa, pero si el propietario vendedor no es poseedor de la cosa vendida, la transmisión del derecho de propiedad se realiza, sin transmitir la posesión de la cosa que el vendedor no tiene, *al perfeccionarse el contrato de compraventa*, inmediatamente, es decir, con independencia del cumplimiento de las obligaciones principales del vendedor y del comprador, salvo pacto. El Derecho anterior al C. c. requería, como *condicio iuris* de la transmisión del derecho de propiedad de la cosa, el pago del precio por el comprador, si no se pactó su aplazamiento o garantía, pero este requisito ya no se exige por el C. c.

El Derecho español vigente, como el tradicional, no toma en consideración el conocimiento o desconocimiento por el comprador, al comprar, de que el vendedor no era poseedor, al efecto de que se realice la transmisión del derecho, aunque sí a efectos de estimar cumplida o incumplida la obligación de entregar, de transmitir la posesión (274).

9.^a Puede decirse que las disposiciones del C. c. aplicables a la venta-cesión del derecho de propiedad por el propietario no poseedor han de considerarse aplicables a las *regiones forales*, sin que les afecten las peculiaridades, ya examinadas, de las Compilaciones de Cataluña (artículo 277 sobre *constituto posesorio*) y de Navarra (Leyes 567 y 568, salvo en cuanto al pago del precio el art. 565).

10.^a También es interesante destacar que en el supuesto del artículo 461 C. c. hay posesión de la cosa mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque ignore accidentalmente—actualmente—su paradero, porque poseer no es usar de ese poder, ejercerlo, sino tenerlo (275).

Pero la cosa puede perderse y no ser encontrada, aunque se busque, y la cosa puede ser robada y después de un año abandonada por el ladrón (art. 460, 4.º, C. c.). Sería difícil en tales casos estimar que continúa la posesión del propietario.

Ahora bien, ello no obsta a que el propietario pueda ceder el derecho que tiene, sin la posesión de la cosa.

Es decir, el supuesto en que el propietario no posea, pero no exista poseedor usucapiente, como en el caso de estar perdida la cosa, en paradero desconocido y sin poseedor alguno, que se interpreta en el Derecho alemán como incluido en el par. 931, no en su letra, pero sí en su espíritu, no tropieza en el Derecho español con la dificultad terminológica

(274) En este punto el Derecho español se asemeja al Derecho francés e italiano al quedar disociada la transmisión del derecho de propiedad, por el solo consentimiento contractual, del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

(275) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 93.

legal de aquel parágrafo, por cuanto lo que se cede es el derecho de propiedad, sin posesión, más bien que la acción reivindicatoria, que puede no existir, si no hay un tercero poseedor en concepto de dueño.

9. TITULO INSCRIBIBLE DE COMPRA

La Ley Hipotecaria de 1861 para nada habla expresamente del modo, tradición o entrega por título de compraventa. Esto, entonces, desde la publicación de la ley y durante muchos años, a nadie causó extrañeza o, al menos, nada se publicó en que se hablara directamente del modo, tradición o entrega por compraventa. Desde la óptica actual puede parecer sorprendente, teniendo en cuenta muchas razones. En primer lugar, que la Ley Hipotecaria se presenta en su Exposición de motivos, para no incurrir en los reparos opuestos al proyecto de 1851, como profundamente tradicional, aunque innovadora, pero manteniendo, desde luego, el sistema tradicional civil del título y el modo. Además, porque los títulos de compraventa son los que más se registran, los más frecuentes en la práctica notarial y registral (no son un simple «caso de escuela»). Pero, sobre todo, porque hay que pensar que el legislador de 1861 no iba a ser tan «olvidadizo» como para no tener en cuenta el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor en cuanto requisito para la transmisión del dominio, ni los juristas coetáneos, sobre todo los que se opusieron al proyecto de 1851, tan obtusos, como para no darse cuenta del fallo. Piénsese que el proyecto de 1851 había planteado la reforma de la transmisión de la propiedad por compraventa, al igual que el Code francés, eliminando dos requisitos: la entrega de la cosa (art. 981 P.) y el pago del precio (arts. 1.389 y 1.904 P.), precisamente el cumplimiento de las obligaciones principales del comprador y del vendedor.

Procede considerar la *razón* de este aparente silencio legislativo, examinando el concepto de título inscribible.

1. Al título en sentido *material* se refería la Ley Hipotecaria de 1861 en su artículo 2.º al decir que «en el Registro de la Propiedad se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos».

GÓMEZ DE LA SERNA, intérprete auténtico de la Ley Hipotecaria de 1861, al comentar el artículo 2.º, número 1.º, considera como título el *acto o contrato* en virtud del cual se tiene el derecho *en* alguna cosa inmueble: el subrayado *en* es de GÓMEZ DE LA SERNA (276).

(276) GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.*, págs. 250 y 251.

Más adelante dice que las palabras «traslativos de dominio» significan que «el acto o contrato ... tenga por objeto traspasar a otro el dominio de una cosa». Cita la compraventa, permuta, donación, ..., cesión, etc. (277)

Como precisión, en sentido negativo, al concepto de título en sentido material, el artículo 3.º del Reglamento disponía, análogamente al actual artículo 9.º, que «la obligación de transmitir a otro el dominio de cualquier inmueble... no estará sujeta a inscripción...», del que puede deducirse que, conforme al sistema del título y modo, este título, contrapuesto a modo, *no* es el título inscribible.

2. Al título en sentido *formal*, como documentación del título en sentido material, se refiere el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria de 1861, como la actual, al decir que «para que puedan ser inscritos los títulos (en sentido material) expresados en el artículo anterior deberán estar consignados en escritura pública...»

Pero, más precisamente, el apartado 1.º del artículo 6.º del Reglamento de 1861 dice que «se entenderá por título (en sentido formal) para todos los efectos de la inscripción el documento público y fehaciente entre vivos o por causa de muerte en que *funde* su derecho sobre el inmueble o derecho real la persona a cuyo favor deba hacerse la inscripción misma». Hoy el artículo 33 del Reglamento dice que «se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que *funde* inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido de que sea objeto la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite».

Para perfilar el sentido en el que GÓMEZ DE LA SERNA hace referencia al concepto de *título en sentido material*, como «acto o contrato en virtud del cual se tiene el derecho *en* alguna cosa inmueble» (que se prueba mediante el título en sentido formal), es muy interesante la manifestación de BIENVENIDO OLIVER (278), cuando dice que «por lo que hace a la manera de acreditar la adquisición del dominio en la primera inscripción relativa a una finca, reconocieron implícitamente los mismos autores de la ley la deficiencia del medio adoptado, pues llegaron a afirmar en

(277) Al mismo «título» en sentido material se referían los artículos, 2, número 2.º, y 23 (hoy 32), y, equivalentemente, a «actos o contratos» los artículos 2, número 3.º, y 33, de la Ley, así como el artículo 1 del Reglamento de 1861 (hoy artículo 7), aunque éste al referirse al título *en* que se transmite el dominio, puede introducir cierto confucionismo si no se interpreta como título por el que se transmite el dominio, en el sentido de «acto o contrato» por el que se adquiere derecho *en* la cosa.

(278) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER: *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, T. I, Madrid, 1892-1896, páginas 436 y 883.

un documento notable, redactado poco después de publicada la ley, que para practicar dicha primera inscripción en los nuevos Registros de la Propiedad no bastaba la simple aseveración del que se decía dueño de ella, sino que era necesario un *título* de dominio acabado y completo, entendiendo por tal el que fuese *suficiente para reivindicar una finca ante los Tribunales* (Exposición de motivos del proyecto de Ley adicional a la Hipotecaria, párrafo 1.º).

En otro punto de su obra, al tratar de la sistemática de las cuatro partes de las que había de componerse, dice que en la primera, entre otras cosas, «trataría de las condiciones generales para la adquisición, transmisión y gravamen de los derechos reales sobre cosas inmuebles, especialmente las que de antiguo vienen designándose con los nombres de título y modo...» y «con algún mayor detenimiento la doctrina relativa a la *prueba del derecho de propiedad territorial*, de que han hecho caso omiso hasta ahora todos los escritores de filosofía del Derecho o Derecho llamado natural, a pesar de que en esa doctrina descansa o se cimenta toda la propiedad territorial, y de ella recibe su mayor garantía y defensa, exponiendo los extremos que debe comprender tan difícil prueba y los diferentes medios adoptados para practicarla en los principales pueblos antiguos y modernos, incluso en nuestra patria, tanto directos (titulación, Catastro descriptivo, Catastro parcelario y Registro de la Propiedad) como indirectos (posesión y prescripción, o más propiamente, usucapión), concluyendo esta parte de mi obra con una sumaria explicación de la doctrina sobre la *reivindicación* de los inmuebles».

En el Registro de la Propiedad español, según la L. H. de 1861 y su Reglamento (considérese el art. 6.º, hoy 33), conforme a la interpretación de GÓMEZ DE LA SERNA y a la más expresiva de OLIVER, lo que se inscribe como título en sentido material, es el mismo título al que se refiere el Tribunal Supremo como título para reivindicar y para las tercerías de dominio, es decir, *título es el fundamento (279) de la transmisión de la propiedad consumada*; en su caso, por compraventa (título) y tradición (modo), y, además, al tiempo de publicarse la L. H. de 1861, mediante el pago del precio (consumado o aplazado o garantizado).

Ahora bien, la *escritura normal de compraventa*, el título en sentido formal inscribible más frecuente, ha de analizarse tal como lo presentaba la realidad jurídica al legislador y al comentarista de 1861 y al actual.

La escritura normal de compraventa, entonces como hoy, no sólo for-

(279) La doctrina de que el que reivindica ha de tener título de dominio no significa que deba presentar un título escrito: la palabra título legítimo de dominio que fundamenta la acción reivindicatoria no se aplica únicamente al documento preconstituido, sino a toda justificación dominical (Sentencias de 24 de noviembre de 1927, 4 de diciembre de 1931, 7 de marzo y 12 de noviembre de 1964, 3 de febrero y 24 de junio de 1966 y 5 de octubre de 1972).

maliza el *perfeccionamiento* de un contrato de compraventa, sino que también prueba su *consumación*, es decir, el cumplimiento por el vendedor y por el comprador de sus obligaciones primordiales. El vendedor y el comprador no se limitan, en la escritura normal, a vender y comprar, a obligarse a entregar la cosa y a pagar el precio (art. 1.445 C. c.). Es normal incluir en las escrituras públicas y en las «escrituras privadas», impresas o no, cláusulas relativas al cumplimiento de la compraventa, a la entrega de la cosa y al pago del precio, presente, pretérito o futuro.

Hay que remontarse a la Edad Media para encontrar el *origen* de este hecho que encontramos en la realidad jurídica (280). «Durante toda ella, con olvido de la idea romana de consensualidad contractual, impera un sistema de contratos reales y de compraventa real, es decir, de compraventa en la que la perfección y consumación son simultáneas o, por mejor decir, lo mismo, sin distinción conceptual entre ellas.

Las ideas germánicas de la *wadia* y el *launegildo*, primeramente dominante, se explican luego a la romana, cuando renace el Derecho justiniano, con el *do ut des* de los contratos innominados, y así, en los formularios notariales del siglo XIII se continúa considerando esencial para la perfección del contrato la *traditio rei* y la *numeratio pecuniae*.

En este sentido comenta ROLANDINO que venta es la entrega (*datio*) de alguna cosa por precio cierto; de este modo, compra es aceptación (*acceptio*) de alguna cosa por precio cierto. Porque lo que se dice de uno, que es el dar, se entiende correlativamente del otro.

La misma concepción vemos reflejada en el formulario notarial de las Partidas; y en los formularios posteriores, hasta llegar a nuestros días, no deja nunca de consignarse la consumación de la venta.

Aún hoy perdura la concepción popular de la compraventa como contrato real, lo que explica la calificación como 'promesa o compromiso de venta' de verdaderas compraventas no consumadas en el acto de su perfección» (281).

Dice GÓMEZ DE LA SERNA que «la venta y permuta de bienes inmuebles deben inscribirse, pero no puede inscribirse la estipulación en que se *prometa vender* o *permutar*» (282).

La conclusión es perfectamente lógica en cuanto a la imposibilidad de inscribir la promesa de contrato traslativo: «la estipulación en que se *prometa vender* o *permutar*».

(280) NÚÑEZ LAGOS: *El documento medieval y Rolandino*, ob. cit., págs. 189 y ss.

(281) El mismo Código Civil se hace eco de esta concepción cuando dice que «la promesa de vender y comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato» (art. 1.452, 1.º).

(282) GÓMEZ DE LA SERNA, ob. cit., pág. 255.

Ahora bien, ya no parece lógica la deducción de que «la venta y la permuta de bienes inmuebles deben inscribirse», por cuanto los contratos de venta o de permuta sólo son—en cierto sentido—fuente de la obligación de transmitir el dominio, no sujeta a inscripción conforme al citado artículo 3.º del Reglamento. Pero con los antecedentes expresados resulta claro que cuando DE LA SERNA escribe que la venta y la permuta de bienes inmuebles deben inscribirse piensa en la escritura de compraventa ya consumada. Es más, subraya *materialmente* la idea de consumación al definir el título inscribible (en sentido formal) como la escritura en que se hace constar el (título en sentido material) acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble. No hay que olvidar que el insigne autor es un gran romanista y civilista, perfecto conocedor del sistema del título y el modo, que distingue con precisión el derecho *a* la cosa y el derecho *en* la cosa (283).

Del estudio de NÚÑEZ LAGOS sobre «*Acción y excepción en la reivindicación de bienes inmuebles*» resulta claramente la importancia del concepto jurisprudencial de *título*, como *fundamento del derecho* (y esto tanto para el demandante como para el demandado por la reivindicatoria), probablemente por trasposición de la expresión título del continente al contenido, de la escritura de la que resulta la adquisición del derecho conforme al sistema del título y el modo, al mismo hecho complejo del que resulta la transmisión del derecho de propiedad, trasposición lógica en cuanto que el continente, la escritura, acredita la perfección y la consumación del contrato de compraventa, en su caso, con el consiguiente efecto traslativo del derecho de propiedad.

La doctrina española, salvo algunas opiniones contrarias, sostiene la tesis de que en el Registro de la Propiedad se inscriben contratos de compraventa ya consumados en cuanto a la transmisión del dominio (284).

(283) La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria, debida a su pluma, dice: «nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos *en* la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos sólo nacieran de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles».

(284) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 7.ª ed., 1979, T. I, págs. 219 y ss. (La inscripción y la tradición.)

La consumación o cumplimiento de la compraventa, en las escrituras, aún actualmente, se refiere no sólo a la *entrega de la cosa* y transmisión de su dominio, que es en lo que suele fijarse nuestra doctrina, sino también al *pago del precio*. Este extremo es de gran importancia al tiempo de la publicación de la *Ley Hipotecaria de 1861*, debido a que, conforme a lo preceptuado en el Derecho civil entonces vigente, el dominio de la cosa vendida y entregada no pasaba al comprador hasta que hubiera pagado el precio, dado fiador o peños, o tomado plazo para pagar.

Por ello, en la inscripción del título de compraventa se daba gran relieve a

En este sentido, la palabra *título* tiene aparentemente el mismo significado que la expresión genérica «*modo de adquirir*», como hecho complejo (*título y modo en su caso*) del que resulta la transmisión del derecho.

Sin embargo, puede también considerarse que tiene un significado distinto en cuanto alude directamente a la *titularidad o pertenencia* del derecho, cualquiera que sea el «*modo*» de su adquisición (285).

esta circunstancia y la Ley Hipotecaria le dedicaba, íntegros, dos artículos, el 10 y el 11.

En el artículo 10 dispuso que «en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago». En el siguiente artículo 11 remachó que «si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si ésta se ha verificado pagando el precio al contado o a plazos: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el plazo. Iguales circunstancias se expresarán también si la traslación de dominio se verificare por permuta o adjudicación en pago y cualquiera de los adquirentes quedare obligado a abonar al otro alguna diferencia en metálico o efectos».

En el formulario del *Reglamento Hipotecario de 1870*, para la «inscripción de venta de finca rústica»—modelo número 2—, se expresa que... «D. A... vende a D. C... (la finca), por precio de... pesetas, cuya cantidad ha sido pagada al contado (en tal moneda), dando fe de entrega el Notario. Don C... inscribe su título de compraventa. ».

De este modo, junto con otros preceptos (fundamentalmente los arts. 36, 37 y 38 de la Ley Hipotecaria), quedó tratado legalmente el pago del precio en cuanto requisito de la transmisión, o «traslación», de la propiedad, en relación con el Registro de la Propiedad.

Más adelante, *publicado ya el Código Civil*, cuando ya no se requiere el pago del precio como requisito para la transmisión de la propiedad, cuando se ha modificado la normativa sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales y, concretamente, de la compraventa, aquellos artículos ya no deben interpretarse como se habían interpretado hasta entonces. Las controversias entre los hipotecaristas son frecuentes.

Finalmente, la *reforma de la Ley Hipotecaria de 1946* deja resuelta la cuestión, modificando la redacción del artículo 11 (en relación con el art. 37, antes 36, 37 y 38), que ahora se refiere al pago del precio, no como requisito para la transmisión de la propiedad, porque ya no lo es, salvo pacto, sino para evitar que las referencias registrales a ciertas formas de cumplimiento de la obligación de entrega del precio puedan perjudicar a tercero beneficiario de la protección de la fe pública registral. Sólo desde este punto de vista son interesantes estos artículos y es conveniente su conservación; por esto mismo se ha propugnado la desaparición del contenido del artículo 10.

(285) Se habla de «*modos*» de adquirir la propiedad en el sentido de «*medios*» de adquirir (v. GARCÍA GOYENA, Com. art. 548 P.) o de «*hechos* que implican la adquisición conforme al ordenamiento jurídico», simples o *complejos, como el título y el modo* (ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 13).

Según esto, la palabra *modo* tiene un sentido amplio en la denominación del Libro III del Código Civil (modos de adquirir) y un sentido estricto en la expresión título y modo.

A la vez, la palabra *título*, en el sentido de fundamento de la pertenencia o titularidad del derecho, equivale al sentido amplio de la palabra modo, y tiene un sentido estricto en la expresión título y modo.

ENNECCERUS-NIPPERDEY (T. I, V. 2, ed. 1935, págs. 5, 63 y 315) dicen que la

Según opinión, resumida, de ALBALADEJO, los hechos registrables (hechos transmisivos totales, compuestos por título y modo, en su caso)—denominados actos y contratos—han de constar documentalmente, y extractando el documento se extiende el asiento, en el que queda recogido tal hecho y la pertenencia del derecho a que el hecho se refiere. «En síntesis: a través del documento, los hechos ingresan en el Registro y como de éstos resulta a quién pertenece el derecho sobre que versan, se obtiene la constancia registral del titular... Es la realidad sobre la cuestión relativa a si en el Registro se inscriben documentos, hechos o derechos» (286).

Anteriormente se ha considerado afirmativamente la *posibilidad de inscribir la escritura de venta, aunque el vendedor propietario, titular registral, no sea poseedor*, según la interpretación «auténtica» de GÓMEZ DE LA SERNA, tanto si de la escritura no resulta la falta de posesión del vendedor como si se hace constar expresamente—y en este caso deberá hacerse constar así en la inscripción—, porque en uno y en otro caso el título de compraventa-cesión de la acción reivindicatoria que «representa» el derecho de propiedad transmite el derecho de propiedad del vendedor por sí solo.

De hecho, puede resultar inscrita, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una escritura de venta por el propietario no poseedor,

doctrina del Derecho privado ha recogido de la ciencia del Derecho penal la expresión y el concepto de «*supuesto de hecho*» (Tatbestand), o conjunto de requisitos de un efecto jurídico conforme al ordenamiento jurídico, es decir, a las proposiciones jurídicas abstractas derivadas de uno o de varios preceptos. Entre el supuesto de hecho y el efecto jurídico media la relación lógica de fundamento a consecuencia.

Negocio jurídico es un supuesto de hecho—o parte integrante del mismo—que contiene una declaración de voluntad que el ordenamiento jurídico considera fundamento del efecto jurídico, que se califica como querido.

Según el ordenamiento jurídico pueden existir otros requisitos del efecto jurídico que, formando parte integrante del supuesto de hecho, no son parte integrante del negocio jurídico, sino únicamente condición de su eficacia y se designan como *condiciones iuris* cuando son posteriores en tiempo a la conclusión del negocio; aunque son acontecimientos futuros e inciertos de los que depende la eficacia del negocio jurídico, no son condiciones voluntarias, sino legales, impropias o aparentes.

Cabe añadir que algunos requisitos del efecto jurídico pueden considerarse o bien integrantes del supuesto de hecho o bien *presupuestos* del mismo.

Así, en el sistema del título y el modo del Derecho español vigente, puede considerarse el contrato de compraventa como negocio jurídico fundamental y la entrega de la cosa por el propietario poseedor como *condicio iuris* del efecto traslativo del derecho de propiedad; en el Derecho anterior al Código Civil también el pago o aplazamiento del pago del precio era *condicio iuris* del efecto traslativo del derecho de propiedad de la cosa. Presupuestos del efecto traslativo serían el derecho de propiedad y la capacidad de disponer del vendedor; en su caso, el Registro de la Propiedad publica la titularidad del transmitente y su incapacidad o prohibición de disponer del derecho.

(286) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 2, pág. 409.

de la que *no resulte expresamente* la realidad de su falta de posesión de la finca que se inmatricula.

También podría inscribirse al amparo del mismo artículo 205 de la Ley Hipotecaria una escritura de la que resulte, *expresamente*, la falta de posesión del vendedor—aunque pueda considerarse «caso de escuela»—, siempre que se hiciera constar en la inscripción la manifestada falta de posesión del vendedor.

Alternativamente, acaso, se podría practicar anotación de la demanda reivindicatoria del comprador contra el tercero poseedor, sin olvidar el solicitar la prórroga de la vigencia de la anotación hasta el fin del procedimiento (al amparo de los arts. 42, n. 1.º y 9.º, y 86 L. H., y 139, 164, 169 y 199 del R. H., entre otros), esto si se admite que la anotación de demanda no ha de dirigirse, exclusivamente, contra el titular registral (arg. ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 6.ª ed., T. II, pág. 852). Caso de estimarse la demanda, el testimonio de la sentencia firme declaratoria del derecho de propiedad adquirido por compra será título registrable.

En todo caso, la *constancia registral de la falta de posesión del titular* registral tendrá trascendencia a efectos de que un tercer adquirente comprador no pueda alegar, eficazmente, desconocimiento de la situación de hecho, en relación con lo dispuesto en el artículo 36, ap. 1.º, a), de la Ley Hipotecaria, para ampararse en la fe pública registral. Para obtener este amparo, habida cuenta de la publicidad registral de la situación de hecho declarada por el primer vendedor, el tercer adquirente tuvo motivos suficientes, empleando medios racionales, para conocer si aquella situación de hecho subsistía al tiempo de perfeccionar su compra a quien ahora le vende.

10. ACTUACION PROCESAL DEL COMPRADOR (287)

Es conveniente examinar la situación del comprador que habiendo obtenido, aparentemente, la posesión por tradición instrumental se encuentra ante la realidad de que no puede tomar posesión efectiva de la cosa porque se enfrenta con la oposición de un tercero poseedor en concepto de dueño. Este supuesto no ha de confundirse con el del comprador que ha adquirido realmente la posesión y es efectivamente poseedor, libre de interdictos, aunque esté amenazado de reivindicación por un tercero.

(287) Sobre la acción reivindicatoria, el concepto de título a efectos procesales y otras cuestiones relacionadas con este tema tiene interés excepcional el estudio de NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid, 1953. 118 págs. También es de interés el estudio de LETE DEL RÍO, José Manuel: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975, págs. 17 a 66.

Es posible que se otorgue una escritura pública de compraventa por un vendedor propietario que no es poseedor, siendo esta circunstancia desconocida por el comprador—y por el Notario—, actuando el vendedor de mala fe, conociendo su falta de posesión (conociendo la existencia de un tercero poseedor en concepto de dueño), o incluso de buena fe, por desconocer su falta de posesión, aunque este desconocimiento sea negligente. Conforme al artículo 1.462, 2.º, C. c. existe una *apariencia de tradición instrumental*. Este supuesto lo presupone el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Pero aquí interesa, en primer lugar, considerar el supuesto en el Derecho civil «puro», extrarregistral.

Para analizar el caso hay que insistir en que tal escritura pública normal de venta por el propietario no poseedor implica dos *consecuencias*:

1.ª Por una parte, implica la cesión—transmisión—del derecho de propiedad sin posesión (acción reivindicatoria) por el solo contrato de compraventa: efecto traslativo por el solo título. El comprador puede, frente al tercero poseedor, reivindicar, como el tradicional cesionario de la acción reivindicatoria.

2.ª Por otra parte, implica la aparente pero no efectiva entrega o transmisión de la posesión, aparente, pero no efectiva tradición instrumental. El comprador puede, frente al vendedor, pedir la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar.

Con el fin de simplificar la exposición sin complicaciones perturbadoras, puede estudiarse el *supuesto* de venta de una finca rústica, no inmatriculada, mediante escritura pública, con precio pagado, desconociendo el comprador que la finca, al comprarla, está poseída en concepto de dueño por un tercero.

1. En tal caso—aunque es improcedente plantear un juicio posesorio, un interdicto de retener o de recobrar la posesión inmediata, que el comprador no obtuvo del vendedor—, el comprador puede plantear un juicio petitorio, declarativo, pero sumario y provisional, con sentencia sin autoridad de cosa juzgada material (288), el *juicio de desahucio por precario*, con el fin de aclarar la situación jurídica del poseedor (artículo 1.942 C. c.), ya que es dudoso si esta situación implica un supuesto de venta de cosa ajena o de propiedad discutida o de titularidad de un derecho que faculta a poseer o de usurpación, etc. Puede explicarse así el que sean frecuentes las sentencias desestimatorias de la demanda de desahucio por precario, cuando el demandado prueba que es poseedor en

(288) HERCE QUEMADA, *ob. cit.*, T. II, pág. 1.

concepto de dueño, al tiempo de la venta, oponiendo un «título» suficiente a efecto de tal juicio (289). La desestimación del desahucio ha de considerarse prueba suficiente del incumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar la cosa, es decir, de transmitir su posesión en concepto de dueño, legal y pacífica, de modo que el comprador ya puede demandar al vendedor con suficiente fundamento de hecho y de Derecho, conforme a las normas generales sobre incumplimiento de las obligaciones recíprocas y, concretamente, al amparo de los artículos 1.506 y 1.124 C. c., pidiendo, en su caso, la resolución del contrato (290).

Claro que el comprador también puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar mediante *otras pruebas* de la posesión del tercero en concepto de dueño.

2. Pero el comprador vencido en el juicio de desahucio, en vez de reclamar contra el vendedor, puede entablar *juicio declarativo ordinario ejercitando la acción reivindicatoria* contra el tercero poseedor, para lo que ya tiene algún conocimiento de la situación de hecho y aun de Derecho del poseedor (arts. 1.526, 1.464, 348 C. c.) (291).

Esto, sin perjuicio de que el comprador reivindique *sin* previo juicio de desahucio por precario.

Desde luego, no obsta a la admisibilidad de la demanda reivindicatoria la sentencia desestimatoria del desahucio intentado, teniendo en cuenta su carácter sumario y provisional, ni la alegación por el demandado de falta de *legitimatio ad causam* del demandante (292).

(289) Distinto es el caso del vendedor que entrega mediante *constituto* posesorio y continúa poseyendo como precarista frente al comprador: otra de las causas de desahucio por precario.

(290) En principio, nada obsta a que el vendedor intervenga en el juicio de desahucio junto al desahuciante, si éste le llama con tal fin, pero ningún precepto obliga al vendedor a notificar la demanda correspondiente a efectos de poder reclamar por dicho incumplimiento en el supuesto de ser vencido en el juicio de desahucio, dado los términos del artículo 1.475 del Código Civil.

(291) LETE DEL RÍO, José Manuel: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975, págs. 14 y ss. Define que, por la acción reivindicatoria, el propietario que no posee solicita el *reconocimiento* de su derecho y la *condena* al poseedor no propietario a la restitución de la cosa.

(292) Examinado anteriormente el tema de la legitimación *ad causam* respecto a la cesión de acción y considerando el análisis de NÚÑEZ LAGOS y LETE DEL RÍO respecto a la doctrina jurisprudencial sobre la acción reivindicatoria, parece claro que en la *práctica jurisprudencial española de la reivindicatoria la simple alegación por el demandado de la falta de posesión del vendedor nunca pudo impedir entrar a considerar el fondo de la litis*, es decir, si el reivindicante es propietario y el poseedor no lo es, una vez alegado por aquél un título dominical de compra (que, en definitiva, sería de compra cesión de la acción reivindicatoria), sólo porque el demandado era poseedor en concepto de dueño al tiempo de la compra: hasta tal extremo nunca llegó la doctrina romano-canónica de la legitimación *ad causam* en el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria. Lo que ha declarado el Tribunal Supremo es que si el vendedor no es poseedor en concepto de dueño por existir un tercero poseedor en tal concepto *es desestimable la demanda de*

Respecto al ejercicio de la acción reivindicatoria, aquí interesa insistir en la importancia de la *notificación* de la demanda al vendedor, a efectos de que, en el supuesto de evicción, el comprador no pierda su garantía (saneamiento) contra el vendedor (arts. 1.474 y 1.482 Código Civil) (293).

El vendedor podrá intervenir en el juicio como *llamado en garantía* (294), o no hacerlo así; pero, en todo caso, debe facilitar al comprador su titulación, en cumplimiento de su obligación de entregar.

En el juicio se debatirá sobre el derecho de propiedad del comprador, derivado del derecho de propiedad del vendedor al tiempo de la venta, pero *inmediatamente fundado en su compra cesión del derecho*, no en una compra seguida de tradición de la cosa (corporal) (295).

Si la posesión del poseedor fuera titulada, es decir, aparentemente fundada (poseedor con título de dueño), el demandante, en su caso, deberá pedir la declaración de *nulidad del título alegado por el poseedor*, o sea, del aparente fundamento del derecho aducido por el poseedor, quien, en principio, no necesita alegar y, por tanto, probar que es el verdadero propietario (296).

La *prueba*, en todo caso, versará no sobre el «mejor derecho» (297) a poseer el comprador, sino sobre la *titularidad del derecho de propiedad* que se discute, sin perjuicio de que, en definitiva, se resuelva el litigio a favor de la parte procesal con «mejor prueba» de su título, de su titularidad o pertenencia del derecho de propiedad, de su «condición de dueño»; es decir, respecto al comprador, de su mejor justificación de fundamento de su derecho, resultante de la prueba de su adquisición por venta-cesión (298), y en su caso, de la falta de prueba por el demandado de su adquisición por usucapión consumada después de la venta, por no

desahucio por precario del comprador contra dicho poseedor cuando éste discute, con suficiente fundamento, el derecho de propiedad del desahuciante, planteando una cuestión que ha de debatirse *en juicio declarativo ordinario*. Vid. n. 294.

(293) Sobre la posibilidad de notificar por el comprador demandante y no sólo por el demandado ya se consideró anteriormente el criterio de MANRESA; la *garantía del «otor»* tanto ha de referirse a la defensa (comprador demandado) como al ataque (comprador demandante).

(294) GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, pág. 168.

(295) La falta de pago del precio no obsta a la cesión y no puede ser eficaz su alegación en el juicio declarativo por el tercero poseedor.

(296) NÚÑEZ LAGOS: *Acción y excepción...*, págs. 90 y ss. LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 42 y ss.

(297) La *acción publiciana* no existe en el Derecho español vigente, a diferencia del Derecho español tradicional. V. ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, página 360.

(298) El concepto de *título*, a efectos del juicio reivindicatorio, es el mismo para el demandante que para el demandado: *fundamento del derecho alegado*. Además, la propiedad plena no puede pertenecer, simultáneamente, al demandante y al demandado.

haberse interrumpido oportunamente la usucapión en curso (arts. 1.943 a 1.948 C. c.). En el caso hipotético planteado, la sentencia, en principio, será estimatoria de la demanda, declarativa del derecho de propiedad del demandante, adquirido por compra-cesión del derecho, y condenatoria a la entrega de la posesión, por el poseedor al propietario, salvo que, acaso por negligencia de éste, se hubiera consumado la usucapión después de la compra.

La *sentencia* sólo puede decirse que tiene efecto retroactivo, a efectos de devolución de frutos percibidos por el poseedor, en el sentido de que es sentencia declaratoria de un derecho adquirido desde la venta-cesión. Ni la sentencia ni la toma de posesión de la cosa por el demandante tienen eficacia constitutiva de la adquisición del derecho.

Dicho comprador con sentencia estimatoria, no obstante, podrá reclamar *daños y perjuicios* contra el vendedor, por no haberle hecho efectiva entrega de la cosa, sino sólo cesión del derecho de propiedad, al menos cuando el vendedor conociera, al vender, su falta de posesión (arg. artículos 1.445, 1.462, 1.124 y 1.529 C. c.) (299).

Con esta orientación simplificadora, teniendo en cuenta cuestiones expuestas a lo largo de este estudio y otras más, se pueden plantear *otros casos* en los que se considere el alcance del conocimiento por el comprador de la falta de posesión del vendedor, con el posible pacto sobre limitación de la garantía del vendedor (quien, en principio, cumple cediendo su derecho de propiedad discutido), de la mala fe del vendedor, de la venta de cosa mueble, de la venta de mercaderías, representadas o no por título de tradición (300), etc. Pero no es posible extenderse en

(299) En el supuesto de que la sentencia fuera desestimatoria de la reivindicación, por haberse vendido *cosa ajena* en vez de cosa propia no poseída por su propietario, al juicio reivindicatorio, si fuera menester podrá seguir otro juicio entre comprador y vendedor sobre la *efectividad de la garantía o responsabilidad por evicción*, con su alcance regulado por la ley, a falta de pacto (arts. 1.475 y siguientes del Código Civil).

(300) En el *Derecho mercantil español*, entre las cosas mercantiles, se incluyen los «títulos valores», en los que «un derecho se incorpora a un documento» o título, en el sentido de que la posesión del título es condición *sine qua non* para el ejercicio y la transmisión del derecho (legitimación por la posesión) y la vigencia y extensión del derecho se rigen exclusivamente por lo que resulte del título (literalidad del derecho).

Pero si son *títulos de tradición*, su entrega produce los mismos efectos que la tradición o entrega real de la cosa (mercancía): tradición de mercancías en poder de capitanes de buques, porteadores y almacenistas, llevada a efecto por medio de la entrega de documentos referentes a la mercancía; el título funciona en el tráfico como si fuese la cosa a que se refiere. Es el último grado de evolución espiritualizada de la tradición, pero recuerda las formas puras de tradición simbólica (mediante entrega de llaves o *per cartam*). Permiten la disposición real sobre cosas almacenadas o en transporte, sin necesidad de cambiar su situación.

GARRIGUES (pág. 639) se refiere directamente al caso en que el vendedor se

cuestiones que no afectan a lo más esencial del tema de este estudio y que, al menos en parte, ya han sido consideradas.

Sin embargo, hay que considerar la *situación del comprador con título inscrito*, quien, además de ejercitar la acción reivindicatoria en juicio declarativo ordinario, puede actuar el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (301).

halla en posesión de la cosa (por mediación del almacenista o transportista), pero no plantea el supuesto de falta de posesión del vendedor.

Sólo dice (pág. 641) que si el derecho incorporado es un derecho de propiedad, en defecto de declaración categórica del Código Civil, cabe estimar que el título representa la mercadería y que, por tanto, la tradición del título equivale a la tradición de aquélla, sin considerar derogado el principio de transmisión por tradición. De todos modos, puede estimarse que *la solución aplicable en el Derecho civil* para la venta por el propietario no poseedor *será también aplicable al Derecho mercantil*, respecto a la posibilidad de reivindicar el comprador, sin perjuicio de las peculiaridades de la irrevindicabilidad de mercaderías y las derivadas de la relación contractual de venta-cesión entre transmitente y adquirente y de depósito o transporte respecto al mediador o servidor posesorio.

V. GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, 5.^a ed. revisada por ALBERTO BERCOVITZ, Madrid, 1858, págs. 603 y ss.

En el *Derecho mercantil alemán* vid. *supra* n. 25.

(301) Sobre este proceso, en general; ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 6.^a ed., T. I, páginas 434 y ss., especialmente pág. 475. HERCE QUEMADA, *ob. cit.*, págs. 1 a 4, 48 a 51, 77 ss. MORENO MOCHOLI: *El precario*, pág. 493, 617 ss.

Según HERCE QUEMADA, el *proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria* puede considerarse como un juicio declarativo, especial, sumario, por la limitación de los medios de ataque y defensa de las partes, por la restricción del conocimiento del Juez y, sobre todo, porque la sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada material, de modo que no impide plantear, posteriormente, la misma cuestión en juicio declarativo ordinario plenario. Es afín al denominado juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es juicio de ejecución, sino declarativo, pero especial y sumario. Ambos son variantes del proceso monitorio documental.

El *proceso monitorio documental* tiene por finalidad crear rápidamente un título puro de ejecución mediante la inversión de la iniciativa y la eventualidad del contradictorio, en que el actor tiene que justificar inicialmente los hechos constitutivos de su derecho por medio de documentos y la oposición del demandado no produce la terminación del proceso especial, sino la apertura de una fase contradictoria o de conocimiento sumario dentro del mismo proceso.

Ahora bien, en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria el titular registral disfruta de una posición procesal privilegiada, favorecido por la *presunción legitimadora del Registro* (art. 38 de la Ley Hipotecaria), que como tal presunción opera con el efecto característico de invertir la carga de la prueba, así que el titular registral favorecido no necesita probar el hecho constitutivo de su derecho, sino presentar la correspondiente certificación registral, correspondiendo al poseedor la alegación y prueba de los hechos de los que resulte que el derecho no existe; la oposición del poseedor no implica, pues, que el demandante pase a ser demandado.

El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria tiene *dos fases posibles*, que constituyen *un solo proceso*, una fase sumarísima, sin audiencia del demandado, y otra fase sumaria, en la que se entra por la eventual oposición, en plazo, del demandado (que no formula «*demandas*» de contradicción o reconvencción, sino que *excepcional*), se sigue por los trámites de los incidentes, y a menos que el Juez dicte *auto* de desestimiento del demandante ante la oposición del demandado, normalmente termina por *sentencia*, que puede estimar la oposición y denegar la ejecución

Precisamente la acción real derivada de derecho inscrito primordialmente considerada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria es la *acción reivindicatoria*, como remedio para que el dueño de una finca pueda obtener como tal la posesión de la misma (302).

«Cabe que el titular registral no haya poseído nunca, como ocurrirá, por ejemplo, cuando haya comprado una finca y el vendedor persista en continuar poseyéndola» (303), pero también cuando haya *comprado a un propietario no poseedor* (304).

«Es indiferente que el dominio figure inscrito por *inmatriculación* y que no lleve los dos años prescritos por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, siempre que hayan sido publicados los edictos necesarios para consolidar el asiento inmatriculador» (305).

«El procedimiento puede promoverse *contra un poseedor* «*ad usucapionem*», esto es, un poseedor en concepto de dueño por más de un año», aunque esto sea discutido por VALLET DE GOYTISOLO (306).

El poseedor puede oponerse, fundándose en «poseer el contradictor la finca (o disfrutar el derecho discutido) por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36» (art. 41 L. H.).

«El *poseedor sin título* es el sujeto contra el cual el procedimiento del artículo 41 ha sido establecido, por impedir injustificadamente la posesión de la finca al titular registral.»

pedida o bien desestimar la oposición y ordenar la ejecución pedida, mandando practicar cuantas diligencias sean necesarias para la efectividad del derecho inscrito, en la misma forma que respecto del auto de ejecución dictado por ausencia de oposición en forma: el resultado es el mismo que se lograría en trámite de ejecución de sentencia en juicio declarativo ordinario de reivindicación.

No obstante, la naturaleza de este proceso es muy discutida y ROCA SASTRE estima que se trata de un proceso no puro de ejecución (*ob. cit.*, págs. 454 y 455).

(302) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 460.

(303) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 474. Precisamente, cuando el titular registral quiera proceder contra un *precarista*, podrá escoger entre este proceso y el de desahucio por precario, aunque el del artículo 41 de la Ley Hipotecaria sea más rápido y sencillo, según COSSÍO, MORENO MOCHOLÍ y el mismo ROCA SASTRE (*loc. cit.*, página 457, núm. 3). En cambio, contra un *poseedor no precarista*, es decir, contra un poseedor en concepto de dueño, no puede prosperar el juicio de desahucio, pero sí el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (MORENO MOCHOLÍ, *loc. cit.*, página 626). Por otra parte, en juicio de desahucio no puede plantearse cuestión sobre la usucapión consumada, que ha de enjuiciarse en juicio plenario (MORENO MOCHOLÍ, *loc. cit.*, pág. 493).

(304) Caso al que no alude ROCA SASTRE.

(305) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 462.

(306) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, págs. 475 y 499-508. El titular registral, *antes de consumarse la usucapión* por el poseedor, puede utilizar el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, así como ejercitar en juicio ordinario la acción reivindicatoria.

«Dada la índole del procedimiento del artículo 41 la existencia del título no exige una prueba plena, sino la suficientemente demostrativa de que el contradictor no es un poseedor sin título, y, por lo mismo, el hecho de haberse extinguido el título preexistente requiere que—la extinción—sea fácilmente apreciable» (307).

«La posesión '*ad usucapionem*', o posesión en concepto de dueño por más de un año, no está fundada en un título real o existente y concreto o determinado, sino en un título presunto y abstracto, y como tal no idóneo para adquirir, pues en la usucapión ordinaria hay que probar el título, porque en ella el título no se presume nunca, según el artículo 1.954 del C. c., y en la usucapión extraordinaria no se requiere ni título. En cambio, en los dos casos de contradicción agrupados bajo el número 2.º del artículo 41 L. H., el contradictor ha de poseer fundado en un contrato o relación jurídica directa o en virtud de usucapión—consumada—, es decir, siempre debe tratarse de un contradictor con posesión legitimada por un título existente y concreto y que hay que probar», aunque la usucapión no es preciso que haya sido declarada por sentencia, cuyo testimonio sería título inscribible (308).

11. CONCLUSIONES

1. El contrato de compraventa del Derecho español vigente continúa siendo, fundamentalmente, el contrato de compraventa del Derecho común europeo tradicional, del que se apartaron, divergentemente, el Código Civil francés y el Código Civil alemán.

No es, simplemente, un contrato o un negocio obligacional, contrapuesto a un negocio dispositivo, de transmisión de cosa o de cesión de derecho, a diferencia del contrato del Derecho alemán, ni aun configurando en el Derecho español un negocio dispositivo causal, es decir, no abstraído causalmente del contrato de compraventa.

2. La acción reivindicatoria, que defiende la titularidad o pertenencia del derecho de propiedad es inseparable del derecho del que deriva

(307) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 489.

(308) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 506. «Cuando el titular registral sea un *tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria* y no haya conocido ni podido conocer la posesión correspondiente, el artículo 36, 1, de la misma Ley incluso le concede el tiempo de un año, a contar de la fecha de su adquisición, para dejar sin efecto la usucapión consumada antes de que empiece este año o la que se consume dentro del mismo año, la que podrá efectuar mediante promover este procedimiento del artículo 41 o ejercitar en juicio ordinario la acción reivindicatoria» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 475). En el caso de usucapión consumada se trata de un supuesto de *venta de cosa ajena*, del usucapiante.

y al que representa, por lo que se usan como sinónimas las expresiones acción reivindicatoria y derecho de propiedad sin posesión.

3. El propietario poseedor de cosa determinada que la vende, al transmitir su posesión transmite su derecho de propiedad, en lo que difiere el Derecho español vigente de los Derechos francés e italiano, que no requieren la transmisión de la posesión como *condicio iuris* de la transmisión de la propiedad, y del Derecho español tradicional que, además, requería (salvo pacto) el pago del precio como *condicio iuris* de la transmisión de la propiedad.

4. El propietario no poseedor de cosa determinada que la vende, al vender transmite su derecho de propiedad de la cosa, aunque no su posesión. Por el solo contrato de compraventa, al perfeccionarse el contrato, que no requiere forma especial, conozca o desconozca el comprador la falta de posesión del vendedor, éste transmite—cede—«lo que le queda» de su derecho, su acción reivindicatoria, su derecho de propiedad sin posesión. El momento de la adquisición de la propiedad no se refiere ni al momento del cumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio (aparte la posibilidad de aplazamiento de su pago), ni menos aún al momento de la obtención de la posesión de la cosa que poseía el tercero, pues la transmisión de la posesión sólo se requiere, a efectos traslativos del derecho de propiedad, cuando el vendedor posee la cosa. No se requiere notificar la venta al tercero poseedor.

5. La escritura pública de compraventa-cesión del derecho de propiedad es inscribible en el Registro de la Propiedad.

6. El que compra a un vendedor propietario no poseedor, actuando como propietario por título de compra, puede reivindicar contra el tercero poseedor, y, en principio, siendo el vendedor propietario no poseedor, su acción será estimada. El tercero poseedor sólo puede intentar probar su título de adquisición del derecho de propiedad por usucapión, en su caso, si el comprador es negligente.

El mismo comprador con título de compra inscrito en el Registro de la Propiedad también puede actuar el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra el tercero poseedor usucapiente, quien no podrá oponerse eficazmente alegando usucapión consumada que deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36 de dicha ley.

7. El mismo comprador puede reclamar contra el vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar, es decir, de transmitir la posesión de la cosa, salvo pacto en el que se considere el conocimiento por

el comprador de no ser poseedor el vendedor. Para probar tal incumplimiento, por falta de posesión del vendedor, se puede interponer juicio de desahucio contra el tercero poseedor, del que resultará probado judicialmente, en su caso, que el tercero posee en concepto de dueño.

8. Según el Derecho común europeo tradicional, cuando el vendedor propietario no es poseedor, porque hay un tercero usucapiente, por el solo contrato de compraventa transmite al comprador su acción reivindicatoria o, lo que es igual, su derecho de propiedad. Esta solución continúa vigente en el Derecho español. Esta solución, asimismo, continúa vigente en el Derecho francés y, prácticamente, también en el Derecho alemán mobiliario, pese a que estos ordenamientos jurídicos abandonaron el sistema de transmisión del título y el modo.

Valencia, febrero de 1980.

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad



Matrimonial Property Regimes in Private Comparative International Law^(*)

LOS REGIMENES MATRIMONIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO

Señoras, señores, amigos:

Debo empezar con unas escuetas palabras de gratitud para la Law Society y la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino, que en estos momentos me conceden el honor inmerecido de ocupar esta tribuna, que han prestigiado tantos ilustres juristas cuya ciencia nunca podrá ser alcanzada por la mía. De antemano solicito su comprensión, indulgencia y perdón, tanto por mis humanos fallos técnicos como por mi deficiente expresión en lengua inglesa, y espero, al menos, que mi exposición sea sencilla y clara.

1. OBJETO Y LÍMITES DE ESTE TEMA

La creciente internacionalización de la vida moderna, debida en gran parte a la importancia del progreso de los medios de comunicación y de transporte, hace más frecuentes las relaciones entre personas de diferente nacionalidad. Y esta movilidad, característica del mundo actual, implica con mucha frecuencia que ciudadanos de un Estado tomen contacto con ciudadanos de otro Estado para la celebración de matrimonios, contratos,

(*) Traducción de la conferencia pronunciada el 17 de octubre de 1979 en la Faculty Reading Room, Parliament House, de Edimburgo, organizada por The Scottish Lawyers' European Group, en su Annual General Meeting, bajo los auspicios de la Law Society of Scotland y la Faculty of Advocates.

relaciones comerciales, adquisición y transmisión de bienes sitos en territorio extranjero.

Y precisamente en esta movilidad y en la frecuencia de tales contactos entre sistemas jurídicos de diferentes Estados está la razón de ser del Derecho Internacional Privado, porque si los sujetos de derecho interno sólo viviesen sus relaciones sociales en el territorio de un solo Estado, no habría ningún motivo para buscar una legislación que resolviese los conflictos de leyes en el espacio.

Consecuentemente, el primer rasgo típico del Derecho Internacional Privado consiste en el estudio de los conflictos de leyes. Pero no acaba aquí, sino que necesariamente se extiende a los conflictos de jurisdicciones y a los conflictos de autoridades. Los primeros consisten en la atribución a la jurisdicción de un Estado determinado de la competencia para conocer una cuestión concreta, y comprende la cuestión conexa del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras; los segundos, más difíciles de definir, se refieren al reparto de competencias entre autoridades y profesionales de diferentes Estados (Notarios, Solicitors, Cónsules), así como la eficacia internacional de los documentos en que ellos intervienen.

A continuación expongo de forma sintética los principios fundamentales que rigen esta materia desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado comparado, con referencias al Derecho convencional.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El concepto «Matrimonial Property Regimes» se refiere a los efectos del matrimonio sobre los bienes de los esposos, y la búsqueda de una ley aplicable a tales relaciones jurídicas es muy delicada, ya desde antiguo, porque los derechos nacionales internos presentan una diversidad muy grande. En el plano de las reglas materiales, son muy variados los sistemas matrimoniales; algunos países admiten la mutabilidad, mientras otros la rechazan. Las reglas de conflicto son también dispares, tanto en presencia de un contrato matrimonial (régimen convencional) como cuando no existe elección por los esposos (régimen legal).

Ni el Derecho romano ni el Derecho germánico prevén soluciones para los conflictos de leyes, siendo en la Edad Média cuando propiamente nace el Derecho Internacional Privado, con la importancia considerable de la llamada Teoría de los Estatutos, que suele presentarse en cuatro escuelas: italiana, francesa, española y holandesa.

Son precisamente las relaciones patrimoniales entre cónyuges las que dan ocasión, en Francia, a un debate sobre la Teoría de los Estatutos, produciendo los enfrentamientos doctrinales que dieron origen a la *famossissi-*

ma quaestio, haciéndose célebre DUMOULIN, en el asunto de los esposos Ganey. La teoría tiene un eco considerable en la jurisprudencia francesa. Y más tarde la recoge SAVIGNY en Alemania, utilizando el domicilio conyugal, el del marido, como *connecting factor*.

En los países de «Common Law», la influencia de DICEY fue tal, que su doctrina es aún hoy la regla de conflicto de leyes en materia de regímenes matrimoniales. Tal sistema se basa en una distinción entre los bienes muebles e inmuebles. Excepto ciertas excepciones, como la sumisión de los inmuebles pertenecientes a los esposos a la *proper law* del contrato de matrimonio, los inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación. Los muebles se someten a la ley designada por las partes, de modo implícito o explícito, si hay contrato matrimonial, y en su defecto rige la ley del domicilio conyugal, no teniendo trascendencia ni el lugar de celebración del matrimonio ni el domicilio de la mujer antes del mismo.

Hay que destacar, por último, la influencia del italiano MANCINI, que incluye el régimen matrimonial en los dominios del estatuto personal bajo la competencia de la ley nacional, y no teniéndola común los esposos, inclinándose por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL «MATRIMONIAL PROPERTY REGIME»

El problema más delicado que plantea la búsqueda de la ley aplicable a los «Matrimonial Property Regimes» es, sin duda, el de la unidad o pluralidad de tales regímenes, lo que puede expresarse con esta interrogante: ¿Debe una ley única regir el conjunto de cuestiones que ofrecen las relaciones patrimoniales entre esposos y frente a terceros o, por el contrario, es preferible escindir el régimen en tantas partes como sean los bienes que lo componen, preconizando como *connecting factor* la autonomía de la voluntad, la forma, el régimen legal o los bienes muebles e inmuebles?

Los países continentales, de Derecho escrito, se inclinan por la primera tesis generalmente. Todas las relaciones patrimoniales forman una categoría única, y salvo raras excepciones se rigen por una ley sola. Mientras que en los países de «Common Law» se diversifica la solución para los muebles (ley del domicilio del propietario) y los inmuebles (*lex rei sitae*). La doctrina suele decir que la primera solución es más racional; la segunda, más simple y pragmática.

El segundo problema, también grave, a tener en cuenta es el de la existencia o no existencia de contrato matrimonial, ya que tal puede condicionar que sea diferente el *connecting factor*. El alcance de la auto-

nomía de la voluntad conduce a esta interrogante: ¿Debe someterse el contrato matrimonial a la ley aplicable a las obligaciones convencionales o, por el contrario, depende su validez de la ley que rige las relaciones patrimoniales entre esposos? En esta segunda perspectiva, se suelen desglosar las cuestiones referentes a la sustancia o fondo y a los efectos del contrato, incluidos en el dominio de la ley aplicable, y a los problemas de capacidad y forma, regidos, respectivamente, por el estatuto personal y por la ley aplicable a la forma de los contratos.

Al tiempo de elegir el *connecting factor*, las divergencias legislativas y doctrinales son importantes: nos encontramos con la nacionalidad, el domicilio o la residencia, el lugar de la situación de los bienes y la autonomía de la voluntad.

○ Entre los países que aplican la ley nacional del marido podemos citar Bélgica, España, Portugal, Italia, Grecia, Holanda, Alemania (República Federal), Finlandia, Polonia, Rumania, Suecia, Japón, Guatemala... La elección de esta conexión presenta el doble inconveniente de atribuir la preponderancia a la nacionalidad de uno de los sujetos y de fijar el factor de nacionalidad a un tiempo determinado. El conflicto móvil puede recibir diferentes soluciones: el momento determinante puede ser la celebración del matrimonio, la celebración de un contrato, el nacimiento de un litigio o una sentencia judicial. La preferencia suele referirse al momento de celebración del matrimonio, con lo que se descarta el riesgo de un cambio fraudulento de nacionalidad con vistas a eludir las disposiciones prohibitivas de una determinada ley nacional que permita un trato de favor hacia el marido.

○ Algunos países, en razón de la particular concepción del estatuto personal, utilizan el domicilio del marido en lugar de su nacionalidad, y no siempre en cuanto a los inmuebles. Tal sucede en Estados Unidos, Argentina, Brasil, Dinamarca, Noruega, Paraguay y Perú.

Otros países prefieren el domicilio conyugal. En Francia, esta conexión se basa en la voluntad implícita de las partes. En Suiza tiene carácter imperativo, salvo si se trata de inmuebles pertenecientes a ciudadanos suizos. Esta solución tiene la ventaja de evitar preferencias entre uno u otro cónyuge y de inclinarse por una ley única, común a ambos esposos; pero tiene, por otra parte, sus inconvenientes, ya que el domicilio conyugal puede ser ficticio, lo que puede suponer que llegue a ser aplicable una ley que no tiene lazos reales con los esposos. Por esta razón se prefiere a veces el lugar de celebración del matrimonio, por presumir que es el domicilio conyugal inicial.

○ La aplicación de la ley de situación sólo se refiere a los inmuebles, ya que ningún país dice lo mismo para los muebles, que suelen sujetarse

a la ley domiciliar. Este factor provoca, como es lógico, la escisión del régimen matrimonial. Encontramos aplicada la *lex rei sitae* en los países de «Common Law», Argentina, Austria y Estados Unidos. En definitiva, este *connecting factor* niega cualquier incidencia del matrimonio sobre el régimen de bienes que están sujetos al estatuto real, siguiendo la tesis de que cada Estado tiene el privilegio de determinar los títulos de la propiedad inmobiliaria.

La solución parece excesiva, porque el Estado es lógico que influya sobre los derechos reales de naturaleza inmobiliaria, pero es excesivo que se inmiscuya en los efectos del matrimonio sobre tales derechos. Además, la aplicación de la ley de situación tiene otro grave inconveniente, ya que conduce fatalmente a aplicar tantas leyes matrimoniales como sean los Estados en que los esposos tienen situados sus bienes.

○ También se ha defendido por la doctrina y la jurisprudencia francesas, la sumisión a la ley determinada por la autonomía de la voluntad de los esposos. Pero tal voluntad no es clara, sino desconocida, cuando no eligen un régimen matrimonial determinado ni, por consiguiente, se inclinan por un régimen legal en defecto de contrato. Presumir en tales casos la aplicabilidad de una ley determinada llevaría a situaciones injustas. Supongamos, a título de ejemplo, que los bienes del marido estén situados en un país que sigue como régimen legal la comunidad, mientras que el país de la situación de bienes de la esposa se decide por el régimen legal de separación.

El último gran problema que plantea la ley aplicable es el de sus posibles excepciones.

El orden público (*public policy*) puede desempeñar un papel importante en el tema de las relaciones patrimoniales entre esposos, por lo que debe procurarse una estricta limitación de su uso, ya que una interpretación extensiva arriesgaría la finalidad esencial e incluso la razón de ser del Derecho Internacional Privado. Por ello es conveniente denunciar con energía su utilización por los sistemas judiciales de algunos Estados, como remedio fácil que permite una arbitraria extensión de la ley del foro (*lex fori*), ya que tales actitudes encubren un desconocimiento del Derecho extranjero, que es uno de los fines primordiales del Derecho Internacional Privado.

Entre las cuestiones que interesan al orden público, susceptibles de una solución positiva o negativa según el tribunal competente, cabría citar: la exigencia de una forma determinada para los contratos matrimoniales, la inmutabilidad del régimen, la prohibición de donaciones entre esposos, el carácter imperativo de ciertos derechos y deberes, especial-

mente en lo que se refiere al llamado régimen primario: deber de alimentos, facultades de administración y disposición...

La técnica del reenvío reducida a su expresión más simple supone interrogarse sobre si el *connecting factor*, referido a un ordenamiento jurídico extranjero, debe comprenderse *stricto sensu*, como ordenamiento jurídico que contiene exclusivamente normas de Derecho material o, por el contrario, se comprenden en el mismo las normas de Derecho Internacional Privado, que son de aplicación preferente. Con la primera alternativa no existe remisión a otra ley; con la segunda cabe que haya que aplicar la primera ley o la de un tercer Estado. Así ha surgido la teoría de la remisión (*renvoi*, según la terminología francesa) de primero o segundo grado, *Rückverweisung*, *Weiterverweisung*, según que se declare aplicable la ley material del foro o la de un tercer Estado que acepte esta competencia.

Desde el punto de vista legislativo caben a este problema tres soluciones:

- Aceptar la remisión en primero y segundo grado: Bélgica, Polonia, Portugal, Suiza, Checoslovaquia. E incluso, como sucede en los países del «Common Law», se acepta la doble remisión: *Foreign Court Theory*, que significa que el Juez debe decidir y sentenciar como lo haría la jurisdicción extranjera competente.

- Una segunda actitud consiste en prohibir radicalmente la remisión a una ley extranjera aplicando sistemáticamente el Derecho sustancial designado por el *connecting factor*. Esta es la solución de Italia, Dinamarca, Grecia, Suecia, Brasil, Egipto y, en cierto modo, Canadá y Estados Unidos.

- Una solución intermedia consiste en admitir sólo la remisión de primer grado a la *lex fori*. Así, por ejemplo: Alemania Federal, España, Japón.

- Francia mantiene una solución muy particular, ya que admitiendo, como admite, la remisión en Derecho Internacional Privado, la jurisprudencia rechaza esta posibilidad en materia de «Matrimonial Property Regimes», posiblemente debido a la naturaleza contractual del sistema francés, que hace difícil pensar que los esposos tuvieron la voluntad de aplicar no un Derecho material extranjero, sino una regla de conflicto que ellos ignoraban.

4. AMBITO DE LA LEY APLICABLE

La ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre esposos tiene un campo de aplicación particularmente amplio, ya que normalmente determina: el régimen, convencional o legal, de los bienes de los esposos, e incluso cuestiones tan variadas como la capacidad, la forma, la posibilidad o necesidad de la dote o instituciones análogas e incluso la mutabilidad del régimen matrimonial. Si bien en algunos países la capacidad se somete al estatuto personal, y la forma al formal (*locus regit actum*). También alcanza el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, y a los contratos, compraventas, donaciones, entre ellos.

Si cuanto antecede puede afirmarse constante el matrimonio, no cabe duda que disuelto el matrimonio es también interesante conocer el ámbito de la ley aplicable, en los casos de disolución, cuando el matrimonio declarado nulo se contrajo de buena fe por ambos esposos o, al menos, por uno de ellos. La mejor solución consiste en aplicar al llamado matrimonio putativo las mismas reglas que al matrimonio válido.

5. CAMBIO DEL «MATRIMONIAL PROPERTY REGIME»

Hasta ahora la búsqueda del *connecting factor* del «Matrimonial Property Regime» se ha hecho teniendo en cuenta tan sólo la relatividad espacial de los ordenamientos jurídicos, pero debe notarse que tal solución opera de modo estático, desatendiendo el factor tiempo.

La modificación del régimen puede provenir de una modificación del Derecho material aplicable, en cuyo caso son de aplicación los principios generales de los conflictos transitorios. Por otra parte, la materia de los «Matrimonial Property Regimes» utilizando un factor susceptible de desplazamiento en el tiempo y en el espacio, no escapa al conflicto móvil, y entonces cabe preguntarse: cuando cambian la nacionalidad o el domicilio, tomados como *connecting factors*, ¿hay que tomar en cuenta el factor antes o después del cambio?

El conflicto móvil puede incidir sobre los «Matrimonial Property Regimes» si el factor tiempo sólo se refiere a la nacionalidad nuevamente adquirida o al domicilio de residencia actuales, que no son los mismos que los iniciales al tiempo de la celebración del matrimonio. Y, por otra parte, cabe que sea la voluntad de los esposos el factor determinante del cambio, es decir, cuando quieren modificar su anterior régimen, planteándose entonces el problema de saber qué ley debe determinar su mutabilidad o inmutabilidad.

En algún tiempo esta cuestión presentaba poco interés, porque la mayoría de países consideraban casi dogmático el principio de inmutabilidad. Pero no sucede hoy igual, ya que el principio tiene numerosas, cada día más, excepciones. La cuestión de la mutabilidad pertenece incontestablemente al ámbito de la ley aplicable al «Matrimonial Property Regime». La mayoría de países entienden hoy que dicha ley determina tanto la admisibilidad, como las condiciones de la mutabilidad.

6. PUBLICIDAD DEL «MATRIMONIAL PROPERTY REGIME»

El cambio de régimen matrimonial plantea el delicado problema de la protección de los terceros, exigiendo cierta publicidad que concilie la autonomía de la voluntad con el respeto a los derechos adquiridos.

Quiero destacar aquí que precisamente para permitir a los terceros un fácil conocimiento del régimen matrimonial legal aplicable a los esposos casados sin contrato, la primera comisión del Séptimo Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino propuso en 1963 la obligación de elegir una ley determinada cuando la situación en presencia presentaba algún elemento de extraneidad.

Cuando los esposos contratan con terceras personas importa a éstas conocer a qué «Matrimonial Property Regime» están sujetos. Y ésta es la razón por la que algunos derechos nacionales imponen una especial publicidad para la constitución o cambio de tal régimen.

Así, los Derechos belga, francés y neerlandés obligan a los esposos a presentar al Oficial del estado civil un certificado del Notario autorizante del contrato matrimonial, documento que es objeto de una anotación al margen de la inscripción de matrimonio.

En España, los contratos matrimoniales y sus modificaciones deben constar necesariamente en escritura pública autorizada por Notario, salvo cierta excepción sin importancia. Y en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención de tales contratos y modificaciones, y si afectan a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad.

En otros países, como Alemania, Suiza y los escandinavos, también tienen acceso al registro de «Matrimonial Property Regimes» cuando tales contratos existen.

Ello no obstante, no todas estas disposiciones son aplicables a las relaciones internacionales. Puede decirse, en general, que la protección a terceras personas está muy limitada en estos aspectos. Así, por ejemplo, la solución de los Derechos francés, belga y neerlandés sólo se aplica a los matrimonios celebrados en los países respectivos. Lo que quiere decir que

la protección no será verdaderamente eficaz más que en el caso de que un esposo quiera prevalecerse de su contrato matrimonial frente a un tercero en el país considerado.

7. CONFLICTOS DE AUTORIDADES Y DE JURISDICCIONES

No es posible detallar en el marco de esta conferencia el campo, particularmente amplio, de los conflictos de autoridades y de jurisdicciones. Pero considero útil dejar, al menos, un planteamiento de esta problemática.

En efecto, cuando se exige la forma auténtica para los contratos matrimoniales puede preguntarse si es competente para actuar el Notario, el Cónsul o el Oficial del estado civil; pero tal es un simple problema de competencia de atribución entre autoridades y profesionales de un mismo Estado, y será la ley interna la decisoria en tales casos. Si se trata de conflictos de competencia territorial internacional deben resolverse en función de la ley del foro, pudiendo presentarse algunos conflictos positivos si varias autoridades aceptan su competencia, o negativos si ninguna es competente. Esta posible falta de armonía es inevitable mientras no proliferen o se ratifiquen tratados bilaterales y multilaterales.

Las soluciones nacionales a los problemas que plantea la eficacia de las sentencias extranjeras varían sensiblemente. Un principio, al menos, les es común: la eficacia se limita a las fronteras del Estado al que pertenece la autoridad que ha dictado sentencia, debido a que los ordenamientos jurídicos son cerrados y sus soluciones relativas.

En materia de «Matrimonial Property Regimes» no se plantea ninguna dificultad especial y, por tanto, hay que referirse a las reglas generales sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras. Todos los Estados lo someten a ciertas condiciones, más o menos severas, mediante un control judicial que suele denominarse *exequatur*.

Dicho control puede comportar seis tipos de condiciones, a saber: la competencia internacional del Juez extranjero, la regularidad de la notificación de citación según la ley del país de origen, la existencia de un plazo razonable para comparecer en juicio, el carácter definitivo de la sentencia extranjera y su fuerza de cosa juzgada, el respeto al orden público y la autenticidad en la expedición o comunicación de la sentencia.

8. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La trascendencia de los conflictos que pueden plantearse, que deriva de un Derecho material comparado radicalmente diverso, ha llevado a los

diferentes Estados a tratados o convenciones de muy diversa índole y con ámbito bilateral o multilateral.

Una diferencia importante separa unos de otros. Normalmente, los tratados bilaterales (a veces esta denominación podría extenderse a más de dos firmantes) son elaborados entre Estados que tratan de resolver situaciones que les son propias y específicas. Por el contrario, los tratados multilaterales suelen ser negociados en el seno de organizaciones o reuniones internacionales que agrupan un gran número de Estados cuyos sistemas jurídicos son divergentes, y sus soluciones son fruto de concesiones mutuas de mucha más envergadura que las soluciones bilaterales. Por otra parte, aunque el tratado multilateral no encuentre un éxito inmediato, constituye frecuentemente un modelo de referencia que servirá, por ejemplo, para modificar leyes internas o para elaborar tratados bilaterales. Es por esto conveniente y aprovechable una referencia a tales tratados.

Ciféndonos a países del área europea, de los participantes en el «Livre bleu», tan sólo dos, Austria (con Polonia e Irán) y Francia (con Polonia y Yugoslavia), tienen tratados bilaterales específicos en materia de «Matrimonial Regimes». Ellos mismos y todos los demás han suscrito numerosas convenciones de carácter consular o relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Porque considero escapan un poco a nuestro interés, me limito sólo a mencionar los tratados latinoamericanos y los nórdicos. El llamado «Código Bustamante» de 1928 consagró la ley nacional, mientras que los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 se inclinaron por la ley domiciliar. Este mismo criterio siguió la Convención Nórdica de 1931 para Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia e Islandia. No tuvo éxito el Tratado de Benelux de 1951, ya que sólo fue ratificado por Luxemburgo, pero no por Bélgica ni por Holanda.

Cito la Convención de La Haya de 17 de julio de 1905, porque la que seguidamente comentaré con más extensión de 1978, en su artículo 20 dice que no deroga las Convenciones anteriores; aunque su alcance sea incierto y muy restringido, ya que habiendo entrado en vigor en 1912, fue denunciada por Francia, Bélgica, Suecia, Polonia y Holanda, no quedando en este momento más países ratificantes que Alemania, Italia, Portugal y Rumania. Por esta razón no me parece interesante profundizar en su estudio.

La Convención de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los «Matrimonial Property Regimes» entrará en vigor en el momento en que se deposite el tercer instrumento de ratificación o adhesión. Hasta el momento presente sólo ha sido firmada, que no ratificada, por Austria, Francia y Portugal.

Después de 1904, la Conferencia de La Haya sufrió una notable

expansión al admitir en su seno una serie de Estados representativos de la mayoría de sistemas jurídicos mundiales. Para llegar a una solución común era preciso intentar un compromiso entre sistemas jurídicos tan profundamente diferentes: a los defensores de la ley nacional se oponían los de la ley del domicilio; la unidad del régimen matrimonial era impugnada por los partidarios de una escisión entre muebles e inmuebles; la permanencia de algún *connecting factor* se oponía a la mutabilidad total de la ley admitida, por ejemplo, en los Estados Unidos.

Un compromiso realizado sobre la base de divergencias tan acusadas no podía abocar sino a un resultado demasiado complicado. Pero esta complejidad, como señaló BATIFFOL, no basta para descalificar la empresa, y si un lector precipitado advierte una impresión de complejidad desmesurada, una lectura más atenta le mostrará una estructura ordenada.

Tal vez el rasgo que mejor defina la naturaleza jurídica del Convenio sea su carácter universalista, ya que su artículo 2 se declara aplicable, con independencia de cuál sea la nacionalidad o la residencia habitual de los esposos o la ley que resulte designada por las normas de conflicto convencionales. Quiere esto decir que los Estados que lleguen a ser partes en el Convenio sustituirán, por ese mismo hecho, sus iniciales y diferentes sistemas de Derecho Internacional Privado en el tema, por un sistema pactado y común. De donde se derivan dos grandes consecuencias, aparte otras ventajas teóricas y prácticas: de una parte, en el orden interno de cada uno de estos Estados, un tratamiento similar de todas las situaciones con elementos extranjeros que se susciten ante sus tribunales; de otra, en razón directa del grado de aceptación que logre el Convenio, se avanzará en la realización del principio de la armonía internacional de las soluciones, puesto que, en principio, éstas serán las mismas siempre, hecha abstracción del foro ante el que los problemas se planteen.

Las transformaciones socioeconómicas, de distinto alcance, habidas en los últimos tiempos se han traducido en una serie de principios inspiradores del Convenio, que lo hace profundamente diferente del elaborado en 1905, en la misma Conferencia de La Haya. Entre los mismos destaca, como idea-fuerza, el amplio reconocimiento de la función que corresponde a la autonomía de la voluntad de los esposos en la organización de su «Matrimonial Property Regime», lo que significa que el Convenio, en línea de una serie de ordenamientos, entre los que se encuentra el Derecho español, se basa en la primacía del régimen pactado sobre el régimen legal, por lo que sólo subsidiariamente, cuando los esposos no hagan uso de la facultad conformadora que se reconoce a su voluntad, entrarán en juego los criterios fijados para la determinación objetiva de la ley aplicable.

La relativa facilidad con que este principio se impuso desde los primeros trabajos de la Comisión Especial, incluso respecto de ordenamientos

que lo desconocen en sus sistemas jurídicos nacionales, es la mejor muestra de que su consagración se siente como una necesidad en el actual momento histórico. Así destacó VON OVERBECK: la importancia de esta nueva orientación es tan grande, que todos los Estados representados en la Conferencia la han aceptado sin oposición.

De acuerdo con la anunciada primacía del régimen pactado sobre el legal, el artículo 3 del Convenio dispone que el régimen matrimonial se encuentra sometido a la ley interna designada por los esposos antes del matrimonio.

En distinto plano, el Convenio incorpora una limitación sustantiva al juego de la autonomía de la voluntad en el tema. La limitación procede de la opción realizada por un sistema unitario, es decir, por el deseo de que se aplique una única ley al conjunto de los bienes de los esposos, con independencia de su situación. Tal principio sólo resulta atenuado en el Convenio por la posibilidad reconocida a los esposos de someter los inmuebles al régimen previsto en la *lex rei sitae* (arts. 3 y 6). Lo que supone, en definitiva, que aunque se mantiene en toda su pureza la unidad del régimen determinado por imperativo legal, los cónyuges van a disponer, en el marco de la autonomía de la voluntad que se les reconoce, del derecho a optar respecto de sus bienes inmuebles, presentes o futuros, por la aplicación de uno de los sistemas contemplados por la ley del lugar de su situación.

Reducida a estos términos, que elimina riesgos de escisión automática y supuestos de fraude, la aplicabilidad parcial de la *lex rei sitae* se encuentra ampliamente justificada, por motivos que se refieren a la protección del tráfico jurídico del lugar de situación de los bienes inmuebles. Por otra parte, de este modo se tiene en cuenta el punto de vista de los países anglosajones, haciendo posible que éstos consideren las ventajas de una eventual ratificación del Convenio.

Precisamente atendiendo al papel que desempeña la autonomía de la voluntad como criterio de localización, su manifestación en la materia puede ser dual. Así, podrá manifestarse tanto a través de contratos matrimoniales, permitidos por uno de los ordenamientos entre los que pueden optar los esposos, como mediante simples acuerdos de elección de la ley aplicable, siempre que la designación pueda establecerse de manera inducida (art. 11).

Ahora bien, cualquiera que sea la vía utilizada, la manifestación de la voluntad de los esposos va a encontrarse sometida a una o varias leyes, que serán las que establezcan las condiciones relativas, por un lado, al consentimiento de las partes y, por otro, a los requisitos formales del acto jurídico en cuestión. En el primer plano, el artículo 10 consagra la solu-

ción, que comienza a dibujarse como tradicional en la materia, con arreglo a la cual es la misma ley declarada aplicable la que determina la validez y eficacia de la *electio legis*.

En cuanto a los requisitos formales, tanto los contratos matrimoniales como los contratos de designación de la ley aplicable serán válidos si se respetan las condiciones establecidas, bien por la ley interna designada, bien por la ley interna del lugar de conclusión del contrato (arts. 12 y 13). En ambos casos se dice que basta un escrito fechado y firmado por los esposos. Y si es bien evidente la debilidad que ofrecen como garantía jurídica tales exigencias formales, su juicio crítico debe verse atemperado por dos órdenes de consideraciones: de una parte, la subsidiariedad en la aplicación va a traducirse en la práctica a una escasísima invocación, porque, como demuestra cualquier examen de Derecho comparado, el contrato de bienes con ocasión del matrimonio figura entre los que se encuentran rodeados de mayores garantías formales; de otra, el desarrollo de la protección de los terceros en la normativa convencional reduce los riesgos de una invocación fraudulenta frente a los mismos de contratos de matrimonio puramente privados.

La amplia acogida que reserva el Convenio al principio de la autonomía de la voluntad se proyecta igualmente en la regulación del tema de la mutabilidad o inmutabilidad del régimen pactado. Ahora bien, al incidir sobre una realidad conformada también por la voluntad de los esposos, la autonomía de la voluntad va a traducirse en dos consecuencias hasta cierto punto contradictorias. Así es en virtud de que se reconoce a los esposos un papel decisivo en la regulación de su régimen de bienes en el matrimonio, por lo que se les autoriza a modificar, a lo largo del matrimonio, el régimen jurídico anteriormente aplicable.

En este sentido, con la misma técnica que el artículo 3 sigue respecto de los acuerdos de voluntad anteriores o coetáneos al matrimonio, el artículo 6 del Convenio establece cuáles son las opciones entre las que los cónyuges pueden elegir.

La segunda consecuencia que se deriva del respeto a la autonomía de la voluntad es la de la inmutabilidad del régimen pactado, en tanto no se produzca una nueva manifestación de la misma, en los términos previstos en el artículo 6. Reflejo de tal concepción, el artículo 7 dispone, en su primer párrafo, que la ley competente en virtud de las disposiciones del Convenio continúa siendo aplicable mientras los esposos no hayan designado ninguna otra, incluso si cambian de nacionalidad o de residencia habitual.

El juicio que merezcan las soluciones alcanzadas para el régimen legal subsidiario, no debería nunca de prescindir de su encuadre en un proceso más general que marca el continuo retroceso de la conexión nacio-

nalidad, frente al criterio de la residencia habitual. Posiblemente, la sociología jurídica pueda explicarnos mejor que ninguna rama del Derecho el porqué de esta evolución, y desde tal óptica, tal vez quepa apuntar cómo el hombre de la segunda mitad del siglo xx ve cada vez con mayor escepticismo el contenido jurídico de que MANCINI quiso dotar a la noción de nacionalidad. Frente a la misma, el principio tradicional del domicilio, desprovisto de formalismo en la idea de residencia habitual gana terreno, incluso respecto de situaciones que, por su vocación a la permanencia, constituyen para muchos juristas continentales auténticas piedras de toque de la virtualidad de la nacionalidad como *connecting factor*.

Resulta evidente que la Conferencia, en la búsqueda de un compromiso aceptable para todos los Estados miembros, ha ido muy lejos, renunciando a la consagración de un punto de conexión único para todos los esposos. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 4, la ley aplicable va a depender de los criterios mantenidos *in casu*, tanto por la ley nacional como por la ley de la residencia habitual. No obstante, un logro, y no menor, se habrá alcanzado el día en que el Convenio entre en vigor: en cada supuesto concreto, para unos esposos determinados, todos los Estados partes adoptarán una misma solución.

En otro orden de cuestiones, la solución del conflicto móvil se dibujó, como era lógico y desde un principio, como el otro elemento sobre el que había de construirse el deseado equilibrio de intereses entre los Estados miembros de la Conferencia.

El artículo 7 del Convenio prevé dos hipótesis de cambio automático del régimen legal aplicable: de acuerdo con la primera, la ley de la residencia habitual común se aplicará, con independencia del tiempo transcurrido, siempre que coincida con la ley nacional, bien porque haya habido cambio en la nacionalidad de los esposos, bien porque éstos retornen a su país de origen; conforme a la segunda, la ley de una residencia habitual que ha durado más de diez años sustituirá automáticamente a la ley que se aplicaba con anterioridad, al margen de la voluntad de los esposos, quienes, no obstante, amparándose en el artículo 6, pueden en todo momento oponerse a semejante aplicación, mediante un acuerdo de designación de ley o un contrato de capitulaciones matrimoniales.

En un orden paralelo de preocupaciones, la aceptación del principio de la mutabilidad automática había de acompañarse necesariamente de una delimitación que fijara de modo estricto sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, el artículo 8 del Convenio circunscribe el ámbito de aplicación de la nueva ley a las relaciones y efectos que surjan a partir del cambio previsto, manteniendo los bienes que pertenecieran con anterioridad al matrimonio sometidos al régimen aplicable en el momento de su adquisición. La solución, que puede presentar dificultades en su aplica-

ción práctica, se flexibiliza por el reconocimiento a los esposos de la posibilidad de extender también a los bienes anteriores el régimen previsto por la nueva ley aplicable, bien entendido que el ejercicio de dicha facultad no afectará nunca a los posibles derechos de los terceros que pudieran de buena fe prevalerse del régimen económico matrimonial anterior.

En términos más generales, el artículo 9 autoriza al Estado parte a hacer una declaración en que especifique las condiciones de publicidad o registro previstas para que un régimen matrimonial sea oponible a terceros, respecto de las situaciones en que algunas de las partes tengan residencia habitual sobre su territorio; requisitos que serán exigibles, a menos que la relación jurídica considerada haya nacido cuando el tercero conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen matrimonial.

Ahora bien, pese a su generalidad, la limitación que este precepto incorpora, al exigir la residencia habitual de una de las partes sobre el territorio del Estado, aunque se justifica por razones obvias de efectividad, puede resultar inadecuada tratándose de inmuebles. Para cubrir tal laguna, la delegación española presentó una propuesta, que fue adoptada, por la que tratándose de relaciones jurídicas concernientes a bienes inmuebles sitos en su territorio, el Estado podrá exigir, previa declaración en el momento de obligarse por el Convenio, en cualquier caso, los requisitos que estime necesarios para garantizar la seguridad del tráfico jurídico y evitar sorpresas a terceros contratantes de buena fe.

Este rápido recorrido que acabamos de hacer sobre las principales soluciones incorporadas al Convenio, principalmente de las que considero ideas básicas, deja fuera del ámbito de este estudio otros problemas también importantes, que el tiempo y su atención no me permiten desarrollar.

Quiero insistir una vez más en que el Convenio es el fruto de un generoso esfuerzo por parte de todas las delegaciones; esfuerzo tanto más admirable cuanto que busca la armonía de las soluciones, incluso más allá del círculo de los futuros Estados parte en el mismo. Pero al buscar un punto de equilibrio entre concepciones profundamente diferentes, el texto adoptado en cuanto al régimen legal supletorio resulta de una complejidad difícilmente superable y, desde luego, en gran medida inaplicable por quienes *viven* el Derecho.

El mismo VON OVERBECK reconocía que la combinación de los principios de la residencia habitual y de la nacionalidad es una solución de compromiso que seguramente no puede satisfacer plenamente a quienes defienden uno u otro principio; por tanto, corresponderá a los Estados la decisión de aceptar tales inconvenientes como precio por la consagración de la autonomía de la voluntad, de la seguridad jurídica y de armonía de decisiones, que la Convención permite obtener con generosidad.

En todo caso, las dificultades con que tropieza la codificación internacional muy bien podrían ser la resultante del temor subconsciente a reconocer la existencia todavía de sectores reacios a la unificación conflictual. Y ésta es precisamente la última reflexión que me permito hacer aquí y ahora. En un mundo en que los hombres, los bienes y los capitales circulan con facilidad cada vez mayor, es absolutamente indispensable aportar, que aportemos todos los juristas de ese mundo, un riguroso criterio de estabilidad para las relaciones jurídicas.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA
Notario de Sagunto

NOTAS

Las participaciones sociales y el Registro Mercantil

SUMARIO: *Introducción.*—I. *El Registro Mercantil como Registro de bienes y las participaciones sociales.*—Normas legales: a) La identificación de las participaciones sociales. b) La inscripción en la hoja de la Sociedad. c) El título para la inscripción.—II. *La transmisión de las participaciones sociales; sus requisitos:* a) Capacidad y titularidad dispositiva. b) Requisitos formales.—III. *El embargo y la prenda de las participaciones sociales.*

Con ocasión de las recientes oposiciones entre Notarios, un estimado compañero y magnífico opositor me encargó la redacción de unas cuartillas para completar un tema de oposición relativo al «Registro Mercantil como Registro de bienes». Con agrado, aunque un poco a vuelo de pluma, dada la urgencia del caso, redacté unas notas, sobre las que después he meditado más reposadamente, dado lo interesante del tema, que ya en el ejercicio profesional me había suscitado grandes dudas, especialmente cuando en el Registro se presentaban mandamientos ordenando el embargo de participaciones sociales, lo cual me ha movido a redactar estas líneas, por si con ello contribuyo a aclarar una cuestión que, a nuestro juicio, no aparece demasiado clara en la parca regulación que de esta materia contiene nuestra legislación.

El que el Registro Mercantil sea un Registro de bienes no plantea duda alguna cuando se trata de buques o aeronaves. Los principios hipotecarios se desenvuelven con absoluta normalidad aplicados a este tipo de bienes, por su perfecta identificación, porque funciona sobre el folio abierto al respectivo bien en el que constan sus vicisitudes y porque el tracto es perfectamente aplicable a los mismos. Mas en orden a las participaciones sociales, la cuestión adquiere una complejidad indudable, como vamos a tener ocasión de comprobar, por cuanto las participaciones

sociales, en términos del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, son «iguales, acumulables e indivisibles y no podrán incorporarse a títulos negociables...», con lo que la posibilidad de identificación de las mismas, al ser «iguales y no incorporarse a títulos», desaparece. Y porque la posibilidad de apertura de folio registral a cada una de ellas en el que consten sus vicisitudes tampoco es posible, pues significaría abrir tantos folios separados como participaciones sociales tuviese cada sociedad, lo cual es absurdo máxime cuando todos los folios tendrían una descripción idéntica.

A este fin vamos a estudiar para mayor claridad las siguientes cuestiones:

1.^a Si el Registro Mercantil funciona como Registro de bienes en orden a las participaciones sociales, o lo que es lo mismo, si las participaciones sociales se inscriben como tales bienes en el Registro Mercantil.

En orden a esta cuestión, el artículo 1.º del Reglamento Mercantil no nos da demasiada luz sobre la materia, por cuanto en su párrafo 1.º nos dice que: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes». Evidentemente, el precepto no contempla tal posibilidad de inscripción. Lo inscribible son las sociedades y los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes, y las participaciones sociales no son acto ni contrato, aunque con un criterio lato podría sostenerse que lo inscribible sería el acto de aportación a la sociedad o el contrato de transmisión de las participaciones sociales; pero con esta interpretación resultaría que el Registro no estaría funcionando como Registro de bienes, descansando sobre los principios hipotecarios, sino recogiendo los actos o contratos modificativos del contrato de sociedad, según recoge el artículo 86, 8.º, del Reglamento Mercantil, al decir que: «En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente: 8.º, todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos...».

Sin embargo, el artículo 4.º del mismo Reglamento, con una redacción, a nuestro juicio, no demasiado acertada, nos dice que: «Para inscribir en el Registro los títulos de transferencia de los derechos de socio... será necesaria la previa inscripción a favor del transferente, pudiendo constar en un solo asiento las diferentes transmisiones realizadas», con lo que claramente recoge el principio de tracto sucesivo, en sus dos modalidades, aplicado a la inscripción de los «títulos de transferencia de los derechos de socio». Tampoco el precepto es demasiado claro, por cuanto la expresión «los derechos de socio» es bastante equívoca, ya que tan derechos de

socio son los derivados de una acción de Sociedad Anónima como los derivados de una participación de Sociedad Limitada, y evidentemente los primeros no tienen acceso al Registro Mercantil, pues, como dispone el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, la transmisión de acciones nominativas será anotada por la sociedad en el libro correspondiente, con lo que claramente las excluye del Registro Mercantil, anotación que no plantea cuestión respecto a las al portador por la falta de posible identificación de su titular debida a su propia naturaleza. Por otro lado, al hablar de «derechos de socio» puede plantear el problema de si cada uno de los diversos derechos que confiere la participación es susceptible de transmisión e inscripción separada.

No obstante, aun interpretado en el sentido de que se refiere a las participaciones sociales de Sociedades de responsabilidad limitada o de colectivas y comanditarias, sigue en pie el problema de si tales actos de transferencia acceden al Registro por cuanto son actos que modifican, al cambiar la persona de los socios, el contenido de los documentos inscritos, conforme al artículo 86, 8.º, del Reglamento antes examinado, pero sin que ello suponga en sí el que las participaciones sociales hayan de inscribirse como tales bienes.

Tampoco el modelo reglamentario VI aporta nada nuevo a la cuestión, pues en la fórmula de inscripción para nada se refiere a las participaciones sociales y se limita simplemente a expresar: «En su virtud inscribo la Sociedad...», lo cual, por otra parte, parece lógico, ya que el libro correspondiente es relativo a las Sociedades y como tales personas jurídicas se inscriben.

El artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada también expresa que: «La transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil». El precepto impone la inscripción de la transmisión de participaciones sociales, concordando con lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento antes examinado al exigir que se cumpla el requisito del tracto en las transmisiones, y el apartado VI de la exposición de motivos de la Ley de Responsabilidad Limitada ya nos dice que: «La necesidad de inscribir toda transmisión en un Registro Mercantil excusaba la creación de un libro social destinado a la anotación de las partes sociales y sus transferencias». Aquí, el legislador ha sido más explícito, y aunque con cierta incorrección de los términos registrales, al hablar de anotación genéricamente, defecto en que ya incidía, como vimos, el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, distingue claramente entre la anotación de las partes sociales y sus transferencias como cosas distintas. La anotación de la parte social es imprescindible y necesaria para posteriormente anotar sus transferencias.

El artículo 123 del Reglamento del Registro, en su último párrafo, al desenvolver el artículo 21 de la ley en orden a la transmisión de participaciones sociales *mortis causa*, nos dice que «se podrán inscribir las adjudicaciones de las participaciones sociales *a favor de los mismos...*». Por primera vez, un texto legal nos habla no de la inscripción de la cesión o transmisión como acto modificativo de un título o documento inscrito, sino de la inscripción a favor de un titular, el heredero, de tales participaciones, lo cual hace preciso que la participación aparezca como tal inscrita igualmente con carácter previo a favor de su causante o transferente.

De lo expuesto resulta, no obstante la no excesiva claridad de los textos comentados, que las participaciones sociales deben inscribirse a favor de los respectivos socios, al tiempo que se inscribe la Sociedad, para que con posterioridad puedan inscribirse las sucesivas transferencias, como exige la ley, por lo que sería conveniente que en el acta de inscripción se expresase, además de que se inscribe la sociedad, que también se inscriben las participaciones sociales a favor de los socios en lo términos que resultan de las adjudicaciones realizadas a favor de los mismos, pues para poder cumplir con el tracto sucesivo tal como prescribe el artículo 4.º del Reglamento, es preciso que la participación conste inscrita a favor del transmitente, para poder inscribir la transmisión a favor del adquirente, pues de otro modo se daría el contrasentido de que, sin inscribir la participación al tiempo de la constitución, sería inscribible la transmisión, contra lo dispuesto en el artículo 4.º. Esta parece ser la voluntad del legislador, como se deduce de la exposición de motivos y de los artículos 4.º y 123 del Reglamento examinados, y también resulta corroborado por el artículo 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al disponer que «La constitución de prenda de participaciones sociales deberá constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil». Resulta evidente que la constitución de un derecho real como la prenda que ha de inscribirse en el Registro precisa como requisito previo, indispensable y necesario, el que el bien sobre el que se constituye aparezca inscrito en el Registro, y si tenemos en cuenta que las participaciones sociales no pueden incorporarse a títulos negociables, según dispone el artículo 1.º de la ley, con lo que la prenda no puede constituirse con la entrega del título al acreedor pignoraticio, tal como sucede con la acción de la Sociedad Anónima, y regula el artículo 42 de su respectiva ley, por lo que es preciso, para que tal derecho pueda constituirse, que se haga mediante la correspondiente inscripción registral afectando el bien, la participación social, a tal derecho, lo que implica, repetimos, que el mismo se halle previamente inscrito a favor del respectivo deudor. Es algo simi-

lar a lo que sucede con la prenda sin desplazamiento, aunque por causas diferentes. En la prenda sin desplazamiento, la garantía se produce registralmente y sin transmitir la posesión al acreedor, porque el bien, perfectamente identificable, según las disposiciones que regulan la materia, es conveniente que continúe en posesión del deudor. En la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque el bien no puede transmitirse al acreedor, al no poder incorporarse a un título negociable susceptible de tal puesta en posesión. En ambos casos, tal puesta en posesión se sustituye por la inscripción registral del gravamen.

Admitido, pues, que el Registro Mercantil debe funcionar como un Registro de Bienes en orden a las participaciones sociales, esto nos lleva a diversas cuestiones o dificultades en orden a la aplicación de los principios hipotecarios a tal materia.

a) *La identificación de las participaciones sociales.*—Como ya apuntábamos más arriba, la identificación de las participaciones sociales resulta francamente difícil dentro de los términos de la ley. Las participaciones sociales son por definición «iguales», y no se pueden incorporar a títulos negociables. De ahí que para que el Registro pueda funcionar como tal en orden a ellas sea preciso acudir a un sistema de identificación, pues la pertenencia a un determinado titular no resulta suficiente. Baste para ello recordar que algunas pueden estar gravadas con prenda o afectadas de embargo, y al transmitirse no podrían distinguirse las gravadas de las libres, con los consiguientes problemas llegado el caso de ejecución. Por consiguiente, la identificación es no sólo conveniente, sino necesaria, en orden a una mayor claridad de los asientos registrales y de los derechos de los socios y acreedores de éstos. Es práctica, en tal sentido, utilizada por bastantes compañeros Notarios, que con gran perspicacia jurídica prevén tal necesidad, la de numerar, aunque sea a efectos puramente intelectuales y para facilitar la identificación en las transmisiones, las participaciones sociales adjudicadas a cada socio, con lo que con esta simple expresión en la escritura se obviaría esta dificultad, y es lamentable que la ley no haya previsto esta circunstancia como obligatoria. Solución que debería generalizarse, por cuanto resolvería múltiples problemas, tal como hemos apuntado al referirnos a las prendas y embargos y que más adelante tendremos ocasión de desarrollar.

b) *La inscripción de la participación en la hoja de la Sociedad.*—El principio de especialidad en nuestro sistema hipotecario exige que el Registro se lleve por folios abiertos a cada finca. Esto es perfectamente posible en el Registro Mercantil cuando se trata de buques o aeronaves, pues en estos casos la identificación es posible y obligatoria; pero

en las participaciones sociales, aun admitido el que sea posible su identificación tal como hemos reseñado en el apartado anterior, resulta de todo punto imposible la apertura de folio independiente a cada participación para hacer constar en él las vicisitudes de su vida jurídica, por razones fácilmente comprensibles, pues una sola Sociedad de un millón de pesetas de capital, dividido en mil participaciones, implicaría la apertura de mil folios separados. Evidentemente, esto es absurdo. Por consiguiente, la inscripción de las participaciones no se hará en folios independientes, sino en el folio de la Sociedad, aunque ello implique la anomalía, admisible únicamente por razones prácticas, de que en un mismo folio existan los actos relativos a la Sociedad y los relativos a los socios en cuanto se refieran a sus participaciones sociales.

De todos modos, la anomalía no está exenta de fundamento. Como vimos al examinar el artículo 86, 8.º, del Reglamento, las modificaciones de los actos o documentos inscritos han de inscribirse a su vez en la hoja abierta a la Sociedad, por lo que cualquier cambio en la titularidad de las participaciones afecta, modificándolo, al contrato de constitución, y debería hacerse en la hoja de la Sociedad, y resultaría absurdo tener que reflejar tales modificaciones en cada uno de los folios separados correspondientes a las participaciones y, al mismo tiempo, en la hoja de la Sociedad, con la consiguiente duplicidad de actuaciones.

Por otra parte, desde el punto de vista de la mecánica registral, el supuesto no es tampoco totalmente nuevo en nuestro régimen hipotecario, pues en la propiedad horizontal, la Ley Hipotecaria, en su artículo 8.º, ya regula la posibilidad de que en el propio folio de la finca en que conste el régimen de propiedad horizontal consten inscritos los pisos a favor de cada titular, además del edificio en su conjunto, y a los efectos de constitución de hipoteca igualmente lo recoge el artículo 218 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo primero y letra a).

Por consiguiente, la acumulación de las diversas vidas jurídicas de las participaciones sociales y de la Sociedad en una misma hoja podrá complicar y hacer farragosa la actuación registral; pero es un supuesto claramente admitido en nuestra legislación y que los Registradores hemos obviado en la práctica con esas hojas complementarias para facilitar el trabajo, que se encuentran en el tomo correspondiente para posibilitar la labor.

c) *El título para la inscripción.*—En este punto, la cuestión aparece bastante clara. En el acto de la constitución es la propia escritura de constitución la que servirá de título para inscribir las adjudicaciones de las participaciones a favor de los socios. En los supuestos de transmisión intervivos o *mortis causa*, la escritura de venta, donación o

partición, aunque este punto relativo a la transmisión lo estudiaremos con más detenimiento posteriormente.

El único problema verdaderamente importante puede plantearse en los supuestos de ampliación de capital. La ley, en su artículo 17, nos dice que el acuerdo ha de tomarse con las mayorías prevenidas en el mismo. El acuerdo recogerá la cifra de ampliación, y habrá de hacerse constar, según exige el último párrafo de dicho artículo, en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil.

El acuerdo de ampliar es un acto de la Sociedad y, como tal, debe ser ejecutado por el órgano que ostenta la representación de la Sociedad, es decir, por los Administradores. Mas, sin embargo, la aportación correspondiente a las nuevas participaciones creadas, así como la adjudicación de las mismas a los socios, ya sean los primitivos o los nuevos que accedan a la Sociedad, ha de reflejarse igualmente en la escritura, planteando el problema de si los socios adjudicatarios de las mismas han de comparecer al otorgamiento de la escritura.

A nuestro modesto criterio, la comparecencia de los mismos es necesaria y obligada. La afirmación, en principio, puede parecer descabellada, quizá por la costumbre de la diversa actuación en las Sociedades Anónimas. Sin embargo, entendemos que es la única solución aceptable. En las Sociedades Anónimas, el acuerdo de ampliación es igualmente un acto de la Sociedad que implica aportaciones y adjudicaciones en pago de las mismas, del mismo modo que en la Sociedad Limitada; mas, sin embargo, el Registro Mercantil sólo recoge el acto de la Sociedad: la ampliación. Las acciones, como tales, no se inscriben en el Registro, y ningún reflejo han de tener en él. Si son nominativas, como prescribe la ley en su artículo 35, se inscribirán en un libro especial, en el que se anotarán las sucesivas transferencias. Este libro obra en poder de la Sociedad, y la acción vive a espaldas del Registro. Al Registro sólo llega el acto social, es decir, la ampliación con la creación del número de acciones que represente, y haciendo constar si se han desembolsado total o parcialmente. Lo demás no importa, salvo comprobar si se ha respetado el derecho de suscripción preferente, lo cual resultaría acreditado por la propia certificación del acuerdo de la Junta que sirva de base a la escritura de aumento de capital; pero los títulos creados, si son nominativos, se harán constar en el libro especial de la Sociedad, y si son al portador, simplemente se entregarán a los respectivos adjudicatarios. Es lógico, pues, que la escritura sea otorgada exclusivamente por el representante social, pues el único acto inscribible es el que otorga la Sociedad.

No sucede lo mismo en la Sociedad Limitada. Se ha de inscribir el acuerdo social que motiva la correspondiente modificación estatuta-

ría, mas, a su vez, han de inscribirse las participaciones sociales a favor de los respectivos adjudicatarios, y, por consiguiente, las circunstancias personales de éstos, su estado civil, nombre de la esposa y su capacidad han de apreciarse para la inscripción, puesto que han de servir de base a las transmisiones futuras, que igualmente han de constar en el Registro, por aplicación del artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil.

La Sociedad Anónima es una Sociedad típicamente capitalista. Los socios en sí carecen de importancia, salvo en cuanto se refiere a su aportación. Ni aun en la propia fundación, si es sucesiva, se exige la comparecencia de los mismos. Y, por supuesto, menos aún si se trata de una escritura de ampliación de capital. Pero aun tratándose de la Sociedad Anónima, en la que tan tipificada aparece su condición de Sociedad capitalista, no puede prescindirse de la intervención y comparecencia de los socios en la escritura cuando la aportación es de algún bien susceptible de inscripción. Así, si se aporta un inmueble, no sólo será precisa la comparecencia del socio aportante, sino también la de la esposa, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil, pues una cosa será el acuerdo de ampliar y otra la ampliación propiamente dicha, que requiere la aportación y consiguiente transmisión a la Sociedad, que precisa a su vez capacidad, identificación, fe de conocimiento, etc., y que no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad si tales requisitos no se acreditan.

Esto mismo sucede con las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Las participaciones han de inscribirse, como vimos anteriormente, pues de otro modo resultaría de imposible cumplimiento lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento, que exige la previa inscripción a favor del transferente, y esta inscripción será hecha con la escritura de constitución a favor de los socios fundadores mediante la adjudicación realizada en contraprestación a la aportación y con comparecencia de todos ellos, y en las escrituras de ampliación, también por el mismo procedimiento y con iguales requisitos, ya que nacen nuevas participaciones sociales.

La identificación, capacidad, circunstancias personales, como estado, nombre de la esposa, vecindad y nacionalidad de los nuevos socios, han de constar en el Registro, tal como sucede en la escritura de constitución, y ello sería imposible si la comparecencia en la escritura no se realiza, y no por tratarse de Sociedad más personalista que la Sociedad Anónima, pues los socios pueden configurarla igualmente como capitalista, dado que, según resulta de la propia exposición de motivos de la ley, el legislador no ha querido adscribirla a uno u otro tipo de Sociedad, habiendo dejado en libertad a los socios de configurarla como ten-

gan por conveniente, sino por la necesidad de inscribir las participaciones sociales a favor de los respectivos titulares de las mismas.

Frente a esta postura se argumentaría que en nuestra propia legislación hipotecaria existen supuestos en que se realiza la inscripción a favor de adjudicatarios, sin que conste su comparecencia en la correspondiente escritura, como sucede en la inscripción de adjudicaciones hereditarias en las particiones realizadas por el testador o bien por Comisario designado por el mismo, en las que no es precisa la comparecencia de los herederos. Y por analogía, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.708 del Código Civil, en las adjudicaciones de bienes sociales como consecuencia de la liquidación de Sociedades realizada por los liquidadores, pues aun cuando en este supuesto la cuestión no sea tan clara, ya que puede interpretarse en el sentido de que las normas de la división de la herencia que son aplicables a las sociedades, son las relativas a la forma de hacer los lotes y distribuir los bienes, pero no los requisitos formales del documento particional, que son excepcionales, establecidos en los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil y en el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, y que serían de muy difícil aplicación analógica al supuesto de Sociedades. Mas aun admitido así, no hemos de olvidar que la norma, en los supuestos que acabamos de contemplar, resulta lógica. Nos encontramos ante unos casos de reflejo de una voluntad unilateral que vincula a todos los herederos o socios. La partición o liquidación y subsiguiente adjudicación la realiza el contador o testador, o el liquidador, que no precisa consentimiento alguno de los respectivos adjudicatarios. La exigencia de intervención de éstos en el otorgamiento transformaría estos actos en contractuales, en vez de unilaterales, y la falta de consentimiento de cualquiera de los interesados impediría la inscripción, lo cual sería absurdo, dado que la voluntad de los adjudicatarios ningún valor tiene en tales supuestos.

Nada de esto sucede en las ampliaciones de capital que estamos estudiando. El socio viene obligado a aceptar el acuerdo de ampliación de capital decidido por la Sociedad, si se tomó con las mayorías legales, y cuya ejecución realiza el órgano de administración; mas la subsiguiente aportación o desembolso de las participaciones creadas dependen exclusivamente de su voluntad individual. Tiene derecho preferente para asumir tales participaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley; pero es igualmente libre de no hacerlo, en cuyo caso éstas serán asumidas por los restantes socios o por personas extrañas. Se trata de actos de voluntad distintos: uno, de la Sociedad; otro, de los socios. Y para este último, su intervención es necesaria.

Ninguna analogía mantiene este supuesto con los supuestos de adjudicación antes examinados. Sin embargo, la analogía es patente, en

cambio, con el acto de constitución social. Se crean unas nuevas participaciones sociales, se aportan bienes en pago de aquéllas y se realiza la correspondiente adjudicación a los socios, que han de inscribirse a favor de los mismos, entrando nuevos socios o aumentando el número de participaciones de los primitivos, lo mismo que sucede en el acto constitucional, y si para éste era preciso la comparecencia de todos los socios, del mismo modo deberá serlo en el caso de ampliación, por su indudable analogía. De no hacerlo así, la inmatriculación de las participaciones sociales a favor de los socios quedaría falta de base, al no poderse apreciar los requisitos personales de los mismos, impidiendo las posteriores transmisiones conforme al artículo 4.º del Reglamento.

II. LA TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. SUS REQUISITOS

Entramos en un punto que, aun cuando en principio parece claro, habida cuenta de la regulación legal de la materia, no deja de plantear diversos problemas, algunos de enorme trascendencia práctica.

a) *Capacidad y titularidad dispositiva*

No vamos a entrar en el estudio de las diversas situaciones planteadas por los casos de menores, incapacitados, suspensos, etc., que tienen su adecuada regulación en nuestras leyes mediante los correspondientes órganos legales de representación, por lo que limitaremos nuestro estudio al supuesto de mujer casada, socio, sujeta al régimen legal de gananciales, o, lo que es lo mismo, a ventilar si las transmisiones de tales participaciones han de ser realizadas por ella por sí sola, por el marido o por ella con el consentimiento del marido.

La cuestión, en el momento socio-político actual, no deja de tener importancia. El legislador trata de ampliar la esfera de actuación de la mujer casada, según claramente resulta de la Ley de 2 de mayo de 1975. La Dirección General, fiel a esta postura del legislador, admite su posibilidad de adquirir en diversas resoluciones, quizá de no muy convincente doctrina jurídica, pero ajustada a lo que exige el momento, y dado que a nadie se le exige ser héroe jurídico en el ejercicio de la función, tampoco a la Dirección, y poco menos que de héroe se trataría si, habida cuenta del movimiento feminista, se hubiese resuelto en el sentido contrario. Todos estábamos convencidos de que la postura a adoptar sería la que efectivamente se adoptó, lo cual no impide que en cada momento el funcionario sienta algo de aprensión cuando despacha un

documento de tales características, pues ante la afirmación de la propia exposición de motivos de la ley en el sentido de que no quiere alterar el régimen económico matrimonial, y habida cuenta de lo establecido en los artículos 1.412 y 1.416 del Código Civil, la verdad es que el Registrador no se siente cómodo al calificar tal tipo de documentos. De ahí la proliferación de recursos en esa materia, que no dudamos seguirán en cada ocasión en que el documento tenga un matiz algo diferente de lo específicamente resuelto en recursos anteriores, y ello porque, en el fondo, los juristas no estamos demasiado convencidos de la bondad de la doctrina creada, no porque no sea justa en el fondo, sino porque no se adecua demasiado a la normativa legal, y deseáramos que fuese el legislador quien, de una vez, abordase directamente la cuestión, por lo que, mientras ese momento deseado llega, estiman preferible acudir al recurso para que la Dirección decida, y ello aunque, como dice nuestro compañero TIRSO CARRETERO, en su magnífico comentario a la Resolución de 27 de septiembre de 1978, en el número 535 de la *Revista Crítica*, se esté expuesto «a la admonición de la Dirección por supuesta pertinacia en suscitar recursos sobre lo mismo»; pero, como él mismo afirma, la doctrina sentada descansa en el principio de solidaridad en la administración de la Sociedad de gananciales, que no es el regulado en nuestro Derecho. Por ello claramente manifiesta su disconformidad con tal doctrina, que no es lo mismo que su disconformidad con que llegue a regularse así.

Naturalmente, no vamos a entrar a discutir este problema, que ya está resuelto por la doctrina de la Dirección General, pues sería inútil; pero sí vamos a ver su repercusión en la esfera mercantil, especialmente por cuanto la cualidad de socio es personal, y la Sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica.

La Resolución de 4 de noviembre de 1969, reconociendo la capacidad de la mujer casada para aportar dinero presuntivamente ganancial, afirma «que el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial». Es claro, pues, que la condición de socio es eminentemente personal, independientemente de que las acciones o participaciones pasen a integrar el patrimonio ganancial. De ahí que existiendo sólo marido, mujer y un tercero, reconocieran validez a la Sociedad Anónima creada por considerar socios a ambos cónyuges, aunque sólo existieran dos patrimonios. Mas la condición personal de socio lleva consigo el ejercicio de determinados derechos—asistencia a Juntas, voto, suscribir ampliaciones, etcétera—ejercitables personalmente, que suponen verdaderos actos de administración de bienes gananciales.

La cuestión parece carecer de trascendencia, por cuanto que la mujer administra bienes gananciales es evidente en la práctica, y lo reconocen las resoluciones que en tal materia ha dictado la Dirección General. Pero esa administración realizada por la mujer es una administración de hecho, tolerada por el marido, pues los términos del artículo 1.412 son suficientemente claros, y, como decíamos anteriormente y afirmaba la exposición de motivos, la Ley de 2 de mayo de 1975 no ha pretendido alterar el régimen legal de los bienes matrimoniales. La mujer administra por consentimiento tácito o expreso del esposo; pero éste, en cualquier momento, como administrador legal, puede dejar sin efecto esta autorización. Le bastará para ello dejar de entregar el dinero a la esposa, o administrar por sí mismo los bienes de que se trate. Pero en materia de acciones o participaciones sociales, la cuestión se complica, pues, contra lo que sucede en los anteriores casos, la administración no puede ser revocada, basándose en la presuntiva ganancialidad de las acciones o participaciones sociales y en la condición de administrador del marido, porque, como hemos visto, el carácter de socio es exclusivamente personal, y no se puede impedir la actuación de la esposa como tal en la esfera societaria. Ello supondría la creación de un régimen distinto de administración para los distintos bienes del patrimonio conyugal, lo cual no parece, francamente, aceptable.

Por tal razón, parece más peligroso en el régimen legal actual admitir la aportación a Sociedades por mujer casada que adquirir bienes inmuebles, pues mientras éstos pasarán a ser administrados por el marido, aquéllas habrán de ser administradas por la mujer de modo irrevocable, creando una dualidad en el régimen de administración.

Pero veamos lo que sucede en orden a la disposición cuando se trata de participaciones sociales.

Reconocido que la condición de socio es personal, resulta bastante claro que las participaciones sociales habrán de inscribirse a favor del cónyuge que ostente el carácter de socio, pues la expresión del nombre del otro lo es por cuanto puede afectar a los derechos presentes o futuros de la Sociedad conyugal, pero no parece aplicable la norma establecida en el número primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, porque ello implicaría el considerar a ambos esposos como socios y, habida cuenta de que la ley exige en el artículo 17 mayorías personales, además de las de capital, supondría una ventaja en la formación de aquéllas para los socios casados, incompatible con el régimen de igualdad que han de tener las participaciones sociales. Es así que las participaciones sociales adquiridas por la mujer han de inscribirse a nombre de ésta, exclusivamente, aunque se haga constar el nombre del marido.

La enajenación de las mismas, para cumplir con el tracto formal del artículo 4.º del Reglamento, deberían ser otorgadas por la mujer.

Obsérvese que el Reglamento Hipotecario ha resuelto esta cuestión formal del tracto al exigir que los bienes se inscriban a favor de ambos, por lo que al realizarse la posterior transmisión, y conforme al párrafo primero del artículo 96, el marido, a quien corresponde la facultad de disponer, de acuerdo con el artículo 1.413 del Código Civil, aparecerá inscrito como titular, aunque la adquisición haya sido realizada por la mujer. Mas en este caso, como vimos, la adquisición y su inscripción no puede hacerse a favor de ambos, dada la condición personal del carácter de socio, y tampoco sería de aplicación lo dispuesto para los bienes adquiridos conforme a la regla segunda del artículo 95, pues el marido no asevera que el precio es de la exclusiva propiedad de la esposa; luego la enajenación de las participaciones sociales, al estar comprendida dentro del párrafo primero del 95, debería regirse por lo establecido en el párrafo primero del 96, o sea, que habrá de hacerse exclusivamente por el marido, a quien compete la facultad dispositiva sobre los gananciales, y sin consentimiento uxorio, habida cuenta del carácter mueble de las participaciones sociales, con lo que se producirá a su vez un incumplimiento del tracto formal, por lo que entendemos que la disposición debería realizarse por la mujer que apareciera como titular, con el consentimiento del esposo, para dejar a salvo la facultad de disposición que compete al marido sobre los gananciales.

La enajenación realizada por la mujer exclusivamente no nos parece aceptable, por cuanto, mientras otra cosa no se disponga—ya que las resoluciones de la Dirección General sólo han contemplado supuestos de adquisiciones realizadas por mujer casada—, los actos de disposición competen exclusivamente al marido, y no puede prescindirse de su actuación. Quizá se llegue a soluciones distintas en una futura reforma del Código Civil, pero en el régimen actual entendemos que no puede admitirse otra solución.

b) *Requisitos formales*

Aquí hemos de distinguir dos tipos de requisitos, según que los adquirentes sean o no socios. Para los primeros basta que se otorgue la transmisión en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, mientras que para los segundos se precisará, además, la observancia del derecho de tanteo que compete a los demás socios y a la Sociedad, conforme a la regulación establecida en el artículo 20 de la ley o en los estatutos sociales.

Respecto al requisito de la escritura pública, no plantea problema alguno, salvo el que hemos examinado en el apartado a) precedente. No así el relativo a la inscripción, que, aun cuando en principio parecía igualmente claro en orden a la necesidad para la validez de la transmisión, la Resolución de 3 de febrero de 1979 ha venido a sembrar la duda, sentando una doctrina, a nuestro modesto criterio, discutible.

La citada resolución sienta la doctrina de que la inscripción sólo es precisa, de conformidad con el artículo 4.º del Reglamento, para poder inscribir la transmisión a favor del adquirente, pero que no es necesaria para la validez de la adquisición ni para el ejercicio de los derechos de socio, para lo que simplemente basta la notificación a la Sociedad que previene el artículo 22 de la ley, porque la inscripción no tiene carácter constitutivo, sino simplemente obligatorio.

El artículo 20 de la ley establece que «la transmisión de participaciones sociales *se formalizará* en escritura pública que *se inscribirá* en el Registro Mercantil». Se exigen, pues, dos requisitos de forma, la escritura y la inscripción, sin distinción alguna en cuanto a la trascendencia de cada uno de ellos y con idénticos términos imperativos: «se formalizará» y «se inscribirá».

La interpretación dada por la resolución que comentamos nos lleva a una conclusión que consideramos exorbitante: la de que los requisitos que señala el artículo 20 de la ley no son requisitos de validez, sino requisitos para que pueda inscribirse en el Registro, pues si basta la simple notificación a la Sociedad para ejercitar los derechos de socio, es evidente que no precisará de inscripción ni de escritura, ya que ambos requisitos, como vimos, están en situación de paridad y con regulación idéntica. La transmisión será válida aunque se otorgue en documento privado o verbalmente, sin más que ello se haya notificado a la Sociedad. Pretender que la escritura sea imprescindible y no lo sea la inscripción no tiene fundamento alguno, pues ambos requisitos de forma, repetimos, están establecidos en idénticos términos y conjuntamente, y la conclusión a que se llega, a nuestro juicio, parece excesiva.

En nuestra opinión, el artículo 22 no puede considerarse desgajado de los que le preceden. La regulación de las transmisiones de participaciones sociales se contiene en tres preceptos consecutivos, los artículos 20 a 22, que han de interpretarse sistemáticamente, estableciendo los dos primeros los requisitos para la adquisición, y el tercero, los requisitos para el ejercicio de los derechos de socio, que es cosa harto diferente. Como ya decía el Registrador en su acuerdo, y recoge el artículo 22 de la ley, lo que se notifica a la Sociedad es «la adquisición», y ésta se ha perfeccionado cuando se han cumplido los requisitos que

para tal adquisición establecen los artículos precedentes, es decir, la escritura y la inscripción.

Los dos párrafos del artículo 22 son claros en este sentido. A la Sociedad se le notifica la adquisición realizada, y sin cumplir este requisito—la notificación—no podrá el socio pretender el ejercicio de los derechos que le corresponden en la Sociedad, aunque haya adquirido válidamente.

Admitir otra cosa supone el que en la Sociedad de responsabilidad limitada puedan existir socios, como tales, totalmente desconocidos y que impedirían la calificación registral en orden, especialmente, al cómputo de las mayorías personales exigidas en el artículo 17 de la ley, pues la transmisión, no inscrita, de cualquiera de los socios inscritos a favor de varias personas alterará tal régimen de mayorías personales, y, por otra parte, la validez de los acuerdos adoptados por socios cuyos títulos de adquisición pueden ser nulos se vería afectada por su falta de condición de socios, sin que el Registrador pueda calificarlos, por no haber sido presentados a inscripción o por haberse hecho las transmisiones sin la intervención del Notario.

Esta situación colocaría a las Sociedades Limitadas en condición inferior, a pesar de su carácter semipersonalista, a la de las propias Sociedades Anónimas, ya que en éstas el título es la acción, que si es al portador habrá de ser depositada previamente a la concurrencia a cualquier Junta, y si es nominativa, habrá de presentarse igualmente a la Sociedad para su inscripción en el libro correspondiente, y ello previa la pertinente intervención del corredor o Notario, mientras que en la Sociedad Limitada, al bastar, según la doctrina de la citada resolución, la simple notificación, y dado que la participación no es un título valor, no existe garantía alguna de la realidad de la condición de socio ni de la validez de la transmisión.

No podemos olvidar que, tal como ya nos dice la propia exposición de motivos de la ley en su párrafo sexto, *la necesidad de inscribir toda transmisión* en un Registro Mercantil excusaba la creación de un libro social destinado a la anotación de las partes sociales y sus transferencias, con lo que claramente señala que la inscripción tanto de la participación como de las transferencias es *necesaria*, no simplemente obligatoria.

En cuanto al requisito del previo derecho de tanteo reconocido a los socios y a la Sociedad, cuando se trate de transmisión a personas no socios es de resaltar lo impreciso de la calificación legal, pues la expresión «tanteo» supone la adquisición por el «tanto», cosa que no sucede en la regulación del artículo 20 de la ley, por cuanto éste permite

que el precio se regule por el acuerdo de los interesados o bien, en los supuestos de discrepancias, por peritos. Quizá hubiese sido más acertado calificarlo como opción de compra, o simplemente como derecho de preferente adquisición, máxime si contemplamos, cuando se trata de transmisiones *mortis causa*, que en realidad nos encontramos con un verdadero retracto, en el que, sin embargo, también falla el requisito del precio y el supuesto de que se trate de transmisión por compra o dación en pago, que señala el artículo 1.521 del Código Civil. Por tales razones, configurarlo como derecho de preferente adquisición hubiese sido más adecuado.

En este punto conviene resaltar que el artículo 20, que comentamos, sanciona con nulidad la transmisión de participaciones que no se ajusten a lo establecido en la escritura social o a lo prevenido en el propio artículo, nulidad que impide pactar la existencia de un retracto para el supuesto de que las transmisiones se hayan efectuado con infracción de las normas relativas al ejercicio del derecho de preferente adquisición.

Es cláusula, ésta del retracto, que con demasiada frecuencia suele aparecer en los estatutos sociales y cuya inscripción es imposible, por cuanto el retracto presupone una venta válida que se resuelve, y dado que, según lo dispuesto en la ley, la venta es nula, lo único procedente es ejercitar la acción de nulidad, y no reconocer al adquirente como socio, pero nunca resolver una venta que no ha existido.

Por otra parte, este denominado retracto es una figura que en poco se parece al retracto verdadero, pues si se trata del convencional, sólo se establece en favor del vendedor, cosa que aquí no sucede, pues se establece en favor de terceros, y si se trata del legal, por propia definición ha de venir establecido en la ley, y el artículo 20 sólo prevé el tanteo, porque si se incumple ya no hay tal posibilidad de retraer, al ser la venta nula.

El referido retracto suele pactarse también en las Sociedades Anónimas, a nuestro juicio, con igual inoperancia e imposibilidad de inscripción, pues aparte de no ser verdadero retracto, como acabamos de ver, ya que no puede crearse un retracto legal por pacto entre socios, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ya sentó en la sentencia de 17 de abril de 1967 que las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones son de naturaleza puramente obligacional y no afectan a terceros, y como confirma igualmente la sentencia del mismo Tribunal de 24 de noviembre de 1978, la Sociedad lo único que puede hacer es desconocer la cualidad de socio en el adquirente, impidiéndole el ejercicio de los derechos de socio, pero sin que por ello la venta sea nula y quedando a salvo las acciones procedentes entre las partes.

III. EL EMBARGO Y LA PRENDA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

Hemos de confesar que el embargo de las participaciones sociales, frecuentemente presentado en el Registro, fue, como ya dijimos al principio, el resorte que movió estas meditaciones, ya que su despacho nos planteó graves dudas. En principio, nos pareció que dado que el Registro Mercantil era, en lo relativo a Sociedades, un Registro de personas, resultaba imposible practicar una anotación en la hoja de una Sociedad que nada tenía que ver con el titular de la participación social embargada. Por otra parte, el artículo 174 del Código de Comercio, aunque relativo a las Sociedades Anónimas, al establecer que: «Los acreedores de un socio no tendrán respecto a la compañía, ni aun en el caso de quiebra del mismo, otro derecho que el de embargar y percibir lo que por beneficios o liquidación pudiera corresponder al socio deudor», ya nos indicaba que respecto a la Sociedad no se podía exigir más que los beneficios, con lo que el embargo no podía trascender a la Sociedad. Mas la medida que resulta lógica en la Sociedad Anónima, por cuanto frente al socio se podía trabar el embargo sobre la acción, y frente a la Sociedad se podían exigir los beneficios o la cuota de liquidación, ya no lo era tanto cuando se trataba de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, por cuanto los derechos de socios no se incorporan a títulos, y si las participaciones no resultaran inscritas en el Registro, los acreedores de los socios no podrían tener garantía alguna de percibir sus créditos, lo cual parecía absurdo. Ello nos movió a considerar la necesidad de que el Registro Mercantil debía funcionar como Registro de bienes en orden a las participaciones sociales en todos sus aspectos, y no sólo en lo relativo a la transmisión de participaciones sociales, como recoge la resolución citada de 2 de febrero de 1979, inscribiendo las participaciones sociales, así como sus transferencias, como requisito necesario para su validez, lo cual, a su vez, posibilita la práctica de tales anotaciones.

En cuanto a la prenda, la regulación contenida en el artículo 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada viene a corroborar la tesis que venimos sosteniendo a lo largo de estas líneas, pues en su párrafo segundo, al disponer que: «La constitución de prenda de participaciones sociales se inscribirá en el Registro Mercantil», contiene una regulación idéntica en su redacción a la que anteriormente hemos visto reflejada en el artículo 20 de la ley en orden a la transmisión de las participaciones sociales, y nos parece imposible que pueda sostenerse que la prenda exista sin la correspondiente inscripción en el Registro. Baste para ello observar que es de esencia en la prenda que la cosa pignorada pase a posesión del acreedor, tal como establece el Código Civil, si bien

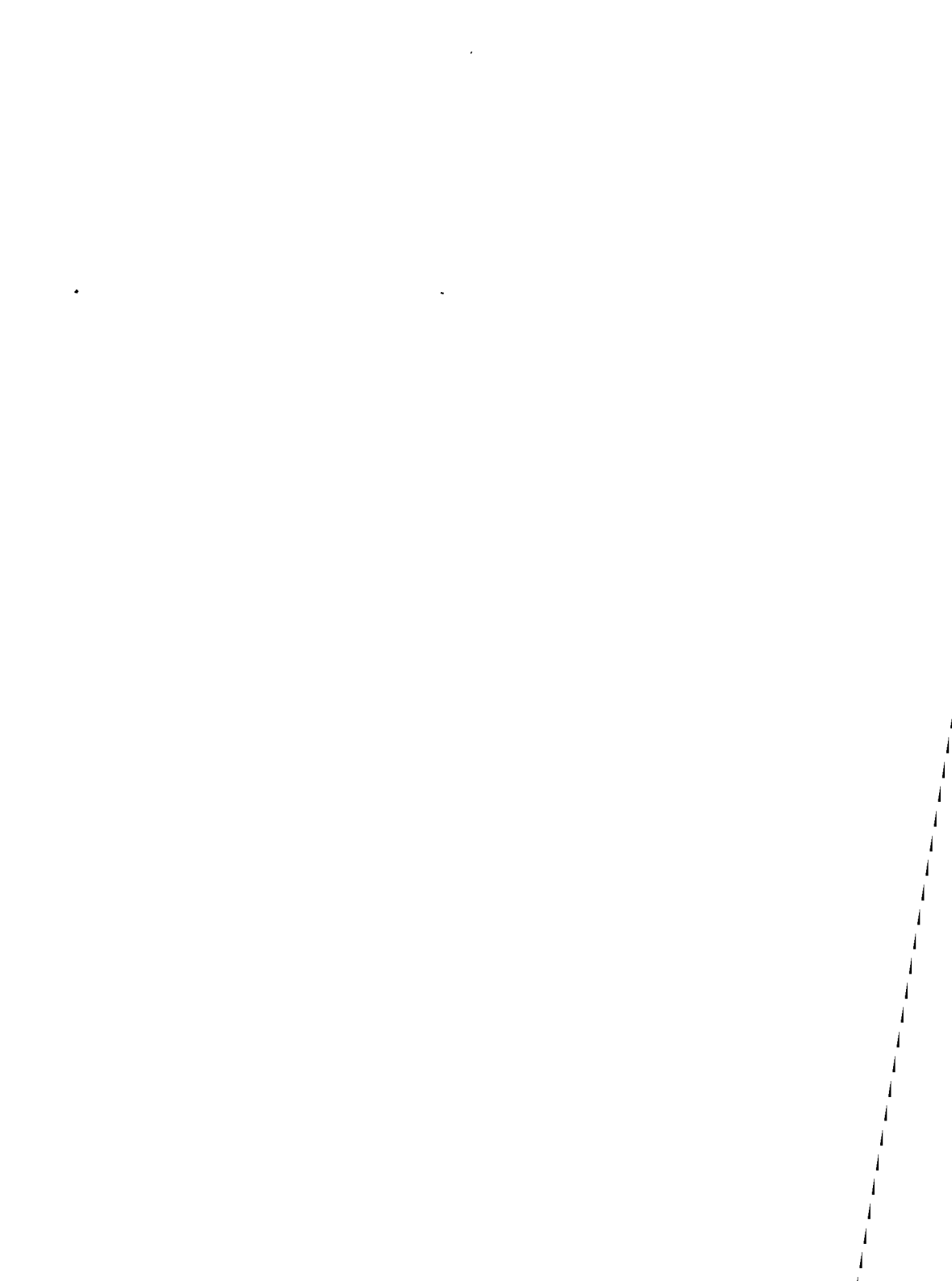
el requisito de la puesta en posesión ha sido sustituido en determinados bienes por la inscripción registral; así, la exposición de motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954, al estudiar la naturaleza de la garantía creada en la misma al regular la prenda sin desplazamiento, claramente expresa que: «Hay que distinguir dos grupos de bienes: los de identificación semejante a la de los inmuebles y, por tanto, como éstos, susceptibles de hipoteca, y los de identificación menos perfecta y, por consiguiente, de un derecho de más difícil persecución, que queda dentro de la figura clásica de la prenda, *si bien sustituyéndose por la publicidad el requisito del desplazamiento de posesión*». Es lo mismo que ha hecho el artículo 25 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la transferencia de posesión no puede realizarse porque la participación social no está incorporada a un título y sustituye este requisito por la inscripción registral. No se elimina un requisito, simplemente se cambia; pero sin que concurra el mismo no puede existir la prenda. El artículo 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 señala que se constituirá por escritura, que se inscribirá en el Registro que se establece. La falta de inscripción priva de los derechos que la prenda confiere.

La regulación en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es idéntica en formulación, y lo mismo la del artículo 20 en cuanto a la transmisión, por lo que la inscripción en ambos casos es necesaria, sin que el requisito de la notificación pueda suplir los necesarios para la transmisión.

Y termino disculpándome ante ti, querido compañero lector, por la falta de profundidad jurídica de estas líneas, sin citas de bibliografía, sin opiniones de autores. Bien es cierto que en los consultados no he encontrado grandes cosas sobre la materia, porque son cuestiones suscitadas en la práctica del despacho diario en la Oficina y se trata de unas simples reflexiones. Y también debo disculparme porque quizá, sin darte soluciones de carácter convincente, lo único que haya conseguido es sensibilizarte sobre cuestiones que antes te podrían pasar desapercibidas, con el aumento de intranquilidad cuando el documento te llegue. No obstante, entiendo que siempre es mejor meditar que ignorar, pues así, al menos, se unifican las prácticas y otros pueden encontrar soluciones a los problemas planteados.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ
Registrador Mercantil

JURISPRUDENCIA



I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. POR VIRTUD DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1.320 Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO CIVIL, EFECTUADA POR LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975, LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HECHA DE COMÚN ACUERDO POR LOS CÓNYUGES, SUSTITUYENDO EL SISTEMA DE GANANCIALES POR EL DE SEPARACIÓN DE BIENES, LLEVA CONSIGO LA EXTINCIÓN DEL ANTERIOR RÉGIMEN DE COMUNIDAD Y SE PUEDE PROCEDER A SU LIQUIDACIÓN CON LA CONSIGUIENTE ADJUDICACIÓN A LOS ESPOSOS DE LOS BIENES QUE LA INTEGRAN, SIN QUE SEA OBSTÁCULO LA LITERALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1.417 Y 1.433 DEL CÓDIGO, PORQUE NO PARECE INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DEJARLOS SUBSISTENTES EN SU ACTUAL REDACCIÓN CUANDO SE ABORDE LA REFORMA GENERAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Resolución de 29 de septiembre de 1978 (B. O. del E. de 18 de octubre).

Antecedentes de hecho.—El 11 de marzo de 1976, los cónyuges don Emilio Fontán Arosa y doña María Casado Barceló otorgaron escritura que fue autorizada en Hospitalet por el Notario don Julio Burdiel Hernández, en cuya parte expositiva hacen constar que, no obstante ser de regionalidad

catalana por residencia, su régimen matrimonial era el legal de gananciales de derecho común, y que en procedimiento promovido por ellos, el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis, en sentencia de 5 de marzo de 1975, y el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, por providencia de 30 de julio del mismo año, habían decretado la separación de los cónyuges, fijando el Juzgado alimentos a la esposa; en su parte dispositiva otorgaron capitulaciones matrimoniales, y al amparo del artículo 9 del Código Civil, aplicable en virtud de la remisión general del artículo 13 del mismo Cuerpo legal, cambiaron el régimen de gananciales por el de separación de bienes que correspondía a su vecindad civil catalana, procediendo a la liquidación y adjudicación de los bienes que se describen, que constituían el patrimonio de su anterior sociedad de gananciales.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Barcelona primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del documento que antecede en cuanto a la finca radicante en la demarcación de este Registro, por observarse los siguientes defectos:

1.º El subsanable de no aportarse testimonio firme de la providencia judicial dictada el 30 de julio de 1975, por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, que decretó la separación de los cónyuges, y que se reseña en el apartado VI de la exposición.

2.º El insubsanable de que la modificación del régimen económico del matrimonio por acuerdo común de los cónyuges, conforme autoriza el artículo 1.320, reformado, del Código Civil, no es causa de disolución de la sociedad de gananciales (por la que se regía hasta ese momento la sociedad conyugal), y por consiguiente carecen de validez la liquidación y adjudicaciones practicadas en la cláusula 2.ª del otorgamiento».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el primer defecto señalado en la nota no es congruente con el contenido dispositivo de la escritura, pues ésta no se limita a disolver la sociedad de gananciales como consecuencia automática de la separación judicial, sino que por su esencia se concreta en una capitulación matrimonial en la que dos cónyuges regulan el régimen de bienes que en adelante ha de regir su matrimonio, y en consecuencia liquidan los bienes de su anterior sociedad conyugal; que los cónyuges, que pudieron pedir la separación de bienes fundándose en la separación personal, no se limitaron a esto, sino que decidieron modificar su régimen matrimonial, adoptando un nuevo régimen que no es el que se seguiría si se hubiera pedido la separación judicial de bienes; que esta decisión puede ser adoptada por cualesquiera cónyuges que deseen modificar su régimen matrimonial, aunque no estén en situación de separación personal; que el primer defecto de la nota, además de incongruente, es contrario a derecho, al no distinguir si el criterio sostenido lo es, tanto en el caso de que la providencia decreta la separación personal, que es el supuesto contemplado, como en el de que ordenase la separación de bienes y como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal; que en este último caso sería de por sí una causa de liquidación de dicha sociedad; que así, pues, la aportación del testimonio de la providencia citada en la escritura no permitiría al Registrador la inscripción de ésta; que, en cuanto al segundo defecto de la nota, el Notario recurrente manifiesta que la modificación del régimen

económico del matrimonio por acuerdo de los cónyuges permitido con carácter general por el artículo 1.320 del Código Civil, es causa de disolución de la sociedad de gananciales cuando el régimen adoptado, como ocurre en nuestro caso, tenga una incompatibilidad lógica con aquél; que aun en los casos en que el régimen adoptado como nuevo no tenga incompatibilidad lógica con la sociedad legal de gananciales, la amplitud con que está redactado actualmente el artículo 1.315 del Código Civil, corroborado por el 1.322 y confirmado por el 1.432, permite a los cónyuges, en uso de su autonomía privada, extinguir la sociedad de gananciales inicial y estipular sobre la liquidación y adjudicación de los bienes que la integraban; que esta interpretación está de acuerdo con las finalidades perseguidas en esta materia por las dos últimas Leyes de reforma del Código Civil, la de 31 de mayo de 1974, que pretende que el régimen matrimonial de los esposos pueda adecuarse a la legislación del territorio en que viven, y la de 2 de mayo de 1975, que pretende, por la vía pacífica y rápida de las capitulaciones postnupciales, dar solución a conflictos conyugales.

El Registrador informó: Que los Registradores están facultados para solicitar los documentos precisos para la calificación, y aunque ninguna disposición concreta de la legislación hipotecaria conceda al funcionario calificador esta facultad, la naturaleza de su función y el contenido del artículo 33 del Reglamento Hipotecario así lo exige; que numerosas resoluciones de la Dirección General proclaman que cuando en los documentos presentados faltan datos para calificar puede el Registrador pedir la presentación de aquellos que estime necesarios, advirtiéndolo al interesado que su no presentación será motivo para suspender la inscripción; que el recurrente distingue entre los antecedentes y el otorgamiento y entre la parte expositiva y dispositiva de la escritura, a los efectos de sólo ser calificables los pactos y estipulaciones contenidas en esta última, sin tener en cuenta que la función calificadora ha de ser total e indivisible, comprendiendo en ella no sólo el documento básico en su integridad, como título formal, sino también todos los complementarios que informen al acto que es objeto de la calificación (título material), y en este sentido se pronuncia la resolución de 22 de enero de 1927, al interpretar el artículo 33 del Reglamento Hipotecario; que en cuanto al segundo defecto de la nota hay que aclarar que, en el otorgamiento de la escritura, los consortes don Emilio Fontán y doña María Casado, constante su matrimonio (en situación de separación personal, pero no declarada judicialmente la separación de bienes), proceden por su voluntad a disolver y liquidar su sociedad de gananciales, adjudicándose por mitad los bienes que la integran, con violación clarísima del artículo 1.392 del Código Civil; que dichos esposos están en situación de separación personal en virtud de sentencia firme, pero no han solicitado ni se ha decretado por providencia judicial la separación de bienes (conforme dispone el art. 1.432 del mismo Código), sino que sólo por determinación voluntaria de ambos y sin que sea ésta una de las causas previstas por los artículos 1.434 y 1.417 del Código, disuelven y liquidan la sociedad de gananciales; que, de conformidad con la legalidad vigente, ni el otorgamiento de nuevas capitulaciones, ni la modificación del régimen matrimonial anterior (arts. 1.315 y 1.320 del Código Civil), ni ningún otro acto voluntario de los consortes, pueden por sí solos provocar, durante la subsistencia del matrimonio, la conclusión de la sociedad de gananciales, su liquidación y la adjudicación de los bienes que la integran; que las causas de disolución de la sociedad de gananciales son sólo las previstas por la ley, y excluyen

cualquier otro supuesto no establecido en ella; que la reforma del Código por la Ley de 20 de mayo de 1975 autorizó el otorgamiento de capitulaciones postnupciales (art. 1.315) y la modificación, en todo momento, por acuerdo de los cónyuges del régimen económico del matrimonio, pero lo que no se autorizó de forma alguna—en contra de lo que pretende el recurrente— fue que las nuevas capitulaciones, o la modificación del régimen económico, sean causa de la disolución, liquidación y adjudicación del patrimonio de la anterior sociedad de gananciales, que el legislador podía haber incluido tales actos entre las causas de disolución del artículo 1.417 del Código; pero al no hacerlo nos encontramos con que los referidos otorgamientos de la escritura calificada inciden en el artículo 6.º, 3, del propio Código, contraviniendo, además, lo dispuesto en el artículo 1.255; que la interpretación hecha por el recurrente, de la exposición de motivo de la Ley de 2 de mayo de 1975, rebasa desorbitadamente los extremos concretos que el legislador quiso modificar; que carece de base la afirmación del recurrente de que el artículo 1.417 del Código sólo es aplicable a los casos de inmutabilidad del régimen económico matrimonial; que no hay inconveniente, ni legal ni de hecho, para que, otorgadas nuevas capitulaciones o estatuido un nuevo régimen económico, puedan coexistir en el mismo matrimonio la sociedad de gananciales y el nuevo régimen pactado; que es también inaceptable, por desacertada e inexacta, la interpretación dada por el recurrente a los artículos 1.315 y 1.322 del Código Civil.

El Presidente de la Audiencia confirmó el primer extremo de la nota de calificación declarando que la petición de un documento mencionado en la escritura, como es la certificación de la providencia judicial de separación, interesa y es congruente a efectos de la calificación, y revocó el segundo extremo de la nota por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente.

Tanto el Notario como el funcionario calificador se alzaron de la decisión presidencial.

Y la Dirección General (1) acordó que, con confirmación parcial del auto apelado, procede revocar la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Para una mejor comprensión de este recurso conviene alterar el orden de los defectos y comenzar su examen por el segundo de los señalados en la nota, a saber: si la modificación hecha de común acuerdo por los cónyuges de sustituir el sistema de gananciales que venía rigiendo las relaciones económicas de su matrimonio por el de separación de bienes establecido en la Compilación de Cataluña—modificación permitida por el reformado artículo 1.320 del Código Civil—, lleva consigo la extinción del anterior régimen de comunidad, y se puede proceder a su liquidación con la consiguiente adjudicación de los bienes que lo integran a los dos esposos interesados.

Una de las innovaciones de más trascendencia introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975 ha sido la de sustituir dentro del Derecho civil común el principio de inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio por el permisivo de su modificación, no ya sólo por lo que supone el cambio del rígido criterio anterior, al quedar ahora

(1) Vistos los artículos 9, 13, 1.255, 1.315, 1.320, 1.322, 1.334, 1.394, 1.417, 1.432 y 1.433 del Código Civil, 18 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento para su ejecución.

esta materia sujeta a la autonomía de la voluntad, sino también por las consecuencias que en cadena lleva aparejado esta reforma, al afectar a toda una serie de preceptos del Código Civil, como, entre otros, el 1.334 (donaciones entre cónyuges) o el 1.394 (renuncia a la sociedad de gananciales), que han de obligar a una profunda modificación de nuestro Cuerpo legal, y resolver así las evidentes contradicciones que hoy existen debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas, lo que exige un detenido estudio, que puso ya de relieve la exposición de motivos de la citada Ley de 1975.

El principal obstáculo que se opone a la disolución pretendida se encuentra en el contenido del artículo 1.417 del Código Civil y del 1.433, al que el primer precepto se remite, al no incluir entre las causas de conclusión de la sociedad de gananciales la de su sustitución por otro régimen económico matrimonial.

El hecho de que en la taxativa enumeración de causas de disolución de la sociedad de gananciales, que contiene el artículo 1.417, no aparezca la actualmente discutida, es algo natural que responde, lógicamente, al criterio que había adoptado el legislador de 1889, de mantener el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial; pero, alterado este sistema por la reforma, ha surgido como consecuencia inevitable la existencia de una nueva causa de disolución, deducida de un claro argumento de reducción al absurdo, pues, de no admitirse su posibilidad, nos encontraríamos con la simultaneidad de dos regímenes económicos en un mismo matrimonio, y habría que distinguir entre los bienes anteriores al cambio y los adquiridos con posterioridad, sujetos a distinto sistema de administración y disposición, con la consiguiente perturbación no sólo en las relaciones entre los esposos, sino frente a terceros.

La anterior argumentación aparece además abonada ante la circunstancia, prevista en la propia exposición de motivos de la Ley de 1975, de que la temática de la sociedad de gananciales por su dificultad especial y ser necesario su estudio en profundidad queda aplazada su reforma para más adelante, una vez finalizado este estudio, a fin de que resulte coherente con las modificaciones ya introducidas, lo que prueba que no es intención del legislador dejar subsistente en su redacción actual preceptos tan fundamentales como los artículos 1.417 y 1.433, que a nuestro efecto interesan, que han de ser ya interpretados con arreglo al artículo 3.º, 1, del Código Civil, teniendo en cuenta esta circunstancia histórica y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicados.

En el supuesto de este expediente, y con ello se entra en el examen del otro defecto, procede examinar si la circunstancia de no aportarse testimonio firme de la providencia judicial, que decretó la separación personal de los esposos, puede constituir un obstáculo para la inscripción en tanto no esté presentada en el Registro y como documento complementario a calificar por el Registrador.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, fundamental en la materia al consagrar el principio de legalidad, contempla las facultades que a los Registradores competen en el ejercicio de su función calificadora, entre la que, indudablemente, se encuentra la de poder exigir aquellos documentos complementarios—máxime si aparecen relacionados en el título principal—que puedan serle necesarios para un mayor acierto en la calificación, por lo que, en principio, su cautela aparecería justificada, si

no fuera porque, centrada la presentación de la providencia exclusivamente para apreciar si se había ordenado judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales, y poder estimar así, de acuerdo con su tesis plasmada en el defecto 2.º, que la disolución y liquidación realizada estaba ajustada a la legalidad vigente, pero no si tales operaciones no habían sido ordenadas judicialmente, en este caso resulta irrelevante la presentación de la mencionada providencia, ya que, como se ha indicado al tratar anteriormente este defecto, la disolución de la sociedad conyugal, su liquidación y subsiguiente adjudicación de los bienes que la componen, es algo consustancial al cambio de régimen económico matrimonial realizado, y tiene su fundamento en la voluntad de los interesados.

COMENTARIO.—La reforma del Código Civil efectuada por Ley de 2 de mayo de 1975, en lo referente a permitir las capitulaciones *post nuptias*, fue criticada desde el primer momento por incompleta, ya que la ruptura del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial debió ir acompañada de una reforma de la normativa sobre donaciones entre cónyuges y contratación entre cónyuges en general, y de otras normas especificativas de los efectos de las alteraciones de dicho régimen.

Muchas han sido las dudas que la reforma de 1975 ha ocasionado al introducir alteraciones importantes del *status* matrimonial sin reformas conexas necesarias para la armonía del conjunto. Aquí sólo hemos de referirnos, y no en toda su extensión, al problema de la relación existente entre la sustitución del régimen de gananciales por el sistema de separación, efectuada en capitulaciones *post nuptias*, y la liquidación de la sociedad ganancial con efectos de pretérito como consecuencia de tal sustitución (2).

A) La escritura calificada contenía en la exposición referencia a una separación personal decretada por Tribunal eclesiástico y a una providencia dictada por el Juez civil conforme al artículo 82 del Código; pero luego, en la parte dispositiva, se cambia el régimen de gananciales por el de separación y se procede a la liquidación y adjudicación del patrimonio ganancial, desconectando todo ello—al parecer—de dichas resoluciones judiciales. El Registrador separa dos defectos: el subsanable de no aportarse la providencia del Juez civil, y el insubsanable de que la modificación del régimen económico efectuada no es causa de disolución de la sociedad de gananciales, y, por tanto, no es válida la liquidación y adjudicación de bienes practicada.

El Notario recurrente alega: a) Contra el primer defecto, que la escritura extingue la sociedad de gananciales y liquida y adjudica sus bienes por consecuencia del cambio de régimen económico—como puede hacer cualquier matrimonio—y no por consecuencia directa de la separación personal judicial, la cual por sí sola—afirma el recurrente—no altera dicho régimen, y ya que no hubo—según también afirma en el escrito—resolución judicial de separación de bienes. Deja sin explicar el motivo de recoger en la exposición aquellas resoluciones judiciales, cuando, al parecer, eran indiferentes al documento, y no se plantea la posibilidad de que la providencia civil contuviese algún pronunciamiento desacorde

(2) Muy de pasada nos preguntaremos si la introducción del principio de mutabilidad de las capitulaciones en el Código no ha tenido otra finalidad que la de legitimar las separaciones de hecho de los cónyuges sin la intervención judicial disfrazándolas de meros pactos sobre bienes, con lo cual estaríamos ante un caso más de disimulo legal, ante una costumbre *contra legem* en lugar de acometer directamente el problema de la reforma o derogación de la ley vulnerada.

con los pactos y adjudicaciones de la escritura; b) Contra el segundo defecto se alegan los artículos reformados que conducen a que se disuelva la sociedad de gananciales, especialmente si el nuevo régimen es el de separación, de acuerdo con la finalidad de las Leyes de 31 de mayo de 1974 y 2 de mayo de 1975, que pretenden, por la vía pacífica y rápida de las capitulaciones *post nuptias*, dar solución a conflictos conyugales. Como vemos, entra valientemente en los argumentos que más acercan el giro dado en materia de pactos matrimoniales al problema de las separaciones de hecho, dejando de destacar otros muchos que se han dado para mantener que el cambio de régimen de gananciales al de separación debe conducir a la disolución y liquidación de la sociedad, y prescinde de que en el supuesto contemplado ya se había iniciado la vía judicial, más lenta, pero más apropiada—al menos, a los ojos de la ley—al supuesto de conflicto conyugal, y que era la única existente cuando se dictó la sentencia canónica de separación de cuerpos reseñada en la exposición de la escritura. ?

El Registrador informa: a) Que los Registradores están facultados para pedir cuantos documentos y datos estimen necesarios para calificar, suspendiendo la inscripción en tanto no le sean aportados, y que la calificación es indivisible, sin poderse separar parte expositiva y dispositiva ni documento básico o complementario (art. 33 del Reglamento y Res. de 22 de enero de 1927), y b) Que ningún pacto ni acto voluntario de los consortes puede producir la disolución de la sociedad de gananciales, y por eso no se reformó el artículo 1.417 del Código, y que no cabe desorbitar la exposición de motivos de la reforma, por lo que la escritura contraviene el artículo 1.255 e incide en el art. 6.º, 3, ambos del Código. Los argumentos del Registrador, sintetizados en el cuarto resultando, casi agotan todos los que fueron esgrimidos por los defensores de la tesis de no disolución de la sociedad de gananciales con efectos de pretérito por el mero otorgamiento de capitulaciones posteriores al matrimonio; pero como la doctrina dominante ha desbaratado todos esos argumentos con más o menos brillantez y la reforma legislativa en gestación terminará por hacer inútil mucho de lo escrito sobre el tema, no vamos a desmenuzarlos ni a hacerlos objeto de críticas. Sí queremos destacar un argumento que en rigor se encuentra a caballo del defecto primero y del defecto segundo, y que se recoge en el pasaje en el que se recuerda que los esposos otorgantes, en situación de separación personal en virtud de sentencia firme, no han solicitado ni se ha decretado por providencia judicial la separación de bienes (art. 1.432). Desarrollando la argumentación de este pasaje, cabe preguntarse si, en el caso de haberse iniciado judicialmente la separación de personas, es ya imposible apartarse de la vía judicial marcada para la separación de bienes, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por los artículos 1.432, 1.433 y 1.434.

El Presidente de la Audiencia confirma el primer defecto y revoca el segundo; pero la Dirección General revoca los dos, alterando su orden y dedicando los cinco primeros considerando al defecto insubsanable segundo y los dos últimos al subsanable primero.

B) En cuanto al defecto insubsanable, que la Dirección estima el fundamental, decide, de acuerdo con la doctrina ya casi unánime y con la práctica ya consagrada, que es intrascendente el olvido del legislador

de retocar los artículos 1.417 y 1.433 del Código para incluir como nueva causa de disolución de la sociedad de gananciales las capitulaciones en que este régimen se sustituyera por el de separación de bienes. Parece que hay unanimidad en entender que se trató de un descuido y no de una voluntad de mantener una sociedad de gananciales continuada a pesar de que capítulos *post nuptias* hubiesen sustituido el régimen de comunidad por el de separación.

a) Estos cinco considerandos son suficientes para demostrarnos que no es admisible la tesis de que no es posible la disolución de la sociedad de gananciales, aunque ambos cónyuges lo deseen, al sustituir el régimen de gananciales por el de separación, porque el Código, en interés de los terceros y de los mismos cónyuges, ha prohibido tal disolución; pero no son suficientes para determinar si tal disolución y consiguientes liquidación y adjudicaciones son obligadas para los cónyuges, por lo cual basta con que uno de ellos las pida para que el otro tenga que pasar por ello, o si, por el contrario, requieren consenso, bien en el momento mismo de alterar el régimen económico matrimonial, o bien en escritura posterior. Creo que no son suficientes, porque contienen expresiones un tanto contradictorias.

Así, el considerando primero, cuando se pregunta si la sustitución del sistema de gananciales por el de separación acordada por los cónyuges lleva consigo la extinción del anterior régimen y se puede proceder a su liquidación y consiguiente adjudicación de bienes, contiene en sí una contradicción: las palabras *lleva consigo* conducen a la disolución y liquidación obligadas; las palabras *se puede proceder* conducen a la necesidad de conformidad de ambos cónyuges para entrar en la liquidación y adjudicación. Igualmente, aunque de manera más imprecisa, en el cuarto considerando, las palabras *consecuencia inevitable*, referidas a la disolución, conducen a la primera solución, mientras que la palabra *posibilidad*, también referida a la disolución, nos conducen a la segunda. Bien es verdad que no era necesario entrar en el problema de si un cónyuge puede imponer al otro la disolución, liquidación y adjudicación cuando en los capítulos de alteración del régimen conyugal nada se ha estipulado sobre ello, porque la cuestión consistía sólo en desvirtuar la tesis de que la disolución es imposible (3); pero no hubiese estado de más precisar bien el carácter de la disolución de la sociedad de gananciales producida por la sustitución del régimen de gananciales por el de separación.

b) Tampoco resuelve la cuestión de si la liquidación y adjudicación de gananciales es obligada o solamente posible la resolución de 23 de julio de 1979. Se trataba de un caso en el que el peligro de donación entre cónyuges a través de una liquidación de gananciales conexas a un cambio de régimen matrimonial en capitulaciones se veía agravado por un reconocimiento de privatividad del único bien a adjudicar. Nos interesa aquí solamente el considerando tercero, según el cual: a) el artículo 1.320 reformado del Código permite a los cónyuges en todo momento modificar (esta palabra falta por error en el B.O.) el régimen

(3) Carece ya de interés el analizar los cinco considerandos, pero conviene destacar aquí los peligros de sacar de quicio el mandato del artículo 3.º, 1, del Código Civil de interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, llegando a la exageración de admitir como elemento interpretativo de la Ley la mera intención de reformarla en un futuro próximo por muy notoria que sea esa intención.

económico matrimonial, y b) la modificación consistente en la sustitución del sistema de gananciales por el de separación de bienes *lleva consigo* la extinción de aquél (Res. de 29 de septiembre de 1978), por lo que *se puede proceder* a la liquidación y consiguiente adjudicación. Se reproducen las frases de la resolución que comento: la que contiene las palabras *lleva consigo* parece conducir a la disolución, liquidación y adjudicación obligadas de la sociedad de gananciales; la que contiene las palabras *se puede proceder* parece conducir a la solución de que es necesario el mutuo consentimiento de disolver, liquidar y adjudicar. Se me dirá que el problema carece de importancia, porque habrá un consentimiento mutuo y simultáneo de sustituir el régimen económico matrimonial y de disolver la anterior sociedad de gananciales adjudicando bienes concretos a cada uno en pago de su haber después del correspondiente inventario, evalúo y liquidación; pero hay que tener en cuenta que es muy posible que las capitulaciones contengan sólo la sustitución del sistema y sea después, al echar números para repartirse los bienes, cuando surja el desacuerdo, y entonces uno exija la división de los gananciales incluso judicialmente y el otro alegue que precisamente el no liquidar en los capítulos es suficiente demostración de que sólo se pretendía derogar el sistema para el futuro, manteniendo el patrimonio ganancial presente sometido al régimen anterior (sin retroactividad en la alteración de régimen).

c) GULLÓN (4), entre las varias cuestiones que plantea en torno a la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 1975, se pregunta si los cónyuges pueden disolver la sociedad de gananciales con motivo de una alteración del régimen económico matrimonial o si la misma ha de subsistir hasta que se den algunas de las causas previstas en el artículo 1.417. Dice que, aunque hubiera sido necesario que a éstas se hubiese añadido en dicho artículo la de sustitución del régimen de gananciales por otro en capítulos posteriores al matrimonio, no debe entenderse que hubo propósito deliberado de mantener la sociedad de gananciales, en tal caso, porque sería absurdo y porque hay indicios de lo contrario en los artículos 1.322, cuyo apartado último sobraría si fuera obligada la subsistencia de la sociedad de gananciales, y en el 1.438, por la misma razón.

Pero el establecimiento de otro régimen, y en especial el de separación, ¿supone la disolución de la sociedad de gananciales, aunque los cónyuges no lo digan? GULLÓN opina que sí, por razones de claridad y de justicia, y lo fundamenta no sólo por lo dicho respecto al artículo 1.322, sino en los artículos 1.433 y 1.434, según lo cuales, acordada la separación de bienes, quedará disuelta la sociedad de gananciales y se

(4) A. GULLÓN. «Observaciones sobre la reforma del régimen de las capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977, págs. 81 y siguientes.

Se hace eco de las generales alabanzas hechas de este giro de la tradición castellana acogiendo el principio propio de las legislaciones forales, añadiendo a las explicaciones de este giro que hace la Exposición de Motivos la de que el legislador venía moralmente obligado a darle por la reforma del Título Preliminar, en cuanto establecían los preceptos de los artículos 9, 3.º, y 16, 1.º Pero apunta que si *de facto* viene a permitir legalizaciones de las consecuencias económicas que lleva consigo la separación de hecho, sobre éstas planeará todavía los clásicos argumentos de la causa ilícita que subyace en los convenios de separación en cuanto se oponen al deber de convivencia del artículo 56, salvo que medie separación legal; así como también la prohibición del artículo 1.814. Todo ello a pesar de las argumentaciones y alegatos de autores como CÁMARA que rechazan la ilicitud de la causa y la contradicción con ambos preceptos (MANUEL DE LA CÁMARA. «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 16 y ss.).

hará su liquidación. Este argumento no es muy concluyente, porque el 1.434 declara disuelta la sociedad de gananciales cuando se ha obtenido judicialmente la separación de bienes por las causas del 1.433. Termina GULLÓN diciendo que, si bien es válido el pacto de disolución de la sociedad de gananciales, nada obsta para que se obliguen los cónyuges a no liquidarla. Se estaría en el supuesto de una sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, perfectamente normal, como resulta del artículo 1.431 del Código.

A continuación estudia GULLÓN la incidencia que en la disolución y adjudicación de la sociedad de gananciales consiguiente al cambio de régimen económico pueda tener la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges de los artículos 1.334 y 1.335 (5).

LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHITI (6) se preguntan si pactado en capítulos *post nuptias* el régimen de separación, pueden o deben los cónyuges liquidar la masa ganancial. analizan los artículos 1.417, 1.433, 1.394, la antinomia entre el 1.320 y el 1.394, todos del Código Civil, y citan la opinión de FERNÁNDEZ OUTIÑA (en *Foro Gallego*, 1975, I, 22), a quien estas contradicciones y antinomias le llevan a esperar que la jurisprudencia terminará inclinándose por la inmodificabilidad del régimen de gananciales. Ellos, en cambio, afirman que los cónyuges pueden liquidar la sociedad de gananciales, porque, si no, se desnaturalizaría el sentido de la reforma; pero también mantienen que se puede pactar la separación para el futuro y mantener común la masa existente en el momento de las capitulaciones; es decir, que pueden liquidar o no liquidar, y estiman que si nada se pacta, cualquiera de los cónyuges puede exigir la liquidación. Se preguntan qué sucederá si las partes no pactan la liquidación o ninguno de ellos la exige, y estiman que el procedimiento liquidatorio es de orden público y deben respetar el procedimiento y los principios del mismo. En tal caso, la presunción del artículo 1.407 continúa, y la confesión sobre el carácter de los bienes tendrá también carácter relativo.

SANZ (7), analizando la repercusión sobre la sociedad de gananciales de la adopción del régimen de separación en capítulos *post nuptias*, se pregunta si esta separación de bienes convenida es causa de disolución de aquella sociedad existente al tiempo del pacto, y le parece evidente la contestación negativa en principio, basándose en los artículos 1.417 y 1.394, no modificados, y en el 1.320, que habla de modificar y no de sustituir ni disolver la sociedad de gananciales. Pero entiende que es totalmente distinta la cuestión de si los cónyuges, voluntariamente, pueden disolver la anterior sociedad ganancial o limitar y modificar sus normas reguladoras al pactar en capítulos el régimen de separación, y esta cues-

(5) Este argumento de que al socaire de la liquidación de gananciales se realicen donaciones u otros contratos, prohibidos a los cónyuges aun después de la reforma y aun rigiendo el régimen de separación, fue el más eficazmente manejado en un principio; pero posteriormente al irse viendo que las capitulaciones *post nuptias* se instalaban en el campo de las separaciones de hecho de los matrimonios fracasados, se fue restando importancia a la posibilidad de que se utilizasen para disimular donaciones entre cónyuges, y la crítica se fue centrando en la falta de homologación judicial prevista en muchas legislaciones como lógico residuo de la separación judicial y garantía del cónyuge más débil o menos preparado para la controversia económico-matrimonial.

(6) En el trabajo que se cita en la nota 16 al pie

(7) ANGEL SANZ «Situación de la mujer casada en el Derecho Civil (Reforma de 2 de mayo de 1975)», *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. II, 1976, págs. 751 y ss., especialmente 964 y ss y 982 y ss., y también *Revista de Derecho Notarial*, núm. 96, abril-junio 1977, págs. 160 y siguientes, 305, 314 y ss., y 328 y ss.

tión debe contestarse afirmativamente, por no encontrar obstáculos insuperables la contestación afirmativa y poderse apoyar en las siguientes consideraciones: 1.ª El artículo 1.315, que permite estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. 2.ª No ser obstáculo el artículo 1.316 ni existir ninguna norma prohibitiva y, en cambio, resultar de la exposición de motivos de la ley de reforma y de los artículos 1.315, 1.320 y 1.321, admitido implícitamente el acordar tal disolución. 3.ª No ser tampoco obstáculo el artículo 1.394, a la vista de sus más autorizadas interpretaciones. 4.ª No serlo tampoco el artículo 1.417 (8). Las dos únicas limitaciones que SANZ encuentra a la disolución-liquidación convenida son la del artículo 1.322, en su párrafo final (precepto cuyo paralelismo con el 1.438 demuestra la posibilidad de la liquidación), y la del artículo 1.394, pues la renuncia equivaldría a una donación prohibida por el 1.334.

Las conclusiones de SANZ son, pues: 1.ª Que la separación de bienes convenida no produce *ipso jure* la disolución de la sociedad de gananciales, y por ello el pacto de separación no faculta a un cónyuge para exigir del otro tal liquidación. 2.ª Que los cónyuges pueden completar aquel pacto con la disolución y liquidación de los bienes gananciales, con lo cual todos los bienes presentes y futuros quedan sometidos al régimen de separación. 3.ª Que pueden convenir también el mantenimiento de la sociedad de gananciales existente, coexistiendo con la separación para el futuro, bien lo hagan expresamente o bien implícitamente, aunque en este segundo caso la situación es bastante complicada, en términos que hacen pensar en la «conveniencia de mantener como norma la de disolución de la sociedad de gananciales preexistente» (9).

GARRIDO DE PALMA (10) trata por separado las dos cuestiones siguientes:

Primera. Si se otorgan capitulaciones *post nuptias* pactando el régimen de separación, ¿puede pactarse la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales? Sin indicación ninguna sobre quién haya mantenido la contestación negativa, afirma que el argumento fundamental para la misma es el silencio del no modificado artículo 1.417, y que otros argumentos, como los textos literales de los artículos 1.392 («al disolverse el matrimonio»), 1.394 (prohibición de la renuncia durante el matrimonio), 1.320 reformado (que habla de modificar y no de sustituir) y 1.433 (que también silencia esta causa de disolución) no tienen fuerza jurídica suficiente, y menos aún la tienen—según él—las alegaciones de la posibilidad de fraude o el temor potencial a la donación entre cónyuges. Mantiene GARRIDO DE PALMA la contestación afirmativa en base a los siguientes argumentos: 1. La trayectoria legislativa y la lógica jurídica que no permite dejar casi sin efecto la reforma, lo que ocurriría si no se reconduce al principio de autonomía de la voluntad la liquidación de la so-

(8) Traer a colación el artículo 1.417 intocado para deducir que su no modificación no es obstáculo para mantener que hay una nueva causa de disolución (el pacto de ambos cónyuges a raíz de una modificación de régimen económico conyugal) y a la vez para deducir que esta modificación no produzca tal disolución implica cierto malabarismo.

(9) En resumen, termina SANZ diciendo que la adopción del régimen de separación si no hay gananciales o si éstos de mutuo acuerdo se liquidan no origina problema por quedar el anterior régimen modificado totalmente y sustituido por el nuevo; pero si hay gananciales y no se disuelve la sociedad ni se liquidan y adjudican, aparece una yuxtaposición de regímenes y una situación que precisa matizarse detenidamente para determinar cuál de las varias posibilidades que caben, algunas de las cuales analiza.

(10) VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA: «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial después de la reforma de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 93-94, julio-diciembre 1976, págs. 8 y ss., especialmente 35 y ss.

ciedad de gananciales anterior a los capítulos. 2. El artículo 1.315 (... «relativamente a los bienes presentes...»). 3. El de que si no se pudiese pactar la disolución, no sería posible capitular estableciendo la comunidad universal (argumento que encuentro el más endeble de todos); y 4. Las Compilaciones de Aragón y Navarra y el Derecho comparado. Argumento este que no encuentro decisivo, si pensamos en las legislaciones en que los capítulos *post nuptias* con cambio de régimen conyugal requieren homologación judicial.

Segunda. Otorgadas dichas capitulaciones, ¿ha de disolverse la sociedad de gananciales necesaria e inevitablemente? Los argumentos de la contestación afirmativa son: el artículo 1.434 por analogía, los imperativos de claridad, la necesidad de evitar dos regímenes contrapuestos simultáneamente (arts. 1.401 y 1.407), la esterilización en la práctica de la sociedad de gananciales y el peligro de donaciones entre cónyuges y fraudes para terceros. Pero, a pesar de todo esto, no ve por qué ha de disolverse automáticamente la comunidad legal, porque no es éste el criterio de las legislaciones forales ni del *Code*, ni se deduce del artículo 1.417 y la alegación de los artículos 1.434 y 1.364 es forzar su *ratio*. Reconoce que son verdaderos los inconvenientes de mantener simultáneamente dos regímenes contrarios, uno para los bienes existentes y otro para los futuros, pero no son decisivos, porque no son tan difíciles las soluciones para las dificultades concretas, aunque el artículo 1.407 pierda su razón de ser. Por el contrario, presenta GARRIDO DE PALMA varios supuestos en los que resulta conveniente mantener la sociedad de gananciales en cuanto al pretérito, como son: cuando se trate sólo de clarificar la situación económico-matrimonial para el futuro, cuando falte acuerdo de momento, cuando la liquidación sea compleja y cuando convenga demostrar la mayor buena fe en caso de situación económica vacilante o próxima a la insolvencia de algunos de los cónyuges o del patrimonio ganancial.

En los tratados generales encontramos tanto la consagración de la posibilidad de disolver convencionalmente la sociedad de gananciales, liquidándola y adjudicando sus bienes como la falta de seguridad sobre si tal disolución es posible o además obligada. Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, IV, págs. 219 y sigs.) dicen que, además de las causas del artículo 1.417 en relación con el 1.433, también determinan la disolución de la sociedad de gananciales el acuerdo de los cónyuges de modificación postnupcial del régimen económico del matrimonio, pues así se deduce del artículo 1.320. No tendría sentido que los cónyuges pudieran establecer para el futuro un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales sin que ésta quedara disuelta y sin llevar a cabo su liquidación: el 1.417 hay que entenderlo implícitamente modificado en virtud del *lex posterior*. A continuación estudian la cuestión del carácter automático o facultativo de las causas de disolución, pero sin detenerse especialmente en la causa de disolución que nos ocupa.

GÓMEZ FERRER (11) comienza por preguntarse si al pactarse *post nuptias* el régimen de separación puede pactarse además la disolución y liquida-

(11) RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 526, mayo-junio 1978, págs. 508 y ss.

ción de la sociedad de gananciales; pero no se contesta, por dar a entender que la contestación afirmativa no necesita demostración, limitándose a citar las opiniones de SANZ y GARRIDO DE PALMA. Se pregunta después si el pactar el régimen de separación supone necesariamente la disolución automática de la sociedad de gananciales. En esto admite dos posiciones: la de SANZ y GARRIDO DE PALMA, quienes, con diferentes enfoques, matices y argumentos, entienden que el solo hecho de pactar el régimen de separación no es causa de disolución automática de la sociedad de gananciales y la suya de ineludible disolución que defiende, después de ir impugnando los varios argumentos de la posición contraria (arts. 1.417, 1.394 y 1.320), alegando que el régimen económico tiene que ser uno solo, porque no se concibe pactar el régimen de separación sin que haya voluntad de modificarle totalmente, porque es imposible compaginar artículos como el 1.401, segundo, y el 1.407 con el régimen de separación, y porque ambos regímenes son totalmente incompatibles. Por ello mantiene que si hay pactos nupciales de separación sin disolver, liquidar y adjudicar los gananciales existentes, la situación será: gananciales en indivisión; cualquiera de los cónyuges puede exigir la liquidación en cualquier momento, incluso judicialmente, y la administración y enajenación de los gananciales corresponde a ambos. Insistimos en que ni da beligerancia a la opinión de que no cabe disolver la sociedad de gananciales ni liquidarla, aunque ambos cónyuges lo quisieran, ni cita a ningún autor que la haya defendido, y los argumentos de los que mantuvieron esto (1.417, 1.394 y 1.320) pasan a ser sólo argumentos para defender que la disolución y liquidación no son automáticas y de pleno derecho, sino que requieren pacto especial.

SALVADOR TORRES (12) también mantiene que es posible la liquidación de la sociedad de gananciales en las capitulaciones *post nuptias*, porque así lo entiende prácticamente la totalidad de la doctrina, a pesar de haberse mantenido inalterado el artículo 1.417 y a pesar del texto literal del 1.392, por tratarse de un simple olvido el no haberse coordinado tales preceptos, porque la reforma no habría conseguido nada si no se pudiese disolver la sociedad ganancial por la voluntad de los esposos, porque, de otra manera, sobraría el artículo 1.322, y por el texto del artículo 1.315 en cuanto se refiere a los bienes presentes, entre los que están, naturalmente, los gananciales.

Lo que se pregunta es si, cuando en los capítulos de separación no se ha liquidado la sociedad ganancial ni declarado nada sobre los gananciales, puede uno de los cónyuges exigir del otro la liquidación y expone la solución negativa de SANZ y la afirmativa de Díez GÓMEZ (13), basándose en el artículo 1.418, y de GULLÓN, basándose en el artículo 1.434 (referente a la separación judicial), y en los problemas que se producirían por la simultaneidad de dos regímenes tan dispares. Aunque encuentra más justa la segunda posición, termina por adherirse a la de SANZ, porque no cabe asimilación con el caso del 1.434 y porque aunque es cierto que puede resultar conflictiva la coexistencia de bienes sometidos a regímenes antagónicos, también lo es que el legislador no ha concedido tal acción a los cónyuges para obligarse a disolver, por el solo hecho de pactar

(12) SALVADOR TORRES ESCÁMEZ: «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la sociedad de gananciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, septiembre-octubre 1978, páginas 963 y ss.

(13) A. Díez GÓMEZ: «Comentarios a la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial*, 1975, núm. abril-junio, pág. 388

el régimen de separación; y termina aconsejando redactar con cuidado las capitulaciones de separación, previendo expresamente la subsistencia de los gananciales, en su caso, y estableciendo la facultad de instar la liquidación en cualquier momento o cuando se den ciertas circunstancias o plazos (mayoría o independencia de los hijos, por ejemplo).

d) Las imprecisiones que notamos en los considerandos primero y cuarto, justificadas por cuanto no afectaban a la cuestión controvertida, y las discusiones doctrinales sobre el carácter obligatorio o facultativo de la disolución de la sociedad de gananciales cuando se cambia el régimen de gananciales por el de separación, están en trance de desaparecer. Tanto en el proyecto de Ley de Reforma del Título III del Libro IV del Código Civil, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 4 de octubre de 1978, como en el posterior proyecto, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 14 de septiembre de 1979, se prevé un precepto (art. 1.392 de este segundo) según el cual «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: ... 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código».

La expresión *de pleno derecho* debe ser interpretada en el sentido de hacer obligada para los cónyuges la disolución de la sociedad, y las consiguientes liquidación y adjudicación, cuando la escritura de capitulaciones se limite a cambiar el régimen de gananciales por el de separación. No obstante, la norma del proyecto acaso sea insuficiente para evitar dudas posteriores de si pactos expresos de tales capitulaciones pueden diferir para un acto posterior, en tiempo determinado o indeterminado, la liquidación y adjudicación o, por el contrario, se ha pretendido prohibir la sustitución del régimen de gananciales que no contenga a la vez la liquidación y adjudicación de los gananciales existentes.

Para lo que no es totalmente concluyente el texto del nuevo artículo 1.392 del proyecto es para resolver el otro problema que nos planteamos al amparo del defecto primero de la nota de calificación. En efecto, la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales se produce, entre otros, conforme al nuevo precepto, en dos casos que se separan y numeran como distintos en las causas tercera y cuarta de dicho artículo: cuando judicialmente se decreta la separación y cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto. En el primer caso, la causa de conclusión de la sociedad de gananciales es la sentencia, y por ello cabe defender que las consecuencias de esa conclusión deben correr por cauces judiciales o, al menos, de ejecución de sentencia. Pasamos así al estudio del defecto primero de la nota.

C) En cuanto al primer defecto de la nota—el subsanable de no aportarse el testimonio de la resolución del Juez civil sobre la separación—, vimos el enfoque de su impugnación por el recurrente y su defensa por el funcionario calificador. Encuentro esta defensa notoriamente insuficiente e incompleta si, como supongo, el Registrador consideraba verdaderamente necesario tal documento para calificar la escritura de capitulaciones y para, en su caso, inscribirla si la Dirección rechazaba, cosa muy posible, el defecto segundo. Si el defecto segundo prosperaba y prosperaba como insubsanable, el primero sobraba, por quedar carente de sentido. Pero si no prosperaba el defecto segundo, no era muy seguro que la presentación del documento, cuya aportación pretendía el defecto pri-

mero, fuese suficiente para la inscripción de la escritura de capitulaciones. En mi opinión, ni la nota ni el informe reflejaron con mucha fortuna el verdadero obstáculo que podía existir para la inscripción en el supuesto de separación judicial que la exposición de la escritura relataba, si la Dirección resolvía que, en términos generales, unas capitulaciones *post nuptias* que sustituyan el régimen de gananciales por el de separación permite (o implica) la disolución de la comunidad ganancial, su liquidación y la adjudicación de sus bienes.

El verdadero obstáculo podría resultar desde dos puntos de vista: uno de ellos, el de la posibilidad de que lo judicialmente resuelto, aun en el caso de no haberse llegado al trámite de la separación judicial de bienes, cosa que solamente se afirma en el informe y, al parecer, no en la escritura, estuviese, de alguna manera, en contradicción con la liquidación y adjudicaciones efectuadas en la escritura calificada. Otro sería la posibilidad de entender que, siendo la fecha de la resolución del Tribunal eclesiástico anterior a la reforma del Código que permitió los capítulos *post nuptias*, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal tenía que correr, necesariamente, en base al principio de no retroactividad, por la normativa anterior de los artículos 1.417, 1.432 y 1.433, en los que resulta que la separación de bienes debe ser, necesariamente, judicial. Ni el Registrador ni el considerando último abordan estas cuestiones, que creo latían en el fondo del defecto primero y realmente lo justificaban.

La introducción de los capítulos *post nuptias* por la reforma de 1975 ha tenido crítica doctrinal favorable, principalmente por permitir la sustitución del régimen de gananciales por el de separación. Pero, por esto mismo, acaso hayan nacido tales capitulaciones con el pecado original de haber sido concebidas exclusivamente con la finalidad de legitimar separaciones de hecho sucedáneas de la separación personal judicial.

En otros países se encuentra más variación en las finalidades que lleven a los cónyuges a pactos posnupciales fuera del campo de las separaciones de hecho. Por ejemplo, ISABEL POISSON clasifica tales finalidades así: 1. Evitar los riesgos ocasionados por la actividad profesional de uno de los esposos. 2. El deseo de independencia financiera, por profesiones distintas, donación o herencia cuantiosa a uno de los cónyuges, separación de hecho, existir hijos naturales o de matrimonios distintos, etcétera). 3. Deseo de paliar algún accidente familiar (salud precaria del cónyuge administrador, desorden en los negocios de éste, etc.) (14).

La complacencia con las separaciones de hecho y las facilidades para obviar sus inconvenientes con las convenciones de separación son un ejemplo más de la tendencia a legitimar situaciones de hecho vulneradoras de la normativa reguladora de una institución o relación jurídica, en lugar de reformar esa normativa, si se estima arcaica o poco ajustada a las necesidades de los tiempos. Si la separación personal judicial se estimaba larga, cara y molesta (proceso canónico por vía judicial conforme a la Circular de la Nunciatura de 2 de agosto de 1958, más la tramitación de la ejecución ante el Juez civil), debió simplificarse el proceso

(14) «La changement du regime matrimonial», *Rev Trim de Droit civil*, 1969, pág. 471. Obra citada por TORRES ESCÁMEZ en el trabajo citado en la nota 12.

de separación (15) y no recurrir al atajo o vía paralela de ir legitimando paso a paso las separaciones de mero hecho.

El que hemos estimado pecado original de las capitulaciones *post nuptias* resulta agravado por no haberse previsto el problema de su coordinación con una separación judicial iniciada o terminada.

LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (16) tratan de la mutación de los capítulos en relación con la separación de hecho, y estudian los posibles conflictos entre los pactos de separación y lo dispuesto por la separación, y en primer término, si el nuevo artículo. 1.315 pudiese suponer incumplimiento por el legislador español de un acuerdo internacional como el Concordato. En otro orden de ideas, se preguntan qué garantías existen para un justo reparto de la masa ganancial en una separación de bienes convenida en la que prevalecería el interés del más fuerte; ¿cómo controlar que se ha respetado el procedimiento liquidatorio previsto por el Código? Dicen que no debe olvidarse que las mismas razones—destacadas por la doctrina—que para no acudir a la vía judicial, suele tener la mujer para transigir ante una capitulación matrimonial injusta o abusiva, y llegan a afirmar que la falta de homologación judicial viene a implicar un atípico derecho de repudio por parte del marido. Rechazan el argumento de que los capítulos *post nuptias* sin homologación no hayan ocasionado problemas en el Derecho foral, pues esto obedece a que responden a diversos planteamientos del Derecho de familia y sucesorio.

Aunque estos autores tratan del conflicto entre sentencia judicial de separación y capitulaciones convenidas, sólo lo hacen en el sentido de buscar una solución judicial a unos capítulos injustos. No obstante, en otro pasaje del trabajo se preguntan si los capítulos pueden modificar el tenor de la sentencia de separación. Esta parece tener en el espíritu de la Ley de 1975 un valor supletorio—al menos, en el orden económico—de la voluntad de los cónyuges, como se prueba con la posibilidad de reconciliación. Sin embargo, la situación de indefensión de la mujer, la supremacía del marido en el orden económico del matrimonio, puede conducir a que éste imponga condiciones abusivas en la separación. Afirman, en sentido contrario, que, dictada una sentencia de separación, pueden los cónyuges pactar lo que estimen conveniente en orden al régimen del matrimonio; mientras aquella regula la situación de los cónyuges tras la separación de la vida en común—sin perjuicio de que ello incida en el régimen económico matrimonial—, los capítulos se refieren a la

(15) Téngase en cuenta que esto pudo conseguirse en parte si hubiese habido más coordinación entre el legislador civil (que al reformar el art. 82 del Código en 1958 y hablar de sentencias y resoluciones estaba permitiendo la vía canónica administrativa *autoritate Ordinarii loci*) y el legislador eclesiástico, que bien pudo conformarse con dicha vía administrativa, como se venía conformando en todos los países en los que la legislación civil no exigía sentencia canónica para reconocer la separación. Ver AMADEO DE FUENMAYOR: «La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1975, págs. 3 v ss., especialmente págs. 21 a 23.

En la actualidad, en un extremo opuesto, el Real Decreto-ley de 29 de diciembre último (*Boletín Oficial del Estado* de 5 de enero) ha dispuesto que los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, iniciados a partir de la vigencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, se sustanciarán y decidirán por los Jueces de Primera Instancia conforme al procedimiento de los incidentes, si bien con un período común de proposición y práctica de prueba de treinta días y con intervención del Ministerio Fiscal sólo si existen hijos menores e incapacitados. Se adoptarán en pieza separada las medidas de los artículos 68 del Código y 1.886 de la Ley de Enjuiciamiento.

(16) JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO y JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: «Notas sobre la mutabilidad del régimen económico-matrimonial en el Derecho Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1977 págs. 163 y ss., especialmente págs. 173 y ss.

regulación de este régimen, y si bien su finalidad puede ser la separación, éste es un motivo que no debe tener trascendencia. Sólo en nota al pie se acercan algo a nuestro problema cuando dicen que no les parece que la sentencia eclesiástica pueda conllevar medida alguna sobre el aspecto patrimonial del matrimonio, pues debe limitarse a dictaminar sobre la separación y, en su caso, sobre la culpabilidad de algunos de los cónyuges. Pero no entran en si la resolución judicial civil puede entrar en tales o cuales aspectos económicos y patrimoniales de la separación conforme a lo pedido en su caso, de manera que la resolución civil deba estimarse intangible por convenios posteriores, al menos en cuanto éstos no sean lícitamente modificativos de lo determinado por la providencia judicial.

De los artículos 73, 82 y 1.432 a 1.434 del Código resulta que la sentencia de separación personal produce la de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno de los cónyuges el dominio y administración de los que le correspondan; que la jurisdicción civil ejecutará en todo lo relativo a efectos civiles las sentencias de separación dictadas por la jurisdicción eclesiástica, en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio; que al quedar intacto el 1.432 después de la reforma, se ha dejado oscura la cuestión de cómo han de ser coordinadas la separación de bienes en virtud de providencia judicial y la resultante de declaración expresa en capitulaciones matrimoniales *post nuptias*, y que ambos cónyuges pueden solicitar la separación de bienes y deberá decretarse cuando se haya dictado sentencia de separación personal, bastando para que se decrete presentar la resolución judicial firme de separación personal, y es entonces, cuando se ha decretado judicialmente la separación de bienes, cuando quedará disuelta la sociedad de gananciales y se hará su liquidación.

Todos estos preceptos son un tanto discordantes entre sí (contradicción entre 73 y 1.433, por ejemplo), y faltos de coordinación, con la posibilidad de capitulaciones después del matrimonio; pero, en cierto modo, son indicio de las dificultades de superponer unas capitulaciones de modificación del régimen económico ganancial en el de separación, a un procedimiento judicial en marcha o terminado de separación de matrimonio y consiguiente separación de bienes.

El artículo 1.433 determina los casos en los que se puede pedir la separación (judicial) de bienes, pero no el procedimiento para obtenerla. MUCIUS SCAEVOLA cree que el de jurisdicción voluntaria; MANRESA y SANCHEZ ROMÁN estiman que el trámite de ejecución de sentencia, y NART (17), que lo primero, en los casos de ausencia e interdicción, y lo segundo, en el de separación personal de los cónyuges.

Antes de la reforma de 1975 no existía el problema, porque al estar prohibida la modificación convencional *post nuptias* del régimen económico matrimonial el pacto no tenía cabida sino en la estrecha medida en que fuese ejecución de la resolución judicial de separaciones de bienes derivada de la separación conyugal. Pero ahora la cuestión varía mucho

(17) IGNACIO NART, *Revista de Derecho Privado*, enero 1951, págs. 30 a 43. No obstante, partiendo del texto literal del canon 1.333 del *Corpus juris canonici*, como el divorcio por adulterio puede producirse por la sola voluntad del cónyuge inocente, mantiene que no habiendo oposición del culpable pueda todo realizarse extrajudicialmente ante Notario.

y la dificultad está en que esta variación no ha sido reflejada en los correspondientes preceptos del Código. Es cierto que no hay ninguno que prohíba sustituir la solicitud de separación de bienes del artículo 1.433 por unas capitulaciones de modificación del régimen matrimonial con disolución y división de la sociedad de gananciales y consiguiente adjudicación; pero también lo es que no encontramos ningún indicio de haberse querido cortar la vía judicial que parece existir entre separación personal y separación de bienes.

La admisión de las capitulaciones durante el matrimonio, y en particular el espíritu y fundamental intención de la reforma de 1975 en este punto, parecen facilitar la admisión de pactos y convenios extrajudiciales que vengán a llevar a efecto la separación de bienes derivada de una resolución de separación de personas; pero esto no debe conducirnos a desconocer la posibilidad de que tales pactos o convenios puedan resultar más o menos contradictorios con resoluciones judiciales dictadas en orden a la separación de bienes y esta posibilidad no puede dejar de ser tenida en cuenta por el funcionario calificador al que se manifiesta en el mismo documento que habían existido no sólo la sentencia canónica de separación, sino resoluciones de ejecución del Juez civil. La posibilidad de que en la ejecución civil de la sentencia canónica pudiese haber proveídos en términos discordantes con las capitulaciones originó en nuestro caso los resquemores del funcionario calificador, aunque en la nota se limitase a exponer el defecto de falta de presentación de la resolución judicial civil citada en el documento, presentación que acaso no fuese suficiente para la inscripción del documento si tal contradicción existiese. Es posible que la ejecución, en cuanto a los bienes, de la resolución de separación se realice extrajudicialmente al amparo del artículo 1.315, después de la reforma, pero acaso las capitulaciones *post nuptias* y el convenio de liquidación de la sociedad de gananciales deba acomodarse a lo judicialmente resuelto y por ello la coordinación entre esto y lo pactado deba ser objeto de calificación.

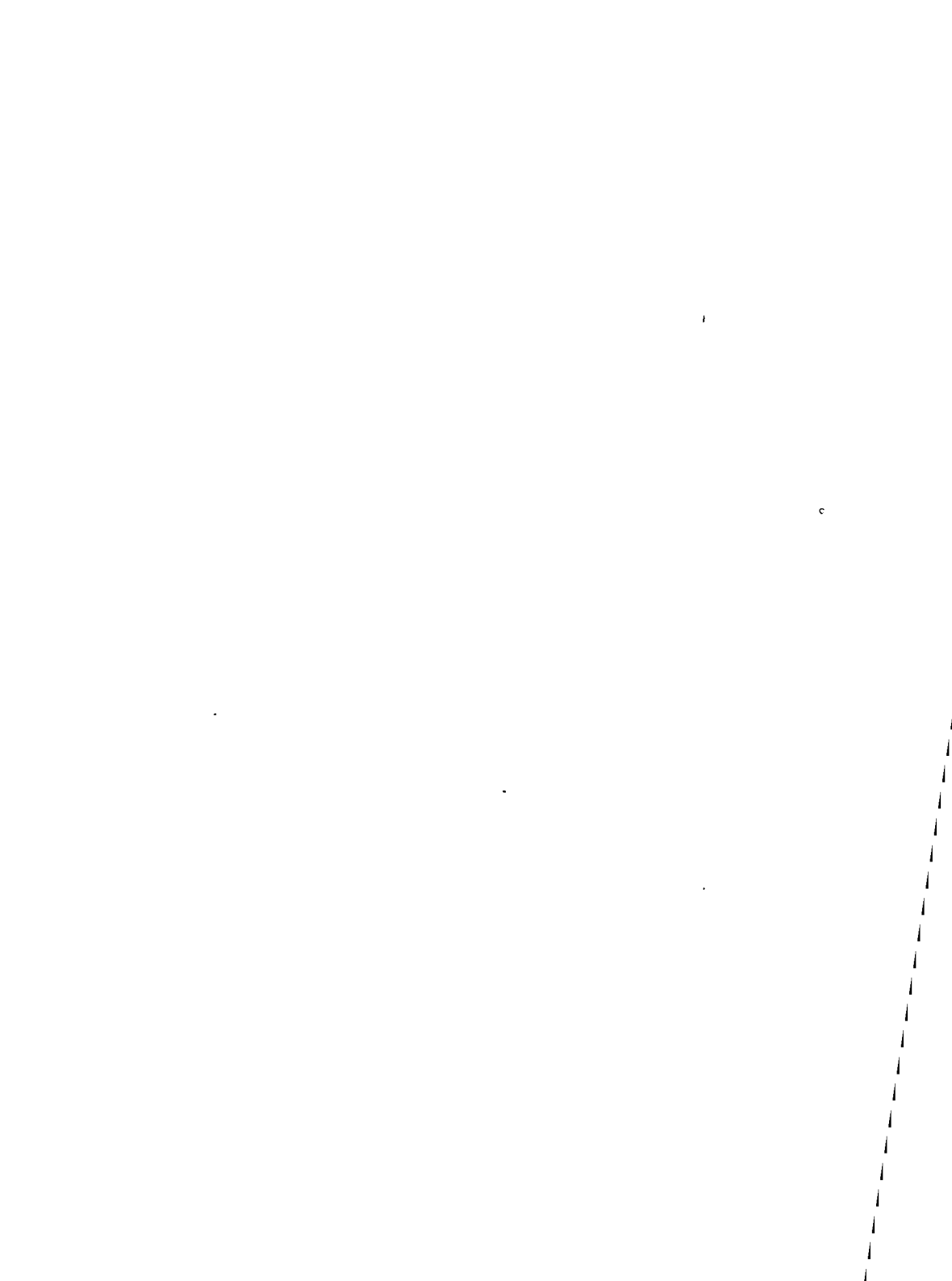
Por ello encontramos excesivamente reducido el ámbito del defecto primero de la nota y de los considerandos sexto y séptimo de la Resolución. Este entiende que es innecesaria la presentación de la providencia judicial porque se exigía para apreciar si se había ordenado judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales y esto resultaba indiferente, porque tal liquidación resulta consustancial con el cambio de régimen económico matrimonial realizado, como se determinó al tratar del defecto segundo. Repetimos que posiblemente el obstáculo no estaba realmente en que no se hubiese ordenado judicialmente la liquidación, sino, muy al contrario, en que se hubiese ordenado algo diferente o discordante con lo que las capitulaciones establecían. En este sentido encontramos más cauta la solución del Auto presidencial.

En mi opinión, ambos defectos resultaban completamente independientes. Cabía perfectamente sentar la doctrina de que las capitulaciones *post nuptias* producen obligatoria o facultativamente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y a la vez la doctrina de que iniciada judicialmente la separación del matrimonio debe continuarse judicialmente hasta el fin o al menos estar determinados los pactos finales sobre bienes por lo judicialmente resuelto. Si esto es así o, por el contrario, los cónyuges, en cualquier momento del proceso de separación personal y de su

ejecución en materia de bienes, son libres de capitular libremente con prevalencia sobre toda resolución judicial es algo que echamos a faltar en la Resolución.

Y especialmente la cuestión era discutible, y la presentación de la resolución judicial acaso necesaria, cuando la Sentencia canónica de separación era de fecha anterior a la reforma que admitió las capitulaciones después del matrimonio.

T. C. G.



II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRELACION DE CREDITOS ATENDIENDO A LA FECHA MAS ANTIGUA DE FIRMEZA DE UNA Y OTRA SENTENCIA DE REMATE. NO DEBE HABER INTERFERENCIA ENTRE LOS DOS ORDENES DE PREFERENCIA DEL NUMERO TERCERO DEL ARTICULO 1924 DEL CODIGO CIVIL, QUE SON LOS DE LA FECHA DE LAS RESPECTIVAS ESCRITURAS O DE LAS RESPECTIVAS SENTENCIAS, SINO APLICARSE UNO U OTRO ORDEN, SEGUN LOS CASOS (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—El Banco Español de Crédito, S. A., formuló demanda contra don Luis D. Moya y don Santiago L. Muñoz sobre tercería de mejor derecho, estableciendo, en síntesis, que había seguido juicio ejecutivo contra don Santiago L. Muñoz con base en una póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio, obteniendo a su favor sentencia de remate el 4 de mayo de 1974; que el otro demandado, don Luis D. Moya, obtuvo en su día ejecución contra el mismo don Santiago, entendiéndose el actor que su título y sentencia de remate dan lugar a una preferencia para el cobro respecto al otro acreedor, que obtuvo sentencia de remate en fecha posterior.

Contesta a la demanda don Luis D. Moya, alegando que sirvieron de base a la ejecución entablada por él en su día unas letras de cambio debidamente protestadas y que la sentencia de remate a su favor obtuvo firmeza con anterioridad a la firmeza de la otra sentencia de remate en que se ampara el actor.

El Juez de Primera Instancia de Aracena desestimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, por interpretación errónea del número tres del artículo 1.924 del Código Civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que son bases de hecho suministradas por la instancia, fundamentales para decidir este recurso, las siguientes: Primera. Que la pretensión del tercerista se fundamenta, según la demanda inicial de la tercería, en dos títulos de su crédito que en su sentir le otorgan la preferencia, cuales son: A) La sentencia de remate dictada a su favor en el procedimiento ejecutivo seguido a su instancia en el Juzgado de Aracena, bajo el número 32 de 1974, que lleva fecha de 4 de mayo de 1974 y que no ganó firmeza hasta el día 6 de julio de 1974, aunque en la demanda se considere que es otra la fecha de su firmeza. B) El título que sirvió de base a la ejecución que es una póliza de crédito y préstamo, intervenida por Corredor de Comercio, suscrita solidariamente por el deudor común y por su esposa, el 6 de febrero de 1974, con vencimiento el 5 de agosto siguiente; plazo que el Banco, conforme al número sexto de su articulado, de forma unilateral, acortó al día 6 de abril del mismo año. Segunda: Que el título del acreedor ejecutante, contra el que se dirige la tercería, está constituido: A) Por la sentencia de remate dictada por el Juzgado de Aracena en el juicio ejecutivo número 41 de 1974, dictada en rebeldía del deudor el 10 de junio de 1974, que ganó firmeza el 3 de julio de igual año. B) El título que sirvió de base a su ejecución fueron seis letras de cambio protestadas ante Notario, siendo la fecha del primer protesto la del 3 de abril de 1974 y el 16 de igual mes y año las restantes. Tercera: Este crédito del recurrido ha sido declarado preferente en ambas instancias.»

«Considerando que en el único motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la interpretación errónea llevada a cabo por la instancia, del artículo 1.924, párrafo tercero, del Código Civil, que establecía el orden de prelación para los créditos que no gocen de privilegio especial, como son, sin duda, los implicados en esta tercería y para los que establece dos órdenes de preferencia: el grupo A, formado por los que consten en escritura pública, y el grupo B, formado por los que consten por sentencia firme *si hubieren sido objeto de litigios*; agregando en el segundo párrafo: 'estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias'; indudablemente, el párrafo tercero del artículo 1.924 del Código Civil establece dos clases de preferencias, excluyentes entre sí: uno, el de las escrituras en que consten los créditos, otro el de las sentencias, en el caso de que existan éstas *en cuanto a cada uno* de los créditos interesados en la tercería; y la prueba de la exclusión, sin posibilidad de interferencia de uno y otro orden, en el caso de que existan dos documentos ejecutivos (lo que siempre ha de ocurrir) y dos sentencias de remate (lo que no siempre ocurrirá), es la frase consignada en el último párrafo del artículo documentado: el cual, después de separar los dos grupos de crédito, el A y el B, agrega en el último párrafo: 'tendrán preferencia, *entre sí*, por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias'; la letra de la ley es contraria a la interferencia de estos dos órdenes; la aplicación de uno o de otro depende del comportamiento del tercerista antes de lanzarse a la tercería; para que ésta se plantee, siempre ha de existir al menos

un ejecutivo en marcha; pero puede darse el caso, como el presente, en el que cuando la tercería se plantea, no sólo existen dos ejecutivos en marcha, sino que ésta se plantea cuando ya, en cada uno de ellos, se ha dictado sentencia de remate; cuando el tercerista inicia la tercería exhibiendo sólo la preferencia de su título, escritura contra la del ejecutante que se anticipó a entablar el ejecutivo, tendrá que acogerse al grupo A de los enunciados y será el Juez el que valore, en la tercería, la preferencia entre dichos títulos, sea cual sea el trámite en que el ejecutivo comenzado se encuentre; es la hipótesis a que alude clarísimamente la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 1955 y otras muchas alusivas a casos en los que no se planteó el juicio ejecutivo por ambas partes con antelación a la tercería. Si ello hubiera sucedido, en el presente caso, se daría la circunstancia de que también sería preferente el crédito del ejecutante al del tercerista, conforme a la doctrina sentada por la sentencia, antes citada, de 16 de abril de 1955; porque la primera letra protestada del ejecutante demandado lo fue en fecha 3 de abril de 1974, tres días antes que el tercerista diera por vencida unilateralmente la póliza suscrita por sus ejecutados el 6 de abril de igual año; pero cuando el tercerista, con anterioridad a promover la tercería, se lanzó a iniciar un ejecutivo para hacer efectivo su crédito y cuando en él se ha pronunciado sentencia de remate y plantea la tercería contra otro ejecutivo también en marcha, en el que también se ha pronunciado remate, como dice la sentencia de 13 de junio de 1958, 'desde el momento en que la reclamación tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad haciéndose litigioso, su certeza no deviene notoria, en especial, respecto a tercero'... 'hasta la firmeza de la sentencia, y en tal caso, precisamente por su condición de *litigiosa*, determina el apartado B del párrafo tercero del artículo 1.924 del Código Civil la preferencia para el cobro por el orden riguroso de las fechas de las sentencias, en el párrafo último del mismo artículo'; y que el crédito se convierte en litigioso desde el momento en que se plantea el ejecutivo, es indudable, pues dentro de él hay que dar la oportunidad de oposición al deudor, según los artículos 1.459 y 1.460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; e idéntico criterio mantienen las sentencias de esta Sala de 16 de octubre de 1956 y la más reciente de 3 de noviembre de 1971; en cuanto a esta última, es cierto que se dice que se modificó en el ejecutivo la cuantía de la cantidad reclamada por el tercerista ejecutante; pero ése no es argumento para alegar que el precedente no es aplicable al caso de autos; lo accesorio es que se modificara o se mantuviera la integridad del crédito; lo esencial es que pudo ser modificado, luego sometido el crédito en su integridad en el ejecutivo al control judicial, ya no es firme en su existencia y cuantía hasta que el Juez dicta su sentencia a cuya fecha hay que atenerse para decidir sobre preferencia, en relación con la que se dictare en el otro ejecutivo concurrente.»

«Considerando que en el caso de autos la sentencia del tercerista, que se acompaña con su demanda, fue dictada, en efecto, en fecha 4 de mayo de 1974, y es auténtica la diligencia de notificación a uno de los suscriptores de la póliza, pero se incurre en el error de creer que la sentencia ganó firmeza a partir de dicha notificación, el día 13 del mismo mes, sin caer en la cuenta de que había otra suscriptora de la póliza, demandada en el ejecutivo promovido por el Banco al que, al estar rebelde, hubo de notificarse la resolución por el *Boletín Oficial*; lo que no se realizó hasta el

día 28 de junio siguiente, por lo que dicha sentencia de remate no ganó firmeza hasta el día 6 de julio, cuando ya la había ganado el día 3 del mismo mes la del demandado en la tercería, que es a quien por dicha razón confiere la preferencia en sentencia de instancia, que ha de ser confirmada, desestimando el recurso.»

COMENTARIO.—Esta sentencia contiene una doble doctrina acerca del número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, respecto a la cual no podemos pronunciarnos de modo favorable.

Por un lado, en relación con la preferencia de los créditos que consten por sentencia firme, que contempla el apartado B) del citado número 3.º del 1.924, dice el Tribunal Supremo que lo que interesa, a efectos de prelación, no es la fecha de la respectiva sentencia, sino la fecha de firmeza de la misma. Por nuestra parte, entendemos que esta interpretación va contra la letra y contra la *ratio* del repetido precepto. Va contra sus términos literales, pues en el último párrafo se alude a «las fechas de las sentencias», no a «las fechas de firmeza de las sentencias». Y es que una cosa es que se exija que la sentencia sea firme y otra que se tome como fecha de prelación la de la firmeza de la sentencia, en lugar de la de la propia sentencia que después quedó firme. Además, el fundamento de la preferencia del crédito que conste en sentencia firme es la solemnidad que revela el reconocimiento del crédito en la sentencia, y a efectos de esta solemnidad, lo principal es la fecha de la sentencia, no la de la firmeza. La fecha de la firmeza no debe interpretarse como requisito de prelación en sí, sino como un problema meramente procesal, cuya exigencia evita que pueda mantenerse la preferencia si la sentencia es anulada. En definitiva, nuestra interpretación del apartado B) del número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil es la siguiente: la sentencia en que conste el crédito ha de ser firme, pues así lo dice el expresado apartado B); pero la fecha de preferencia, una vez obtenida la firmeza, es la fecha de la sentencia, pues así lo dice también el último párrafo del artículo 1.924.

Respecto a la otra cuestión que contempla la presente sentencia, se trata de decidir si constando un crédito no sólo en escritura pública, sino también en sentencia, al haber sido objeto de litigio, ha de estarse a la fecha de la escritura o a la de la sentencia, a la hora de resolver la preferencia entre él y otro crédito que consta únicamente en sentencia firme anterior a la firmeza de la sentencia de aquél, pero posterior a la escritura pública.

El Tribunal Supremo interpreta el número 3.º del artículo 1.924 en el sentido de que los dos supuestos, A) y B), de dicho número no se interfieren, sino que el uno excluye al otro. La sentencia se basa en que en el último párrafo se dice que «estos créditos tendrán preferencia *entre sí*», lo que, según ella, excluye toda interferencia de esos dos órdenes, con la consecuencia de que si ambos créditos han sido objeto de litigio y se ha producido la correspondiente sentencia de remate de uno y otro, la prelación ha de plantearse entre ambas sentencias. En nuestra opinión, la expresión «entre sí» nada significa a estos efectos, pues de igual modo puede referirse a «entre los créditos que consten en escrituras y sentencias de modo indistinto» como a «entre los créditos de los apartados A) o B) por separado». Además, si uno de los créditos consta en escritura pública y el otro en sentencia firme, resulta que sí hay interferencia entre

los dos órdenes necesariamente, pues entonces se plantea claramente un problema de preferencia entre un crédito del grupo A) y otro del grupo B) (entre sí). ¿Por qué, si además de constar en escritura pública consta también reconocido en sentencia de remate, ha de perder el efecto de prelación que le proporciona la fecha de la escritura? Como la contestación positiva es absurda, nos inclinamos hacia la solución contraria a la de esta sentencia, pues en otro caso resultaría que la eficacia de la escritura pública podría quedar relegada incluso cuando existiera una sentencia de remate que confirmara el crédito documentado en dicha escritura. La presente sentencia apunta el siguiente argumento: una vez que se sigue el litigio, el valor del título desaparece, pues al interponerse demanda, lo esencial es pensar que la cuantía del crédito puede ser modificada y ya no es firme en su existencia y cuantía hasta que el Juez dicte la sentencia. Pero este argumento no es convincente, pues también podría decirse que cabe la posibilidad de que el crédito resultante de la escritura pública haya sido confirmado y mantenido por la sentencia. Además, al instar la demanda, el actor pretende que se confirme lo que consta en su escritura pública, no que se modifique, y si se siguiera la idea del Tribunal Supremo, sería perjudicial para el actor instar el litigio, pues quedaría sin efecto prelativo el título en que el actor se apoya. Lo lógico es interpretar que, cuando un crédito conste al mismo tiempo en escritura pública y en sentencia firme, el acreedor puede utilizar cualquiera de los dos órdenes de preferencia que señala el número 3.º del artículo 1.924, pues cuenta con dos documentos que apoyan su preferencia.

Es como si, por el hecho de haberse inscrito una escritura de hipoteca en garantía de un crédito reconocido en dicha escritura, se dijera que el crédito pierde la condición de escriturario y se convierte en hipotecario exclusivamente. Nosotros entendemos que en este caso el crédito es a la vez escriturario e hipotecario y el acreedor puede utilizar los dos privilegios según le convenga, pues son yuxtapuestos y no excluyentes.

PRELACION DE LA HACIENDA PUBLICA POR CREDITOS TRIBUTARIOS VENCIDOS Y NO SATISFECHOS SOBRE ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOLO EN CUANTO A CREDITOS ANTERIORES A LA ANOTACION, PUES RESPECTO A IMPUESTOS POSTERIORES ES PREFERENTE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. NATURALEZA NO REAL DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. DISTINTOS EFECTOS DE LA PRELACION DE LA HACIENDA PUBLICA SEGUN LA CLASE DE TRIBUTOS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—El Abogado del Estado, en nombre de la Hacienda Pública, formuló demanda sobre tercería de mejor derecho contra el Banco Español de Crédito, S. A., y contra el deudor embargado por dicha entidad, alegando que dicho deudor lo es también de la Hacienda Pública por los conceptos de Impuesto de Tráfico de Empresas, multa del Servicio de Mercado, Cuota de Beneficios del Impuesto Industrial, Impuesto sobre la Renta e Impuesto sobre el Lujo, según resultaba de la certificación

expedida por el señor Recaudador de Hacienda en la Zona de Mula, arrojando un total de un millón ciento veinte mil setecientas diez pesetas, que con el 20 por 100 del recargo de apremio, cifra una deuda total de un millón trescientas cuarenta y cuatro mil ochocientas cincuenta y dos pesetas. Suplica se dicte sentencia declarando el derecho preferente de la Hacienda Pública al cobro de la citada cantidad, ordenando, una vez hecho trance y remate de los bienes embargados, se destine su importe al pago de la cantidad debida con preferencia al crédito del ejecutante.

El Banco Español de Crédito se opone a la demanda de tercería entendiendo que no es preferente para el cobro la Hacienda Pública, aparte de otros extremos, añadiendo que sería lamentable que, cuando por la exclusiva actividad del Banco se ha conseguido descubrir la pertenencia de los bienes al deudor y se han sufragado gastos, se beneficiara del producto de tales bienes la Hacienda Pública.

El Juez de Primera Instancia de Mula dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara haber lugar al recurso sólo en cuanto a uno de los conceptos impositivos que por corresponder a liquidación del año posterior a la anotación, no es preferente a ésta, desestimando el recurso en todo lo demás, por lo siguiente:

«Considerando que la prelación de créditos en favor de la Hacienda, ya insinuada en los Cuerpos de nuestro Derecho histórico según puede verse en la Ley 23, título XIII, de la Partida Quinta ('tal privilegio ha el debdo de la Cámara del Rey... primeramente deven ser entregados en los bienes de su debdor, que otro ninguno a quien deviesse algo... fueras ende en un caso, si el debdo primero es sobre peño, que oviesse empeñado a alguno señaladamente... ca entonce, tal debdo como este que fuese primero, ante deve ser pagado que el otro de la Cámara del Rey'), calificada también de 'privilegio' en el Proyecto de 1851 (arts. 1.925, número sexto, y 1.927, número cuarto) y regulada en el número primero del artículo 1.923 del Código Civil vigente como preferencia limitada al importe de la última anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre los bienes de los contribuyentes, es contemplada por la legislación hipotecaria a manera de hipoteca legal tácita—aunque propiamente se trate de una simple carga pública, sustancialmente marginada del juego propio de los principios hipotecarios—, como afección derivada de un crédito singularmente privilegiado que se extiende al cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que gaven a los bienes inmuebles, según así lo establecen los artículos 194 de la Ley y 271 del Reglamento; pero frente a tal criterio restrictivo de la legislación sustantiva, la fiscal otorga a la Hacienda Pública un derecho general de prelación para el cobro de sus créditos en relación con todos los demás acreedores, tal como preceptúan el artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, los Estatutos de Recaudación de 1928 (art. 158) y 29 de diciembre de 1948 (art. 138), el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 (art. 40), y como normas de superior rango, la Ley General Tributaria de 18 de diciembre de 1973 (arts. 71 y 73) y la Ley

General Presupuestaria de 24 de enero de 1977 (arts 31 a 34), disposiciones que, en adecuada conjunción con las complementarias, configuran una preferencia de la Hacienda como entidad acreedora, que se manifiesta: a) en la prelación por afección o hipoteca legal tácita, en seguridad del cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de contribuciones e impuestos; b) en la prelación general para los restantes tributos, no protegidos por dicha hipoteca legal tácita al no gravar periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, diversidad de hipótesis que comportan efectos igualmente distintos, pues mientras que en el primer caso opera una hipoteca legal privilegiada sin necesidad de acto constitutivo ni de inscripción que prevalece sobre cualquier otro acreedor o adquirente con eliminación radical de la regla básica en la colición de derechos *prior tempore potius iure*, en el segundo supuesto el privilegio del Estado se detiene ante los acreedores que lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, como claramente lo impone la regulación normativa de esa prioridad de grado y no de fecha, recordada por esta Sala en sentencias de 29 de noviembre de 1962, 2 de mayo de 1963 y otras, y por la Dirección General de los Registros en sus Resoluciones de 20 de enero de 1960 y 15 de febrero de 1962.»

«Considerando que así enmarcada la cuestión primordial de la controversia y pasando al concreto examen del recurso formalizado por el Banco Español de Crédito, S. A., contra la sentencia que, confirmando la apelada, declaró el preferente derecho de la Hacienda Pública para cobrar la cantidad de 1.344.852 pesetas, el primero de los motivos aduce infracción, por interpretación errónea, de los artículos 11 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, 71 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y 40 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, razonando que la preferencia que los citados preceptos conceden al Fisco para el cobro de sus créditos, debe entenderse limitada a la facultad que se le reconoce de anotar en los libros del Registro, por propia autoridad, los embargos decretados por su orden sobre los bienes de los deudores; pero bien se advierte que la alegación no es aceptable, pues además de que la constancia registral de tal medida cautelar sólo viene aludida por el párrafo segundo del artículo 11 de aquella ley, pero no por las restantes normas aplicables, el texto citado ofrece manifiesta diafanidad de exégesis, pues, porque el derecho de prelación que la Hacienda Pública ostenta, cede ante los acreedores dominicales, hipotecarios y prendarios que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la constancia tabular del que asiste al Estado, cabalmente 'para asegurarlo contra los actos posteriores' que podrían hacer ilusorio su rango, está facultada la autoridad económica para dirigir mandamiento al Registrador instando la anotación preventiva del embargo, más ni ello puede conducir a la conclusión, que por ilógica debe ser rechazada, de que el derecho de prelación, tan minuciosamente regulado, queda reducido a esa simple facultad, claramente instrumental de la preferencia establecida en el párrafo primero, ni cabe desconocer que la entidad bancaria recurrente carece de titularidad crediticia basada en derecho real de cualquier tipo.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo, basado en infracción, por violación, del principio general de derecho, consagrado por la doctrina jurisprudencial que cita, según la cual el fallo ha de ser pronunciado *secundum allegata et probata a partibus*, pues esta regla y el principio dispositivo que informa nuestro proceso civil han sido escrupulosamente respetados por los organismos jurisdiccionales de instancia, ajustándose a los actos de iniciación, de alegación y de aportación del material fáctico realizados por los contendientes, ya que en la demanda de la Abogacía del Estado se hace detallada indicación de los conceptos a que responden los créditos de la Hacienda Pública, esto es, el Impuesto sobre Tráfico de Empresas, multa del Servicio de Mercado, Cuota de Beneficios del Impuesto Industrial, Impuesto sobre la Renta e Impuesto sobre el Lujo, remitiéndose a los elementos identificadores que figuran en la certificación, aportada inicialmente, expedida sobre tal descubierto por el Recaudador de Hacienda en la zona de Mula, órgano legitimado a tal efecto conforme al artículo sexto, apartado d), del Reglamento General de Recaudación y al 129 de la Ley General Tributaria, quien al librarla hizo expresión de los datos señalados en los artículos 101 y 175 del citado Reglamento para seguir la vía de apremio, ordenada por la preceptiva providencia del Tesorero de la Hacienda, tal como dispone el artículo 95 de la misma normativa reglamentaria.»

«Considerando que posponiendo, por razones de sistemática en el tratamiento de los problemas planteados, el estudio de los motivos tercero, cuarto y quinto, todos ellos encaminados al mismo punto de la controversia, es no menos evidente la improcedencia del motivo sexto, apoyado en la infracción, por violación, del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reprochada al Tribunal *a quo*, que en sentir del recurrente se abstuvo de resolver la excepción de que, en el peor de los casos, el producto de realización de los bienes embargados debía ser destinado a atender las costas del apremio antes de aplicarse a satisfacer los créditos de la Hacienda tercerista»; imputación carente de base, pues acertadamente entiende en su penúltimo considerando la Sala sentenciadora que tal cuestión no puede ser resuelta en el proceso, «por ser ajena a la tercera, máxime si se tiene en cuenta que cualquier pronunciamiento que se adoptara sería incongruente, puesto que no respondería a ninguna petición expresa de las partes litigantes», declaración que sobre no ser combatida con la cita de los preceptos que podrían avalar la tesis del banco recurrente, se ajusta en un todo al específico ámbito del juicio de tercera de mejor derecho, que según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son muestra las sentencias de 19 de abril de 1960, 16 de enero de 1968, 27 de marzo de 1971 y 21 de febrero de 1975, ya se contemple como incidental de un proceso ejecutivo, ya como una de las formas de intervención de terceros en el proceso, ofrece a la resolución por el Juzgador el tema fundamental de preferencia del título de crédito invocado por el tercerista frente al utilizado por el ejecutante a efectos de aplicación del importe que se obtenga con la venta de lo embargado al deudor común, determinando así la prioridad y consiguiente preferencia entre los dos créditos en litigio, sin que puedan traerse a discusión problemas ajenos al expresado objeto, que habrán de ventilarse en distinto procedimiento, de donde se sigue que, circunscrita por su finalidad la tercera a la determinación de rango entre el crédito del accionante,

que alega su derecho a ser reintegrado con anterioridad al acreedor de la ejecución y con cargo a los bienes realizados, en el caso objeto del presente debate, el conflicto surge entre los créditos de la Hacienda pública y los esgrimidos por el Banco Español de Crédito como título en el juicio ejecutivo correspondiente, a los que obviamente no pueden ser asimiladas las costas del apremio, radicalmente distintas en su naturaleza y procedencia».

«Considerando que si bien al tratar del carácter de la anotación preventiva de embargo practicada con arreglo a lo previsto en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, algún sector de la doctrina de los autores entiende que comporta un verdadero derecho real de realización de valor en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, a manera de hipoteca judicial semejante al *pignus iudiciale* y parcial operatividad de hipoteca legal, terminología que ha sido recibida, como mero *obiter dicta* y sin constituir verdadera *causa decidendi*, por la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1968, que se cuida en puntualizar que tal medida 'sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad, pero no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco 'sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado', es unánime la doctrina jurisprudencial al respecto de que el embargo, como acto procesal, y la anotación, que es su proyección registral, nada prejuzgan sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones (sentencia de 21 de febrero de 1975, que a su vez invoca las de 20 de enero y 18 de febrero de 1954 y 12 de junio de 1970), pues la anotación preventiva no genera otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente frente a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos con posterioridad a la anotación (sentencias de 27 de enero y 13 de junio de 1948, 19 de abril de 1976); consideraciones que llevan a rechazar también el motivo séptimo, que arguye infracción, por violación, del artículo 11 de la repetida Ley de Administración y Contabilidad del Estado, del artículo 71 de la Ley General Tributaria y del artículo 40 del Reglamento General de Recaudación, ya que, a criterio del recurrente, la anotación preventiva de embargo entraña una afección de tipo hipotecario, con todo el alcance de un derecho real de garantía idéntico a la hipoteca, y que, como ésta, produce efectos constitutivos desde el momento de su acceso a los libros registrales, pero claro está que tan insostenible parecer se halla en abierta discrepancia con las reiteradas declaraciones jurisprudenciales, fielmente ajustadas al ordenamiento positivo, pues el artículo 1.923, número cuarto, del Código Civil, al que se remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, dispone la preferencia 'sólo en cuanto a los créditos posteriores', mas no en relación a los anteriores asistidos de privilegio, como son los créditos en favor del Estado, que gozan de prelación precisamente por imperativo de los preceptos legales que el motivo que se rechaza cita como vulnerados.»

«Considerando que, por el contrario, ha de prosperar el motivo tercero, que, íntimamente relacionado con el quinto, que viene a completarlo, se basa en la infracción, por violación, de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, 271 de su Reglamento y 1.923, número cuarto, del Có-

digo Civil, así como la doctrina legal invocada, consiguiente a error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos demostrativos de la equivocación evidente del Juzgador; pues si, como razonado queda, la anotación preventiva de embargo atribuye preferencia con relación a los créditos posteriores en cuanto a los bienes sujetos a traba, tal disposición capital sólo cede ante la rigurosa prelación que al Estado le otorgan los artículos 1.923, número primero, y 1.927, regla primera, del Código Civil, 12 de la de Administración y Contabilidad, 73 de la Ley General Tributaria y 37 del Reglamento General de Recaudación, es decir, en los supuestos en que opera la hipoteca legal tácita, delimitada categóricamente tanto en el aspecto objetivo ('tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro o sus productos directos, ciertos o presuntos') como temporal ('deudas tributarias no satisfechas, correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior'), pero ninguna razón o elemento interpretativo permite entender que la eficacia de la anotación registral de embargo desaparece ante los créditos estatales posteriores no protegidos por aquel privilegio singular, y siendo hecho indiscutido que la anotación del embargo en el juicio ejecutivo promovido por el Banco Español de Crédito fue extendida con fecha 25 de abril de 1973, obvio resulta que si el hecho imponible a los efectos del artículo 28 de la Ley General Tributaria y la consiguiente obligación de pago, aunque sea en período voluntario, no nace hasta el ejercicio por el que se hizo la imposición (sentencia de 31 de enero de 1974), claro está que la deuda tributaria por el impuesto de lujo, que según la certificación aportada por la Hacienda pública no se originó hasta el 10 de noviembre de 1973, carece de prelación frente a los créditos de la entidad recurrente protegidos por la anotación de embargo, lo que determina el éxito de los motivos en cuestión y hace innecesario pasar al estudio del cuarto, que se orienta al mismo resultado que esos dos alegando violación de los artículos 1.927 y 1.929 del Código Civil.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo considera preferente la anotación preventiva de embargo a favor del banco sobre la deuda tributaria por razón de impuesto de lujo, que según la propia certificación de apremio aportada, surge con fecha 10 de noviembre de 1973, habiéndose anotado el embargo con anterioridad, el 25 de abril de ese mismo año. Respecto a las demás deudas tributarias, declara el preferente derecho de la Hacienda pública al cobro, ordenando que una vez hecho trance y remate en los bienes embargados, sea destinado su importe de ese modo.

COMENTARIO.—Esta sentencia reitera la doctrina jurisprudencial existente acerca de los efectos de las anotaciones preventivas de embargo, confirmando lo que resulta del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, número cuarto, del Código Civil, que, como es sabido, sólo conceden preferencia a los créditos anotados respecto a otros de fecha posterior a la anotación.

Pero la sentencia no contempla un caso más que añadir a la lista de los producidos acerca de los preceptos que acabamos de citar, sino que se ocupa de la relación de los mismos con el artículo 71 de la Ley General Tributaria, dado que el caso sometido a debate judicial consistía

en el problema de si los créditos tributarios a favor de la Hacienda pública debían o no prevalecer sobre el crédito de un particular garantizado a través de una anotación preventiva de embargo.

Para mejor resumir y comentar la doctrina de esta sentencia, debemos distinguir los dos grupos de relaciones que estudia y decide la sentencia, según la clase de crédito tributario de los varios que existían:

1.º *Preferencia de la anotación preventiva de embargo sobre el crédito tributario de la Hacienda pública de fecha posterior a dicha anotación.*—Para fundamentar esa preferencia, la sentencia se apoya en el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, que considera aplicable, entendiendo que no queda afectado por el artículo 71 de la Ley General Tributaria.

Dicho artículo 71 señala que «la Hacienda pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concorra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley».

Literalmente interpretado el precepto, parece que las anotaciones preventivas de embargo en nada afectan al crédito de la Hacienda pública, pues el artículo no alude expresamente a ellas, sino que sólo considera preferentes frente a la Hacienda a los «acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito...».

Aunque no conocemos en concreto la interpretación dada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Territorial, lo cierto es que llegaron a la conclusión de que el crédito tributario de la Hacienda pública era preferente a la anotación preventiva de embargo de fecha anterior, por lo cual es de suponer que patrocinarían esa interpretación del artículo 71 de la Ley General Tributaria.

La presente sentencia no admite ese resultado, lo cual es acertado, pues desenfocaría totalmente el ámbito de aplicación del artículo 71 de la Ley General Tributaria y llevaría a la derogación del número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, cuando la anotación se enfrentase a créditos tributarios.

En primer lugar, tenemos que decir que el artículo 71 de la Ley General Tributaria no ha derogado ni expresa ni tácitamente el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, por lo que, efectivamente, no puede limitar los efectos que este último atribuye a las anotaciones preventivas de embargo.

Para comprobarlo hay que tener en cuenta que en el texto del proyecto remitido a las Cortes se planteó expresamente esta cuestión de la preferencia de la Ley General Tributaria sobre el Código Civil y, sin embargo, no prevaleció en el texto definitivo.

En el texto del proyecto, el actual artículo 71 (que figuraba como 72) contenía un apartado segundo, que decía así: «Este derecho de preferencia se antepone al sistema establecido por el Código Civil en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924.» Después de examinadas unas enmiendas que fueron rechazadas por la Ponencia, lo cierto es que en el texto definitivo desapareció ese párrafo, lo que es bien sintomático de que, planteada

expresamente la cuestión, no se quiso desvirtuar el sistema de preferencias del Código Civil.

Además, sería absurdo entender derogado el número cuarto del artículo 1.924 del Código Civil cuando se planteara una cuestión de preferencia entre un anotante y el crédito tributario, y mantenerlo vigente en los demás supuestos en que no apareciera ningún crédito a favor de la Hacienda pública, pues esto daría lugar a resultados absurdos cuando se produjera, lo que es bastante frecuente, un supuesto de concurrencia múltiple de créditos, unos con anotación de embargo, otros hipotecarios y otros tributarios.

Por tanto, el artículo 71 de la Ley General Tributaria hay que interpretarlo desde la perspectiva del número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, al continuar éste vigente.

La presente sentencia del Tribunal Supremo, al entenderlo así y destacar la preferencia de una anotación de embargo respecto a créditos tributarios de fecha posterior a aquélla, merece una crítica totalmente favorable, frente a lo que habían decidido el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial.

2.º Preferencia de los créditos tributarios de fecha anterior sobre la anotación preventiva de embargo obtenida por un particular.—Desde la perspectiva de la propia sentencia, es totalmente lógico que si se aplica el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil para apoyar la preferencia de la anotación preventiva de embargo sobre créditos tributarios de fecha posterior, se diga igualmente, en base a tal precepto, que respecto a los créditos tributarios de fecha anterior, éstos son preferentes a la anotación.

Sin embargo, lo que no podemos admitir es el razonamiento que emplea la sentencia, consistente en que la anotación preventiva de embargo no tiene naturaleza real. Y ello porque ese carácter «real» que la sentencia niega es precisamente lo que permite explicar los efectos *erga omnes* de las anotaciones respecto a los terceros adquirentes y acreedores posteriores a ellas. Es mucho más lógico partir del efecto «real» de las anotaciones preventivas de embargo, sólo que limitándolo a los créditos que, siendo privilegiados, sean de fecha posterior a ella, y además a los créditos comunes, cualquiera que sea su fecha, que no negar su naturaleza real, dejando así totalmente en el vacío el problema de su caracterización y eficacia. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene negando tópicamente la naturaleza real de estas anotaciones, y la presente sentencia no constituye una excepción a esta doctrina. Pero, como dice acertadamente ANTONIO IPIENS, «Pese a lo expresado en la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria y a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, las anotaciones de embargo no tienen el carácter de derecho personal. Antes de la Ley de 1909, aún podía sostenerse esa opinión. A partir de dicha ley, no. El bien embargado, aunque salga del patrimonio del deudor, continúa sujeto a responsabilidad (arts. 38 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento)». También admitimos la segunda conclusión a la que llega ANTONIO IPIENS en su estudio sobre «Anotaciones de embargo e hipotecas» (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XVIII, pág. 65, año 1974): «La tajante separación que entre hipotecas y embargos quiso establecer la Ley

de 1861 aparece muy mitigada. En las sucesivas reformas hipotecarias, cada vez se han ido aproximando más las segundas a las primeras en su forma de regularse.»

Además, si se parte de los efectos reales de las anotaciones preventivas de embargo, la concordancia entre el artículo 71 de la Ley General Tributaria y el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, de la que antes nos hemos ocupado y que es aceptada por esta sentencia, resulta muy clara, ya que entre los «acreedores con derecho real» a que se refiere el artículo 71, podrían estar los titulares de anotaciones de embargo de fecha anterior al crédito tributario, produciéndose el mismo resultado que el señalado por el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil. Y que no se diga, frente a esto, que el artículo 71 utiliza la palabra «inscritos», y no «anotados», pues es sabido que aquella palabra tiene en la legislación hipotecaria no sólo el sentido estricto referido a asiento de inscripción, sino en muchas ocasiones el sentido amplio, comprensivo, de los asientos de anotación, y en el presente caso es más adecuado interpretarlo en ese sentido amplio en concordancia con las situaciones jurídicas susceptibles de publicidad registral que contempla el precepto (acreedores con derecho real), y no al revés, limitando esas situaciones jurídicas a través de una interpretación estricta del término «inscritos» empleado por la Ley General Tributaria. ¿Acaso se puede negar que no estén comprendidas las anotaciones por defecto subsanable, simplemente porque se haya empleado la palabra «inscritos»?

Por último, nos parece interesante recalcar otra de las declaraciones de esta sentencia a propósito de la preferencia que señala a los créditos tributarios anteriores a la fecha de la anotación, y esa declaración consiste en que la anotación de embargo no es preferente a créditos anteriores *privilegiados*. Por nuestra parte, hemos subrayado esta última palabra para puntualizar que no es preferente a una anotación de embargo cualquier *crédito de fecha anterior*, sino sólo los créditos anteriores de una especial naturaleza. En este caso, los créditos anteriores son tributarios, lo que les da el carácter de privilegiados conforme a la Ley General Tributaria, aunque no sean singularmente privilegiados. Pero si se tratara de créditos comunes, no serían preferentes a la anotación, aunque fueran anteriores a ella, pues, según el artículo 1.925 del Código Civil, la fecha es indiferente para los créditos sin privilegio especial, y no iba a producirse criterio distinto al interpretarse el número cuarto del artículo 1.923.

Ciertamente, la presente sentencia no trata de profundizar en este problema, pero al deslizarse esa palabra de «privilegiados» para calificar a los créditos anteriores que son preferentes a las anotaciones, nos ha dado pie para recordar nuestra opinión acerca de este tema.

Aunque la solución dada por esta sentencia es mucho mejor que la que dieron las sentencias de Instancia, sin embargo, no creemos que con su doctrina se hayan resuelto todos los problemas y dificultades que plantea el tema de la prelación de anotaciones de embargo y créditos tributarios.

Para comprobar estas dificultades, sintomáticas de que la doctrina jurisprudencial no puede quedar cerrada y terminada, supongamos que en un concurso de acreedores concurren no sólo el crédito tributario

anterior y el crédito anotado posterior, sino también otros créditos privilegiados, del modo siguiente:

- 1.º Crédito tributario no anotado en el Registro, referente a impuestos de tráfico de empresas del año 1978.
- 2.º Crédito con anotación de embargo practicada en enero de 1979.
- 3.º Crédito hipotecario, siendo la fecha del crédito y de la inscripción de hipoteca del mes de febrero de 1979.
- 4.º Crédito refaccionario, anotado en marzo de 1979.
- 5.º Crédito escriturario, de fecha anterior a todos ellos, por ejemplo, de fecha 1977.

Si cada uno de estos cinco créditos tuviera el importe de un millón de pesetas y la finca sujeta a responsabilidad tuviera un valor de tres millones de pesetas, ¿quién cobra con preferencia y quién se quedaría sin cobrar?

Siguiendo la solución de esta sentencia, aparentemente lógica, el crédito tributario cobra antes que el crédito con anotación de embargo, pues aquél es anterior a ésta. Pero el crédito tributario debe cobrar después de los créditos hipotecario y refaccionario, pues éstos son preferentes por aplicación del artículo 71 de la Ley General Tributaria y del artículo 1.923 del Código Civil, ya que se inscribieron y anotaron, y el de la Hacienda, no. Por otro lado, el crédito con anotación de embargo es preferente a estos últimos, que son de fecha posterior a la anotación. Y respecto al crédito escriturario, si se siguiera la interpretación dominante, sería preferente al crédito con anotación de embargo (interpretación del número cuarto del artículo 1.923), pero debería ser pospuesto a todos los demás, que son preferentes a él.

Como se observará, todo esto da lugar a situaciones contradictorias y absurdas, lo que puede servir de ejemplo para demostrar que se impone un estudio a fondo del tema de las preferencias y que no deben darse por resueltas actualmente todas las cuestiones que se pueden plantear.

TERCERIA DE DOMINIO. REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS. LA INTERPRETACION DEL JUZGADOR DE QUE CIERTO CONTRATO, POR SUS DETERMINADAS CONDICIONES, ESTA SUJETO A LA LEY DE VENTAS A PLAZOS Y NO ES OPONIBLE A TERCEROS SI NO ESTA INSCRITA LA RESERVA DE DOMINIO Y QUE NO ES ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES, DEBE PREVALECER EN CASACION (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—La entidad «Lisban, S. A.», Compañía de Leasing, formuló demanda contra don Emilio R. Senen y la «Sociedad de Inversiones Turísticas Canarias, S. A.», sobre tercería de dominio, ante el embargo trabado por don Emilio R. Senen sobre una serie de bienes muebles que la entidad actora alega eran de su propiedad por haberlos entregado a la entidad embargada «Inversiones Turísticas» en concepto de alquiler y no en concepto de venta.

El demandado contesta alegando que los contratos otorgados por la actora con la denominación de «arrendamientos» no puede considerarse como tales, pues se trata de contratos que la doctrina anglosajona viene denominando de *leasing*, pero que en nuestro ordenamiento jurídico están encajados en la normativa de la ley sobre venta de bienes a plazos, pues no constaba aviso alguno de que los bienes se hubiesen cedido bajo el sistema de *leasing*.

El Juez de Primera Instancia número 8 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, por lo siguiente:

«Considerando que el determinar la conceptualización jurídica que corresponde a cierto contrato es un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, y, en ese aspecto, la sentencia recurrida, que hace suyos los considerandos de la de primer grado, explícitamente afirma que los contratos de 5 y 26 de julio de 1972 que sirven de título a la tercería de dominio, no obstante su denominación de contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, las condiciones particulares denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazos, contratos que, en consecuencia, están sujetos a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su artículo 2.º, y, con base en esa calificación, rechaza la demanda, por considerar que no son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el artículo 23 de la mencionada ley especial.»

«Considerando que el único motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación, por no aplicación de los artículos 1.255 y 1.543 del Código Civil, y en su desarrollo sostiene la recurrente que considera inadecuada la subsunción que de los contratos de que se trata hace la sentencia recurrida, estimando que, por el contrario, tales contratos son atípicos, cabiendo subsumirlos en lo fundamental en el citado artículo 1.543, que define el arrendamiento de cosas, pero al argumentar de ese modo prescinde y hace caso omiso de la constante jurisprudencia de esta Sala, según la cual el criterio interpretativo de los Tribunales de Instancia debe prevalecer en casación, a no ser que se evidencie, por el cauce del número primero del mencionado artículo 1.692, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 al 1.289 del Código Civil, o se demuestre por la vía del número séptimo del mismo artículo, el error del Juzgador al establecer los hechos en que la interpretación se apoya, y como ninguno de esos medios impugnatorios se utiliza en el recurso, es llano que procede su desestimación, con los pronunciamientos accesorios del artículo 1.748 de la ley procesal civil.»

**NEGOCIO REALIZADO CON SIMULACION RELATIVA SUBJETIVA,
POR INTERPOSICION DE PERSONA. PRUEBA DE PRESUNCIONES:
PRESUNCION AD HOMINEM (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1978).**

Hechos.—Don Eugenio S. Martínez formuló demanda contra don Jesús P. Marín y otros, hijos y yernos del actor, suplicando se dictara sentencia por la que, con relación a la finca «Dehesa de la Almida», se condenase a los demandados, declarando que el actor es el verdadero adquirente de dicha finca, a través de los demandados, cuya intervención en el documento privado y en la escritura pública de compra fue como personas interpuestas, por orden y cuenta del actor, declarando asimismo la nulidad y cancelación del asiento registral de la finca.

Los demandados contestan que la finca fue adquirida por ellos, y si es que les adelantó dinero la «Cerámica Sampedro», de que es titular su padre y suegro, le deberán ese dinero, pero no por ello corresponde al actor la propiedad de la finca.

Se acordó la acumulación a los autos de la demanda seguida por uno de los demandados contra los otros sobre división de cosa común de la repetida finca.

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de Logroño desestimó la demanda primeramente presentada, y estimó la otra demanda sobre división de cosa común, declarando haber lugar a la división de la finca.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos estimó el recurso de apelación interpuesto por el actor de la primera demanda, declarando que él es el verdadero adquirente de la finca, a través de los demandados, que no tienen otro carácter que el de personas interpuestas. En cuanto al otro recurso, absolvió a los demandados de la demanda de división de cosa común.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el yerno, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al mismo, por lo siguiente:

«Considerando que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en materia de simulación contractual, ya lo sea absoluta, cuando el negocio no se quiere en su contenido, o relativa, cuando se realiza con fines de apariencia y es otro el verdaderamente querido, y en éstos, tanto lo sea subjetiva, cuando el sujeto se hace aparecer como contratante o destinatario de la declaración, mientras en realidad es otro el efectivo, u objetiva, por referirse a la propia naturaleza del negocio o a sus elementos esenciales o accidentales, la principal cuestión que surge y dificultad con la que el Juzgador se encuentra, es cuanto afecta a la prueba de la misma, puesto que el negocio simulado se presenta como realmente querido, cuidando las partes de darle su máxima apariencia de certeza, y suele redactarse en escritura pública, y de todo ello, el que tengan los Tribunales que cuidar al máximo el resultado que le puede ofrecer las pruebas practicadas, de las que, por lo general, es la de presunciones la más esencial, y de ahí que sea del mayor interés, en la resolución del presente recurso, recoger los hechos que como probados sienta el Juzgador de Instancia, 'bien por admisión de todas las partes litigantes',

‘bien como resultado de la actividad probatoria’. A continuación, la sentencia expone esos hechos, siendo, en resumen, la convivencia familiar entre actor y demandados, a través del trabajo que éstos realizaban en la fábrica propiedad del actor, la existencia de un amplio poder en favor de los hijos y yerno para la gestión propia del negocio de cerámica, el hecho de que a cargo de los fondos de la cerámica, propiedad del padre, se pagaron los plazos y gastos complementarios de la compra de la dehesa, así como los derivados de su posesión y explotación. Hechos de los que, según expresión literal de la recurrida sentencia, ‘resulta indudable, a juicio del Tribunal por presunción *ad hominem*, que la adquisición de la dehesa denominada «Almida» fue realizada por los demandados (interposición real de personas) para el actor, actuando aquéllos como verdaderos mandatarios de su padre y suegro, respectivamente’.

Frente a estos hechos probados, la sentencia no tiene en cuenta los hechos alegados por el recurrente, por no estar probados, y por no ser ilógica la deducción del Juzgador de existencia de simulación subjetiva.

MONTE PUBLICO EN NAVARRA. LA ADQUISICION DE TERRENO HELECHAL POR UN PARTICULAR NO PRUEBA LA ADQUISICION DEL DOMINIO DEL TERRENO PLANTADO DE INNUMERABLES HAYAS. INTERPRETACION DE LA PALABRA «HELECHAL». NO EXISTE BUENA FE DEL ADQUIRENTE, DADA LA INEXACTITUD REGISTRAL EXISTENTE (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—Don Francisco A. Zubieta y doña Ramona Z. Astibia presentaron demanda contra el Ayuntamiento de Goizueta, la Diputación Foral de Navarra y el Estado, suplicando se dictara sentencia declarando que la finca que describían inscrita a nombre de los actores, consistente en una borda con su choza y con su helechal de alrededor de cabida seis mil posturas, equivalentes a mil ochocientas sesenta y nueve áreas y quince centiáreas, pertenecía a los actores en nuda propiedad y usufructo, respectivamente, con cuanto existe dentro de sus límites; y como consecuencia de la declaración anterior se condene a los demandados a que hagan entrega inmediata de la finca, con cuanto en ella existe, y a que en lo sucesivo se abstengan en la misma de todo uso, disfrute o utilización; y asimismo se declare la nulidad y cancelación de los asientos e inscripciones que en el Registro de la Propiedad existan sobre el inmueble en favor de los demandados.

Los demandados se oponen, alegando que lo que reivindican los actores es parte de un monte público catalogado inscrito en el Registro a nombre del Ayuntamiento, cuando en realidad aquéllos sólo acreditan un derecho de aprovechamiento del helechal, concesión muy frecuente en Navarra respecto a montes comunales. Además, en la descripción de la finca de los actores se alude simplemente a una borda con choza y a su helechal, añadiéndose que existen diez fresnos, y resulta que en la finca del Ayuntamiento existen setecientos setenta árboles de haya, lo cual no tiene ningún parecido con aquella otra descripción.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Pamplona desestimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto por los demandantes, por lo siguiente:

«Considerando que el motivo tercero, que alega violación del artículo 1.216 del Código Civil para justificar un error de Derecho en la apreciación de la prueba, es improsperable, pues para ello es preciso que se cite el precepto que regula el valor probatorio de algún elemento de ella que haya sido desconocido, y el artículo 1.216 se limita a determinar lo que son documentos públicos, no imponiendo al Tribunal ninguna prueba a efectos valorativos.»

«Considerando que el motivo segundo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 348 del Código Civil, así como la Ley 388 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, y de la doctrina legal contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 1954, que no puede correr mejor suerte, porque, firmes en casación los hechos declarados probados en la Instancia relativos a que las fincas reclamadas forman parte de un monte inscrito a nombre del pueblo de Goizueta en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública en 14 ed mayo de 1912, y que figura en el Registro de la Propiedad a nombre de dicho Ayuntamiento, inclusión llevada a cabo sin oposición por parte de nadie, que indica por sí sola una posición acreditada que únicamente podría desvirtuar una titulación perfecta del dominio que los actores no tienen, pues, lejos de esto, aparece de las propias escrituras presentadas por los demandantes que su derecho se limitaba a un mero aprovechamiento del helechal, no conceptuándose dueños del terreno ni de las demás utilidades que éste comprendía, y, en efecto, en las escrituras, pese a ser fincas de explotación forestal y existir a la sazón numerosos y antiguos robles, hayas y alisos, ni los incluían ni hacían referencia a los mismos, cuando la riqueza de las fincas en esas especies arbóreas estribaba, aprovechamientos forestales muy superiores al precio real satisfecho por los que compraron los helechales, y que han venido realizándose hasta hace poco tiempo por el Ayuntamiento de Goizueta sin oposición alguna, ello unido a que la naturaleza y destino de las fincas no es helechal, sino forestal (considerando primero de la Audiencia, última parte), los recurrentes hacen supuesto de la cuestión, intentando hacer una interpretación subjetiva de la denominación de 'helechal', sin citar siquiera las normas hermenéuticas que figuran en el número primero del vigente artículo 3.º del Código Civil ni acomodarse a sus normas, ni hacer tampoco alusión a las del número sexto del artículo 1.º del propio Código, caracterizadora de la jurisprudencia como 'doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho', que tampoco se da en el presente caso.»

«Considerando que, por último, es desestimable el motivo primero, por no respetar el hecho también probado en la Instancia de que es inadmisibles aceptar la buena fe de quien adquiere con una manifiesta inexacti-

tud registral, que por ser ostensible no podía ser desconocida, como era la adquisición según la titulación y el Registro de una borda y una choza con su helechal alrededor, siendo así que, en la realidad, de la borda y de la choza quedaban ruinas y el helechal era en la mayor parte de la superficie un hayedo (considerando quinto del Juzgado), procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso.»

ADQUISICION DE FINCA RUSTICA POR EXTRANJERO EN CANARIAS POR DOCUMENTO PRIVADO Y SIN LA PREVIA AUTORIZACION MILITAR: ES NULA DE PLENO DERECHO. AUNQUE LA ADQUISICION CITADA SEA ANTERIOR A LA LEY DE 1960, ES APLICABLE ESTA EN CUANTO A LA OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1978) (*).

Hechos.—Don John Lawrence F. Martín formuló demanda contra don Manuel P. Hernández y don Ramón D. Gutiérrez y sus respectivas esposas alegando que el demandado últimamente citado había adquirido una tercera parte indivisa de unas fincas rústicas en el pueblo de Fasnia (Canarias), no para sí, sino para el demandante, según documento privado; que el otro demandado figuraba en escritura pública de 1945 como adquirente de las fincas, si bien en documento privado de la misma fecha ambos demandados reconocieron que la propiedad de los inmuebles pertenecían en común y proindiviso a ellos dos, en la proporción de dos terceras partes el señor P. Hernández, y la otra tercera parte, don Ramón D. Gutiérrez. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el demandante es propietario de la tercera parte indivisa de las fincas, que don Manuel P. Hernández y esposa están obligados a otorgar escritura pública de venta de dicha tercera parte indivisa al actor, y que el demandado don Ramón D. Gutiérrez y esposa no deben formular oposición alguna.

Una vez contestada la demanda, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife desestimó la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, y estimando de oficio la infracción de normas de orden público que afectan a la defensa del territorio nacional, declaró la nulidad de pleno derecho o inexistencia del documento privado formalizado en 1945 entre don Manuel P. Hernández y don Ramón D. Gutiérrez y del documento privado formalizado en la misma fecha por este último a favor del demandante.

La Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado señor P. Hernández, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso,, por lo siguiente:

«Considerando que en materia de adquisición por extranjeros de inmuebles en España, que es de la que trata el presente recurso, el único

(*) Téngase en cuenta que la legislación actual sobre la materia se encuentra en la Ley de 12 de marzo de 1975 y en su Reglamento de 10 de febrero de 1978, referentes a zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

artículo del Decreto de 19 de junio de 1975, recordado por la sentencia recurrida, puntualiza que las disposiciones legales vigentes son la Ley de 23 de octubre de 1935, el Decreto de 28 de febrero de 1936, la Orden Ministerial de 26 de diciembre de 1949, la Ley de 12 de mayo de 1960 y el Texto Refundido de ésta de 31 de octubre de 1974, con el Reglamento para su aplicación de la misma fecha, a las que debe añadirse el Decreto de 23 de diciembre de 1974; normas que deberán ser interpretadas con criterio restrictivo en atención al espíritu y finalidad de las mismas (que constituye una de las pautas de la hermenéutica legal según la vigente redacción del apartado primero del artículo 3.º del Código Civil), que no son otros sino la integridad del territorio nacional a los fines de la defensa militar, las cuales son de aplicar al supuesto discutido que se refiere a inmuebles sitos en el archipiélago de Canarias no incluidos en casco urbano, ensanche, zona urbanizada ni en proyecto aprobado de interés turístico, al modo requerido por el artículo 2.º de la Ley de 1935, en relación con el también segundo del Decreto de 1936; siendo de observar que la Ley de 1960 establece un régimen dual al respecto, pues en el artículo 1.º dice que 'deberán *necesariamente inscribirse* en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935...', añadiendo en el párrafo segundo que la falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, precepto este último que, en principio, no es aplicable a la operación que aquí se examina en atención a las fechas respectivas y la carencia de efectos retroactivos de aquél constando la segunda en la escritura pública de 22 de diciembre de 1945.»

«Considerando que, por el contrario, el artículo 2.º de la misma Ley de 1960 se refiere expresamente a los títulos no inscritos *anteriores* a aquélla, comprendidos en los supuestos del artículo 1.º, '... en cuyo caso deberán inscribirse en el plazo de un año, transcurrido el cual... la contribución territorial de los inmuebles que no hayan sido objeto de inscripción, se incrementará en un 10 por 100, *hasta que se cumpla lo dispuesto en la misma*', es decir, no puede reducirse exclusivamente a ese incremento de carácter tributario, como parecería desprenderse de la simple letra del precepto, porque éste está refiriéndose a los actos jurídicos no inscritos para los cuales mantiene la exigencia de la inscripción y además porque al hablar de 'actos jurídicos' no puede comprender sino a aquellos que a todos los efectos legales, sean válidos y susceptibles de inscripción, cuya determinación deberá hacerse con la legislación en vigor en el momento en que el acto se realizó, que no es otra sino la Ley de 1935 y el Decreto de 1936, a cuyo tenor 'la adquisición por parte de... individuos de nacionalidad extranjera... estará sujeta a la *previa autorización* del Ministerio de la Guerra, solicitada por conducto de las autoridades militares correspondientes...' (arts. 2.º de la Ley de 1935, y 4.º, letra a), del Decreto de 1936), teniendo que mediar la *solicitud pertinente* a dicho Departamento (arts. 5.º y 6.º del Decreto de 1936), para la efectividad de lo cual, el artículo 15 del referido Decreto dispone que los Registradores de la Propiedad y los Notarios, *no autorizarán* en lo sucesivo ventas de fincas rústicas o urbanas... cuando en estas operaciones intervenga algún extranjero, *sin la presentación del oportuno permiso* del

Ministerio de la Guerra, incurriendo incluso en responsabilidad en caso de contravención (art. 17 del Decreto de 1936), exigencias que no son meras formalidades administrativas, en cuanto que son condiciones *sine qua non* para la documentación pública y la consiguiente inscripción registral.»

«Considerando que de acuerdo con cuanto antecede es evidente que obligatoriedad de la inscripción registral, de que fundamentalmente se ocupa la Ley de 1960, afecta al caso debatido, aunque sea anterior a la misma, como igualmente es incuestionable que el acto que lo origina habrá de reunir los requisitos legalmente exigidos para que la inscripción puede realizarse, lo que aquí no sucedió, pues no consta—ni siquiera se alegó en la instancia—que existiese la autorización del Ministerio de la Guerra requerida por el artículo 2.º de la Ley de 1935, que, según dice el precepto, ha de ser *previa*, ni figura tampoco la *pertinente solicitud* a dicho Departamento que tiene que mediar a tenor de lo establecido en los artículos 5.º y 6.º del Decreto de 1936, a causa de lo cual no tuvo—sencillamente porque no podía tener—constancia documental en la escritura notarial de 22 de diciembre de 1945 y subsiguiente registración pública, pues no se presentó ante el Notario el *oportuno permiso* del Ministerio de la Guerra (art. 17 del Decreto de 1936); todo lo cual está poniendo de manifiesto que el acto alegado por el actual recurrido constante en documento privado, cuya existencia se ocultó al fedatario público en 1945, es contrario a lo exigido con carácter constitutivo para su validez, por la ley entonces aplicable, incurriendo, por tanto, en la sanción de nulidad, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código Civil (en el texto vigente a la sazón), lo que lleva consigo como consecuencia ineludible la también nulidad del artículo 2.º de la Ley de 1960 puesto en relación—que es forzoso establecer—con el párrafo 2.º del artículo 1.º de la misma, ratificado a los efectos de repercusión pública con el precepto contenido en el artículo 5.º de la propia Ley de 1960 según el que «los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta ley (que, forzoso es insistir, comprende los actos posteriores y los anteriores a su promulgación) *sin que conste su inscripción en el Registro de la Propiedad*.»

«Considerando que nada de lo expuesto con precedencia, puede decirse desvirtuado con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1967 y 6 de abril de 1973 alegadas *in voce* por la representación letrada de la parte recurrida en el acto de la vista, porque afectan a supuestos que nada tienen que ver con el presente, pues la primera se refiere a que «la autorización gubernativa no es exigible a las Compañías mercantiles constituidas al amparo de la Ley de 17 de julio de 1951 que (aunque integradas por extranjeros) están domiciliadas en ESPAÑA... y tengan (como tal persona jurídica independiente de los socios que la integran) *nacionalidad española*, a las que son de aplicar las normas comunes del Derecho civil patrio...; y la segunda, porque se limitó a precisar que las disposiciones vigentes en la materia «... admiten excepciones como la de que los terrenos estén sitos en zonas turísticas» (Decreto de 23 de diciembre de 1964), dándose por probado—lo que no fue impugnado en casación—que el terreno debatido «se encuentra en *zona exceptuada*...»; todo lo cual conduce a la estimación del único motivo formulado, en el que a través del número uno del artículo 1.692 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil (edición de 1889) en relación con el 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y artículos 1.º y 4.º, apartado letra *a*), del Reglamento para la aplicación de la misma de 28 de febrero de 1936; estimación que supone la del recurso en su totalidad casando y anulando la sentencia recurrida...»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la del Juzgado, desestimando la demanda.

PODER PARA PLEITOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO: LEGALIZACION DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. SUSTITUCION DE PODER. EFECTOS DEL FALLECIMIENTO DEL PODERANTE SUSTITUIDO (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—El Procurador don Alvaro Romero A., en representación de don Maximino López y su esposa, formuló demanda contra doña Sara Fernández y doña María Lestia, sobre reconocimiento de propiedad de unos terrenos, señalando en el suplico de la demanda, que, como subsidiaria de la petición que proponía, y para el supuesto de que antes o en la tramitación del litigio haya fallecido o fallezca alguno de los demandantes, hecho desconocido de momento, se declare la propiedad de dichos terrenos a favor de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar de los esposos don Maximino López y esposa, en cuyo supuesto se accionaría para la citada sociedad de gananciales.

Las demandadas contestan a la demanda oponiéndose al fondo de la cuestión y también impugnan la autenticidad formal como el contenido del aparente poder al que se alude en la escritura de sustitución, alegando falta de personalidad en el Procurador por ilegalidad o insuficiencia e inoperancia del poder.

El Juez de Primera Instancia de Puebla de Trives dictó sentencia estimando la demanda, declarando que los terrenos pertenecen a la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar que integraron los esposos en cuya representación actuó el Procurador.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, después de hacer uso de la diligencia para mejor proveer acordando la unión a los autos de la copia auténtica de la escritura de apoderamiento otorgada en Cuba, a favor de la señora Camila López y López, dictó sentencia confirmando la del Juzgado.

Las demandadas interponen recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando «falta de personalidad del Procurador de la parte demandante por ilegalidad e insuficiencia de poder», señalando que dicho Procurador compareció en autos, a nombre de los demandantes, con escritura de poder, otorgado por doña Camila López en España, sustituyendo el poder otorgado en Cuba, haciendo constar el fedatario español que el poder que se sustituye carece de la legalización por el Ministerio de Asuntos Exteriores español. Además, había fallecido hacía años el intitulado actor don Maximino López.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, destacando los dos primeros «considerandos»:

«Considerando que en el primer motivo del presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, con amparo procesal en el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia 'falta de personalidad del Procurador de la parte demandante, por ilegalidad e insuficiencia del poder, con violación del párrafo primero del artículo 503 y del número cuarto del 600, en relación con el ordinal 1.º del 533, todos ellos de la misma ley procesal', cuya estimación es imposible por las razones que seguidamente se exponen: a) el Procurador de la parte actora, en su día, presentó junto con la demanda inicial del procedimiento de que traen causa estas actuaciones, un poder en regla acreditativo de su personalidad procesal, que fue el otorgado por doña Camila López y López, con autorización del Notario..., de acuerdo, precisamente con la exigencia del párrafo primero del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que quedó acreditada su personalidad *ad procesum* evidenciándose que es inexacta la afirmación que, al respecto, se hace en el recurso; b) quien concede el referido poder, es decir, la mencionada doña Camila López, lo hizo por sustitución, haciendo uso de las facultades que le fueron concedidas por el matrimonio integrado por don Maximino López y López y doña Inés Pérez Fernández, con la escritura de apoderamiento de 2 de febrero de 1965, otorgada en la ciudad de La Habana (Cuba), poder éste que es el que se discute en el recurso al sostener que no estaba legalizado suficientemente en la forma requerida por el número 4.º del artículo 600 de la Ley adjetiva, con lo que se confunde la indicada personalidad del Procurador—consecuencia de la legitimación procesal, acreditada con el poder presentado—con la legitimación causal, concretada en este caso a dilucidar en la manera polémica con que se plantea, si aquel que otorgó el poder estaba o no en condiciones jurídicas sustantivas de otorgarlo, lo que no es una cuestión de forma, sino de fondo que excede del cauce procesal en que se formula; c) el único obstáculo que se opone al poder del sustituido en este caso es el de que habiendo sido otorgado, como se dijo, en la Habana, no estaba legalizado en la forma legalmente exigida para que pudiera surtir efectos en España; que el Notario español autorizante del poder referido que trae causa de aquél, dijo no concurrir en cuanto que faltaba la necesaria legalización del Ministerio Español de Asuntos Exteriores, suscitándose la consiguiente disputa al respecto, para dilucidar la cual, la única autoridad competente es la judicial que, pudiendo y debiendo aclararlo fehacientemente no puede quedar paralizada por la simple manifestación del Notario español autorizante, por lo que con acierto y haciendo uso de la facultad que para estos casos concede el artículo 340 de la Ley adjetiva, acordó como diligencia para mejor proveer, unir a los autos la discutida escritura cubana de otorgamiento de poder de 2 de febrero de 1965, de la que, sin duda alguna, resulta que lo dicho por el referido Notario español no es exacto, en cuanto que en aquella consta expresamente la requerida legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores, índice todo ello de que no es que la Sala sentenciadora haya subsanado defecto alguno, en cuanto al poder presentado, pues todo lo relacionado con él estaba en regla, sino que se limitó a constatar el error, sin duda material, que padeció el tantas veces citado Notario español, resolviendo la disputa que en relación con el mismo se había suscitado; d) el escrito de recurso ofrece una versión errónea no sólo en cuanto al asunto en sí según lo que se acaba de exponer, sino también por

lo que respecta al reflejo que aduce de lo que sostiene, dijo la sentencia impugnada, puesto que alega que ésta afirmó que el Notario español de referencia 'ha incidido en una falta de veracidad', cuando la estricta realidad de lo dicho fue que '... mientras no se demuestre que tal escritura (la otorgada en Cuba) carece de fundamento material en cuanto no responde a la verdad, demostración que no se llevó a cabo, tal instrumento producirá todos sus efectos y entre ellos... el de conceder a la parte demandante la necesaria legitimación causal que ampare su actuar'; doctrina general y práctica aplicativa que deben ser confirmadas en todos sus términos.»

«Considerando que el segundo de los motivos formulados, que lo es por el cauce del número uno del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega falta de emplazamiento en primera y segunda instancia de las personas que debieron haber sido citadas a juicio con violación de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado séptimo del artículo 9.º de la indicada Ley de trámites, en cuanto que no se citó a los herederos de don Maximino López y López una vez acreditado en autos su fallecimiento; motivo, igualmente desestimable, pues estando vigente la sustitución del poder de que antes se ha hecho referencia, habrá que estar al que otorgó el sustituto, o sea, doña Camila López y López, que es la auténtica poderdante del Procurador que actúa, en relación con la cual es imposible alegar el supuesto del artículo 9.º de la Ley de Enjuiciamiento, sin que por otra parte consten ni siquiera se conozcan las repercusiones que el fallecimiento de uno de los sustituidos pueda tener de acuerdo con la legislación del país en que se otorgó, respecto del poder de 2 de febrero de 1975, como tampoco se conoce la valoración que pueda tener el hecho de que fue dicho poder conferido conjuntamente por el matrimonio constituido por el fallecido y doña Inés Pérez Fernández, sometidos al régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, a la que pertenecían los bienes en relación con los cuales se dio el poder, cuyo cese o revocación sería preciso demostrar para estar en condiciones de obtener consecuencias que repercutan en el que procesalmente entra aquí en juego, teniendo que ser de forzosa aplicación en España, en el entretanto, la norma del artículo 1.738 del Código Civil, a cuyo tenor, 'lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos'; todo lo cual, es indudable que, además, afecta a cuestiones ajenas por completo al quebrantamiento de las formas del juicio que se pretende.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS DE LOCAL DESTINADO A FARMACIA QUE ALTERAN LA ESTRUCTURA GENERAL DEL EDIFICIO Y SU CONFIGURACION Y ESTADO EXTERIOR (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—Don Francisco Severo Rodríguez P., por sí y en beneficio de sus hermanos y coherederos, interpone demanda contra don Ignacio Ma-

nuel R. Rodríguez, por encontrarse éste realizando en la fachada del edificio, del que son propietarios en régimen de propiedad horizontal actores y demandado, obras que afectaban a la configuración o estado exterior del mismo, sin la previa conformidad o autorización de los actores.

El demandado alega que es titular del local en la planta baja destinado a farmacia y que las obras realizadas consistieron en el cerramiento exterior de dicho local, por lo que no se trata de alteración de fachada, al no existir en la parte correspondiente el citado local.

El Juez de Primera Instancia de Los Llanos de Aridane dictó sentencia desestimando la demanda.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la sentencia del Juzgado, considerando, por el contrario, que las obras realizadas por el demandado en la fachada del edificio alteran la configuración y estado exterior del mismo, condenando al demandado a realizar las obras necesarias determinables en ejecución de sentencia para volver la fachada a su ser y estado anterior.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, por lo siguiente:

«Considerando que la cuestión que se ha planteado en el pleito, y que ahora se trae a casación, se reduce sencillamente a determinar si las obras realizadas en la parte externa del local destinado a farmacia—del demandado—, han modificado o no la estructura, seguridad, configuración o estado exterior del inmueble que pertenece en propiedad horizontal a ambos litigantes, y si, por tanto, dicho demandado ha infringido, o no, el artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1960, sobre esa especial propiedad, al haberse llevado a cabo sin autorización de la comunidad propietaria del conjunto del edificio en que se realizaron.»

«Considerando que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis estimatoria de la demanda, tiene en cuenta las numerosas pruebas referentes al asunto, que fundamentalmente son: las diferentes fotografías aportadas, los informes técnicos de los folios 184 y siguientes, y 202, 203 y 204, sustancialmente iguales, y la documentación obrante a los 132, 175 y 176; y de ellas deduce 'que se ha producido notable alteración en la parte baja del edificio, consistente en: cambio de la piedra caliza roja por mármol blanco y cerámica azul; modificación sustancial en los huecos, y colocación de varias marquesinas y cajas luminosas, por lo que, entendiendo que en esa materia, el criterio que ha de seguirse, es sumamente severo, respecto de las modificaciones no autorizadas por la Comunidad, siquiera no exista más que otro partícipe, concluye proclamando que el demandado ha incidido en graves infracciones', y da lugar a la demanda en sus dos vertientes: declarativa y condenatoria.»

«Considerando que contra tal sentencia, el demandado condenado alza su recurso, en cuyo motivo primero, al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que la resolución recurrida 'incide en interpretación errónea del artículo 7.º de la Ley... en relación con el 3.º de la propia Ley', según el recurrente: a) La Sala tan sólo admite acreditada la alteración de la parte baja de la fachada, en los puntos concretos que enumera y con base en los medios probatorios

que invoca, y tal alteración no puede ser interpretada como incurso en aquellas excepciones del párrafo primero del artículo 7.º, toda vez que la alteración introducida lo es—según dicho recurrente—en los elementos arquitectónicos e instalaciones de su *concreto espacio*, delimitado como susceptible de *aprovechamiento independiente*—tal y como define el artículo 3.º, letra a), de la propia Ley—, que era el local de farmacia, máxime cuando el recurrente adquirió dicho local—como acaece siempre respecto de los locales comerciales—*en estructura*, y fue quien ejecutó las *obras de cerramiento*, incluso *en fachadas*; b) El dictamen pericial obrante a los folios 184 al 188, aunque reconoce que efectivamente las obras alteran la composición total del edificio y de su planta baja en particular, no establece, sin embargo, como dispone el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 'que ello altere o menoscabe la seguridad del edificio ni la estructura general y mucho menos que perjudique los derechos de otro propietario'; c) El acta de reconocimiento judicial afirma 'que las obras afectan única y exclusivamente a los locales de la farmacia del demandado, sin sobrepasar sus límites', y no afectan en absoluto a la estructura resistente del edificio, pues se ha respetado la configuración del mismo, y únicamente afectan a la estructura ornamental, es decir, las obras realizadas han modificado el aspecto externo del local con respecto a su estado anterior, ya que los huecos existentes se han subdividido quedando, como es natural, más pequeños, y también se ha modificado la ornamentación o decoración exterior del local, y d) Por todo ello, 'es incuestionable que no se está ante los supuestos de excepción a que se refiere el artículo 7.º, párrafo primero, de la Ley especial, sino más bien a las obras de modificación de los elementos arquitectónicos o servicios de un local concreto, que constituyen el caso genérico, no exceptuado, del citado párrafo, en relación con el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los pisos o locales independientes, a que se contrae el artículo 3.º, letra a), de la propia Ley'.

«Considerando que, en realidad, toda la argumentación del recurrente en este motivo, se limita a mantener que como las obras fueron realizadas en su local o espacio privativo y, además, no alteraban el resto del edificio, no pueden entenderse comprendidas en las excepciones del párrafo primero del mentado artículo 7.º, ya que no vienen a alterar la configuración total de la fachada.»

«Considerando que frente a las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida—que no se combaten adecuadamente—, no puede sostenerse que las obras ejecutadas por el demandado, por afectar solamente a la parte baja de la fachada, y no sobrepasar su espacio privativo no producen alteración en su configuración, porque ésta es, conforme al Diccionario, 'disposición de las partes que componen un cuerpo y le dan su peculiar figura'.

«Considerando que, además, debe destacarse que en el caso de autos, las obras se realizaron en elementos comunes del edificio, y no en los privativos del demandado, ya que, tanto las columnas de sostenimiento de las fachadas, como las paredes construidas entre esas columnas para cerramiento del edificio, no son de propiedad exclusiva del dueño de la vivienda o local al que sirven para aislarle de la calle; y por añadidura, se sustituyeron unas placas que recubrían esas columnas por otras de már-

mol y de cerámica, abriéndose en las paredes unas ventanas más pequeñas, pero en mayor número que las que antes había, todo lo cual comporta grave alteración de la configuración de dichas fachadas.»

«Considerando que en el motivo segundo, y al amparo también del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación, por su no aplicación, debiendo serlo, de los siguientes preceptos: 1.º Párrafo primero del artículo 3.º del Código Civil, relativo a la interpretación de las normas; 2.º Artículo 7.º del propio Código, referente al abuso del derecho.»

«Considerando que en la formulación de este motivo se incide en un grave defecto procesal, pues se plantean dos cuestiones jurídicas que debieron ser amparadas en dos diferentes motivos, contravieniéndose lo dispuesto claro y rotundamente en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su último párrafo, por lo que resulta inviable tal motivo.»

«Considerando que, aunque pudiera salvarse ese valladar procesal, y se entendiera que venían formuladas esas dos cuestiones en sendos motivos, tampoco éstos podrían prosperar: el primero, porque la interpretación social, que propugna para la norma, no puede desvirtuar el claro tenor de la misma, que ya queda examinado; y el segundo, porque la cuestión del alegado abuso del derecho, no fue propuesta en la fase procesal oportuna, y sobre ella no se pronunció ni tenía por qué pronunciarse el Tribunal de Instancia, por lo que merece el calificativo de 'nueva', y no puede ser examinada en casación.»

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE ELEMENTOS DE CALEFACCION DE UN INMUEBLE NO INCORPORADOS TODAVIA AL MISMO. NO SON INMUEBLES. CONTRATO DE OBRA (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—La Cooperativa de Vivienda Torre Enlace formuló demanda sobre tercería de dominio contra don Fernando G. Santos y Construcciones El Entrego, S. L., alegando que en autos de juicio ejecutivo seguidos por el citado don Fernando contra la entidad últimamente señalada, se trabó embargo sobre 37 calderas de gas «Junkers», 400 radiadores de distintos elementos, tipo y altura, todos ellos para calefacción, una electro-bomba «Prat» de elevación de agua y una llave de paso «Vill» de media pulgada, que se encontraban en el edificio en construcción propiedad de la entidad actora tercerista, por todo lo cual debía alzarse el embargo, dejándolo sin efecto.

Contestó a la demanda don Fernando G. Santos, alegando que los bienes embargados no estaban aún instalados en el edificio.

El Juez de Primera Instancia de Oviedo dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que examinados conjuntamente los motivos tercero y cuarto, por así requerirlo la circunstancia de versar ambos sobre el título

dominical que en su favor invoca la entidad actora con relación a los bienes objeto de la tercería, los dos se amparan, lo mismo que el anterior, en el párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 1.592, 1.594, 1.595, 1.597 y 1.598 el primero de los enumerados, y por violación del artículo 334, en sus números 3.º 4.º y 5.º, el segundo, todos ellos del Código Civil, y han de correr igual suerte desestimatoria que los dos primeros, pues con relación al motivo tercero no puede válidamente sostenerse que la calificación de dueño de la obra que atribuyen los artículos que como infringidos se citan, con respecto al que por su cuenta y encargo se realiza aquélla, sea título bastante y eficaz para reivindicar los materiales que se encuentren dentro de la misma, para emplearlos en ella, pues no debe olvidarse que en el caso presente la Cooperativa demandante concertó con la Sociedad constructora, deudora ejecutada del demandado señor García Santos, la edificación de un bloque de viviendas siendo de cuenta de ésta los materiales, por lo que dicho contrato, más conocido por contrato de empresa, ha de estimarse, como la resolución impugnada así lo estima, que es la naturaleza mixta, por darse en él las características del contrato de arrendamiento y el de compraventa, y en definitiva, cabe calificar esta compraventa como de cosa futura, pues la obligación de pagar el precio convenido, de no haber pacto en contrario, ha de cumplirse al hacerse entrega por el contratista de la obra construida, en este caso la edificación convenida, conforme establece el artículo 1.598 del Código Civil, en cuyo momento se consume, por la tradición, el contrato, de lo que se infiere que, en el caso objeto del presente recurso, la actora no podía tener el dominio sobre los materiales objeto de la tercería por no haber acreditado su adquisición en la fecha en que el embargo de los mismos tuvo lugar, los cuales, por otra parte, tampoco habían sido instalados en la edificación a la que iban destinados, pues tal hecho se realizó con posterioridad, no sólo a dicho embargo, sino también a la fecha en que de la traba tuvo conocimiento la recurrente por la comunicación que a tal efecto le dirigió el Juzgado haciéndola saber había de conservarlos a disposición del mismo, hechos éstos que ponen de manifiesto la imposibilidad de aplicar el artículo 334, en sus números 3.º, 4.º y 5.º, cuya infracción por violación se acusa en el cuarto motivo del recurso pues, abstracción hecha de que tales normas —definidoras de la condición de bienes inmuebles de los de naturaleza mueble a ellos agregados por incorporación o destino—no puedan ser de aplicación en los supuestos contractuales, como la sentencia recurrida declara, lo cierto es que en la fecha del embargo los radiadores y demás elementos que habían de integrarse en el montaje de la calefacción, y fueron objeto del mismo, se encontraban dentro del edificio en construcción, del que por unilateral decisión se había posesionado la actora, pero sin haber sido incorporados a éste mediante la adecuada instalación, toda vez que ésta se produjo con posterioridad y a pesar de saber la recurrente que se encontraban a disposición del Juzgado en el proceso de ejecución en que dicho embargo tuvo lugar, y sabido es que siendo el objeto de toda tercería de dominio, promovida al amparo del artículo 1.535, en relación con el 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la restitución de bienes pertenecientes a quien los reclama, la condición de éstos ha de referirse a la que tenían a la fecha en que fueron embargados, por lo que no pueden ser objeto de transformación o cambio en su naturaleza

o características fundamentales agregándolos o incorporándolos a otros como parte inseparable de ellos, de lo que se deduce que la tercera objeto del recurso no puede prosperar dada la ausencia de un título eficaz de dominio que pudiera acreditar el que la tercerista pretende tener sobre los bienes embargados cuya mera tenencia tenía, a la cual incumbía probar ese pretendido derecho dominical, conforme al artículo 1.214 del Código Civil, prueba que había de consistir en justificar su adquisición mediante la correspondiente entrega del precio.»

ACCESION INVERTIDA: REQUISITOS. DIVISION DE COSA COMUN. RENDICION DE CUENTAS POR EL ADMINISTRADOR (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—Doña Antonia Garay E. formuló demanda contra don Aquilino Garay Ercilla y su esposa doña Angela Garay Elcorobarrutia, hermana de la actora, alegando que le pertenece la mitad indivisa de la finca urbana que describía y que el demandado venía cobrando las rentas de los arriendos que existen en la finca, sin que haya abonado a la actora todo lo que le correspondía. Por ello, suplica se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a abonar a la actora la cantidad de 551.000 pesetas en concepto de liquidación de las rentas percibidas correspondientes a ella, más los intereses legales desde la fecha en que se pruebe habérselos reclamado judicial o extrajudicialmente; y que se proceda a la división de la cosa común entre las partes, y si se estimara que ésta es indivisible o que desmerecería mucho con su división, se venda en pública subasta con reparto del precio obtenido por mitad.

Los demandados contestan diciendo que una serie de construcciones existentes sobre la finca les pertenecen a ellos exclusivamente por haberlas edificado a su costa con buena fe, por lo que tienen derecho a la adquisición de la mitad indivisa del terreno correspondiente a estas edificaciones mediante el pago de su precio, en base a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida.

El Juez de Primera Instancia de Vergara dictó sentencia condenando a los demandados a abonar a la actora la suma de 503.437 pesetas con cincuenta céntimos, en concepto de liquidación de rentas percibidas correspondientes a la actora, más los intereses legales, y dividiendo la finca común, adjudicaba a los esposos demandados la parte de terreno que se corresponde con la zona industrial, Polígono 24 del Plan General de Ordenación Urbana de la Villa de Arechavaleta en una extensión de 2.507 con cincuenta metros cuadrados, y a la demandante la parte restante del inmueble.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia condenando a los demandados a abonar a la actora la suma de 463.283 pesetas con once céntimos, en concepto de liquidación de rentas percibidas, más los intereses legales, y dividiendo la finca común, adjudicaba a la actora la parte correspondiente a la zona residencial más los 587,67 metros cuadrados de zona industrial y a los demandados el resto total de la zona industrial, aparte de otras declaraciones.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, sólo lo estima en parte, declarando lo siguiente en la primera sentencia:

«Considerando que según doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en las sentencias de 31 de mayo de 1949, 17 de junio de 1961, 19 de abril de 1972, 23 de octubre de 1973 y 22 de febrero de 1975, para la estimación de la llamada accesión invertida, que determina la incorporación del suelo a lo edificado, se requiere la concurrencia de los requisitos siguientes, a saber: *a)* que quien la pretende sea titular dominical de lo edificado; *b)* que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es de propiedad ajena; *c)* que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; *d)* que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor que excedan a los del suelo invadido; *e)* que el edificante haya procedido de buena fe, esto es, ignorando que parte del suelo sobre el que ha construido no le pertenece.»

«Considerando que la sentencia recurrida rechaza la accesión invertida reclamada en reconvención por los aquí recurrentes, fundamentalmente, por considerar, que el análisis y estimación de las pruebas practicadas, tanto de confesión, documentales y testifical, llevan al convencimiento de que no se ha probado que las edificaciones de referencia correspondan en propiedad exclusiva a los demandados, ni siquiera que fueran edificadas por éstos a sus expensas ni menos de buena fe, declara también que no pueden ampararse los demandados, como pretenden, en el párrafo segundo del artículo 364 del Código Civil, y al aceptar los considerandos de la sentencia de primer grado mientras no se opongan a los propios, hace suya la afirmación que se contiene en el cuarto de aquella sentencia en orden a que los terrenos tienen un valor en venta muy superior al de las naves.»

«Considerando que frente a dicha decisión se alzan los cinco primeros motivos del recurso, el primero de los cuales se ampara en el número séptimo, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, y los cuatro restantes en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos ellos son desestimables; el primero, porque no se concreta con la precisión y claridad necesarias en que consiste el error denunciado, esto es, que afirmación de hecho de la sentencia recurrida resulta contradicha por los dos documentos que se invocan, documentos que, en todo caso, carecen de autenticidad a efectos de casación, porque, por sí, no patentizan nada que expresamente se oponga a lo que la sentencia recurrida afirma; el segundo y tercero porque se construyen partiendo del supuesto, que establecen por su cuenta los recurrentes, de que si bien ha habido mala fe por su parte, también la ha habido por parte del causante de la actora, copropietario con ellos en proindiviso por mitad del suelo en cuestión, olvidando que la mala fe, como cuestión de hecho, requiere la declaración previa de su existencia y, es lo cierto, que la sentencia recurrida no sólo no contiene tal declaración, sino que hace la declaración contraria, pues al afirmar que no pueden ampararse los demandados, como pretenden, en el párrafo segundo del artículo 364 del Código Civil, está proclamando que no ha habido mala fe por parte del citado causante; y en cuanto al cuarto y quinto, porque el recurso se da contra la parte dispositiva de la sentencia, y no contra los considerandos

que no constituyen la premisa básica del fallo, aparte de que, y por lo que al primero de los mencionados motivos respecta, se parte del hecho, que igualmente establecen por su cuenta los recurrentes, de que el valor de lo edificado, en la fecha de su construcción, excede notoriamente del valor del suelo en dicha fecha.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria han de correr los motivos sexto y noveno y último, ambos fundados en el número primero del artículo 1.692; en cuanto al primero de ellos, porque plantea una cuestión nueva, y, además, intrascendente a efectos de la legitimación de la actora; y respecto al segundo, porque cuanto en él se alega no tiene otro valor que el de ser el criterio de los recurrentes, contrario al de la Sala sentenciadora, el cual ha de prevalecer frente al de aquéllos de no demostrarse su manifiesto error, supuesto éste que aquí no se da.»

«Considerando que afirmando la sentencia recurrida que el demandado don Aquilino Garay, tanto en vida de su padre político, como fallecido éste, era quien administraba la finca litigiosa y la sigue administrando, es llano que aplica indebidamente el artículo 1.063 del Código Civil, porque como ya declaró esta Sala en las sentencias de 9 de junio de 1928, 28 de mayo de 1931 y 12 de abril de 1944, no es dable confundir el derecho que concede a los herederos el citado precepto legal, con las obligaciones inherentes a una administración del patrimonio indiviso, en su virtud, procede estimar el octavo motivo del recurso que, articulado por el cauce del número primero del indicado artículo 1.692, denuncia aquella infracción y, consecuentemente, sin necesidad de estudiar el motivo séptimo, dar lugar al recurso, con la consiguiente casación y anulación parcial de la sentencia recurrida.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo, además de la indivisión de la finca en los dos lotes que señala, condena al demandado a que rinda cuentas a la actora de la administración de la finca litigiosa, y a que le abone la parte del saldo que le corresponda como copropietaria con los demandados en proindivisión por mitad de la finca en cuestión, desestimando los demás pedimentos de la demanda, así como la reconvención.

PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL NUMERO ASIGNADO EN LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA AL APARTAMENTO VENDIDO. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. SU APRECIACION CORRRESPONDE AL TRIBUNAL DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—Don Ramón T. Prat formuló demanda contra don León B. Gestí y doña María Rosa B. Aragonés, declarados en rebeldía, y contra doña Louise Lucette Keller, sobre tercera de dominio, alegando que en julio de 1967 el actor compró de la citada doña María Rosa B. el apartamento sito en un bloque de una urbanización, señalado con el número dos, otorgándose escritura pública y desde cuya fecha el actor ha poseído el apartamento, ocupándolo ininterrumpidamente; que en dicha escritura se padeció error al dar a tal apartamento el número cinco en lugar del número dos; que, mediante documento privado doña María Rosa B. Aragonés vendió el referido apartamento número dos a la otra demandada señora Keller; que, mediante otra escritura ante Notario se procedió a

rectificar el error padecido reconociéndose que lo que verdaderamente se había comprado era el apartamento número dos; que, con posterioridad a la última escritura de rectificación, la señora Keller obtuvo anotación preventiva de una demanda que interpuso contra los otros demandados, solicitando se dictara sentencia ordenando la inscripción a su nombre del apartamento número dos de la expresada urbanización. Suplica el actor se dicte sentencia declarando el dominio del apartamento indicado a su favor y decretando la cancelación de la anotación preventiva de referencia.

La demandada señora Keller alega la excepción dilatoria por defecto legal en el modo de proponer la demanda, dado que se usaban los términos de tercería de dominio, cuando aquí no se estaba ante ningún embargo. Además, señala que basta mirar el Registro de la Propiedad para comprobar que el actor compró el apartamento cinco y no el dos.

El Juez de Primera Instancia de Tarragona número uno dictó sentencia estimando la demanda de tercería de dominio.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada y absolviendo de la demanda a esta última.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que la acción propiamente reivindicatoria sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes, a saber, el dominio del actor, identificación de la cosa reclamada y posesión o detentación de la misma por el demandado, y en cuanto a la acción meramente declarativa o de constatación de propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor o detentador, acreditando la concurrencia de los dos primeros requisitos antes indicados, teniendo establecido la Jurisprudencia de esta Sala, que tales requisitos son hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia, y su criterio ha de respetarse en casación a menos que prospere la impugnación que se formule por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bastando la falta de cualquiera de ellos para desestimar la acción, sin necesidad de comparar las respectivas situaciones jurídicas del actor y del demandado.»

En los restantes «considerandos», la sentencia señala que ha quedado firme la declaración de que el actor no ha probado el justo título de dominio en que ampara la reivindicación del apartamento, sin que las pruebas que invoca en el recurso sean suficientes por haber sido tenidas en cuenta por el juzgador de instancia.

DECLARACION DE EXISTENCIA DE UN PASO COMUN QUE SEPARA DOS FINCAS. NO ES CONTRADICTORIA CON LA DECLARACION DE QUE LAS FINCAS ESTAN LIBRES DE CARGAS (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Dan Arsenio Rodríguez H. y su esposa interponen demanda contra doña Joaquina Hernández P. y su esposo y contra don Pascual Hernández M. y su esposa, suplicando se dictara sentencia declarando que

la finca urbana y corral anexo descubierto descrita en la demanda pertenece en propiedad exclusiva a los consortes demandantes y que linda por la derecha entrando con calleja o paso y demás linderos que señalaba; que existió un acuerdo firmado en documento de dejar un paso de cuatro metros, que afecta a los demandados; y que se declare la nulidad de la donación de doña Joaquina y esposo a favor de los otros demandados.

La parte demandada contesta oponiéndose y formula reconvencción suplicando se declare que la finca de don Pascual Hernández M. y esposa tiene los linderos que señalaba, entre ellos, por la izquierda con la finca del actor Arsenio Rodríguez; que dicha finca del demandado está libre de cargas y servidumbres y, concretamente, que no existe a favor del actor servidumbre de luces y vistas ni de paso; que la donación es válida, y en consecuencia que se condene al matrimonio reconvenido a dar posesión a los demandados del trozo de solar en litigio.

El Juez de Primera Instancia de Teruel desestima la demanda, declarando que no ha lugar a señalar que la finca de los actores linde por la derecha entrando con calleja o paso, absolviendo de todos los pedimentos a los demandados; y respecto a la reconvencción, declara no haber lugar a la posesión judicial a los reconvinientes del terreno que se pretende, pero declarando que la finca de los demandados linda por su izquierda con terreno propiedad de don Arsenio Rodríguez, y que dicha finca, en esta colindancia, está libre de servidumbres de luces y vistas y de paso. Asimismo declara la validez de la donación y que está amparada por la Ley Hipotecaria la inscripción de la finca de los demandados en el Registro de la Propiedad de Teruel.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza da lugar en parte a los recursos de apelación interpuestos por actores y demandados, declarando que la casa y corral anexo de los actores linda por la derecha entrando con la calle o paso que la separa de la finca de los demandados, que existe un acuerdo firmado dejando un paso de cuatro metros de ancho, no dando lugar a la declaración de nulidad de la donación ni del asiento registral de la misma. En cuanto al recurso de los demandados, declara que la finca de éstos linda por su izquierda con el paso común y no con la casa de los actores, y que está libre de cargas y servidumbres, pudiendo edificar en ella respetando el paso común, y que es válida la repetida donación, si bien la escritura debe ser rectificadora en cuanto a su lindero izquierdo, que es paso común y no la finca de los actores, debiendo rectificarse en igual sentido la inscripción registral, siendo válida en lo demás.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo, destacando el «considerando» segundo.

«Considerando que en el motivo tercero y con amparo procesal en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega que el fallo de la sentencia recurrida contiene disposiciones contradictorias por lo que no se ajusta a lo requerido en el 359 de la propia Ley que resulta violada por falta de aplicación, concretando la denuncia en relación con los puntos primero y segundo de dicho fallo relativos a la reconvencción que en su día formularon los demandados y ahora recurrentes; motivo que

tampoco puede ser acogido, pues lo que hace el Juzgador es declarar la propiedad en favor de los reconvinientes, de la casa número 19 de la calle de San José de la localidad de Villalba Baja (Teruel), precisando que su linde izquierdo no es la casa de los demandantes, como pretendían aquéllos, sino el *paso común* que separa ambas casas, lo que en modo alguno se contradice con lo que después se afirma de que 'la expresada casa está libre de cargas y servidumbres', contradicción que no tiene otro fundamento sino la afirmación de los hoy recurrentes de que dicho *paso*—de cuatro metros de anchura—es de su propiedad y que su mantenimiento implica la imposición de una servidumbre de paso, con lo que, sin duda, se está haciendo supuesto de la cuestión atinente al dominio que el Juzgador niega expresamente y con ello, por tanto, la pretendida servidumbre, de acuerdo con el resultado de la prueba practicada en instancia.»

RETRACTO DE COMUNEROS: NO CABE CUANDO LA ENAJENACION QUE LO MOTIVA ES A FAVOR DE OTRO COMUNERO, AUNQUE ESTE SEA MAS MODERNO EN LA COMUNIDAD QUE EL ACTOR (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Don Pablo Clemente C. interpone acción y demanda en juicio de retracto de comuneros contra don Mario F. Carreras, fundada en que la Sociedad Vecinos de Monte de Artasona (comunidad civil, propiedad o copropiedad) ostenta la propiedad sobre unas fincas perfectamente delimitadas y concretadas y que dicha sociedad y la integridad de sus comuneros, con excepción de dos de ellos habían vendido todas sus participaciones y derechos que ostentaban sobre el mencionado monte y fincas que lo componen—sus derechos de comunidad o copropiedad sobre aquél—, siendo su comprador el demandado. Suplica se dicte sentencia condenando al demandado comprador a que otorgara a favor del retrayente escritura pública de compraventa.

El demandado alegó la caducidad de la supuesta acción—caso de que existiere—, por haber transcurrido el plazo para su ejercicio, y además, no tenía virtualidad la acción ejercitada por el demandante, porque faltaba la premisa esencial que da vida al retracto de comuneros, ya que la enajenación no era a un extraño, sino que el demandado había ingresado con anterioridad en la comunidad, desde la adquisición de una parte en el año 1973.

El Juez de Primera Instancia de Barbastro dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El actor interpone recurso de casación por inaplicación del artículo 1.522 del Código Civil, a base de una interpretación teleológica del mismo, diciendo que no puede considerarse comunero a quien no explota sus tierras en la comarca y siempre ha sido ajeno a ella, y que la finalidad del retracto de comuneros es de carácter económico, tendente a disminuir los efectos perjudiciales de la desmembración dominical.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no

haber lugar al recurso, y después de hacer una exposición de los hechos que hemos transcrito más arriba, señala lo siguiente:

«Considerando que la resolución de primer grado desestima la demanda interpuesta, fundándose en que, aunque la acción ejercitada lo había sido dentro del plazo, sin embargo, en ambos litigantes concurren una serie de circunstancias que bien pueden calificarse de equivalentes: a) ambos adquirieron patrimonios de Artasona a personas que ya no residían en la localidad; b) ninguno de los dos vive en ella, sino que están domiciliados en otras poblaciones y se dedican, principalmente a cometidos distintos de los de propietarios y cultivadores de las fincas de aquellos patrimonios; c) sin embargo, ambos son miembros de la sociedad por haberles concedido ésta tal cualidad, por todo lo cual, la demanda tiene que ser desestimada, porque el demandado también forma parte de dicha sociedad, y sin que la mayor antigüedad de su ingreso en ella pueda comportar ninguna preferencia, ni tampoco el que el actor esté más directamente relacionado con la explotación de sus fincas puedan desvirtuar la cualidad de socio en dicho demandado.»

«Considerando que la sentencia de la Audiencia, aceptando sustancialmente los fundamentos de la de primer grado, reitera que desestima la demanda, porque 'el demandado, don Mario Falcón C., que compró las participaciones indivisas que pretende retraer el demandante, no es extraño a la comunidad, sino, por el contrario, miembro de la misma y titular de sus derechos', y el retracto sólo procede cuando 'la enajenación que la origina se haya realizado en favor de un extraño', según viene ordenándose en nuestra legislación a partir de la Ley 55 del Título quinto de la Partida V.»

«Considerando que, por lo que expuesto queda, se demuestra que la cuestión que ahora se plantea en el recurso, no ha sido alegada en la fase procesal oportuna, por lo que merece el concepto de nueva sin que pierda este carácter, por haber sido tratada, quizá oficiosamente, por el órgano jurisdiccional de primer grado.»

«Considerando que, además, tampoco esas especiales circunstancias que según el recurrente concurren en él, y no se dan en la contraparte, tendría eficacia suficiente para despojar al demandado de su cualidad de miembro de la comunidad, puesto que el retracto de comuneros tiene por finalidad la de evitar que entre en la comunidad otra persona que sea ajena a ellos, lo cual no ocurre en el caso de autos, en que actor y demandado son miembros de la sociedad o comunidad que es propietaria o titular de la totalidad de las participaciones de sus componentes; esas alegadas circunstancias, que indica el recurrente, no son contempladas por la Ley, que sólo exige que el demandado comprador sea *extraño*—artículo 1.522 del Código Civil—.»

RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE POR SER URBANA LA FINCA SEGUN EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. CRITERIOS DE CALIFICACION DE LA FINCA COMO URBANA Y REFERENCIA A LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. EL PROBLEMA DEL MOMENTO AL QUE HAY QUE REFERIR LA CALIFICACION (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Don José González C. formuló demanda contra doña María López J. sobre retracto de colindantes de finca rústica, suplicando se dictara sentencia declarando haber lugar al mismo, condenando a la demandada a que, dentro de tercero día, otorgue a favor del retrayente escritura de venta de la finca.

La demandada se opone contestando que la finca es urbana, así como la colindante del actor, y que aún antes de su adquisición tenía tal carácter, aunque la oportuna autorización para edificar sobre ella, se solicitó una vez adquirida la misma.

El Juez de Primera Instancia de Monforte de Lemos dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que a los efectos de la resolución del recurso, interesa hacer constar que la única cuestión debatida en la litis y resuelta por la sentencia lo es, si la finca que se intenta retraer es rústica, como afirma el actor o urbana como opone el demandado, mas en los tres motivos, con los que se articula el recurso, todos ellos por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al respectivamente denunciar la violación del artículo 1.214 del Código Civil, la aplicación indebida del apartado c) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y la violación del párrafo primero del artículo 1.523 del Código Civil, se trata de justificar que los hechos declarados probados y de los que el Juzgador llega a la conclusión de ser urbana la finca y, por tanto, a su fallo absolutorio de la demanda, están remitidos a la fecha del ejercicio de la acción de retracto y no a la de la transmisión de la finca, y como dicho argumento ni fue objeto de discusión en la litis ni de examen y resolución en la sentencia ha de ser tenido como nuevo y, por tanto, no susceptible de ser traído al recurso.»

«Considerando que además la desestimación de los tres motivos también lo impone, el que en relación al primero, si como se reconoce por el propio recurrente, el Juzgador para llegar a calificar como de urbana la finca se sirvió de los hechos declarados como probados, no violó el artículo 1.214 regulador de la carga de la prueba; hechos declarados probados que no están haciendo referencia a tiempo, fecha o momento determinado, lo que tampoco permite remitirlos al en que tuviera lugar la perfección del contrato traslativo del dominio, el que en verdad resulta desconocido sin que por tanto se pueda afirmar se haya podido realizar una variación o cambio en la naturaleza de la finca que se califica como de urbana en la litis, entre uno y otro momento cuando, por el contrario,

en dichos hechos los hay, como lo son, el de la distancia de la finca al núcleo urbano que constituye la capitalidad de aquella zona, el de su proximidad a edificaciones industriales y comerciales o intercesión de caracteres, que denotan venir existiendo desde cierto tiempo atrás al ejercicio de la acción; en cuanto al segundo y en cuanto que además de aquella remisión al tiempo de la transmisión de la finca, también se quiere hacer valer su inaplicabilidad de un precepto regulador de los arrendamientos rústicos a materia ajena a los mismos, como lo es la del retracto de colindantes regido por el Código Civil, es lo cierto que ya cuida el Juzgador de Instancia de señalar y razonar que se sirve de lo determinado en el invocado precepto a mayor abundamiento y en lo que del mismo se puede proyectar a los fines de calificar una finca de rústica o urbana en materia que no es la regulada por la Ley en la que está inserto, por razones analógicas dada su indiscutible semejanza e identidad de razón a los señalados fines, ello independientemente de que en el presente supuesto el Juzgador llegue a calificar de urbana la finca que se intenta retraer en atención a una serie de factores interpretativos que no son los específicos del referido apartado, y por último, y en lo que respecta al tercero de los motivos, al no hacer el recurrente sino supuesto de la cuestión.»

ACCION REIVINDICATORIA DEL ESTADO SOBRE UN CASTILLO. BIENES VACANTES. ADQUISICION DEL DOMINIO POR LEY. FRENTE AL DERECHO QUE OSTENTA EL ESTADO SOBRE EL CASTILLO, NO ES SUFICIENTE QUE EN LA INSCRIPCION DE LA FINCA DEL DEMANDADO FIGURASE EN INSCRIPCIONES POSTERIORES A LA PRIMERA, QUE EXISTIAN LAS RUINAS DE UN CASTILLO, CUANDO EN REALIDAD ESTABA UBICADO EN LA FINCA COLINDANTE SIN DUÑO CONOCIDO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su genuina representación, presentó demanda sobre reivindicación del castillo de Forna contra doña Amelia, doña Isabel y doña Angeles Estévez V., suplicando se dictara sentencia declarando que el Estado es propietario del citado castillo y que éste no se encuentra en la parcela propiedad de las demandadas, por lo que no les ha podido ser transmitido en los títulos de compraventa de su finca, ordenándose la cancelación parcial de las inscripciones segunda y tercera causadas en el Registro de la Propiedad de Pego, a nombre de las demandadas, suprimiéndose la frase «dentro de esta finca existen las ruinas de un antiguo castillo» y subsistiendo sólo en cuanto a lo demás.

Una vez contestada a la demanda y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número tres de los de Alicante dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, en el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, dictó sentencia revocando la del Juzgado y estimando la demanda.

La parte demandada interpone recurso de casación, destacando como motivos la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 21 de la

Ley de Patrimonio del Estado, en relación con lo dispuesto en los artículos 609, párrafos 1.º y 2.º; artículos 610 y 348 del Código Civil, la interpretación errónea del artículo 22 de la citada Ley y del 348 del Código Civil, la no aplicación del artículo 1.940 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el origen de las presentes actuaciones hay que ponerlo en un pleito anterior en que la representación del Estado pretendió la reivindicación del castillo de Forna, sito en el término de Absubia-Forna del partido judicial de Pego (Alicante), dirigiendo su acción contra los que ahora figuran como recurrentes que traen causa de su padre don Bartolomé Estévez J., habiendo quedado acreditados en instancia los siguientes hechos: 1) éste adquirió la parcela señalada con el número 41 del Polígono 12 de aquella localidad, en una subasta derivada del expediente de apremio seguido por descubiertos de la contribución territorial rústica, contra los herederos de don José Rocher, formalizándose la correspondiente escritura pública el 21 de junio de 1958, sin que ni en la titulación de lo transmitido, ni en su constatación escriturada y registral constase para nada la existencia del castillo que, por el contrario, aparece emplazado en la parcela 42 (que propiamente rodea a aquél), propiedad de doña Catalina Alemany Pérez, en el extremo opuesto de ésta que es colindante con la parcela número 19; 2) que ello no obstante, cuando el referido adquirente causante de los hoy recurrentes, vende la mencionada parcela número 41 a su hija Amelia, con escritura notarial de 8 de marzo de 1960, dice y así se escritura con posterior constancia registral, que 'dentro de la finca existen las ruinas de un antiguo castillo', sin aducir justificación alguna de esta variante respecto del título transmisor en que se basaba, cuando, según se ha dicho, las referidas ruinas no estaban incluidas en la parcela adquirida que ahora se vendía, manteniéndose sin embargo la misma mención en la posterior venta que la entonces adquirente—o sea, doña Amelia—rizo de una parte indivisa a sus hermanas Isabel y Angeles; 3) que el Estado inició un expediente de investigación el 28 de enero de 1971 en el que se demostró cuanto antecede y del que resultó, además, que el discutido castillo nunca había sido propiedad particular, con apoyo en todo lo cual interpuso la acción reivindicatoria al principio aludida que, aunque desestimada en primer grado, fue, en cambio, acogida íntegramente por la sentencia que es objeto de este recurso.»

«Considerando que de acuerdo con la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, que es según se ha dicho la ejercitada en este caso, se requiere la concurrencia de tres requisitos insoslayables: identificación del objeto, título del reivindicante y mera detentación de aquél contra el que se ejercita, de los que aquí el primero, de índole objetiva, no ofrece la menor duda estando como está perfectamente identificado el castillo en cuestión, no sólo en cuanto a su descripción intrínseca, sino también por lo que se refiere a su emplazamiento, a pesar de lo que digan las escrituras de las dos últimas adquisiciones y conste en la ins-

cripción registral, según se declaró probado en la instancia, como hecho que no ha sido ni siquiera intentado desvirtuar en casación por el único cauce procesalmente adecuado del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; habiéndose originado la disputa en torno a las otras dos exigencias de orden subjetivo, relativas al actor y al demandado y no sólo en cuanto a las respectivas situaciones jurídicas, sino incluso en relación con las personas contra las que la acción debería haberse dirigido que constituye el tema del motivo primero del recurso donde a través del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal se alega violación por no aplicación de la doctrina legal relativa al principio del 'litisconsorcio pasivo necesario' contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita, con base en que si según resultó de la prueba el castillo está enclavado no en la parcela 41 de los demandados—ahora recurrentes—, sino en la 42 que pertenece a dueño distinto—Catalina Alemany Pérez—, ésta debió haber sido llamada a juicio, pues caso contrario podría resultar condenada sin ser oída, lo que carece de todo fundamento siendo obligada la desestimación del motivo porque el alegato, que ya se hizo en forma de excepción por los en su día demandados al contestar la demanda inicial del procedimiento, fue expresamente rechazada por la sentencia de Primera Instancia con pronunciamiento que quedó firme al haberse aquietado con él dichos demandados que no apelaron ni se adhirieron a la apelación; y si bien es cierto, como se dice en el recurso con apoyo en la doctrina jurisprudencial, que dado el carácter público que el requisito implica, puede ser estimado de oficio por los Tribunales, no lo es menos que ello constituye una facultad de los mismos a los que no se puede compeler a rectificar una decisión anterior consentida por las partes, en sentido negativo, cuando no se aducen nuevos hechos ni argumentos jurídicos que respalden la pretensión, con los que no pueden equipararse las hipotéticas consecuencias de una imaginaria accesión de que habla la parte recurrente, en relación con la parcela número 42, cuya propietario fue ajena a cuantos problemas se ventilaron en el pleito precedente.»

«Considerando que el título alegado por el Estado en su calidad de actor-reivindicante, fue la ley, con apoyo en la posibilidad que permite el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil que la pone como uno de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, sin que como dice la sentencia recurrida haya base alguna para afirmar que el castillo discutido pudiera tener la consideración de bien de dominio público del número segundo del artículo 339 del mismo Código, en razón a su destino a un servicio público como obra de defensa del territorio nacional, ni siquiera que lo hubiese sido quedando desafectado y pasando a ser de propiedad del Estado, a que se refiere el artículo 341 (aunque pudiera pensarse en ello como posibilidad) preceptos que no son aplicados ni debida ni indebidamente como se sostiene en el motivo cuarto del recurso, en cuanto que incluso se razona la inaplicación, lo que obliga a la desestimación del motivo; circunstancias negativas las mencionadas, que se complementan con otra de la misma índole consistente en que no hay constancia de que, hasta que lo hacen figurar como de su propiedad los hoy recurrentes en 1960, el castillo o sus ruinas hubiera sido del dominio particular, lo que evidencia que antes de esa fecha fue un bien inmueble *vacante* o sin dueño conocido que indefectiblemente quedó afectado por la denominada Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 que, además del

genérico derecho de propiedad, atribuía la facultad de apropiación (artículo tercero), mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria con arreglo a las leyes comunes (artículo cuarto) y con la carga de la prueba de que el poseedor o detentador no era el verdadero propietario (artículo sexto).»

«Considerando que esta facultad, amparada en aquella atribución, continuó existiendo legalmente después de la publicación del Código Civil en 1889, sea cual fuere la opinión que se acepte acerca de la compatibilidad de éste con dicha Ley de Mostrencos, pues aun admitiendo la posibilidad de que los inmuebles vacantes puedan ser poseídos por particulares, ello sería mientras el Estado no ejercite la acción reivindicatoria que había de prosperar siempre que aquéllos carezcan de título bastante en Derecho o no acrediten haber transcurrido el tiempo necesario para adquirir por usucapión, al modo como ya dijo este Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de diciembre de 1928 y 12 de noviembre de 1956; normativa que sustancialmente fue seguida por la vigente Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 (texto articulado de la Ley de Bases), que después de declarar en el artículo 21 que 'pertenecen al Estado, como bienes patrimoniales, los inmuebles vacantes y sin dueño conocido', añade en el artículo 22 que 'también corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos *sin título* por entidades o particulares pudiendo *reivindicarse* con arreglo a las leyes', que no son contrapuestos ni mucho menos contradictorios, pues el primero sienta el principio general de la pertenencia en favor del Estado respecto de los bienes que están vacantes de hecho y de Derecho y en el segundo se hace aplicación del mismo al supuesto de vacancia solamente jurídica, o sea, que existan meros detentadores o poseedores, teniendo la acción reivindicatoria como título, la ley que atribuye la propiedad (art. 21); todo lo cual conduce a la desestimación de los motivos 2.º y 3.º, donde respectivamente se alega aplicación indebida del artículo 21 e interpretación errónea del 22 de la referida Ley Especial; y asimismo del 5.º, donde se dice se aplicó indebidamente el artículo 348 del Código Civil porque, contrariamente a cuanto queda expuesto, se afirma que no se acreditó el dominio del actor fundado en un justo título.»

«Considerando que frente al título que presenta el Estado, los poseedores actuales ofrecen uno a todas luces insuficiente puesto que el castillo objeto de la reivindicación no figura, como se dijo, en el título originario, de que trae causa su situación, que fue la escritura pública de venta de 21 de junio de 1958, consiguiente a la subasta de la parcela número 41 del Polígono 12 de Absubia-Forna, efectuada a consecuencia del impago de impuestos a la Hacienda, escritura en que no se menciona el castillo, simplemente porque no está ubicado en dicha parcela, sino en la parte opuesta de la parcela número 42, por lo que, cuando en las dos ventas posteriores se dice que '*dentro de la finca* existen las ruinas de un antiguo castillo', se comete una doble inexactitud, fáctica y jurídica, que quita todo valor al título alegado por los actuales recurrentes; los cuales, por otra parte y justo por cuanto se acaba de referir—conforme en un todo con el resultado de la prueba practicada en instancia que no fue desvirtuada en casación—, no están tampoco en condiciones de alegar la buena fe necesaria para poderse amparar en la usucapión ordinaria o decenal del artículo 1.957 del Código Civil, debiendo ser aplicado el plazo de treinta años del 1.959, que no transcurrió por completo, habida cuenta de que

habrá de contarse a partir de la indicada escritura inicial de la actual situación que como se termina de recordar es de 21 de junio de 1958, lo que lleva consigo la desestimación del motivo séptimo en que se denuncia la violación por inaplicación de los artículos 609, párrafo segundo, 1.957, 1.963, párrafo segundo, y 1.940, todos ellos del Código Civil, y 35 de la Ley Hipotecaria.»

J. M. G. G.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

OPUESTA LA EXCEPCION NON ADIMPLETI CONTRACTUS, NO PUEDE EL DEMANDADO RECONVENIR AL ACTOR SIN OFRECER EL CONTRAVALOR CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Por el juego propio de la excepción de contrato incumplido, o la de incumplimiento inexacto, cada contratante puede negarse a realizar su prestación si el otro no ha dado efectividad o no ofreció cumplir simultáneamente la suya mediante la llamada ejecución «mano a mano», pero la fuerza de los mismos fundamentos lleva a entender que opuesta la excepción de derecho sustancial, se trate de la *non adimpleti contractus* o bien de la *non rite adimpleti contractus* y, por consiguiente, afirmado el derecho de abstenerse provisionalmente de cumplir en tanto el otro sujeto del negocio no realice la contraprestación, el equilibrio entre las obligaciones recíprocas no permite al demandado que opuso el cumplimiento contractual o el cumplimiento regular, reconvenir instando la condena del actor a la práctica del comportamiento que constituye el objeto de la obligación o a la rectificación de los defectos en el *dare* o *facere*, si no ofrece por su parte el contravalor correspondiente, y en tal sentido la exigencia de esa simultaneidad en las prestaciones, expresamente declaradas en algunos ordenamientos foráneos, que operará siempre que no se hallen distanciadas en el tiempo, significa también en nuestro derecho positivo que la pretensión de cumplimiento de una obligación sinalagmática sólo puede prosperar cuando el accionante ha cumplido a su vez la propia, o si a la hora de deducir la petición ofrece el cumplimiento de la prestación a su cargo, como se desprende claramente del artículo 1.100, *in fine*, del Código; consecuencia que además viene impuesta por la pauta de buena fe que habrá de presidir el ejercicio de los derechos y singularmente la ejecución de los contratos.

LA FIJACION DEL PRECIO EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL ESTA SUSTRADA A LA LIBERTAD DE CONTRATACION (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La libertad de contratación proclamada por el artículo 1.254 del Código Civil y la obligatoriedad de lo contratado proclamada en los artículos 1.258 y 1.261 del mismo Código, tiene su limita-

ción por lo dispuesto en contrario por las leyes, una de ellas la Ley de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963, y su Reglamento de 24 de julio de 1968, en cuyo artículo 127 sustrae a la libertad de contratación en los contratos de compraventa de pisos acogidos a la protección oficial, nada menos que un asunto tan esencial como es el precio, aunque es cierto que ese precio oficial puede alterarse por convenio entre promotor y comprador referente de especificar mejoras contratadas al margen del proyecto oficial; la ley, para defender a los usuarios del posible fraude legal que al amparo de supuestas mejoras puedan producirse, exige expresamente que éstas consten detalladas, valoradas y aceptadas en su valoración por el comprador de la vivienda en cuestión, lo cual no solamente no ocurre en este caso, sino que la sentencia recurrida afirma todo lo contrario, que no ha existido pacto alguno referente a mejoras.

CONSENTIMIENTO UXORIS TACITO (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Cuando el marido se dedica a una profesión en la que la actividad habitual es la construcción de pisos y venta de los mismos, se supone dado el consentimiento *uxoris* para dichas ventas y con mayor razón cuando en los locales construidos se anuncia la venta de los mismos, razones que llevan a considerar como lógica la deducción hecha por la Sala *a quo* de la existencia del consentimiento tácito.

DERECHO DE RETORNO: EL INQUILINO NO PUEDE ELEGIR UNA VIVIENDA DE SUPERFICIE MAYOR DE LA QUE OCUPABA (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Los varios motivos del recurso tienen como denominador común que los sustenta el correcto ejercicio, en criterio del recurrente, de la acción que autoriza el párrafo 1.º del artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para retornar a la vivienda por él elegida en el inmueble reedificado, ante el incumplimiento por el arrendador de la obligación de reserva que le imponía el artículo 82 de la citada ley, correcto ejercicio y elección de vivienda que es soporte fáctico imprescindible para que puedan prosperar cualquiera de los motivos del recurso; mas como quiera que la sentencia recurrida establece y argumenta que la elección de vivienda por el inquilino no se ajusta a las normas que las regulan en razón a la notoria mayor extensión superficial de la vivienda elegida, y esta interpretación es por demás correcta, pues, como dice la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1964, «el artículo 88 no es una pieza aislada dentro de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y ha de ajustarse en su ejercicio a las limitaciones impuestas por el artículo 86, según establece este mismo, y confirman los artículos 83 y 85, todos los cuales se refieren siempre a extensión superficial igual o inferior, pero no superior, puesto que en tal caso no sólo se faltaría a la analogía y proporcionalidad que informan el derecho de retorno, sino que la única sanción

establecida contra el arrendador por el artículo 88, que es la de no poder elevar la renta, a que en otro caso tendría derecho, resultaría agravada con la privación de parte del nuevo local, sin la contraprestación adecuada», imponiendo lo razonado la desestimación de los motivos del recurso.

LAUDO ARBITRAL: HA DE RESPETARSE LA DECISION DEL ARBITRO CUANDO MANIFIESTAMENTE NO EXISTA EXTRALIMITACION (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado, de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones, de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes; si de arbitraje de equidad se trata, el procedimiento es libre y de acentuada flexibilidad, pues no tiene que ajustarse a formas legales ni acomodarse a pautas de derecho material en cuanto al fondo, cumplida la exigencia que por imperativos del principio de contradicción requiere dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen convenientes, dirimiendo luego el conflicto según su saber y entender y, por consiguiente, *simpliciter ac sine strepitu et figura iudicii*.

No viene permitido a este Tribunal convertirse en órgano revisor de la tarea decisoria acometida por el árbitro, examinando el desarrollo de la operación aritmética y la corrección de las cifras manejadas, cuando manifiestamente no ha existido extralimitación, atendida la controversia que le fue confiada en la escritura de compromiso.

ATRIBUIDO UN DERECHO DE PROPIEDAD A UNA ADVOCACION DE LA VIRGEN, HA DE ENTENDERSE QUE PERTENECE A LA IGLESIA CATOLICA, Y DENTRO DE ELLA, A LA PARROQUIA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si en Derecho canónico se puede atribuir un derecho de propiedad a entes inmateriales, como lo son las distintas advocaciones de la Virgen, entre las que se encuentra la de la Virgen del Castellar, ha de entenderse, en el Derecho civil, que tales bienes, con ese destino, que generalmente tienen su origen en alguna donación pertenecen a la Iglesia católica, y dentro de ésta, a la parroquia donde la advocación mariana a la que la donación se haya dedicado para el servicio del culto a la misma radique, por lo que es visto la inexistencia de violación del artículo 348 del Código Civil por parte del Tribunal de instancia al atribuir la propiedad de la casa litigiosa, que en su día fue donada a la Virgen del Castellar, a la parroquia actora, en que la ermita dedicada al culto de la misma se encuentra.

A los efectos del recurso sería irrelevante esa supuesta falta de aceptación del donatario hecha por escritura pública, pues la sentencia recurri-

da afirma como hecho probado que la parroquia poseyó la casa en litigio a título de dueña desde 1772 a 1970, pública, pacífica e ininterrumpidamente, lo que hace que aunque no se cumplieran todos los requisitos necesarios para la validez de la donación, tales circunstancias serían constitutivas de justo título de dominio, a los efectos de los artículos 1.952 a 1.954 del Código Civil.

NO PUEDE SOLICITARSE RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CUANDO ESTE SE DEBE AL COMPORTAMIENTO DE QUIEN PRETENDE LA RESOLUCION (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Se vendió una casa haciendo constar que estaba libre de cargas. Registralmente, la casa estaba gravada con una hipoteca en garantía de una obligación que ya había sido pagada; el comprador no paga el último plazo alegando la existencia de la hipoteca, y el vendedor reclama la resolución del contrato. El comprador demandado fue absuelto.

Doctrina de la sentencia.—Siendo el artículo 1.504 del Código Civil una manifestación específica del 1.124, o sea, una especie concreta para el supuesto de venta de bienes inmuebles, de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas previene el último de tales artículos, claro es que no puede generarse causa resolutoria por incumplimiento contractual cuando éste sea precisamente debido al comportamiento de quien pretende la resolución o venga justificada la resistencia del pretendido incumplidor ante reclamaciones excesivas, que es precisamente lo sucedido en el supuesto ahora contemplado, desde el momento en que, en un aspecto, la vendedora transmite el inmueble en cuestión libre de cargas y, en cambio, mantiene éstas registralmente, al no haber procedido a su cancelación con las consiguientes trabas que ello produce, tanto para el comprador como con relación a terceros.

JUICIO DE DESAHUCIO: PUEDEN DISCUTIRSE EN EL CUESTIONES QUE CONSTITUYAN SUPUESTO INDECLINABLE DE LA RESOLUCION A QUE HAYA LUGAR (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la constante jurisprudencia tiene declarado que el juicio de desahucio, por su naturaleza concreta y sumaria, excluye normalmente la posibilidad de que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, sin que quepa en sus estrechos límites resolver sobre otras cuestiones, como pueden serlo la preferencia y validez de títulos esgrimidos por ambas partes, que por su ambigüedad excedan de las simples y sencillas del arrendamiento, no lo es menos que se permite la proposición y discusión dentro del mismo de cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para que la finca se desaloje o el del arrendatario para oponerse válida y eficazmente al desahucio, estén tan íntimamente ligadas con el arrendamiento

de que se trate o afecten a los derechos y obligaciones del mismo derivadas, que sean determinantes de la relación del proceso y aparezcan vinculadas a la relación contractual que se trata de rescindir con el ejercicio de su peculiar acción, constituyendo supuesto indeclinable de la resolución a que pudiera haber lugar.

LA NORMATIVA APLICABLE A UN CONTRATO ES DE ORDEN SUPERIOR A LA DISPONIBILIDAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se alega la violación, por la no aplicación, del artículo 1.255 y 1.091 del Código Civil, pues lo que se invoca con la cita de esos artículos es la libertad de contratación y a la fuerza obligatoria de lo convenido, haciendo alusión a que en el contrato que rige en este caso se dice que queda sometido, por la voluntad de las partes, si no lo estuviera por imperio de la ley, al régimen previsto en el artículo 3, párrafo 2.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin tener en cuenta que la materia relativa a la normativa aplicable a un determinado contrato es de orden superior a la disponibilidad de las partes contratantes y ha de determinarse sea cual sea la voluntad manifestada por aquéllas, partiendo del esquema legal e institucional a que responda el instrumento de que se trate.

NO ES PRECISO QUE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS CONTRARIOS A UNA LEY SEA ORDENADA POR ESTA MANERA EXPRESA Y TEXTUAL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 6, número 1.º, del Código Civil, antes 4, se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de interpretarse con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con un criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de manera expresa y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, ha de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, de lo que se deduce que dicho artículo del Código sustantivo no autoriza por sí solo una declaración de nulidad, pues en cada caso concreto se han de analizar las circunstancias del acto que se pretende anular, que precisa la demostración de que se ha ejecutado contra lo dispuesto en la ley, pues no basta que exista una inadecuación entre un acto y un precepto legal, sino que es preciso además que éste establezca un mandato ineludible o imponga, siempre imperativamente, una prohibición.

EN EL «USUFRUCTO DE SUSTENTO» LA LEY SUBORDINA LA OBLIGACION DE SALVAR LA SUSTANCIA A ESA FINALIDAD DE SUSTENTACION (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—En el año 1924, don César hizo testamento público en el que dispone de su herencia dividiéndola en dos mitades, en la segunda de las cuales establece un usufructo vitalicio en favor de su sobrino, incapacitado y sometido a tutela, disponiendo que el pleno dominio pasará a la muerte de éste a sus hijos, y en su defecto, a sus legítimos sucesores; añade que lo que su sobrino usufructúe no podrá mientras viva, bajo ningún pretexto, «ser vendido ni enajenado ni aun con autorización del Consejo de Familia, pues es la voluntad del testador que su dicho sobrino tenga mientras viva los medios necesarios para una decorosa subsistencia»; el testador falleció en 1927, y con el tiempo, ante la insuficiencia de las rentas, la tutela obtuvo del Consejo de Familia autorización para vender algunos bienes, solicitando además autorización judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se convirtió en contencioso ante la oposición de los presuntos nudo-propietarios. El Supremo declara que pueden venderse esos bienes.

Doctrina de la sentencia.—El único tema discutido en el pleito es el de la posibilidad de efectuar la enajenación de alguno de los bienes que integran el usufructo, o sea, el de si está o no comprendida esa facultad entre las que corresponden al usufructuario, en este caso actuando por medio de su representante legal, habida cuenta de su incapacidad; la norma genérica aplicable al respecto es la del artículo 467 del Código, con valor para todo usufructo, según el que el derecho que éste otorga a disfrutar los bienes ajenos comporta la obligación de conservar su forma y sustancia; la regla no tiene, sin embargo, en nuestro ordenamiento el carácter absoluto de la fórmula clásica del *salva rerum substantia* de la definición de PAULO y de los artículos 578 del Código francés y 477 del italiano de 1865, en que nuestro legislador se inspiró, sino que admite la posibilidad de excepción cuando lo autorice la ley directamente o el título de constitución, supuestos a los que, justo por el tipo de facultad que atribuye, se aplicó la denominación alemana de «usufructo de disposición», del primero de los cuales hay muestras no sólo en los derechos forales (especialmente en Aragón, Navarra, Vizcaya-Alava y, sobre todo, en Cataluña), sino también en el propio Código Civil, siendo ejemplo de ello los preceptos contenidos en los artículos 1.352, 1.359 y 164, casos típicos de lo que también en Alemania se llamó «usufructo de sustento, aceptado asimismo por la doctrina científica española, en que la finalidad que predomina es esa sustentación a la que la propia ley subordina lo que en otro caso sería esencial a la institución usufructuaria.

Se hace necesario la búsqueda de la intención del testador, que deberá prevalecer frente al estricto tenor literal, lo que puede efectuarse a través de un doble procedimiento: a) en primer lugar, uno de carácter objetivo, valorando los bienes objeto del usufructo y la operación que sobre ellos se trata de realizar, siendo de observar que aquéllos no son bienes determinados, sino los que integran una mitad de la herencia en bloque, como una universalidad, susceptible, por consiguiente, de sustitución de unos por otros, que en virtud del principio básico de la subrogación real ven-

drían a ocupar el lugar que tenían los anteriores, sin que la *universitas*, como tal, pueda decirse alterada, y, por otra parte, que a causa de esa universalidad, la venta que se pretende llevar a cabo no puede en rigor, decirse que altere la «forma y sustancia» que exige respetar el artículo 467 del Código, entendida siempre, pero más en estos casos, como el *destino económico*, comprensivo del valor y del destino, que mejoran ostensiblemente con la sustitución proyectada, con la garantía de la subasta pública, el conocimiento judicial y la intervención del Ministerio Fiscal, de manera semejante a lo legalmente dispuesto para el usufructo familiar del artículo 164 del Código, y *b*) en segundo término, otro de orden subjetivo, cual es la finalidad perseguida por el testador, que según resulta de la propia cláusula, no fue sino la de asegurar a su sobrino los medios de una decorosa subsistencia, de modo similar a lo que sucede en el antes mencionado «usufructo de sustento», en razón a lo cual establece la prohibición de disponer, que nunca puede entenderse que afecte al acto pretendido, pues justo permitirá aquel decoro en el subsistir vendiendo un bien que renta 880 pesetas mensuales y por el que se pueden obtener, por lo menos, diez millones, cuya inversión adecuada hará posible el cumplimiento de la auténtica voluntad del testador.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROCEDENTE DE DELITO NO ENCAJA EN EL ARTICULO 1.968 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que el artículo 1.968 del Código Civil, en su párrafo 2.º, dice que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia; ahora bien, se plantea en la doctrina el problema de si este plazo prescriptivo ha de aplicarse a la extinción de las acciones que nacen de un hecho delictivo, llegando la sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 1934 a decir que «la responsabilidad civil procedente de delito no encaja en este artículo, que se refiere sólo a la nacida de los artículos 1.903 y 1.902 del Código Civil»; en este sentido abundan las de 30 de abril de 1959 y 5 de julio de 1961, y la muy expresiva de 4 de julio de 1970.

LA INCONGRUENCIA NO SE DA POR EL CAMBIO DE PUNTO DE VISTA JURIDICO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que, en virtud de los principios positivos y de imparcialidad del Juez, éste se ha de ajustar a los hechos aducidos por las partes; mientras la vinculación a los hechos debidamente contrastados es obligada, no ocurre lo propio con las normas aducidas por las partes, porque ello hay que combinarlo con los deberes y poderes del Juez para aplicar la norma adecuada, de acuerdo con la regla *da mihi factum, dabo tibi ius*, por lo que la no designación de norma por la parte,

su alegación errónea o su imprecisión al citar varias en sus escritos *ad cautelam*, no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta; la acción se individualiza y define por el hecho y, en consecuencia, la incongruencia sólo es posible por alteración de la *causa petendi* y no por el cambio del punto de vista jurídico; la incongruencia se dará en el fallo, junto a los considerandos predeterminantes *ratio decidendi*, por lo que la sentencia, que respeta los hechos, aunque el fundamento jurídico o el punto de vista normativo que aplique sea distinto, pero correcto, no puede incurrir en el defecto alegado.

LA INTERPRETACION CONTRA PROFERENTEM SOLO ES APLICABLE EN EL CASO DE QUE SEA UNO DE LOS SUJETOS QUIEN DICTA LAS CONDICIONES DEL NEGOCIO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El principio de interpretación *contra proferentem* y correlativa ventaja para la parte que ha suscrito el contrato sin haber intervenido en su redacción, es aplicable solamente en el caso de que sea uno de los sujetos quien dicta las condiciones del negocio jurídico bilateral, cuyo ejemplo más característico lo constituyen los contratos de adhesión, supuesto con el cual ninguna relación guarda el de autos, ya que las impropiedades terminológicas y la confusión observable en el uso de los vocablos, como es denominar «subarriendo» a lo que propiamente significa un arrendamiento de industria o utilizar como equivalentes las denominaciones «local» y «establecimiento», obedecen a la carencia de conocimientos jurídicos en los contratantes.

NO PUEDE INTERPRETARSE LA FRASE «EL ARRENDAMIENTO SERA POR TIEMPO INDEFINIDO», EN EL SENTIDO DE QUE SERA A PERPETUIDAD (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es de esencia al contrato de arrendamiento la fijación de un tiempo determinado, según establece el artículo 1.543 del Código Civil—que en el motivo octavo se dice que fue interpretado erróneamente—, por lo que la frase que aparece en la cláusula aclaratoria del contrato, de que su vigencia es por tiempo indefinido, carece en sí misma de todo valor, si con ello se quiere significar que no tiene tiempo determinado, al modo proclamado por la constante y uniforme doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en las sentencias de 15 de octubre de 1924 y 19 de enero de 1965, lo que no se contradice con lo afirmado en las de 14 de febrero de 1953 y 16 de diciembre de 1963, puesto que vienen a confirmarlo, al precisar que aunque no se hubiera fijado plazo o se diga que es indefinido, el contrato será válido, entendiéndose hecho por años, meses o días, según el señalamiento de la renta, entrando, en su caso, en función la normativa de los artículos 1.577 y 1.581 del Código, pues lo indefinido o no definido, pero definible, es distinto de lo «a perpetuidad» o no definible ni determinable, que es lo que prohíbe la ley.

ENTREGADA UNA FINCA EN GARANTIA DE UN PRESTAMO, EL TRIBUNAL DEBE DECLARAR LA CANCELACION DE ESA GARANTIA CUANDO EL PRESTAMO SE RESTITUYA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si la cuestionada finca se entregó en garantía de la devolución del préstamo, una vez llevada ésta a efecto resulta obligado declarar la cancelación de esa garantía, con restitución de la finca a quien en tal concepto la entregó, y aun cuando esta restitución viene a constituir una obligación condicional, exigible solamente cuando la condición se cumpla, es decir, cuando el recurrente satisfaga la suma que en el préstamo recibió, ello no impide a éste ejercitar las acciones procedentes para la conservación y declaración de su derecho, en consonancia con lo que el artículo 1.121 del Código Civil dispone.

NO SON APLICABLES LAS NORMAS SOBRE VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Los principios generales de la responsabilidad contractual son de correcta aplicación al tema, dada la carencia de preceptos concretos que contienen los modernos ordenamientos, con lo que ha de ser rechazado el motivo del recurso, que plantea la infracción de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil, a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual, proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las graves dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado.

ES VALIDA UNA VENTA REALIZADA EN EL AÑO 1953 POR EL MARIDO SIN CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La redacción del artículo 1.413 del Código Civil es la que proviene de la dada por consecuencia de la Ley de 24 de abril de 1958 y, por tanto, no es de aplicación al supuesto ahora contemplado, de conformidad con la norma de irretroactividad jurídica que sanciona el párrafo primero de las disposiciones transitorias del Código Civil.

El demandado, en la fecha de 1 de enero de 1953, en que fue llevado a cabo el contrato cuestionado, estaba facultado para enajenar y obligar a título oneroso a la sociedad de gananciales que tenía constituida, en tanto no se acredite que se trate de pactos ilícitos o ilegales, o con más precisión, que contravengan el Código Civil o hayan sido realizados en fraude de la mujer, dado que no producido el ejercicio del derecho de

impugnación que tal precepto previene, cuyo precedente es la Ley llamada de Santa María de Nieva (quinta, título cuarto, libro diez, de la Novísima Recopilación), según la cual la validez de estas enajenaciones era «salvo si fuese probado que se hicieron cautelosamente por defraudar o dañar a la mujer», teniendo el marido libertad de contratación a título oneroso.

IMPUESTO DE TRANSMISIONES SOBRE UN USUFRUCTO (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, que grava la extinción de un usufructo vitalicio, constituido como legítima de viudedad a favor de uno de los vendedores de un inmueble, ha de ser satisfecho a la Hacienda Pública por el comprador y no por los vendedores: nudo propietario y usufructuaria, cuando mediaba el pacto expreso de que todos los impuestos que gravaran la transmisión habrían de ser de cuenta del comprador.

LA MUJER PUEDE IMPUGNAR LAS ENAJENACIONES FRAUDULENTAS DE SU MARIDO SIN ESPERAR A QUE SE DISUELVA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia violación del artículo 1.419 de nuestro primer Código sustantivo, según el que en el inventario previo a la liquidación de la sociedad de gananciales, «se traerá a colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413», sosteniéndose en su desarrollo que si el acto realizado incurriera en alguno de estos vicios (ilegalidad o fraude), la mujer puede pretender que quede sin efecto, pero sólo cuando se disuelva o liquide la sociedad de gananciales; tesis totalmente inadmisibles, pues, como la jurisprudencia de este Tribunal Supremo precisó de manera constante y uniforme, la sanción que el artículo 1.413 impone a los actos realizados contra lo en él dispuesto, no es la nulidad radical o absoluta, sino la anulabilidad o impugnabilidad, compatible con la ratificación o confirmación posterior de la mujer, y en esta clase de acciones tiene marcado un plazo de prescripción de cuatro años en el artículo 1.301 del Código, cuyo transcurso antes de aquella liquidación de los gananciales impediría a la mujer utilizar el medio protector de sus intereses que la ley le concede, al no ser posible la declaración de ilegalidad o fraudulencia a que el precepto se refiere.

PRESUNCION IURIS TANTUM DE CULPABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN EL SUPUESTO DE INCENDIO DE LA COSA ARRENDADA (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La presunción de culpabilidad del arrendatario en el arrendamiento de cosas, proclamada en el artículo 1.573 del Código Civil, precepto que cuenta con remotos antecedentes en el Dere-

cho histórico, según puede verse en el *Digesto* y en la legislación de Partidas (Ley quince, título octavo, Partida quinta), constituye aplicación concreta del principio general sentado por el artículo 1.183 para el caso de perecimiento de la cosa en poder del deudor y entraña una presunción *iuris tantum* sólo destruible, en régimen de inversión de prueba, con una cumplida demostración en contrario, acreditativa de que ese sujeto del negocio arrendaticio ha puesto en el uso la diligencia exigida por el número 2.º del artículo 1.555, y si bien nuestro ordenamiento no contempla expresamente el supuesto de incendio de la finca arrendada, a diferencia del Código Civil francés y del italiano, que impone igualmente para tal hipótesis la inversión de la carga probatoria derivada de la antigua regla *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*, habrá de ser aplicada incuestionablemente dicha doctrina, conforme a la cual el arrendatario responderá del menoscabo ocasionado por el siniestro a no ser que pruebe que el incendio provino de causa extraña sin haber mediado por su parte culpa o negligencia.

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA NO IMPLICA UNA CONFORMIDAD RÍGIDA CON LAS PETICIONES DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El principio de congruencia, en cuanto limitación de los poderes del organismo jurisdiccional, constreñido también por los principios de controversia y dispositivo, claro está que prohíbe toda resolución *extra petita*, pero no puede desconocerse que el propio artículo 359 que lo proclama le exige al Juzgador hacer las declaraciones requeridas por las pretensiones de los litigantes, y, de otro lado, es constante la doctrina jurisprudencial en el sentido de que atendida la naturaleza espiritualista de toda operación jurídica, las confrontaciones entre pedimento y sentencia para hallar las identidades fundamentales han de verificarse teniendo muy presente que la necesidad de congruencia no impone ni significa una conformidad rígida y literal con las peticiones de la parte, sino racional adecuación a los hechos y a los postulados con esta base fáctica, de manera que si respetando el componente jurídico de la acción y los acaecimientos proporcionados decide el Juez sobre el objeto propuesto, no incurre en alteración de los elementos del proceso, por más que la determinación concreta del bien o cosa a que se refiere la demanda deba oponerse específicamente de modo distinto al propugnado por el actor.

EL CONCEPTO DE «RUINA» DEL ARTICULO 1.589 DEL CODIGO CIVIL NO HAY QUE REFERIRLO TAN SOLO A SU SENTIDO ESTRICTO, SINO QUE ES EXTENSIVO A LA ESTIMACION DE GRAVES DEFECTOS DE LA CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—A los efectos del artículo 1.589 del Código Civil, la ruina a que esta disposición se contrae no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto, y conforme al significado usual y gramatical de la misma, pudiera implicar, o sea, al inmediato

y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más alto y amplio contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que puedan determinar la pérdida del edificio, de no ser oportunamente reparados, haciéndole impropia o inútil para la finalidad a que se le destina.

Respecto a la solidaridad que, en cuanto a la responsabilidad del arquitecto y del constructor de la obra, establece la sentencia recurrida, ha de tenerse en cuenta que, aparte de lo que el artículo 1.137 del Código Civil establece en orden a la necesidad de que aquélla se determine expresamente en la obligación, el artículo 1.138 del mismo cuerpo legal permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo que es válido tanto para las obligaciones contractuales como para las que nacen por disposición legal, como lo es la que establece el artículo 1.591 de dicho Código sustantivo, pues ésta no tiene su origen en la convención de las partes, sino que deriva de un precepto legal y el contenido del mismo expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y arquitecto por la ruina del edificio, según la causa que la origine, es decir, vicio de la construcción o del suelo y de dirección, por lo que cuando concurren varias de ellas y no sea posible discernir la proporción en que cada una haya influido en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que el precepto contiene, con la identidad de origen de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1.591.

EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR HA DE TENERSE POR ACREDITADO POR EL HECHO MISMO DE HABER DESATENDIDO SU OBLIGACION. NO ES OBSTACULO QUE EL DEMANDADO ESTE EN SUSPENSION DE PAGOS PARA LA PRETENSION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Hechos.—Doña Mercedes vendió una finca a un comerciante, con gran parte del precio aplazado y garantizado por condición resolutoria. El comprador, poco después, fue declarado en suspensión de pagos y no atendió el pago de los plazos. La vendedora lo demanda y obtiene la resolución del contrato.

Doctrina de la sentencia.—Si bien la jurisprudencia ha precisado que el ejercicio del pacto comisorio por parte del vendedor se halla subordinado al requisito de la existencia de una conducta culpable, por negligencia de cualquier grado y consiguiente responsabilidad del contratante a quien se imputa la infracción de lo pactado, la reprochabilidad al deudor y el propio incumplimiento habrá de tenerse por acreditado en razón del hecho mismo de haberse desatendido la obligación de satisfacer el precio en el tiempo fijado en el contrato, en tanto no pruebe el incumplidor su fundado propósito de hacerlo efectivo, que mal podrá tener realidad cuando ni siquiera se intentó hacer el pago después del requerimiento solemne, lo que autoriza manifiestamente la procedencia del derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato como garantía convenida de tal aplazamiento.

La circunstancia de que el demandado recurrente esté declarado en suspensión de pagos, con la preceptiva paralización de las acciones individuales a promover por los acreedores que no lo sean de dominio o privilegiados *ex iure crediti*, no constituye obstáculo a la pretensión resolutoria de un contrato sinalagmático en el que el suspenso esté obligado al pago, ya que no se trata propiamente de hacer detracción de la masa patrimonial del suspenso de un bien determinado, sino de dilucidar la pertinencia de la resolución del contrato operada con anterioridad al litigio por declaración recepticia de la vendedora.

LA DONACION INTER VIVOS NO DEJARA DE SERLO CUANDO LA CIRCUNSTANCIA DE LA MUERTE NO SE INCORPORE A LA DONACION COMO CAUSA (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es esencial en la donación *mortis causa*, como liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte (*contemplatio mortis*), la característica de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que la convierte en revocable por lo mismo que no produce efectos sino *post mortem*, según proclamaron los textos del Derecho histórico (Ley once, Título cuarto, Partida quinta), lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a calificar como tales las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición, por lo que además de su revocabilidad, su eficacia no se origina en vida del disponente y carece de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, de manera que la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opere en el donante como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa, lo que no acontece en el caso litigioso en que es transmitida a las donatarias la nuda propiedad de las distintas plantas, atribuyéndoles un poder de disposición con determinadas restricciones, y la donante se reservó al realizar la donación todo el resto del edificio, así como el derecho a elevar otras plantas; tal reserva es a todas luces válida (resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de abril de 1970), con posibilidades de constancia tabular, conforme a lo dispuesto en el artículo 16, número 2, del Reglamento Hipotecario, tal conclusión se acomodaría de otra parte, en caso de duda, a la regla interpretativa del artículo 1.289 del Código sustantivo sobre la menor transmisión de derechos o intereses en un acto gratuito como es la donación, y sin que todo ello se contradiga con la referencia a la Ley de Propiedad Horizontal, pues sabido es que lo dispuesto en la Ley de 21 de julio de 1960 no eliminó ni coartó el principio de autonomía de la voluntad contractual en lo que no afecte a materias de derecho necesario.

Si bien la Ley de Propiedad Horizontal menciona como alteración esencial afectante a la entidad física del inmueble la construcción de nuevas plantas, el principio general del *ius prohibendi* y consiguiente necesidad de anuencia de los restantes dueños, no es operante cuando la propietario de la casa y donante de los distintos pisos se reservó el derecho a darle mayor altura.

NO ES NECESARIO DEMANDAR A LA MUJER AUNQUE EL OBJETO DEL PLEITO SEAN BIENES GANANCIALES (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el objeto del contrato de compraventa a que el pleito se contrae es un bien perteneciente a la sociedad de gananciales integrada por el recurrente y su esposa, no tenía por qué ser demandada ésta, toda vez que es el marido quien interviene en los actos dispositivos sobre bienes de la sociedad conyugal, por ser el representante legal de la misma, a tenor de los artículos 59 y 1.412 del Código Civil, según los cuales tiene, por ministerio de la ley, la facultad de representar a la mujer y actuar en nombre de dicha sociedad, por lo que está legitimado para, sin intervención de su esposa, poder actuar tanto para reclamar en juicio todo lo concerniente a los bienes gananciales, como para ser demandado con relación a los mismos, y, por ello, por ser el marido responsable frente a un contratante de los compromisos contraídos, no es necesario que al instar éste el cumplimiento del contrato tenga también que demandar a la mujer de aquél, contra la que carece de acción, debiendo tenerse en cuenta, además, que al defenderse el marido, defiende también a ésta.

J. Q. S.

SUCESIONES

LEGITIMAS. RECONOCIMIENTO DE SU PAGO EN VIDA DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1979).

Discutido en este pleito el alcance de la manifestación hecha por el testador, en testamento posterior a la quiebra de un hijo suyo, de que éste había ya recibido en vida su legítima, extremo corroborado por el propio legitimario quebrado, frente a los acreedores de la quiebra, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y recurrente contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tortosa número uno.

Los razonamientos de nuestro más alto Tribunal son los siguientes: Considerando que las demandas en juicios acumulados, seguidos ante el Juzgado número uno de Tortosa por la Sindicatura de la quiebra del comerciante don J. S. E., contemplan estos remotos antecedentes, de indudable significación en la controversia, cuya realidad y data se presentan indiscutidas: Primero. Don J. S. E. ha sido declarado en estado de quiebra necesaria mediante auto de diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta, quiebra que fue calificada de fraudulenta tanto en la sentencia del Juzgado de diez de julio de mil novecientos setenta y dos como en la

pronunciada por la Audiencia de Barcelona el once de mayo de mil novecientos setenta y tres. Segundo. En el testamento abierto otorgado con fecha treinta de septiembre de mil novecientos setenta, esto es, once días más tarde de la declaración de quiebra, el disponente, don J. S. G., «manifiesta que su hijo don J. S. E. tiene satisfecha en vida su legítima» (cláusula séptima), aserto al que el quebrado presta plena conformidad pero que la Sindicatura combate a fin de integrar en la masa patrimonial esos derechos hereditarios, de obligado pago y cuya renuncia no podría perjudicar a los acreedores del quebrado.

Considerando que el principio de presunción de exactitud del Registro, capital en el Derecho inmobiliario, proclamado en los artículos treinta y ocho, párrafo primero, y noventa y siete de la Ley Hipotecaria en relación con el párrafo tercero del artículo primero, entraña una presunción legitimadora de naturaleza *iuris tantum* y como tal susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario demostrativa de la falta de exactitud en la constancia tabular, según lo autorizan el precepto inicial de esa ley y la norma más general del artículo mil doscientos cincuenta y uno del Código Civil, como tiene declarado esta Sala en sentencias de veintuno de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y nueve, y si bien dicha legitimación registral provoca por imperativo del párrafo segundo del artículo treinta y ocho, entre otras consecuencias procesales, la exigencia de pedir la nulidad o cancelación de la inscripción de dominio o derecho real cuando se ejercite una acción que los contradiga, es claro que el supuesto de hecho necesario para la aplicación del mandato legal viene determinado por la formulación de pretensiones que pugnen con el contenido de la inscripción y por ello puedan ocasionar su cancelación o nulidad, lo que acontecerá en el evento de las acciones reivindicatoria, declarativa de dominio u otro derecho real, negatoria, confesoria, o las de nulidad, rescisión o resolución del título inscrito, en suma, aquellas de cuyo éxito habrá de derivar la proclamación de un derecho inconciliable con los términos de la inscripción de que se trata, según ha precisado la jurisprudencia (sentencias de veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco), situación que no se origina si no media esencial discordancia en el orden jurídico entre acción y asiento o si la entablada reviste naturaleza obligacional (sentencias de dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y veintidós de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco); razones en consonancia a las cuales tiene que ser rechazado el motivo primero del recurso que, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por violación del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, argumentando, en síntesis, que para la prosperabilidad de la reclamación de la Sindicatura debió pedirse, previamente o a la vez de la instauración del proceso, la nulidad o cancelación del asiento correspondiente a la inscripción decimotercera de la «Huerta Bufarra», finca en que se dicen efectuadas las mejoras, pues además de que se trata de una cuestión nueva en el recurso y, como tal, no susceptible de ser planteada, por impedirlo el número quinto del artículo mil setecientos veintinueve, es manifiesto que la demanda postulando la conminación al dueño del terreno a fin de que actúe

su derecho de opción con arreglo al artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil, no es contradictoria del actual contenido del asiento, que precisamente habrá de servir como eslabón en el tracto para el supuesto de que la otra parte eligiese el segundo término de la alternativa, hipótesis, por lo demás, excluida ya del debate por cuanto la sentencia recurrida, confirmando en este extremo la apelada, resuelve el conflicto de intereses entendiendo realizada ya la opción por el causante don José S. G. y, por consiguiente, traduciendo a indemnización pecuniaria los derechos del edificante de buena fe.

Considerando que el motivo segundo del recurso, seguido por la misma vía, alega violación de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de dieciséis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y cuatro de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, que los recurrentes enuncian en el sentido que cuando la acción ejercitada se funda en la nulidad de un contrato, obligación o acto, habrá de ser pedida previamente la declaración de su ineficacia; pero la impugnación es, a todas luces, improsperable, por cuanto: Primero. La doctrina aludida, aspecto de la más general de que todo negocio jurídico que aparezca debidamente formalizado lleva ínsito en la expresión del consentimiento un principio de prueba sobre la realidad y obligatoriedad (sentencias de veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y seis, diecinueve de mayo de mil novecientos sesenta y siete, veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y nueve y once de octubre de mil novecientos setenta y dos), simplemente establece que «un vínculo de derecho contractual, cualesquiera que sean los vicios de su inicial formación, debe respetarse y estimarse válido hasta que se resuelva por los Tribunales su nulidad, máxime cuando se está en presencia de un acto real y existente, no simulado», materia que ninguna relación guarda con una mera declaración unilateral de obra nueva en finca, ya inmatriculada a efectos de su registración utilizando el procedimiento de escritura independiente que la práctica entiende autorizado por el artículo trescientos ocho, número primero *in fine*, del Reglamento Hipotecario, manifestación que, según relevante criterio doctrinal, no comporta acto o negocio jurídico alguno, ni, por tanto, una verdadera expresión de voluntad con tal alcance, sino una simple narración fáctica.—Segundo. La declaración de obra nueva que don José S. G. realiza en escritura otorgada con ese designio el treinta de septiembre de mil novecientos setenta (por tanto, ya en *tempus suspectus*), ha sido impugnada como inveraz por la Sindicatura recurrida, que entabló al efecto las apropiadas acciones declarativas y de condena, cuya estimación lleva aparejada por modo necesario el pronunciamiento del juzgador de que lo declarado en cuanto a la ejecución y pago de la obra a expensas de don José S. G. no se acomoda a la verdad.

Considerando que los motivos tercero, cuarto y quinto, todos referentes al mismo tema de la cuestión debatida, aducen, respectivamente, infracción por interpretación errónea de los artículos trescientos sesenta y uno, cuatrocientos cincuenta y tres y cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código Civil, aplicación indebida de los mismos preceptos y violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita sobre la posesión de buena fe, concepto que, dada su significación psicológica concerniente al conocimiento, no puede ser predicado del edificante don José S. E., ya

que no ignoraba el dominio que a su padre pertenecía sobre el predio donde construyó; mas ninguno de los motivos utilizados con la misma finalidad puede alcanzar éxito, pues sobre que permanece incólume el aserto, hecho en la instancia, de que «la construcción ha sido levantada con evidente buena fe» (considerando cuarto de la sentencia del Juez, aceptado por la Sala de apelación), al no haber sido rebatido en forma acudiendo al cauce del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, la versión que de lo acaecido dan los recurrentes llevaría a tener por demostrada la mala fe, recíproca, hipótesis que el artículo trescientos sesenta y cuatro resuelve con criterio de compensación, neutralizándola en justa reciprocidad y disciplinando esa incorporación por las reglas de la buena fe propias de la accesión (sentencia de diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres).

Considerando que el motivo sexto, articulado con base en el número séptimo de aquel precepto, reprocha a la sentencia de la Sala error de hecho, que entiende demostrado con la certificación del Registro de la Propiedad de Tortosa, recabada para mejor proveer, que cita como documento auténtico; y si ya en principio no deja de parecer extraño que para evidenciar el desacierto en la valoración probatoria se acuda a los elementos demostrativos no llevados a las actuaciones por iniciativa de la parte, sino a los investigados por la prudente decisión del Juez, es patente la inconsistencia del pretendido desacierto en la ponderación de la prueba, cuando para intentar acreditarlo desarrollan los recurrentes un complejo haz de razonamientos y deducciones, incluso con inoportuna invocación en su curso del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil, que oponen a las conclusiones de los juzgadores de instancia, con olvido de que por mor de su concepto el documento auténtico, según constante doctrina de esta Sala, habrá de acreditar por sí mismo, sin necesidad de operaciones discursivas que excedan de su mera confrontación, un resultado discrepante con el obtenido por el Juzgador *a quo* y que se impone por su sola virtud al sujeto del conocimiento, lo que equivale a evidencia objetiva dimanante de esas notas de autosuficiencia y literosuficiencia, requisitos que en modo alguno reúne la citada certificación registral, cuyos términos no significan que todas las construcciones levantadas en la finca lo hayan sido a costa del dueño del terreno y no parcialmente sufragadas con el peculio de su hijo el quebrado, ya que en la actualidad la «Granja Avícola S.» consta de naves en número sensiblemente superior al que ofrecía cuando fue solicitado el préstamo del Banco de Crédito Agrícola por don J. S. G. el doce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, dato que unido a la abundante documentación retirada de la oficina de don J. S. E. permiten concluir a la Sala sentenciadora, haciendo suyos los razonamientos del primer grado, que ni está demostrado que la suma prestada por aquella entidad (tres millones trescientas mil pesetas) haya sido verdaderamente invertida en tal destino, ni es posible desconocer que «todas las obras e instalaciones fueron realizadas a instancia, en nombre y por cuenta de don J. S. E., quien firmó y suscribió facturas y recibos, de forma personal, con los contratistas y suministradores de materiales», juicio y conclusiones que en manera alguna han sido desvirtuados.

Considerando que, repelidos en fase de admisión los motivos séptimo, octavo, noveno y decimotercero, denuncian los recurrentes en el décimo,

con inconsistencia que fluye de su sola lectura, violación de la doctrina legal ya invocada, según la cual «no puede ejercitarse en ningún juicio acción alguna de cuyo éxito dependa la nulidad de un contrato sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtenerla», según la transcribe el recurso; y es clara su improcedencia, dado que la cuestión debatida ninguna relación guarda, por lo que a la porción legítima del quebrado importa, con instituciones propias del campo contractual, ni el derecho a la legítima que ostenta don J. S. E. se halla subordinado a la circunstancia de que sea instado un pronunciamiento concreto de nulidad de la cláusula séptima del testamento otorgado por su padre el causante, donde «manifiesta que su hijo don J. S. E. tiene satisfecha en vida su legítima», sino que la inoperancia de lo declarado por el testador en fecha inmediatamente posterior a la declaración de la quiebra, lo que por sí sola la hace harto sospechosa, se origina sin más una vez hecho el pronunciamiento de que la pretensión legítima no ha sido atendida o cubierta por liberalidad *inter vivos* y, por tanto, subsiste íntegra la titularidad correspondiente sobre el caudal relicto, sin desconocer, de otra parte, que regida la nulidad testamentaria por los artículos seiscientos ochenta y siete y setecientos cuarenta y tres del Código Civil y restantes normas específicas sobre la materia, no puede reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ofrecer aquéllos estructura unilateral y ser comprensivos de declaraciones no recepticias, como tienen declarado las sentencias de doce de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro y veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho.

Considerando que las mismas precedentes razones llevan a la repulsa del motivo undécimo, que por la vía del número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos plantea la incongruencia por violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal, cuando es patente la plena adecuación entre las pretensiones deducidas y la sentencia del Tribunal de Instancia y no era menester, según dicho queda, llevar a la parte dispositiva una expresa declaración de nulidad de la cláusula séptima del testamento, cuya ineficacia constituyó una de las cuestiones objeto del debate, que ha sido resuelta decidiendo el derecho de don J. S. E. a la cuota legítima; desestimación que también merece el motivo duodécimo, que imputa a la sentencia de la Sala error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número séptimo, señalando al efecto como documentos auténticos, entre otros, el propio testamento del causante la escritura pública del préstamo hipotecario, la de su cancelación, la escritura pública de arrendamiento de la explotación avícola e industrial a la compañía mercantil «A. S., S. A.», e incluso la certificación de la Zona de Reclutamiento de Tarragona referente a la situación militar de don J. S. E., documentación heterogénea y copiosa, basándose en la cual los recurrentes proceden a diversas reflexiones para obtener como desenlace de su tarea especulativa el aserto de que la ponderación probatoria hecha por la Sala no ha sido acertada, pero sobre que tales datos han sido ya analizados detenidamente por el Juez y en la apelación, lo que les priva de la condición de autenticidad para los fines pretendidos, su contenido no contradice las atinadas apreciaciones de ambos organismos jurisdiccionales, y claro está que resulta inadmisibles entender que la declaración testamentaria, iniciado ya el proceso de ejecución general,

en orden al pago de la legítima del hijo mediante liberalidades en vida del testador, habrá de ser tenida por una realidad incontestable, por la que viene obligada a pasar la Sindicatura de la quiebra de don J. S. E.

Considerando que si ciertamente el principio de congruencia, como limitación de los poderes del Juez al que también sujetan los principios dispositivo y de controversia, no consiente una resolución *extra petita*, el propio artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal que los formula le exige hacer las declaraciones que las pretensiones de las partes requieran, y es reiterada la doctrina jurisprudencial aleccionadora de que la congruencia no entraña conformidad rígida y literal con las peticiones deducidas, sino adaptación a los hechos narrados y a lo pretendido con esta base fáctica; lo que impone rechazar el motivo decimocuarto del recurso, que, utilizando el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria acusa violación de su artículo trescientos cincuenta y nueve, pues, a pesar de que en la segunda demanda el *petitum* de la pretensión principal insta la condena de los demandados, remitiendo para ejecución de la sentencia la concreción del derecho concedido al dueño del terreno por el artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil, subsidiariamente es postulado de inmediato el pago de la indemnización, y en todo caso hay que entender que no se aparta el Juzgador del tema litigioso ni resuelve al margen de lo pretendido cuando decide, a la vista del material probatorio, que el propietario del suelo optó con anterioridad por hacer suyo lo construido, con lo que está descartado ya el otro elemento de la alternativa.

Considerando que es improsperable asimismo el motivo decimoquinto del recurso, que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, entiende infringido por indebida aplicación el artículo mil ciento once del Código Civil; porque además de que este precepto, si bien invocado al hilo del razonamiento en el quinto considerando de la sentencia del Juzgado, no ha constituido propiamente punto del debate, es manifiesto que alcanzando la responsabilidad del deudor a la totalidad de su patrimonio según el principio de la responsabilidad universal proclamado en el artículo mil novecientos once del propio Código, la masa de la quiebra se integrará por todos los bienes de contenido económico susceptibles de ejecución en favor de la masa de acreedores (artículos mil trescientos treinta y tres y mil trescientos cincuenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil; mil cuarenta y cuatro, disposición tercera, y mil cuarenta y seis del Código de Comercio de mil ochocientos veintinueve, y novecientos ocho a novecientos once del vigente), y, por tanto, también con los derechos hereditarios que le correspondan.

LEGADO. LITISCONSORCIO NECESARIO. LOS LEGATARIOS HAN DE SER LLAMADOS A JUICIO CUANDO FALTA LA INSTITUCION DE HEREDERO O PUEDAN RESULTAR PERJUDICADOS (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1979).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de

lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número dos de Murcia, según resulta de las siguientes consideraciones:

Considerando que a efectos de la resolución de este recurso han de ser tenidos en cuenta los siguientes hechos: que los actores instan la nulidad de un testamento ológrafo, pues como tal fue protocolizado en virtud de auto dictado por el Juzgado número dos de Murcia de cuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco, formulando su demanda de nulidad contra don G. S. M. y doña A. y don R. R. P., la Dirección General de Asistencia Social del Ministerio de la Gobernación y las personas o entidades que puedan tener interés en el pleito; que en dicho testamento se ordenan legados a favor del Arzobispo de Valencia, la Junta de la Lucha contra el Cáncer de Murcia y la ciudad de San Juan de Dios de Sevilla, sin institución de heredero en el mismo; que la Sala de Instancia declaró la improcedencia de estimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario oportunamente alegada por los demandados, por entender que el documento ológrafo no contenía verdaderos legados, sino recomendaciones al marido de la testadora.

Considerando que en el primer motivo, y por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 se denuncia la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, y, evidentemente, ha de ser estimado por las siguientes razones: en primer lugar, porque no puede rechazarse la excepción formulada por razones de fondo cuando precisamente se está examinando la existencia o no de un defecto en la relación jurídico-procesal, cuya estimación vedaría el examen de dicho fondo; en segundo lugar, por, aun cuando no es necesario llamar a juicio a los legatarios cuando en el testamento hay institución de heredero, sí han de serlo al faltar dicha institución, como ocurre en el caso presente, y en tercer lugar, porque es indudable que los legatarios tienen interés directo en mantener la validez del testamento impugnado, ya que, de decretarse su nulidad quedarían perjudicados por la sentencia recaída.

NULIDAD DE TESTAMENTO. INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Los hechos que se desprenden de este pleito son los siguientes: doña M. V. P., analfabeta y que en su infancia había padecido diversas enfermedades, entre ellas una meningitis aguda, de las que le habían quedado secuelas, las cuales, al parecer motivaron la reducción de su nivel mental al de una niña de unos seis años, falleció, víctima de graves quemaduras sufridas en accidente, en una clínica de J., bajo testamento notarial abierto otorgado la víspera del día en que no se la pudo tomar declaración por el Juzgado sobre las circunstancias del accidente, por lo grave de su estado. En dicho testamento, careciendo de legitimarios, instituyó heredero al demandado, apelante y recurrido, don A. C. J., quien había servido en numerosas ocasiones como taxista a los padres de la causante y, fallecidos éstos, había conseguido captarse la voluntad de aquélla, apartándola de sus más próximos parientes y logrando que le otorgase un amplio poder, por lo que tales parientes habían promovido expediente

judicial de incapacidad, que se vio interrumpido por la muerte de doña M. V. P.

Es de observar que además del indicado testamento de 1972, cuya nulidad se postula por los parientes de la testadora, ésta había otorgado anteriormente otros documentos, tales como otro testamento en el año 1962, la escritura de manifestación y aceptación de las herencias de sus padres y el antedicho poder, apreciando todos los Notarios su capacidad.

Los más próximos parientes de la testadora demandan la nulidad del testamento y de la escritura de partición de herencia, con las consiguientes declaraciones a favor de los actores en orden a la restitución de frutos, etcétera.

El Juzgado de Primera Instancia de Andújar estimó en parte la demanda declarando la nulidad del testamento otorgado en 1972 por doña M. V. P. y cualquiera otro anteriormente otorgado, así como la de la escritura de partición, pero sin haber lugar a la restitución de frutos. Apelada la sentencia por la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la del Juzgado y, en parte, la revocó, obligando a la parte demandada a restituir los frutos percibidos y debidos percibir.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que los dos primeros motivos del recurso, amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian sendas violaciones de la doctrina legal que citan sobre el litis consorcio pasivo necesario, alegándose que en tales infracciones incurre la sentencia recurrida, porque, en opinión de los recurrentes, han debido ser llamados a pleito, el Notario autorizante del testamento abierto otorgado por doña M. V. P. el veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y dos, y también todas las personas que se crean o puedan ser herederos de dicha causante, motivos que son desestimables; en cuanto al primero de ellos, porque la acción de nulidad de un testamento abierto por no haberse observado las formalidades o solemnidades establecidas para el caso, ha de ser forzosamente dirigida contra todos los interesados, entendiéndose por tales los que de manera directa tengan interés en que se mantenga su validez y subsistencia, es decir, en el presente caso, los herederos y la legataria instituidos en el citado testamento, sin que tal acción tenga también que ser necesariamente dirigida contra el Notario que lo autorizó, y así lo viene estableciendo implícitamente la doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse, entre otras muchas, las sentencias de quince de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y tres, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y cuatro, veintisiete de septiembre y quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, tres de junio de mil novecientos setenta y dos y dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, todas ellas recaídas en pleitos en los que se ejercitaba una acción de aquella naturaleza sin haber sido demandado el Notario autorizante del testamento, pese a lo cual esta Sala no estimó la falta de litis consorcio pasivo necesario, como tendría que haberlo hecho incluso de oficio de ser tal circunstancia determinante de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal; y en cuanto al segundo motivo, porque ni en los escritos del período expositivo del

pleito, ni en la sentencia recurrida, se hace alusión ni referencia alguna a la eventual existencia de otras personas que se crean o puedan ser herederos de dicha causante, antes por el contrario, en la contestación y en la dúplica los demandados no opusieron objeción de ninguna clase a la legitimación activa de la demandante, que actúa en el pleito en su propio nombre y derecho como heredera *ab intestato* de la citada causante y en beneficio de la comunidad de herederos legítimos de la misma.

Considerando que en el tercero y último motivo, fundado en el número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma ley, y reprocha a la sentencia recurrida de haber incidido en una doble incongruencia de carácter positivo, en primer término, porque habiéndose pedido en la demanda la nulidad del testamento abierto otorgado por doña M. V. P. el veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y dos, la sentencia combatida declara no sólo la nulidad de dicho testamento, sino también la de «y cualquiera otro anteriormente otorgado», y, en segundo lugar, porque el pronunciamiento b) del fallo recurrido concede lo que no se reclamaba en los pedimentos E) y F) del suplico de su demanda; motivo que es obligado recoger por lo que respecta a la primera de las incongruencias indicadas, por ser cierto el hecho que le sirve de fundamento y manifiesto el exceso en que en ese extremo incurre la sentencia impugnada; en cambio, debe ser desestimado en cuanto se refiere a la segunda de las incongruencias alegadas, porque si bien aquellos pedimentos, de una parte, y el mencionado pronunciamiento, de la otra, difieren entre sí en las expresiones empleadas, ello no implica incongruencia cuando, cual aquí acontece, ese particular del fallo guarda el debido acatamiento a la esencia de lo solicitado en tales pedimentos, cabiendo añadir que del desarrollo en este punto del motivo, bien se advierte que en realidad lo que se está denunciando es que aquellas pretensiones de la demanda han sido sustituidas en el fallo por otra que la actora no formuló, lo que, en el supuesto de que así hubiere ocurrido, el defecto constituiría, en todo caso, una incongruencia mixta del número segundo del indicado artículo mil seiscientos noventa y dos vía procesal que no se utiliza en el recurso.

***NULIDAD DE TESTAMENTO OLOGRAFO. LITIS CONSORCIO PASIVO
NECESARIO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1979).***

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, sin entrar en el fondo del asunto, aprecia la excepción por falta de litis consorcio pasivo necesario, estimando que, si bien no es necesario llamar a juicio a los legatarios cuando en el testamento hay institución de heredero, sí han de serlo al faltar dicha institución, como ocurre en el caso presente. Y, en consecuencia, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, anula la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Murcia.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

CITACION A LOS PROPIETARIOS EN LA TRAMITACION DE PLANES DE URBANISMO. PUBLICACION DE ANUNCIOS EXISTENCIA DE PROPIETARIOS. PROPIEDAD PUBLICA. ALCANCE PROCEDIMENTAL Y PROCESAL DE LA NO CITACION (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE OCTUBRE DE 1979).

I. ANTECEDENTES

1. Don Luis se propone urbanizar una de sus fincas, el «Prado de las Heras», en Segovia, y para ello redacta un Plan Parcial (aunque él lo llame especial).

2. Presenta su plan al Ayuntamiento de Segovia, que lo tramita aprobándolo provisionalmente y elevándolo al Ministro de la Vivienda para su aprobación definitiva.

3. El Ministro deniega la aprobación por falta de citación a los propietarios en la tramitación y por ser el terreno rústico y los viales inadecuados.

4. Don Luis recurre contra esta denegación, siendo contestado su recurso de reposición con silencio administrativo.

5. Recurre entonces ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que dicta sentencia en la que, sin entrar en el tema de la legalidad de fondo del plan, anula la resolución ministerial y ordena repetir la tramitación del plan con citación de los propietarios afectados.

II. LA SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1979

En la sentencia de que fue Ponente el excelentísimo señor don Aurelio Botella y Taza se establecen los siguientes considerandos:

1.º considerando: Que en el presente recurso contencioso-administrativo, contra cuya admisibilidad nada opone el representante de la Administración, se impugna resolución del Ministerio de la Vivienda de 8 de noviembre de 1973, así como la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición deducido frente a la misma, denegatoria de la aprobación definitiva del Plan Parcial de ordenación urbana—indebidamente calificado en su inicio por el promotor del Plan Especial—de la finca «Prado

de las Eras», término municipal de Segovia, adquirida en subasta pública por el hoy recurrente del entonces Ayuntamiento de Revenga; siendo el cuestionado plan de iniciativa de aquel accionante a efectos de urbanizar, parcelar y seguidamente comercializar, vendiendo las construcciones, la susodicha finca comprada en su total extensión por precio de 1.800.000 pesetas; y constituyen motivos del acto denegatorio impugnado indistintamente los de forma y fondo referidos a carencia en el trámite de citación personal de propietarios afectados, asignación a la zona de un uso rústico y no residencial en el Plan General de Ordenación Urbana de Segovia, e inadecuación de la red viaria proyectada, ya que no resuelve el acceso a las parcelas colindantes con ciertas fincas vecinas; motivación acumulada que implica interna contradicción, pues, de ser ciertos los expresados vicios de procedimiento, su evidente carácter esencial, por cuanto generan indefensión de terceros propietarios, enervaría la idoneidad del referido trámite en cuanto base procedimental para una válida decisión administrativa sobre el fondo, y así determinarían la anulación de ese acto decisorio integrado en la unidad de expediente y resolución, con lo cual el acto denegatorio del plan quedaría privado de su factor formal condicionante de la decisión válida sobre el fondo, con la consiguiente imposibilidad de entrar en el examen del mismo, según resulta de la conexión entre los artículos 39, apartado 3; 40, y 48, apartado 2, de la Ley de 17 de julio de 1958, con más la necesidad de reponer los trámites de elaboración del plan al momento en que se cometió la falta productora de indefensión; circunstancias estas actuables incluso de oficio, dado el carácter de orden público atinente a las leyes rectoras del procedimiento que requiere de su prosecución una vez subsanada la falta, como así el propio actor reconoce y pone de relieve en el folio quinto del escrito de demanda, al fundamentar su pretensión anulatoria conforme al artículo 41 de la Ley reguladora de la jurisdicción.

2.º considerando: Que se da en el caso el expresado supuesto imposibilitante de resolver sobre el fondo o materia expediential definido mediante la denegación acordada por el Ministerio de la Vivienda del plan de iniciativa particular tramitado ante el Ayuntamiento de Segovia; toda vez que *el artículo 42, apartado 1, de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, reproducido en el 54, apartado 1, del Texto refundido aprobado por Decreto de 9 de abril de 1976, taxativamente exige citación personal para la información pública de los propietarios de los terrenos comprendidos en aquel plan, sin distinguir si se trata de inmuebles de dominio privado o público, calificación esta última que comprende los ríos o arroyos y sus cauces naturales sujetos al régimen de policía cuyo ejercicio compete a la Confederación Hidrográfica correspondiente* por delegación del Ministerio de Obras Públicas, tal como se establecía en los artículos 1.º y 2.º del Reglamento de Policía de Aguas aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, y en cuyo régimen se halla incluido el llamado «Arroyo de Valido», que atraviesa la urbanización proyectada por el hoy demandante en su sector norte-noroeste; sin que los intentos de dicha parte en orden a persuadir sobre la situación marginal, limítrofe o exterior, de ese cauce natural, puedan alcanzar eficacia alguna dentro del marco de esta vía revisora ni siquiera al amparo de facultades de carácter prejudicial generosamente extendidas y con base en el artículo 4.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, ya que en la Memoria integrada en la documentación urba-

nística que el promotor accionante presentó, en cumplimiento del artículo 9.º, apartado 2 a), de la Ley del Suelo, expresamente se señala la previsión de desviar fuera de la urbanización el cuestionado arroyo sin concretar dato adicional alguno del que pudiera inferirse distinta significación de la directamente asignable a ese enunciado, o sea, la de que el arroyo atraviesa la urbanización, y que, por tanto, debió ser citado individualmente a la información pública el órgano de la Administración de precedente referencia.

3.º considerando: Que otro tanto sucede con respecto al enclave o penetración de terreno que el actor dio por exclusivamente suyo y presuntamente atribuible sin embargo, a la vecina finca propiedad de la Fundación Hospital de Antezana en unos 1.330 metros cuadrados de la extensión total de ésta, según informe sobre linderos, a tenor de la documentación presentada, emitido por el Arquitecto Jefe de los Servicios Técnicos de la Dirección General de Urbanismo, prueba que, sin perjuicio alguno para la integridad de los respectivos derechos de dominio, no resulta desvirtuada por los informes de los Arquitectos que redactaron el plan y el de un ayudante de Montes también aportado por el demandante y emitidos en forma extraprocesal; infiriéndose de todo ello *la necesidad de mantener la presunción, a los exclusivos efectos de control formal del expediente de elaboración del plan, de existencia de otro propietario afectado a quien debió citarse personalmente, de acuerdo con el precepto urbanístico referido, máxime cuando la finalidad de garantía de terceros a que obedece esta norma, y manifiesta indefensión que su inobservancia conlleva, inducen a exigir por parte de la Administración pública una clara y precisa determinación de linderos y justificación de la propiedad exclusiva del promotor particular del plan que la alega, evitándose interpretaciones restrictivas de la necesidad de citación personal instrumentadas a virtud de benévolas subsanaciones con base en la información pública hecha a través de periódicos oficiales o bien desbordando el sentido de actitudes de posibles afectados que, cuando menos, y a efectos de alcanzarse artificiosas convalidaciones, resultan sometidos a una costosa discriminación* in procedendo en materia donde cualquier factor de hermenéutica proclive a la especulación del suelo debe ser eliminado por incompatible con los principios informantes de la Ley aquí aplicable de 12 de mayo de 1956; doctrina coherente con la ya establecida por esta Sala en sentencia de 21 de diciembre de 1973, sin que a ella sea óbice la aparente solución contraria dada al problema en la anterior de 11 de febrero de 1964, teniendo en cuenta la singularidad y diversidad de supuestos contemplados que agotan en sí mismos el valor de precedente jurisprudencial asignable a la sentencia de última cita.

4.º considerando: Que en derivación de lo expuesto, acreditada la falta de citación personal de terceros y presuntos propietarios dentro de la superficie propuesta para la urbanización, debió el superior órgano urbanístico que había asumido resolver definitivamente sobre el plan, ordenar la reposición del trámite al momento en que se acordó la información pública para reproducir ésta con citación del Ministerio de Obras Públicas en su órgano delegado, la Confederación Hidrográfica territorialmente competente, así como de la Fundación del Hospital de Antezana; todo ello con invalidación de oficio de las actuaciones posteriores comprendida la aprobación provisional por el Ayuntamiento de un plan correctamente califi-

cado de parcial, por no darse las circunstancias y características señaladas en los artículos 13 a 20 y 34 de la Ley del Suelo de 1956; medida que implícitamente se contiene en el artículo 32, apartado 3, de dicha ley, puesto que *la facultad de resolver definitivamente sobre aprobación o denegación de un plan lleva consigo la de control y restauración de validez de su base procedimental, condicionante, a su vez, del valor jurídico de la resolución a adoptar sobre el fondo mismo del plan, en concordancia con el principio de unidad de expediente y resolución de que ya se ha hecho referencia; sin que razones de economía en el procedimiento, amparadas por la conjunta apreciación administrativa de ser procedente la denegación del plan examinado en su fondo puedan enervar la enunciada doctrina, ya que aquella apreciación es revisable en vía jurisdiccional*, llegándose con esto a idénticas conclusiones que las expuestas al principio en el sentido de que, anulable, al tenor del artículo 83, apartado 2, en relación con el 84 a) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, el acto denegatorio de la aprobación definitiva del plan por vicio esencial de procedimiento, cumplirá a la Sala revisora ordenar de oficio las expresadas medidas restauradoras de la validez del trámite en pronunciamiento aunado al de anulación de los actos, expreso y tácito, cuya disconformidad con el ordenamiento jurídico se acredita en el proceso desde el lado formal excluyente de toda resolución con respecto a las cuestiones materiales o de fondo ligadas al Plan Parcial referenciado.

5.º considerando: Que no se aprecian motivos de temeridad o mala fe determinantes de expresa condena en costas de acuerdo con el artículo 131, apartado 1, de la Ley Jurisdiccional.

III. COMENTARIO

1. *El requisito de la citación al trámite de información pública en el procedimiento de aprobación de planes de urbanismo*

a) *Planteamiento*

El de formación y aprobación de planes de urbanismo constituye uno de los procedimientos administrativos de carácter especial (1), concretándose sus trámites fundamentales en la aprobación inicial, información pública, aprobación provisional y, finalmente, la aprobación definitiva. Como principio general, las dos primeras aprobaciones corresponden al Ayuntamiento, y la última, la definitiva, a la Administración del Estado o de una Comunidad Autónoma. No interesa en este comentario la compleja problemática que suscita la articulación de competencias en la materia. El valor de la sentencia que se va a analizar se centra en la significación que la información pública, y más concretamente de uno de sus aspectos, tanto en sí mismo considerado como en su encuadramiento procedimental y procesal. Luego se tendrá ocasión de apreciar esta última perspectiva del tema y comprender la serie de razonamientos que laten en la sentencia. Veamos ahora el significado que tiene la citación a los propietarios.

(1) Disposición Final I, 3, L. P. A.; D. 10 octubre 1958.

Punto de partida lo constituye la información pública, ya que la citación se refiere a uno de sus aspectos.

A diferencia de otros procedimientos en los que la información pública tiene carácter potestativo—art. 87 de la Ley de Procedimiento Administrativo (2)—, en el de aprobación de planes de urbanismo, el trámite (3) es necesario. Precisamente al hacerse radicar la especialidad del procedimiento en dicho trámite, su falta se ha llegado a considerar como un supuesto de nulidad de pleno derecho (art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo), por suponer una resolución en la que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido—apartado c) del aludido art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo—. Tal conclusión, a pesar de no ser unánime (4), hace adquirir mayor trascendencia a las cuestiones del *sentido* de la información pública y *requisitos* que debe reunir para que, efectivamente, pueda decirse que ha habido tal información.

El *sentido* de la información pública es doble: por un lado, racionalizar las intervenciones de los que, como interesados en el procedimiento, tengan algo que alegar, evitando que la Administración deba tener en cuenta todas las alegaciones que esporádicamente, a lo largo del procedimiento, puedan producirse (arts. 83 y 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo) (5). Por otro lado, constituir una auténtica audiencia pública e indiscriminada ofrecida a *quienes puedan tener algo que decir* sobre el acierto de la decisión. Baste esta breve referencia, recogida constantemente en doctrina y jurisprudencia (6).

Respecto de los *requisitos* de la información pública, podría articularse en los tres momentos o aspectos que presupone: informar al público de que un plan ha sido redactado y aprobado (inicialmente), que el público

(2) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Procedimiento Administrativo Municipal*, Madrid, 1978, 472 y ss., con las correspondientes remisiones que contiene.

(3) No es un procedimiento; es un trámite del procedimiento. Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, cit.

(4) Parece ser sostenida por D. HERRERO, R. D. U., 32, 64; J. L. GONZÁLEZ BERENGUER: *Teoría y práctica del Planeamiento*, 2.ª ed., Madrid, 1975, 214; J. GONZÁLEZ PÉREZ *Comentarios a la L. S.*, artículo 41, Madrid, 1977.

(5) Y correlativos de la Legislación de Régimen Local. Es de subrayar la reducción del período de información pública a quince días cuando se trata de proyectos de urbanización y estudios de detalle según el Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1980 sobre promoción de suelo y agilización de la gestión urbanística (art. 4.º, 1, *in fine*).

(6) Cfr. J. MARTÍN BLANCO: *Estudios y dictámenes*, Madrid, 1970, 146 y ss.; T. POU VIVER, R. D. U., 18; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1979, 329 y ss.; J. M. FORTES: *La información pública en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1977, 74 y ss.

Entre las sentencias, como más significativa la de 7 de julio de 1977 (Algará), en cuyo considerando 7 se dice:

«Que la información pública, en el ámbito procedimental administrativo, tiene como finalidad no sólo la salvaguarda de los derechos de los directamente afectados por el expediente, sino también el interés público, que necesita que puedan aportarse a las actuaciones todos los datos que facilitan una acertada resolución; interés público que tiene singular relieve en la materia atinente al urbanismo como lo evidencia el artículo 233 de la Ley a que se acaba de aludir, precepto éste que en materia de Planes, y desviándose de las normas generales que disciplinan la legitimación activa en aras de la defensa de tal interés público, concede a toda persona afectada o no por el plan o proyecto la facultad de exigir la observancia de la normativa urbanística. Que sin un puntual anuncio no tendrían cabal conocimiento y no podrían ejercitar sus derechos los afectados por el Plan, ni menos los terceros posibles colaboradores de la Administración o, en su caso, objetantes frente a la misma.»

Y la de 24 de abril de 1978 (García Manzana), en la que se da a la información pública «su exacto alcance» que en la sentencia consiste en tratarla

«... como *audiencia indiscriminada*, dirigida no sólo a que los propietarios afectados por el planeamiento puedan defender sus intereses, sino también a que cualquier persona, sin cualificación especial, aporte sugerencias u observaciones al plan en elaboración».

se informe sobre el plan, que el público informe de lo que opina. De estos tres aspectos, el que importa es el primero (7).

Pues bien: aparte otros problemas, el tema se centra fundamentalmente en el medio de informar de la apertura del período de información pública. Aparte, por tanto, el contenido de la información (que exigiría aportar los datos suficientes para posibilitar el acceso al plan), la cuestión es la del medio para llevarla a cabo. ¿Publicando anuncios? ¿Citando personalmente? Publicación de anuncios. ., ¿dónde? Citación personal..., ¿a quiénes? La Ley del Suelo nada dice, y de aquí que se suscitasen problemas, tanto en el primer texto como en el idéntico actual artículo 41 de la Ley del Suelo.

En primer lugar, y en relación con el medio de publicación, la cuestión debe entenderse resuelta en base al artículo 128 R. Pl., a su vez modificado por el Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1980, artículo 4.º *in fine* (8).

Aun claro cuál es el medio de publicar los anuncios, se suscita la doble cuestión de si mediante notificaciones puede sustituirse la publicación y si, además de publicar anuncios, debe citarse personalmente a alguien en especial.

La primera cuestión tiene una clara respuesta negativa, ya que, aparte la dificultad práctica de notificar a todos los titulares de derechos afectados, la finalidad del trámite es precisamente dar posibilidad a que no sólo los interesados, sino «cualquiera que quiera», pueda examinar el expediente e informar de lo que considere pertinente; y determinar quiénes sean estos últimos es imposible.

Debe haber, por tanto, publicación de anuncios. Ahora el tema es si *además* hay que citar personalmente a los titulares de derechos afectados, y la respuesta también es negativa, porque mediante los anuncios publicados ya se produce la publicidad en forma legal (vid. art. 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo), y no estamos todavía ante una resolución (vid. art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo) (9).

(7) El que *informe el público o no*, no tiene trascendencia en relación con la validez del procedimiento evidentemente ni con la situación de los administrados; salvo en sentido favorable, el derecho de los comparecientes a que se les notifique la aprobación definitiva que recaiga. Y aunque la imposibilidad de *acceder al Plan* puede tener trascendencia, el aspecto claramente determinante del incumplimiento del trámite es el de que el público tenga conocimiento de la tramitación del Plan, sobre todo desde la perspectiva de la práctica judicial diaria, siendo un ejemplo la sentencia comentada.

Es de interés en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, citada antes, de 7 de julio de 1977, cuyo octavo considerando dice.

«Que si en cierto modo puede admitirse que si bien la omisión o irregularidad de la información no implica indefensión—por cuanto es potestativa la intervención sin que la inactividad del administrado le produzca lesión o menoscabo de las acciones o derechos que la Ley en definitiva le concede—, sin embargo ha de reconocerse que tal irregularidad conlleva la anulabilidad prevista en el 48 L. P. A., por cuanto impide que mediante los datos aportados se consiga el fin de la información, que no es otro que poder resolver con mayores garantías de acierto lo que no se logra en casos como el enjuiciado cuando el anuncio se hizo con las graves irregularidades aludidas que propician el confusiónismo, el cual frustra el fin de la institución»

(8) Según el 128, 2, R. Pl.:

«Aprobado inicialmente el Plan, se someterá a información pública mediante anuncio que se insertará en el *Boletín Oficial del Estado* y en el de la *Provincia* o municipios de población superior a 50.000 habitantes, y sólo en el de la *Provincia* en los demás casos. En cualquiera de los dos supuestos se anunciará, además, en uno de los periódicos de mayor duración de la provincia.»

Y según el artículo 4 del Real Decreto-ley 3/80, de 14 de marzo, en su último apartado

«Se suprime la exigencia de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* a que se refiere el artículo 128 R. Pl., salvo para los Planes Generales y Normas Subsidiarias de Planeamiento municipal.»

(9) La aprobación inicial no es *resolución* claramente, aunque se discuta si la resolución es la aprobación provisional o la definitiva.

Lo dicho en términos generales, ya que cuando el plan de urbanismo es de iniciativa privada, las respuestas deben matizarse. Efectivamente, a pesar de lo acabado de decir, tratándose de planes de iniciativa privada, se dispone (art. 54, 1, de la Ley del Suelo) que: «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 aquéllas.»

Incluso se establece (y ahora por vía reglamentaria: art. 139, 4.ª, R. Pl.) que...

«el acuerdo de aprobación definitiva se notificará personalmente a todos los propietarios afectados».

La sentencia comentada aborda el problema de la información pública en relación con un plan de iniciativa privada. Aparte el tema de la notificación de la aprobación definitiva, por tanto (10), se trata de valorar la aportación ofrecida en la temática planteada. Una serie de puntos sirven para apreciar las conclusiones y razonamientos del Tribunal Supremo.

b) *La citación a los propietarios no sustituye la publicación de anuncios*

Enlazando con lo anteriormente expuesto, cabe plantear la cuestión de si cuando la Ley del Suelo, refiriéndose a los planes de iniciativa privada, exige la citación de los propietarios, está excusando de la *publicación* de anuncios. La respuesta, evidentemente, prejuzga la relativa a la cuestión de si los planes de iniciativa privada son de la misma naturaleza (en cuanto planes de urbanismo y en función de sus efectos) que los oficiales. Prejuzgando en sentido afirmativo (lo que no ofrece especiales dudas), la conclusión no puede ser otra que el mantenimiento de la necesidad de anunciar la apertura de información pública publicando tal información. Efectivamente, el que un particular o una sociedad inmobiliaria haya redactado materialmente el plan, no puede significar que la información pública cambie de sentido, marginando de la misma a quienes sin ser propietarios tengan interés directo o simplemente algo que decir. El que el plan *se redacte privadamente* no quiere decir que el público *sólo privadamente pueda enterarse* de su tramitación.

Lo que se acaba de decir, además, pone de manifiesto el tema de hasta qué punto puede considerarse la citación a los *propietarios* como un aspecto y requisito de la información *pública*.

En la *sentencia comentada* hubo publicación de anuncios en la forma legal. Aparte cual se considerase tal y teniendo en cuenta que el problema no se planteó, sino tan sólo el de la falta de citación a los propietarios, la cuestión es la últimamente señalada de si sin *citación* personal no se entiende cumplimentado el trámite de información pública en el primero de sus momentos o aspectos. Si se recuerda lo expresado en la sentencia, hay efectivamente una conclusión. La sentencia (Fallo. Considerando cuarto) ordena la reposición del expediente al momento en que se acordó la información pública para reproducir ésta con citación de los propietarios. Parece desprenderse que hay que repetir la información *pública*, y que no basta que por los propietarios no citados se aleguen lo que tengan por conve-

(10) No tocado en la sentencia, ya que la legislación aplicable era la anterior al R. Pl. y a la reforma de 1975.

niente—a sus intereses o los generales—si así lo quieren, una vez citados según es preceptivo. Esto es lo que parece desprenderse de la sentencia de 31 de octubre de 1979, a no ser que, con incorrección al expresarse, haya considerado que la información por parte del público se entiende ya satisfecha y sólo se precisa que los propietarios sean citados por si quieren informar. En este orden de ideas es de interés la sentencia del *Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1978* (FDEZ. TEJEDOR) en la que la delimitación entre citación e información al público de la apertura del trámite de información pública resulta clara, al decir: «Que en cuanto al defecto formal que el recurrente califica de falta de información pública no ha sido omitido por la Administración, pues una vez aprobado inicialmente el proyecto privado por la Gerencia de Urbanismo fue publicado en el *Boletín Oficial* de la provincia... sometiéndole a información pública por el término de un mes, siguiendo después el trámite marcado por el 32 (antiguo) de la Ley del Suelo».

c) *La citación a los propietarios no puede entenderse sustituida por la publicación resultante de la publicación de anuncios*

El que un plan sea de iniciativa de un particular o sociedad promotora no justifica que la citación a los propietarios sustituya la necesaria publicidad que todo plan, en cuanto tal, debe tener y sólo cabría plantear hasta qué punto la falta de citación a los propietarios implica el incumplimiento del trámite de información al público de la tramitación y posibilidad de hacer sugerencias sobre dicho plan. Ahora la cuestión es si el hecho de haberse publicado anuncios (hoy no sólo en un *Boletín Oficial* al menos, sino en un periódico) (11), no justificaría acaso el mantenimiento de la validez del procedimiento a pesar de no haberse citado a los propietarios en base a la publicidad proporcionada por dichos anuncios.

Tal tesis se sostuvo en la *sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1964* (CORDERO), en cuyo segundo considerando se diría:

«Que la postulada infracción del 42 (antiguo equivalente al 54) de la Ley del Suelo, por no haber sido citados todos y cada uno de los propietarios afectados por el Plan, sino mediante el anuncio publicado en el *Boletín Oficial*, no puede surtir el efecto anulatorio que se postula, por que la amplia publicidad dada a la dilatada tramitación del Plan y las facilidades de información sobre su contenido motivaron 42 reclamaciones de otros tantos interesados, aparte de que la gestión raelizada por la Cooperativa Torre del Baro, alzándose sólo dos residentes de la resolución entonces recaída; y es previsible y lógico que los demás no recurrentes tuvieron conocimiento de los proyectos administrativos, reputándose representados por los convecinos recurrentes; ello aparte de que en lo que hace al señor S. su amplísima intervención en las actuaciones aleja todo temor de indefensión, motivo éste que, dentro de los preceptos de la L. P. A.—y singularmente de su art. 48—, era el que pudo acarrear la pretendida nulidad» (12).

Tal posición fue rectificada en la *sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1973* (GORDILLO), sosteniendo: «Que no obstante el acuerdo inserto en el *Boletín Oficial* de la provincia.. no se ha dado, sin

(11) *Vid* nota 8.

(12) Es decir, que no hay indefensión, ya que hubo un considerable número de reclamaciones y entre ellas de algunos de los copropietarios, comuneros de los que concurrían

embargo, cumplimiento a lo dispuesto en el 42 (antiguo) de la Ley del Suelo, que ordena, en los supuestos de iniciativa particular, la citación personal... incidiéndose con tal omisión en defecto de forma causante de manifiesta indefensión a los posibles interesados que ha de determinar la anulación del acuerdo..., de conformidad con el 48 de Ley de Procedimiento Administrativo» (13).

La *sentencia comentada* (considerando tercero) con referencia expresa a las dos sentencias acabadas de ver (*in fine*), confirma la doctrina de la de 1973. Aparte la interesante argumentación utilizada (...), que cierra cualquier interpretación que desvirtúe la importancia de la citación, tiene importancia, ya que con anterioridad (y posterioridad a las dos citadas) otras sentencias planteaban alguna duda.

Así, la *sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1974* (del mismo ponente que la de 1964) parece insistir en la doctrina sustentada diez años antes al establecer que: «el carácter público que tuvo la información practicada, las abundantes reclamaciones presentadas y la ulterior comparecencia oponiéndose al plan de los más significativos opositores, revele el objeto del 42 (antiguo) de la Ley del Suelo se consiguió, favorecido por el reducido medio de extensión de los destinatarios, sin indefensión que acarrearía la desproporcionada nulidad (absoluta) del 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 293 ROF».

Según el penúltimo considerando de la *sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1977* (MARTÍN): «... Por otro lado, cabría también oponer reparos desde el punto de vista procedimental, en cuanto que el Ayuntamiento omitió el trámite esencial, producida la aprobación provisional, de llamar personalmente e individualmente al expediente a los propietarios de terrenos incluidos en el polígono I-V de situación, como es obligado, al tratarse de un proyecto de iniciativa particular, por imperativo del artículo 42 de la Ley del Suelo, ya que no resulta correcto el contenido del anuncio aparecido en el *Boletín Oficial* de la provincia de 24 de enero de 1973, al referirse a las parcelas 12 y 13 como incluidas en el plan de ensanche Gros-Alegorrieta, sin más, y dando lugar a confusión, por omisión, como lo demuestra el hecho de no haber comparecido nadie en el trámite de información pública (por entender que no les afectaba) y sí, por el contrario, haberlo hecho en el expediente, casi simultáneo, de la ordenación del polígono IV (de iniciativa municipal) en el que formularon reclamaciones referentes a las parcelas de autos, por lo que la indefensión de los propietarios de la zona de situación de los terrenos es un hecho real y acreditado».

Por su parte, la *sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1978* (FDEZ. TEJEDOR), con referencia a la sentencia del Tribunal Supremo del 64 y para mantener la invalidez de la tramitación, se limitará a decir: «Que no es obstáculo a tal conclusión la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo que se cita por el Ayuntamiento en su escrito de conclusiones, pues según el contenido de la misma el acto administrativo en ella contemplado tuvo amplia publicidad y trascendencia como para producir 42 reclamaciones, es una amplísima intervención del recurrente en las actuaciones, circunstancias que faltan en absoluto en esta litis...».

(13) En el supuesto (caso del *Diario Alcázar*) se produjeron nada menos que 82 reclamaciones en la información pública y, aunque no consta expresamente en la sentencia, algunas de los copropietarios, cuya comunidad, a través de su presidente, luego impugnaría la aprobación de la modificación del Plan.

Frente a las dudas que podrían originar estas sentencias (14), la comentada enlaza con la de 1973 cerrando portillos a interpretaciones minusvaloradoras de la preceptiva citación. Aunque en el supuesto de hecho no resultaba claro si hubo o no reclamaciones en la información pública (probablemente no) y si los propietarios (indefensos) tuvieran o no intervención en el expediente, se sale expresamente al paso de la utilización de este tipo de argumentos (tercer considerando) (...). Aunque la calificación de la omisión de la citación como vicio de forma lleve a hacer referencia al tema de la indefensión, la sentencia parece entender producida ésta por definición y aunque haya que admitir la hipótesis de que no se produjese, la prueba (evidentemente a cargo de quien intente mantener la validez del plan tramitado sin citación) deberá ser tan tajante que no permita la menor duda (15).

d) *El problema de la existencia de propietarios*

Cuando el promotor que redacta y presenta un plan de urbanismo no es el exclusivo propietario de los terrenos comprendidos en su plan, debe citarse a tales propietarios. Aparte otras consideraciones (16), el problema se plantea en relación con la determinación de quiénes sean los propietarios.

En este orden de ideas, lo primero a destacar es que en los planes de iniciativa privada se exige, como anexo a la Memoria del plan, una relación de los propietarios afectados, con su nombre, apellidos y dirección (53, b), L. S.; 64, b), R. P. L.). Relación que deberá hacer el promotor y presentar como parte (anexo de la Memoria) de su plan. No presentar dicha relación supondrá un defecto en la documentación del plan, que conlleva la posibilidad y necesidad de ser rechazado. En este sentido no puede ser más expresiva la sentencia del *Tribunal Supremo de 28 de junio de 1978* (FDEZ. TEJEDOR) cuando dice que:

«La omisión no puede ser sustituida por la acción inmunicipal de notificar a algunos de los que a su juicio (del Ayuntamiento) lo fueran (propietarios), pues es una responsabilidad que no puede transferirse a la Corporación, dados los importantes efectos que la ordenación urbanística (declaración de utilidad pública a efectos de expropiación, etc.) comporta respecto de terceras personas.»

El anterior planteamiento nos lleva a la verdadera cuestión. Efectivamente, la lógica posición acabada de esbozar no puede llevar a dejar en manos del promotor decidir quiénes deban ser citados, según les incluya o no la relación de propietarios. En primer término habrá que notar que la exigencia legal de la citación se refiere a los propietarios, con indepen-

(14) La del 74 utiliza una argumentación idéntica a la del 64, aunque debe notarse que a la única conclusión a que puede llegarse es que no hay nulidad (ABSOLUTA). La del 77, para mantener que se produjo anulabilidad, se apoyará en los defectos de los anuncios, que inducirían a confusión a los propietarios afectados, y en el hecho de no haber habido reclamaciones. Y la del 78—como también se habrá advertido—se limita a no entender aplicable al caso los argumentos de la sentencia del 64.

(15) Otro aspecto de la problemática sería el de la posibilidad de alegar el defecto por persona que no lo sufrió, por quién no sufrió la indefensión (por no ser propietario o por haber sido citado). *Vid.* nota 32.

(16) El tema, por ejemplo, de si para que pueda hablarse de urbanizaciones privadas, el Plan deba comprender exclusivamente terrenos de la propiedad de quien lo promueve.

dencia de que estén o no en la relación presentada por el promotor, con lo que caso de no ser citados algunos de ellos el plan que se aprobase adolecería de un defecto en su tramitación, pudiendo dar lugar a su invalidación por tal motivo. Llegar a otra conclusión supone de antemano la admisión del fraude de ley. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, hay que admitir que en la aprobación administrativa del plan se puede calificar tal extremo, porque de lo contrario se estaría obligando a cerrar los ojos a posibles defectos de tramitación que posteriormente podrían determinar una sentencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa estimando un recurso contra el plan aprobado.

Se advierte, por tanto, que una cuestión de propiedad debe tener cabida tanto en el procedimiento de aprobación de los planes de iniciativa privada, como en los procesos revisores de tales actuaciones de la Administración y que el documento a presentar por el promotor no constituye una relación definitiva, sino un elemento de apoyo para facilitar las citaciones, el cual puede conllevar, caso de ser incompleto o incorrecto, su rectificación y, caso de no presentarse, el que se exija su presentación.

Por demás, late en la problemática una cuestión fundamentalmente cuantitativa. Se nota, efectivamente, que la relación presentada puede ser incompleta porque hay más propietarios de los relacionados, pero que puede ser tan incompleta que no se presente, porque el promotor se cree el único propietario. De aquí que el tratamiento deba ser análogo para los casos de relaciones incompletas y omitidas, desde el punto de *vista formal de la documentación exigida en el plan*.

Las anteriores consideraciones sirven para una adecuada valoración de la *sentencia comentada*.

Recordando el supuesto y los razonamientos de la Sala, se advierte la falta de referencia alguna a la omisión de la relación de propietarios, en cuanto *documento* necesario, ya que hay propiedades que no son del promotor, y la consideración del supuesto como de ilegalidad por omisión del *trámite* de citación. Quizá el que sean sólo dos los propietarios, una de las propiedades un tanto especial (dominio público) y la contemplación del supuesto se haga desde una perspectiva revisora de la desaprobación definitiva—en la que nada se aducía en tal sentido—hayan llevado a tal enfoque. No obstante, es de recordar que la cuestión no está del todo fuera de la sentencia, ya que entiende que el ordenamiento jurídico induce «a exigir por parte de la Administración pública una *clara y precisa* determinación DE LINDEROS Y JUSTIFICACION de la propiedad exclusiva del promotor particular del plan que la alega» (tercer considerando), con lo que pone sobre el tapete el alcance de tal afirmación (...) que, seguro, significa que cuando no se presenta la relación de propietarios debe haber una clara y precisa justificación de que el promotor es el propietario exclusivo.

En la sentencia, por otro lado, se deja bien sentado que cuando se entra a analizar la cuestión de la existencia de presuntos propietarios se hace «sin perjuicio alguno para la integridad de los respectivos derechos de dominio». «a los exclusivos efectos de control formal del expediente de elaboración del plan», basándose en la presunción proporcionada por un informe del arquitecto jefe de la Dirección General de Urbanismo que no resulta desvirtuada y consiguientemente mantiene (considerando tercero. En relación con la finca de la Fundación). Incluso (con referencia al

«Arroyo de Valido». Considerando segundo) ni siquiera considera necesario prejuzgar la cuestión de la propiedad, ya que en la Memoria del promotor reconocía la existencia de la ajena (17).

Nótese, por último, que no se discute la propiedad de una determinada finca, si la finca en cuestión es o no del promotor; en ambos supuestos de presunta propiedad ajena el tema es el de si sus linderos se adentran o no en ámbito territorial del plan (considerandos dos, *in fine*, y tres, principio).

e) «Propietarios» que deben ser citados

Aunque la letra de la ley no parezca ofrecer problemas, los hay.

Piénsese que si bien es cierto que hay que citar a todos los propietarios afectados y aunque se entienda, como claro y lógico, que lo son los que tienen terrenos comprendidos en el plan, las citaciones y notificaciones al promotor no se hacen en su calidad de propietario, aunque lo sea, sino en calidad de presentante del plan, adquiriendo el tema una perspectiva bastante diferente (18).

En la práctica, por otro lado, ya se han suscitado problemas con los que son no sólo propietarios de terrenos (los propietarios de edificios) (19) y con los que no son propietarios solos (copropietarios) (20).

El valor de la *sentencia* que se comenta en este contexto, reside en exigir la citación a información pública de la Confederación Hidrográfica correspondiente, por haber un arroyo—dominio público—en los terrenos comprendidos en el plan.

Lo primero a notar es el hecho de que se considere de importancia la citación a la información pública, el que la intervención del titular de la gestión de ese dominio público deba manifestar su voluntad por medio de dicho trámite. Subyace en el tema el de la articulación de competencias, no sólo entre la Administración local y la estatal, sino entre específicos órganos administrativos. Hay que advertir que los planes una vez ejecutivos obligan a la Administración, y que si bien no limitan las facultades que correspondan a los distintos departamentos ministeriales para el ejercicio de sus competencias, tal ejercicio ha de llevarse a cabo de acuerdo con las previsiones del plan (art. 57 de la Ley del Suelo). Previsiones que pueden tener trascendencia incluso en la misma existencia del dominio público, ya que de por medio está el tema de las afectaciones y desafectaciones, automáticas o no (21). Pues bien, si en la tramitación del plan no está prevista la articulación de competencias que indirectamente inci-

(17) Reconocer, efectivamente, que un arroyo atraviesa su propiedad significa reconocer la presencia de Dominio Público en la misma (...).

(18) El tema conecta con el de la cualidad del promotor en el procedimiento y adquiere especial significación cuando el Plan es desaprobado y sobre todo modificado. Por ejemplo, *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1978* (Fernández Tejedor).

(19) Por ejemplo, *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1978* (Fernández Tejedor) expresamente. Implícitamente, entre las citadas, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1964, 21 de noviembre de 1973, 12 de noviembre de 1974, 6 de mayo de 1977, 27 de febrero de 1978...*

(20) Por ejemplo, *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1978* (Martín), en un caso de comunidad hereditaria y propiedad horizontal. En estos casos el tema incide evidentemente en el de la recepción de la notificación.

Un paso adelante llevaría a la consideración de determinados derechos reales que por su naturaleza fuesen los realmente afectados por la ordenación urbanística (...).

(21) El tema es bien sugerente (...). *Vid.*, por ejemplo, A SÁNCHEZ BLANCO: *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, 1979, en especial 167 y ss.

En el caso comentado—recuérdese—don Luis se proponía desviar el «Arroyo Valido» fuera de la urbanización.

den y se ven afectadas por el plan, tendrá que ser la información pública el cauce de entrada en la elaboración del plan. Hay supuestos en los que, efectivamente, se preceptúa que se informe y el informe constituye un trámite del procedimiento de aprobación del plan (22). Hay también materias en las que el órgano competente para la aprobación definitiva también es competente respecto de las mismas (23). Pero en los demás supuestos—sin perjuicio de que se pida el informe no preceptivo o se coordine la actuación administrativa extraprocedimentalmente—sería válido el plan tramitado con marginación de órganos que de no existir el plan hubieran tenido un claro más amplio campo de ejercicio de competencias. Esta perspectiva hace adquirir a la información pública una importancia especial y, en cierto modo, igualar a órganos administrativos al común de los ciudadanos. De aquí precisamente que se dictasen instrucciones por Orden de 20 de enero de 1971 del Ministerio de Hacienda a las Delegaciones para que informasen a la Dirección General del Patrimonio del Estado de la tramitación de los planes que afectasen a bienes del Estado, así como a los Departamentos u Organismos Autónomos que los tuviesen adscritos cuando fuesen de dominio público en orden a formular oposición, en su caso, al plan.

Las ideas apuntadas llevan a la lógica conclusión a que llega la sentencia comentada: cuando hay dominio público, y el plan es de iniciativa privada, hay que citar al «titular».

Otras consideraciones sugeriría el que, para llegar a tal conclusión, el Tribunal considere que el dominio público es propiedad (24), así como el dato de ser la Confederación Hidrográfica la destinataria de la citación preceptiva.

En relación con este último aspecto, la cuestión es si las Confederaciones Hidrográficas son propietarias o—si se prefiere—titulares de los arroyos. El tema puede llevar también bastante lejos. Baste indicar que correspondiendo la titularidad al Estado personificado en su Administración, la citación habrá de dirigirse al órgano competente (25) y habiendo *delegación*—según la sentencia—*al Delegado*. En el caso, la competencia correspondía al Ministerio de Obras Públicas, pero a quien debe citarse es a la Confederación Hidrográfica por tener delegado el ejercicio de la policía de tales aguas y cauces. Pues bien, aparte el dato de haberse operado la delegación por vía reglamentaria y de que la materia objeto de delegación incide claramente en los propósitos del urbanizador (26), es de notar que

(22) Montes, por ejemplo. *Vid.* Ley y Reglamento, artículos 28 y 30, respectivamente, y Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1977. Sobre el tema, J. L. GONZÁLEZ BERENGUER, *cit.*, 111 y siguientes.

(23) Piénsese sobre todo en los casos de competencia del Ministro de Obras Públicas y hoy, además, de Urbanismo en lo relacionado con las aguas.

En el caso comentado, el Ministro lo era sólo de la Vivienda.

Sobre el problema en general, por ejemplo, R. GÓMEZ-FERRER, *REDA*, 10, 526. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y C. PAREJO, *cit.*, 334 y ss.

(24) Consideraciones que llevarían muy lejos.

Una idea de la problemática puede verse, por ejemplo, en las sucintas consideraciones de R. PAREJO y J. M. RODRÍGUEZ OLIVER en *Lecciones de dominio público*, Madrid, 1975. Y un planteamiento más general de todo el tema en S. MARTÍN-RETORTILLO: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Sevilla, 1960.

(25) ¿Serían de aplicación entonces el 8-2 y el 66 L. P. A.? ¿Qué efectos produciría la citación a la Administración titular, pero por medio de un órgano «incompetente»? ¿Cabría citar por medio del Gobierno civil?

(26) El tema sería el de delegaciones operadas en virtud de acto administrativo y el de qué materias al ser delegadas justificarían la necesidad de citar al delegado. En el caso esto aparece claro, ya que don Luis pretendía conseguir desviar el arroyo fuera de la urbanización y en la competencia resulta claramente comprendido el supuesto (art. 1 del Reglamento).

al tratarse de una Confederación Hidrográfica surge la cuestión de si estamos ante una delegación inter-subjetiva, de si no se acabaría citando a una persona distinta de la titular o propietaria. Cuestión que trae a colación el tema de la naturaleza de estas Confederaciones y el del juego de las personificaciones en Derecho público, del que el anterior es una interesante piedra de toque (27).

2. *El posible alcance de la desaprobación definitiva cuando el Ayuntamiento no hizo las preceptivas citaciones*

a) *Planteamiento*

La aprobación definitiva concreta su problemática fundamentalmente en los motivos que pueden determinar una desaprobación y las fórmulas desaprobatorias posibles según los casos.

Aparte el tema de la valoración de la oportunidad, resulta indudable la posibilidad de calificación de la *legalidad*. Legalidad que no sólo ha de referirse al plan en sí, sino, además, al *procedimiento* de su elaboración por el Ayuntamiento. Este aspecto procedimental resulta claramente recogido en la *sentencia comentada*, al decir (cuarto considerando) que: «... la facultad de resolver definitivamente sobre aprobación o denegación de un plan lleva consigo la de control y restauración de la validez de su base procedimental...».

Confirmando la lógica doctrina jurisprudencial anterior de la que es bien expresiva la sentencia del *Tribunal Supremo de 28 de junio de 1978* (FERNÁNDEZ TEJEDOR), que dice que: «son criterios de legalidad los que limitan el cauce jurídico en que ha de manifestarse la competencia del órgano que aprueba definitivamente, sin restricción alguna que pudiera impedirle ponderar incluso razones de legalidad comunes a todo procedimiento, aparte de las singulares y específicas de la normativa urbanística».

En el supuesto de la sentencia que se comenta—según se ha visto en el número anterior—la legalidad infringida es la singular y especial de los planes de urbanismo y concretamente la referente a los de iniciativa particular: el Ayuntamiento no citó a información pública a los propietarios. Eso lo advirtió el Ministro de la Vivienda y así lo haría constar en los motivos de la desaprobación. No obstante, la desaprobación se basa también en motivos de ilegalidad de fondo del plan.

Por otro lado, la fórmula utilizada es la desaprobación pura y simple del plan. Aquí radica el problema. Efectivamente, debe recordarse que en la sentencia—apreciando que en efecto hubo la omisión de la citación, pero sin entrar a ponderar los motivos de fondo—se estima el recurso interpuesto por el promotor, estableciendo que lo que debió haber resuelto el Ministro era ordenar la reposición del expediente al momento anterior a la información pública e invalidar de oficio las actuaciones posteriores (principio cuarto considerando). Al respecto, puede apreciarse lo siguiente: si sólo hubiera habido defectos de fondo del plan, la desaprobación hubiera

(27) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO: *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960, en especial 105 y ss.

En relación con el tema más general de las personificaciones puede verse, por ejemplo, G. ARIÑO: *La Administración Institucional, mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Madrid, 1972.

sido posible, y si los defectos sólo lo hubieran sido de tramitación, la resolución correcta hubiera sido la que exige la sentencia. La sentencia, no obstante, contempla un supuesto de concurrencia de ambos tipos de defectos. Un breve análisis de la argumentación utilizada para apoyar la conclusión a que llega será de interés (28).

b) *La discutible imposibilidad de desaprobar el plan cuando no se citó a los propietarios*

El primer argumento a tener en cuenta es el de que la falta del trámite determina que la desaprobación recaída carece de la base procedimental condicionante de su validez (considerandos primero y cuarto). Tal argumento supone una sobrevaloración de lo que el procedimiento significa como garantía tanto de los intereses generales como de los particulares afectados. En términos generales, la afirmación es incuestionable, pero en el caso que se analiza, la citación a los propietarios no parece exigir tal conclusión. Adviértase que lo que se está diciendo es que el que no se haya citado a dos propietarios (presuntos) hace imposible que el Ministro pueda decir que el plan es ilegal en su contenido. El sentido de la citación no parece llevar a esto. La omisión de la citación tendría trascendencia cuando la intervención que puede originar aportase datos que condujeran a una resolución de signo diverso—esto es, a una aprobación en vez de a una desaprobación—y ello sólo cabría cuando las intervenciones de los propietarios (no promotores de la urbanización) tuviese el sentido de sostener la legalidad del plan. No parece ser éste el sentido del trámite en los supuestos normales. La información del público y, más concretamente, en el caso de los propietarios no promotores tiene un sentido fundamentalmente crítico para con el plan aprobado ya inicialmente por el Ayuntamiento y no de refrendo público del mismo. El que hubiera habido o no citación—y consiguientemente una más factible posibilidad de intervención—no va a hacer legal un plan ilegal ni va a aportar datos que signifiquen una valoración ministerial de legalidad en vez de ilegalidad. No sólo, por tanto, la omisión del trámite no desvirtúa el carácter garantizador del procedimiento en relación con la *adecuación de la resolución* a la oportunidad—y además—, a la legalidad, sino tampoco en relación con la *garantía de las situaciones de los propietarios*. Propietarios, además, que no han manifestado protesta alguna que conste por no haber sido citados. Sobrevaloración, parece, del aspecto formalista del procedimiento, que incluso parece llevar a repetir la información al público no propietario.

En apoyo de la conclusión de la sentencia se alude la concordancia de la misma «con el principio de unidad del expediente y resolución» (considerandos cuarto y primero), ya que el acto decisorio está integrado en dicha unidad, según resulta del artículo 39, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo (considerando primero). Cabría, a este respecto, comentar

(28) Debe tenerse en cuenta el actual 132 RPI. Artículo en cuya interpretación literal podría basarse la tesis de la sentencia, ya que parece sólo permitir desaprobaciones (apartado 3) cuando el expediente esté formalmente completo; no estándolo, lo procedente parece ser su devolución a la Entidad de procedencia, a fin de que se proceda a cumplimentar los requisitos o trámites omitidos (apartado 2).

no sólo lo discutible de la aludida unidad y su argumentación (29), sino el que pueda considerarse determinante de la conclusión, ya que aunque no se considerase la aprobación definitiva una resolución del procedimiento de formación del plan, sino un acto de control, fiscalización, tutela..., que incide en la resolución municipal (aprobación provisional), la conclusión no tiene que ser necesariamente otra. Puede recordarse en este orden de ideas *a priori* el tratamiento del tema en los *recursos* (30).

Además (cuarto considerando) se argumentará que razones de economía en el procedimiento, amparadas por la conjunta apreciación de forma y fondo, no pueden enervar la enunciada doctrina, ya que aquella apreciación es revisable en vía jurisdiccional.

c) *La hipotética inconveniencia de abordar el tema de fondo*

El que el Tribunal aborde el tema de fondo (y, por lo mismo, el que lo hiciera el Ministro) no necesariamente constituye una inútil labor. Al haberse hecho por el Ministro y de haberse llevado a cabo por el Juez se hubiera dejado solventada la cuestión de si el plan era o no ilegal en su contenido con evidente economía procedimental y procesal, ya que no supondría—como puede suponer la conclusión adoptada—una repetición de trámites que pueden acabar en una discusión y litigio sobre el mismo tema.

Hay que matizar, no obstante, que la conclusión acabada de señalar es incuestionable en el supuesto de ser ciertamente válido el plan y de aquí que sea criticable la afirmación de que abordar el fondo no aporta economía alguna. Hay que señalar, sin embargo, la otra posibilidad. Sin que suponga una justificación de la imposibilidad *jurídica* de que el Ministro, a pesar de la falta de citación, descalifique el plan y sin que exonere al Juez de afrontar el tema de fondo—lo que tendría que hacer de considerar *posible* la *fórmula* desaprobatoria, para revisar su *fundamento*—, en el caso de resultar legal el plan, el tema adquiere distinta significación. Efectivamente, en dicho supuesto la desaprobación pura y simple sería inválida, pero ¿sería procedente entender aprobado el plan? Hay que recordar que la información pública adquiere en estos supuestos su pleno sentido como garantía de la legalidad y de la oportunidad del plan en función de los intereses generales (31) y como garantía de los terceros interesados y que en este caso no hay continuación de la situación urbanística preexistente, sino que se produciría la aparición de una nueva ordenación respecto de la cual deben haber podido opinar *en tiempo*. De aquí que pueda desprenderse un valor positivo de la *sentencia* comentada: el haber considerado que la falta de citación a los propietarios, aunque

(29) Cfr. en esta Revista el comentario del núm. 524, 133 y ss. Apoyan una conclusión contraria a la de la sentencia comentada, además, la letra del 132-1 R Pl y las *Sentencias* de 3 de marzo de 1978 y 8 de mayo de 1979, entre otras.

Por otro lado, la utilidad del 39-3, L. P. A (...), como argumento es difícil de comprender, tanto por el supuesto material contemplado como los sujetos a que se refiere; un Ayuntamiento no es un organismo autónomo de la Administración del Estado ni aun funcionalmente, ya que las competencias urbanísticas municipales son propias, no delegadas (...).

(30) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos administrativos*, Madrid, 1975, 198 y ss. Limitando conclusión al recurso de alzada, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ *Curso de P. A.*, II, Madrid, 1977.

(31) Haciendo detectar ilegalidades e inconveniencias inadvertidas para la Administración

el plan hubiese sido válido y a pesar de haberse informado públicamente del mismo, no permite su entrada en vigor. En definitiva, la conclusión basada en la argumentación expuesta en el anterior apartado numérico.

3. Conclusión

Expuestos los problemas que latén en el supuesto comentado, resulta que el Tribunal no ha decidido (no se ha decidido) a abordar el tema de la validez de fondo del plan en base a una argumentación que sólo resulta definitiva en su planteamiento más puro, y consistente en negar la posibilidad de *desaprobar* definitivamente por invalidez del *plan*, cuando la *tramitación* ha sido defectuosa. Argumento que es susceptible de reparos, en tanto que el trámite omitido no parece condicionar tal posibilidad. Por otro lado, no obstante al haberse limitado a declarar la nulidad de actuaciones posteriores, se ha evitado un trabajo que hubiera sido improductivo en la *hipótesis* de que el contenido del plan resultase válido, y (pero) viceversa. Con ello el litigio queda resuelto de una manera un tanto salomónica y la urbanización del «Prado de las Heras» a la expectativa de las reacciones del promotor (según decida o no mantener el mismo plan) y de las Administraciones local y estatal (según decidan o no aprobar el plan que antes aprobaron y desaprobaron, respectivamente) y de un posible futuro litigio sobre el tema de fondo que el Tribunal ahora ha renunciado analizar (antes 2).

El verdadero valor de la sentencia radica en la doctrina general sobre la citación a los propietarios; al analizar cuándo ha de entenderse cumplido dicho trámite y sus requisitos y al hacer, por tanto, posible (y con mayor razón) la aplicación de las consecuencias de los defectos que concurren a supuestos de *aprobación* (antes 1).

Se podría incluso añadir que al considerar actuables de oficio los defectos (considerando primero, *in fine*) y valorar el trámite en los términos vistos (base procedimental...), cabría fundamentar en la sentencia la posibilidad de que se alegase la omisión de la citación incluso por quien fue citado (...). No se olvide que, en el supuesto, el que recurre es el promotor y quien «alega la omisión del trámite es el Ministro, llevando la constatación de la misma a no satisfacer a ninguna de las partes: al promotor no se le dice que el plan es legal, a la Administración se le niega la posibilidad de afirmar que es ilegal. El Juez podría y debería *de oficio*, al aducirse por cualquiera, declarar la invalidez de las actuaciones posteriores a la omisión de citaciones, si (y esto no resultaría difícil según la sentencia) produce indefensión a alguno de los propietarios (32).

(32) Evidentemente la doctrina jurisprudencial es la contraria. Por ejemplo, y en relación con el tema específico, expresamente *Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1971* (Trujillo) y *27 de febrero de 1978* (Martín).

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

BASE IMPONIBLE. REDUCCION DEL 50 POR 100 EN EL SUPUESTO DE ADQUISICION DE VIVIENDA POR EL INQUILINO MEDIANTE EL EJERCICIO DE TANTEO QUE LE CONFIERE LA LEY (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1979).

Hechos.—Cierta señor celebra contrato de arrendamiento con una empresa sobre un piso y pasado cierto tiempo fue requerido notarialmente por acta, haciéndole saber la empresa propietaria que había adoptado la decisión de vender el piso arrendado en las condiciones señaladas en el acta de requerimiento. El inquilino, haciendo uso del derecho conferido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, ejercita el derecho de tanteo, otorgándose la correspondiente escritura pública de compraventa del piso, solicitándose expresamente la bonificación que dispone para tales supuestos el apartado e), del párrafo C, del número 1, del artículo 66 del Texto Refundido del Impuesto.

Resultando que no obstante la solicitud expresa referida, se practicó la liquidación sin bonificación alguna, se interpone recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo provincial y posteriormente ante la Sala Primera de la jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, siendo ambos desestimados. Interpuso recurso de revisión contra la sentencia de esta última Sala, por entender que en supuestos análogos mantuvo la Sala distinto criterio, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Manuel Sainz Arenas, lo estima en base a la siguiente:

Doctrina del Tribunal Supremo.—Considerando que interpuesto el presente recurso extraordinario de revisión al amparo del artículo 102, 1, b), de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, que le autoriza en los casos en que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales hubieran dictado resoluciones contradictorias entre sí respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos; afirmándose que la sentencia recurrida, al desestimar el recurso y confirmar el acuerdo del Tribunal provincial y la liquidación girada por la oficina liquidadora del impuesto, sin otorgar la bonificación del 50 por 100 regulada por el artículo 66, 1, C, e), del Texto Refundido del Impuesto, resolvió en abierta contradicción con las

sentencias que en supuestos idénticos, dictó la propia Sala, entre otras, en 15 y 25 de febrero de 1974 y 30 de octubre de 1975.

Considerando que, efectivamente, aunque dictadas en relación con litigantes distintos, en todos los casos objeto de consideración la Sala contempló supuestos de adquisición de viviendas mediante el ejercicio del derecho de tanteo por sus respectivos arrendatarios, y aunque la de fecha 30 de octubre de 1975 no haga expresa referencia a si el tanteo fue o no acompañado de la solicitud y obtención de un préstamo del Banco Hipotecario de España, considera, sin distingo alguno y literalmente: «que el citado precepto del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, recogiendo lo ordenado por el artículo 147, I, 2.º, e), de la Ley de Reforma Tributaria, otorga reducción de un 50 por 100 en la base imponible a las transmisiones de viviendas como consecuencia del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 19 de la Ley de 22 de julio de 1958 y en éste se conceden bonificaciones tributarias en relación con diversos actos jurídicos, entre ellos, el de la adquisición de viviendas como consecuencia del ejercicio de los derechos que otorga la presente Ley o los de tanteo y retracto, y este texto es tan claro, en lo que afecta a la materia discutida, de que no puede existir duda alguna de que la adquisición de viviendas efectuada en el ejercicio del derecho de tanteo goza de la reducción establecida en el citado precepto del texto refundido, pues éste lo concede a todas las transmisiones de viviendas que se efectúen como consecuencia del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 19 de la expresada Ley de 22 de julio de 1958 y es de todo punto indiscutible que este artículo se refiere al mentado derecho de tanteo»; y al razonar como queda transcrito, resulta manifiesta la inclusión en su tesis de todos los posibles casos en que se ejercite el repetido derecho de tanteo y, por tanto, el que motivó la sentencia ahora recurrida, produciéndose con ello la identidad de situaciones que el precepto legal en que se funda la pretensión de revisión exige.

Considerando que acerca de la cuestión de fondo, consistente en cuál de los dos criterios merece ser tenido por ajustado al ordenamiento jurídico, si el que reconoce o el que niega la reducción del 50 por 100 de la base imponible en los casos en que no concurra el préstamo del Banco Hipotecario de España, este Tribunal Supremo, por medio de esta Sala Tercera, en sentencia de 25 de enero de 1978, dictada conociendo de recurso extraordinario de apelación en interés de la ley y fijando doctrina legal, tiene declarada la pertinencia de reconocer la discutida bonificación fiscal, precisamente confirmando otra sentencia de la misma Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Madrid, de 28 de noviembre de 1974, que aplicó dicha reducción con independencia o al margen de que con anterioridad al ejercicio del derecho de tanteo hubiese obtenido el inquilino un crédito oficial, por entender: 1.º) Que si, como ya tiene declarado la propia Sala Tercera entre otras sentencias en la de 20 de enero de 1977, cualquier duda u oscuridad que aparezca en un texto refundido, habrá de ser despejada, en lo posible, acudiendo a los preceptos que ofrecieron el material legislativo auténtico, que, además de aprobado el proyecto legislativo de que se trata fue objeto de refundición, y si uno de los textos que se refundieron en el de 22 de julio de 1958 fue, sin duda ninguna, el de la Ley de Préstamos a Inquilinos de 15 de julio de 1952, basta estudiar esta materia legislativa auténtica, y concretamente su artículo 15, 2, para, a seguido, advertir que lo que se bonifica con el 50 por 100

de las cuotas de los derechos reales y timbre son simplemente «las adquisiciones de viviendas como consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto», sin otras limitaciones ni añadiduras y, sobre todo, sin exigirse en absoluto el previo acompañamiento de un crédito oficial, cuya solicitud podrá ser, sin duda, una facilidad del inquilino, pero jamás un condicionamiento de la bonificación, entre otras razones, porque con ella no se trata de favorecer otros intereses, ni de litigar otros objetivos que el de ese acceso a la propiedad de las personas modestas a que se refiere el preámbulo de la ley, bien sea como consecuencia de los derechos que se otorgan en el Texto Refundido de 22 de julio de 1958—entre ellos la opción de compra de su artículo 4.º—, bien sea en el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, a que se refiere su artículo 17, pero generados fuera de su texto, en los artículos 63 a 69 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 y 47 a 53 de la de 13 de abril de 1956; 2.º) Que la referencia al Texto Refundido de la Ley de Préstamos de 22 de julio de 1958, que hace el del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no es una referencia genérica, sino una remisión concreta y específica a un precepto individualizado del primero, el ya referido artículo 17, cuyo antecedente, el artículo 15, 2, de la Ley de 15 de julio de 1952, es de tan expresiva significación; 3.º) Que el artículo 19 no hubiera hecho referencia alguna al derecho de tanteo de haber querido que la reducción no se aplicara al mismo sin la ayuda del crédito oficial, y 4.º) Que, por consiguiente, ni por los antecedentes legislativos, que explican y justifican la bonificación, ni por los términos en que está configurado el mencionado artículo 19, puede limitarse su alcance con lo ya expresado, siempre que se cumplan los presupuestos legales exigidos.

Considerando que por encontrar acertada y conforme con el derecho que comenta la precedente doctrina legal, la hizo propia esta Sala de revisión en dos sentencias dictadas ambas el 2 de octubre de 1978, criterio que ahora reitera y, en consecuencia, entiende que procede tener por ajustadas al ordenamiento jurídico las sentencias que dictó la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid con fechas 15 y 25 de febrero de 1974 y 30 de octubre de 1975—e incluso la precitada de 28 de octubre de 1974—, así como también estimar el recurso extraordinario de revisión que impugna la sentencia que dictó la misma Sala el 1 de diciembre de 1977, en contradicción con aquéllas; sin que, según el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción, sea necesario un especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

RECURSO DE APELACION. NO ES PROCEDENTE EL INTERPUESTO CONTRA UNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL CUANDO LA CUANTIA DE LA LIQUIDACION NO ALCANZA LA SUMA DE 500.000 PESETAS, SIN QUE, POR OTRO LADO, LA SENTENCIA SE ENCUENTRE COMPRENDIDA EN EL NUMERO 2 DEL ARTICULO 94 DE LA LEY JURISDICCIONAL DE 17 DE MARZO DE 1973 (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—Por cierta oficina liquidadora se gira liquidación provisional por el impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas a cargo de un Ayuntamiento. Contra ella se interpone recurso Contencioso-Administrativo

ante el Tribunal Económico-Administrativo provincial, siendo éste desestimado. Posteriormente la Sala de Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Granada estima el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por el Ayuntamiento.

Planteado por el Abogado del Estado, en representación de la Administración, recurso de apelación y admitido en ambos efectos, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, declara indebidamente admitido el recurso y nula la providencia de la Sala, admitiéndolo en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que el artículo 94 de la Ley Jurisdiccional, en su redacción de 17 de marzo de 1973, dispone, en su número 1.º, que: las sentencias de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales serán susceptibles de recurso de apelación, salvo las que se dictaren, entre otros asuntos, en los comprendidos en el apartado a) del artículo 10—actos de los órganos cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional de cuantía no superior a 500.000 pesetas—, y como en el presente caso, la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* no es de las comprendidas en el número 2.º del expresado artículo 94—con posibilidad legal de apelación—ya que no versa sobre «desviación de poder», ni se halla dictada en virtud de recurso interpuesto al amparo de los párrafos 2.º y 4.º del artículo 39 de la expresada Ley; preciso es reconocer que esta apelación promovida contra dicha sentencia—dictada en 30 de marzo de 1978—por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Granada, ha sido indebidamente admitida si se tiene en cuenta que ninguna de las liquidaciones impugnadas alcanza la suma de 500.000 pesetas, inadmisibilidad que, en consecuencia, debe ser declarada en la presente resolución; sin imposición de costas a tenor del artículo 131 de la Ley.

COMPROBACION DE VALORES. VALIDEZ DE LA VALORACION HECHA POR FUNCIONARIO TECNICO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION Y CON TITULO ADECUADO A LA NATURALEZA DE LOS BIENES TRANSMITIDOS (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—La cuestión planteada en el presente recurso jurisdiccional se concreta en decidir si el verdadero valor de la finca de litis, el día en que se celebró el contrato, debe ser equivalente al precio de un millón de pesetas declarado en la escritura de compraventa de una finca al sitio de la Hijuela, término de Bustarviejo, de 26.375 metros cuadrados de superficie, a que se hace referencia en el primero de los hechos básicos del escrito de demanda de 16 de diciembre de 1976—tesis del recurrente apelante—o si, de otro modo, tal valoración debe estar constituida por la cantidad en que el ingeniero—jefe del Catastro de Rústica en el expediente de comprobación de valores instruido—justipreció la tierra transmitida; es decir, por la suma de 2.637.500 pesetas—tesis de los órganos de gestión y reclamación de la Administración Fiscal.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, se muestra partidario de aplicar el criterio sustentado por la Administración, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la antedicha cuestión viene resuelta en sentido favorable a la tesis de la administración por el artículo 8.º del Texto Refundido de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que dentro de las disposiciones generales a los impuestos que regula, establece que los impuestos recaerán sobre el verdadero valor que los bienes o derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto sujeto al mismo; y por el artículo 117, 1, del mismo texto refundido—disposición común a los distintos impuestos que el texto comprende—que ordena a la Administración practicar la comprobación de los bienes y derechos transmitidos, por alguno de los dieciséis medios ordinarios que enumera, entre los que se halla—número 12—la valoración que a requerimiento del liquidador, formule un funcionario técnico al servicio de la Administración y con título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos; sin que tal valoración prejuzgue la que resulte del medio extraordinario de comprobación de la tasación pericial contradictoria.

Considerando que a la vista de lo dispuesto en los artículos transcritos es de toda evidencia que se halla ajustada a la normativa vigente la comprobación acordada por la Abogacía del Estado; en *primer lugar*, porque el recurrente pudo solicitar—y no lo hizo—el medio extraordinario de comprobación aludido y, en *segundo lugar*, porque publicado el texto refundido, y tratándose de inmuebles, no existen medios de comprobación de utilización inexcusable, habiéndose reconocido al respecto por la jurisprudencia de esta Sala—sentencias, entre otras, de 27 de mayo de 1970 y 15 de marzo de 1973—«que el liquidador tiene en la materia unas facultades de indiscutible discrecionalidad».

C. M. A.

LIBROS

CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, Doctor en Derecho y Fiscal: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Un volumen de 416 págs., con prólogo de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. Editorial Montecorvo. Madrid, 1979.

El profesor SANCHO REBULLIDA, en el prólogo de esta obra, comienza diciendo que «es un libro de madurez; una monografía muy elaborada sobre tema escurridizo y difícil. Cual si se tratase de un misterioso designio, el tiempo se ha erigido, en este trabajo, no sólo en objeto de investigación jurídica, sino en circunstancia catalizadora de su cabal maduración». En efecto, se trata de un trabajo excelente, maduradamente pensado y que no puede negar la autoría de un buen teórico dedicado a la práctica: tan estrecho es aquí el nexo entre la teoría española y extranjera, y la jurisprudencia, y la exégesis, y los ejemplos y casos.

Un primer capítulo adelanta conceptos introductorios: esencia de la obligación, cumplimiento e incumplimiento, el tiempo en la relación obligacional y el retraso en el cumplimiento en general. Aquí tiene el autor el buen criterio de no intentar ser original en los grandes temas de la obligación, siguiendo la doctrina más autorizada. Pero al entrar a definir el retraso, apunta ya una preocupación personal, que según el prólogo se halla en el origen de la tesis: la de cómo «en la doctrina civil española la consideración del retraso en el cumplimiento se plantea, de ordinario, bajo el solo aspecto de cumplimiento que se ha verificado ya retrasadamente»; mientras «no es objeto de estudio el retraso en el cumplimiento como situación autónoma con las características de incertidumbre y transitoriedad apuntadas; el retraso se estudia como inexactitud temporal de un cumplimiento ya realizado, que, con la concurrencia de determinados requisitos, da lugar al estado de mora». Al hilo de estas consideraciones, el autor distingue, amén del incumplimiento definitivo, y dentro de las obligaciones susceptibles todavía de cumplimiento, de una parte, el «retraso e incumplimiento temporal, que con la concurrencia de otros requisitos origina el estado peculiar de la *mora* del deudor»; de otra, «el llamado simple retraso relevante o simple retraso culposo, ajeno a la figura de la *mora* en sentido estricto». Todas estas situaciones son objeto de consideración en la obra.

En primer lugar, el incumplimiento definitivo por causa del retraso en el cumplimiento de la obligación (capítulo II), cuyo estudio pasa inevitablemente por las coordenadas del término esencial y la condición resolutoria expresa. En cuanto al uno, el autor cree, con buen criterio, que no se halla regulado en el artículo 1.100, 2.º; ya porque «la disposición que antecede a los ordinales 1.º y 2.º del artículo 1.100 es común a ambos», de

modo que el legislador lo que sanciona en ella expresamente no es una hipótesis de incumplimiento con retraso, sino una forma automática de incurrir el deudor en mora; ya «porque de hallarse regulada alguna especie de término esencial, esta especie sería la... de *término esencial objetivo*», y en éste no es concebible la mora del deudor.

La condición resolutoria expresa por inobservancia del término puede pactarse, al amparo de la autonomía privada, precluyendo «el derecho a cumplir si, vencido el término, el deudor no ha verificado la prestación a su cargo: se ha producido para él un estado de incumplimiento definitivo, sin perjuicio de que pueda ser requerido judicial o notarialmente por el acreedor para que cumpla». El autor hace, en esta materia, interesantes aportaciones a los artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil.

En el capítulo III, sobre «el retraso y la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación», hace el doctor CARDENAL un completo y extenso estudio de los sistemas de mora interpelatoria y automática en el Derecho comparado, pasando luego a exponer, para el Derecho español, la opinión clásica según la cual, regularmente, a) «no existe mora del deudor sino mediante interpelación» siendo excepcional lo contrario, y b) «el retraso que sujeta el deudor a la indemnización de daños y perjuicios causados en el cumplimiento de la obligación es el retraso que ha precedido a una constitución de mora». «Pero es válido preguntarse—añade—si el presupuesto del que parte nuestra doctrina al identificar los términos *mora* del artículo 1.100 y *morosidad* del artículo 1.101 no merece una revisión. Por otra parte, con la mantenida identificación entre *mora* y *morosidad* se llegan a agotar en la figura de la mora todos los casos de inexactitud temporal en el cumplimiento, no obstante venir sancionada en el artículo 1.101, además, *cualquier contravención* al tenor de la obligación.» A responder a este interrogante dedica los capítulos siguientes.

A este fin estudia previamente, en el capítulo IV (sobre «el significado de la constitución en mora según la doctrina científica»), el valor y los límites de la mora interpelatoria: en particular, los principales argumentos de carácter doctrinal con los que se defiende que la mora constituye el único retraso jurídico a efectos indemnizatorios; con abundante aportación de doctrina italiana y española, y una conclusión crítica que abre paso al capítulo siguiente (el V), sobre «la configuración del simple retraso relevante», con el que inicia su oposición a la tesis dominante.

«Simple retraso relevante» es aquel que todavía no ha desembocado en mora. Entre otras consideraciones de orden práctico en favor de la relevancia jurídica del simple retraso, señala el autor ésta: que «a pesar de la redacción del artículo 1.100 del Código Civil español, párrafo primero, en el que se menciona al obligado a *entregar o hacer alguna cosa*, sin embargo en los contratos de los que nacen propias y genuinas obligaciones de hacer, como en el arrendamiento de servicios y el mandato, ninguna alusión se encuentra a la mora del obligado a hacer, arrendatario en el primer caso, mandatario en el segundo (las responsabilidades del mandatario, a tenor del artículo 1.724, nacen de la infidelidad en el 'uso' o de la 'retención' de cantidades, que en último término se resuelven en obligaciones de dar); por fin, en el arrendamiento de obra, solamente se menciona la *mora* en recibir, y en cuanto tal, es mora del acreedor, y no del deudor, según se desprende del tenor literal de los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil español». Aduce también consideraciones de orden

histórico y otras de orden doctrinal: la existencia de situaciones de retraso no imputables que no pueden identificarse con la mora, y la existencia de daños que deben ser reparados en los supuestos de simple retraso culposo, siempre que éste sea susceptible de ser valorado como un incumplimiento subjetivo. Plantea detenidamente, a este propósito, el tema de la cláusula penal cuando ha sido establecida para el caso de retraso en el cumplimiento, en cuyo supuesto, de una parte, el Código Civil no exige de forma expresa la previa constitución del deudor en mora; de otra, es superflua la mora interpelatoria; y, finalmente, «el pacto que excluye la necesidad de la intimación no incluye necesariamente una voluntad de que la mora se origine de forma automática». Continuando el capítulo con un estudio del simple retraso relevante en la obligación pecuniaria y la deuda de intereses, en particular en el Código Civil francés, y cerrándolo con un largo análisis del simple retardo relevante en el sistema del Código Civil de Venezuela.

En el capítulo VI entra en el estudio del simple retraso relevante en el Código Civil español, y a este propósito del artículo 1.101, en el cual, de acuerdo con la doctrina más moderna, separa las cualificaciones subjetivas del incumplimiento—culpa, dolo—de las clases o grados objetivos de incumplimiento expresados en el propio precepto—morosidad, cualquier contravención—. Entre las *contravenciones* considera incluido el incumplimiento total (págs. 311 y 313, en nota): en cuanto al simple retraso relevante, estudia las posibilidades de incluirlo en uno de los dos conceptos que expresan la clase objetiva de infracción contractual en el artículo 1.101: ya en la «morosidad», independizando entonces esta expresión del artículo 1.101 de la de «mora» del artículo 1.100; o ya como «contravención» al tenor de la obligación. Para él, si bien la *mens legislatoris* es opuesta a esta última solución, «es igualmente cierto que todo retraso constituye una contravención al tenor de las obligaciones y, en cuanto tal, puede considerarse incluido en el inciso final del artículo 1.101»; lo cual viene exigido por «una interpretación progresiva, acorde con las exigencias del tráfico actual», que «impone la necesidad de adoptar otro criterio e indagar la *mens legis* para salir al encuentro de soluciones que cuenten con un apoyo legal y simultáneamente se adapten mejor a la realidad». «En este sentido, tanto la letra del artículo 1.011 del proyecto de 1851 como la del artículo 1.101 del Código Civil permiten una interpretación más amplia de las *contravenciones* que aquella que las limita al *modo de ejecutarlo* (lo pactado), extendiendo su ámbito a las que inciden sobre el tiempo de la prestación». En suma, entre «las contravenciones al tenor de la obligación se hallan sancionadas... también las que se cometen cuando no se observa el tiempo en el cumplimiento, pues nadie desconoce que cumplir más allá del plazo establecido es contravenir el tenor de la obligación».

En favor de la relevancia del simple retraso culpable hace valer además el doctor CARDENAL la necesidad de su admisión «cuando no concurran determinados presupuestos que ha de reunir la obligación (debe ser *líquida* y *exigible*) para que la *interpellatio* produzca los efectos de la mora. Hemos expuesto en otro lugar las soluciones que propone nuestra doctrina científica para fundar una acción por responsabilidad civil cuando el deudor retrasa culposamente el pago a causa de que la obligación no es *líquida*. El deudor que no coopera a la determinación del monto

exacto de la deuda se hallaría en retraso culposo, y esta conducta, que no permite ser calificada de estado de mora (*in illiquidis mora non fit*), lo sería, en cambio, de *morosidad* si a este término se le da el significado de retraso culpable en el cumplimiento; pero no el significado más restringido de mora en sentido estricto».

La última parte del capítulo se dedica al análisis de diversos preceptos imponiendo el deber de pagar intereses legales y al del artículo 1.100, 1.º, en relación con la mora establecida por la ley, propugnando el autor, con cita de numerosos preceptos una interpretación amplia de la morosidad legal, frente a la estricta de la doctrina tradicional, que invoca como hipótesis casi única de aplicación de esta forma de mora el artículo 63 del Código de Comercio.

Cierra la obra una buena exposición de los supuestos de retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias (cap. VII).

Se trata, como se ve, de un libro muy bien construido; una aportación personal valiosa a temas cruciales del Derecho de obligaciones, que en lo sucesivo va a ocupar un lugar relevante en la doctrina, y que no podrá ser dejada de lado en el momento de estudiar las cuestiones de que se trata.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *La empresa agraria española ante el futuro.*

Un tomo de 185 págs. Madrid, 1979.

El prisma empresarial tiene una importancia indudable en todos los ámbitos económicos, y ha calado hasta límites antes insospechados en los distintos sectores. Por otra parte, la agricultura ya no se puede basar en el arado romano, y es inconcebible para estos tiempos conformarse con el bajísimo nivel de simple subsistencia que hasta hace poco han soportado los hombres de nuestros campos. De aquí que el término empresa agraria se ha generalizado, y todos coinciden en el interés que tiene su estudio, aunque no estén tan acordes en el tratamiento; es un tema de carácter vivo, de hondo sentido social, y de ahí que cada grupo, doctrinal, económico o político tenga sus propias convicciones que considera infalibles. Aunque siempre cómo no, intentando arrimar el ascua a su sardina.

El Círculo de Empresarios presenta aquí sus propias ideas sobre las cuestiones que considera más importantes en la agricultura española. Su gran problema, se dice en la introducción, es la falta de viabilidad de una importante mayoría de las empresas agrícolas, derivada de la base territorial o de la deficiente configuración de otros factores de producción. A juicio de los redactores del informe, la proximidad de nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea resalta más esta cuestión y la necesidad de afrontar, paralelamente a las negociaciones, las necesarias medidas internas, algunas de las cuales escapan al marco exclusivamente agrario para afectar al conjunto de la economía y de la sociedad.

Como ideas de partida, se afirma:

- Que aunque tenga unas características peculiares, la agricultura, en todas sus fases, constituye un conjunto de auténticas actividades empresariales.

- Que el factor humano es básico en la empresa agraria, con influencia mayor que en otros sectores por su propia estructura, la dispersión de los puestos de trabajo y los condicionamientos sociológicos del medio rural.
- Y que los distintos tipos de empresas agrarias (familiar, de grupo, gerencial, ya sean o no con propiedad de la tierra) no son antagónicos, sino necesarios y complementarios, pues producen entre ellos un fecundo flujo de experiencias y conocimientos.

Para enfocar el tratamiento empresarial de la agricultura se estudia previamente el marco en que ésta se desenvuelve, y el mismo orden seguiremos para resumir y comentar el libro.

El marco de la empresa agraria

La agricultura depende, en gran parte, por supuesto, de las condiciones propias del medio natural, y además condicionan su formación la dispersión y autonomía del trabajo agrario. Es preciso por tanto, una preparación adecuada de los agricultores, tanto en los aspectos técnicos como en los derivados de las actitudes y comportamientos del elemento humano afectado, considerándose como válidos para esa formación los que llaman grupos de gestión para el análisis y discusión común de los problemas que afectan a explotaciones de características semejantes. Sin embargo, el libro que comentamos parece contradecirse al afirmar que la sociedad rural tiene condicionamientos sociológicos y culturales que influyen en el cumplimiento de los agricultores con más fuerza que las opiniones de los técnicos o los planteamientos asépticos y objetivos de la realidad económica.

Otro elemento a tener en cuenta es el envejecimiento de la población activa agraria, tendencia que tiene efectos negativos en la productividad, la plena utilización de los recursos y las posibilidades de desarrollo de las empresas agrarias, por lo que sería deseable paliar o corregir esta rémora.

La política agraria concurre en materia de las decisiones ante las que se enfrenta el empresario agrícola con un importante abanico de opciones, principalmente en materia de ordenación de producciones, tecnificación, reforma de estructuras y aprovechamiento de recursos, instrumentadas a través de precios regulados intervenciones en los mercados, prohibiciones o necesidad de autorizaciones ayudas y créditos o subvenciones condicionados, etc. Para motivar las decisiones del agricultor, opina el Círculo de Empresarios, es preciso aproximarse a sus puntos de vista, y propugna algo tan difícil como desarrollar en aquél el deseo la capacidad y voluntad necesarios para protagonizar los cambios que precisa la empresa agraria.

Característica sobresaliente de la empresa agraria española es la necesidad de una continua y creciente capitalización para mantener una situación de viabilidad, y más si se tiene en cuenta el bajo nivel de partida. Se resalta la injusticia de que la capitalización se financie a costa de la retribución de la gestión empresarial y del propio trabajo del titular de la explotación, reduciendo su capacidad de consumo a los límites de la mera subsistencia física.

En cuanto al crédito agrario, se desea ágil y eficaz, combinando el a medio plazo con otro más largo para financiar inversiones ajustadas a un plan de mejora integral de las explotaciones, con cuido especial a los créditos, individuales o colectivos, a los agricultores que se agrupan para estudiar, plantear y desarrollar la mejora de sus explotaciones. Por otro lado, se considera preciso instrumentar créditos de campaña equivalentes al descuento comercial en las operaciones mercantiles clásicas, mediante documentos de pago que admitan los plazos y condiciones de reintegro compatibles con los períodos de cosecha. Y se pide más, una subvención a la tasa del interés de todos los préstamos destinados a la agricultura o, al menos, en algunas de sus actividades bien seleccionadas.

La técnica debe ser incorporada a la explotación agraria investigando la aptitud de la tierra para los diferentes aprovechamientos agrícolas, ganaderos o forestales, mejora de las especies vegetales, sanidad animal, aprovechamientos de aguas, etc. La investigación y las mejoras técnicas pueden así contribuir a mejorar la productividad de la agricultura, aunque esta mejora podría llevar implícita una disminución de la población activa agraria, que ni la industria ni los servicios están ahora en condiciones de absorber.

Con la venta de su producción culmina el esfuerzo del agricultor, y para que esto se realice en condiciones adecuadas, no debe permitirse la persistencia de estrangulamientos en la comercialización, que siempre actúan en contra de la posición del vendedor de origen. Sin perjuicio de las acciones que correspondan a los poderes públicos, los agricultores, sin pretender ser comerciantes, deben adquirir conciencia de la necesidad de su presencia activa en el proceso de comercialización.

Las industrias agrarias, especialmente las que tienen sus instalaciones en el medio rural, participan también en el proceso de comercialización ejerciendo funciones positivas en orden a absorber y fomentar las producciones, evitar el envilecimiento de los precios y contribuir al progreso técnico de este sector, creando puestos de trabajo en el medio rural.

Para comprender debidamente a la empresa agraria hay que conocer las características sociológicas y culturales de la sociedad y el medio rural, sus condiciones materiales de vida y, especialmente, su precaria situación en infraestructura y servicios. La civilización dominante—urbana, industrial y de servicios—impone sus propios criterios económicos, olvidando la exigencia de ofrecer y garantizar el disfrute de bienes y servicios en igualdad de condiciones de acceso a todos los habitantes de la comunidad. Algo se ha hecho para remediarlo (muy poco, según el Círculo de Empresarios), con ayudas oficiales del IRYDA, Diputaciones, Banco de Crédito Agrícola y otros organismos y por los propios vecinos que, ante una necesidad concreta sentida, deciden superarla de modo comunitario.

En el libro, con tonos pesimistas, se afirma que, de cualquier forma, la frustración de la población rural es evidente. La lista de las cuestiones o aspectos que se echan de menos en el medio rural es interminable, y van desde derechos inherentes a la realización humana de las personas a servicios materiales básicos o las meras ventajas y comodidades que ofrece el progreso técnico. El agricultor, se dice, «ya no sólo en su actividad económica y empresarial, sino también en su modo y condiciones de vida, considera que se le da un trato discriminatorio; se siente incomprendido y tratado peyorativamente por la sociedad urbana».

Dentro del apartado de las organizaciones profesionales se contempla el movimiento cooperativo y la organización sectorial. En cuanto al primero, la cooperación sólo tiene virtualidad cuando el grupo nace de la base y es de ámbito relativamente reducido; las grandes cooperativas promovidas por los responsables de la política agraria con alicientes de ayudas o subvenciones, aunque cuenten con un gerente capaz y competente, resultan, en muchos casos, artificiales, y pueden fracasar a medio plazo o llevar una vida lánguida según opinión siempre del trabajo que comentamos. Por ello se estima que la forma más conveniente para defender los intereses agrícolas es una organización que combine el ámbito territorial con el tipo de empresa, con iguales intereses y problemas; las organizaciones sectoriales se afirma que tienen una tendencia a primar el producto en cuestión, dejando en segundo plano al agricultor que lo produce.

Para terminar el marco en que se mueve o ha de moverse en el futuro la empresa agraria española, se considera como gran condicionante, fuera de nuestras fronteras, a la Comunidad Económica Europea. La heterogeneidad regional de nuestras explotaciones situará en posiciones de desventaja a unas empresas con respecto a otras, y será necesario realizar un gran esfuerzo económico y de imaginación para no entrar en el Mercado Común con unas insalvables diferencias con relación a la medida comunitaria.

La empresa agraria

La segunda parte del estudio se dedica a exponer las opiniones sustentadas por los autores respecto a la estructura de la propiedad y los demás modos de utilizar la tierra, bien sea por medio de la empresa familiar como más sencilla, hasta la diversidad de empresas, pasando por los escalones intermedios de la explotación a tiempo parcial, la empresa con separación de trabajo y gerencia y la agricultura de grupo.

Se comienza dando una de cal y otra de arena al afirmar que la empresa agraria «cuyo origen se basa en la propiedad y que se ha completado ampliamente con otros tipos de tenencia de la tierra, como el arrendamiento o la aparcería, debe cumplir una clara función social. La adecuación de la empresa agraria debe ser norma básica de la política que sustituya el antiguo concepto de reforma agraria basado en ideas exclusivamente territoriales».

En cuanto al régimen de propiedad de la tierra, predominante en nuestra Patria, está basado casi en su totalidad en la explotación familiar modesta. Tiene como factores adversos la escasa capacidad, formación e información del propietario en la mayoría de los casos para dirigir su explotación. Cuando existe un empresario dinámico y con iniciativa, la combinación resulta óptima.

Se afirma que la ventaja mayor del arrendamiento es que no requiere una inmovilización en capital territorial y permite la autoselección del empresario. De esta manera, los recursos financieros se destinarán preferentemente a mejorar la estructura de la empresa; pero tiene en contra que el arrendatario, al no ser titular de la tierra, ve limitadas sus posibilidades crediticias en el mercado de capitales.

Respecto a la aparcería, no se aventura un juicio definitivo, pues su escasa regulación jurídica ha permitido la discrecionalidad de las partes,

permitiendo las más favorables combinaciones de capital y trabajo y a la vez encubrir situaciones verdaderamente injustas.

Aparte las tierras en fideicomiso, censos, foros o en litigio, han adquirido importancia a partir de los años sesenta las tierras cedidas gratuitamente o en precario por los emigrantes que en forma masiva se marcharon a trabajar a otros países de Europa, sin encontrar quienes explotasen sus fincas de otro modo remunerador.

Desde el punto de vista personal, se estudian los diversos tipos de empresa, empezando por la familiar, de gran importancia en la actualidad, y que cuenta con un alto grado de aceptación entre los agricultores, aunque presenta los inconvenientes propios de su modesta condición, pues no es capaz de absorber la capacidad de trabajo de una familia que utilice medios de producción ni de proporcionar a sus componentes un nivel de retribución comparable al de los demás sectores. Se hace preciso que las actuales empresas familiares evolucionen para alcanzar mayores dimensiones; en España, el problema es agudo, pues más del 70 por 100 de ellas es inviable, y es preciso corregir esta anomalía con vistas a la integración en la Comunidad Económica Europea.

Un medio de superar este inconvenientes es la agricultura de grupo en cualquiera de sus fórmulas, sea realizando actividades conjuntas, disfrutando servicios comunes o bien integrando las distintas explotaciones en una sola.

Cuando la empresa tiene mayores dimensiones y tiene separados el trabajo físico y la gerencia, la gran explotación puede alcanzar más fácilmente un grado más complejo de tecnificación y desarrollo empresarial. Según este estudio que resumimos, las empresas agrarias que tienen dimensión suficiente y buena organización empresarial constituyen un valor muy positivo de la realidad actual, por cuanto disminuyen la gravedad del problema estructural y muestran el camino a seguir en tan importante asunto.

Respecto a la explotación a tiempo parcial, su capacidad de fijar en el medio rural la población que trabaja principalmente en el medio urbano, con toda la implicación sociológica que supone, y su importante contribución a la producción final agraria, son datos relevantes para merecer la atención que requiere en política agraria.

Tras repasar los distintos tipos de empresas y encajarlos en las diferentes regiones de España, con sus múltiples variaciones de clima, suelo, orientaciones productivas y estructuras económicas, se concluye afirmando que el problema dominante en todas las regiones es la abundancia de explotaciones inviables. Afortunadamente hay empresas de dimensión adecuada para el momento actual, que tienen buen nivel de eficiencia y pueden servir para orientar la urgente y necesaria evolución de las otras. Dichas empresas pueden desempeñar un papel decisivo en la modernización de la agricultura española.

El Círculo de Empresarios termina su estudio, que quizá podría haber sido más profundo y menos elemental, con una idea básica para su modo normal de enfocar el fenómeno económico de la producción agraria, aseverando que en cualquiera de las fórmulas empresariales contempladas, la iniciativa privada debe presidir todas las acciones. Según ellos, «el respeto a la libertad de las personas ofrece claras oportunidades de desarrollo humano y conduce a una pluralidad de soluciones, adaptadas a las dis-

tintas características personales de los protagonistas de la agricultura y a las condiciones naturales del medio». Claro, que, posiblemente, no hubiera venido mal aclarar que esas iniciativas privadas, que, por supuesto, admitimos, deben adaptarse a los ineludibles supuestos del bien común y la economía nacional; así quedaría más completo el cuadro, y la tesis empresarial, más aceptable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE): *L'agriculture dans l'aménagement des aires péri-urbaines*. Dos volúmenes. París, 1979.

La agricultura peri-urbana es una noción reciente, pues aunque la expansión urbana no es fenómeno nuevo, desde hace aproximadamente unos cuarenta años ha cambiado la forma de dicha expansión. Antaño, la ciudad era un conjunto denso que se desenvolvía por su entorno inmediato, mientras que ahora, con el desarrollo de los transportes por carretera y especialmente por la vulgarización del vehículo individual, la expansión urbana se ha podido efectuar hacia fuera, a lo largo de los principales ejes de comunicación, a distancias cada vez mayores del viejo conjunto, de forma discontinua y con pequeñas densidades. Resulta así, a la vez, un consumo cada vez mayor del suelo agrícola y un intercambio creciente entre la ciudad y el campo.

Con el aumento de la preocupación por el entorno natural ha comenzado a interesar a los estudiosos la agricultura peri-urbana por lo que ésta representa para la colectividad. Por una parte, los agricultores, especialmente los jóvenes y los arrendatarios, procuran defender sus explotaciones frente al desarrollo urbano, sin que su postura sea comprendida; por el contrario, los habitantes de la ciudad, sometidos a una degradación continua de su modo de vivir, ansían espacios verdes y construcciones menos densas y más agradables.

Por ello los urbanistas han empezado a considerar estas zonas peri-urbanas no sólo como una reserva de suelo edificable, sino también como el marco en que se sitúa la ciudad y como elemento esencial para su desenvolvimiento. Los agraristas, por su lado, resaltan la importancia considerable de las superficies comprendidas en la agricultura peri-urbana, cuando éstas sólo se habían visto hasta ahora como un conglomerado dispar de tierras cuya única nota común era la proximidad a las grandes ciudades.

Lo que aquí estudia la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos es un aspecto importante de la ordenación del territorio, tema muy de actualidad y que responde a algo más que a disquisiciones académicas, por ser cuestión no sólo útil, sino de necesidad perentoria, si no queremos acabar con el suelo que tenemos. Sabido es que la OCDE, creada en París el 14 de diciembre de 1960 y compuesta por 24 naciones miembros, entre ellas España, tiene entre sus finalidades:

- Realizar la mayor expansión posible de la economía y el progreso del nivel de vida de sus miembros, contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial.
- Contribuir a la expansión económica de todos los países, miembros y no miembros, en vías de desarrollo, y
- Contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con los tratados internacionales.

Este estudio sobre la agricultura en la ordenación de las áreas peri-urbanas fue discutido y adoptado por el Grupo de Trabajo de Políticas Agrarias y el Comité de Agricultura, siendo aprobada su publicación por el Consejo de la OCDE.

En el volumen I se hace una síntesis de los problemas de esta especial agricultura y de las medidas posibles para resolverlos, en varios capítulos.

I. *La agricultura peri-urbana*.—Define el libro la agricultura peri-urbana como la actividad agrícola emprendida en el área peri-urbana, es decir, en la periferia de una aglomeración urbana, de tal modo que la presencia y la extensión de la ciudad influyen directamente sobre sus actividades económicas y sociales; aquí también pueden incluirse los espacios inter-urbanos, o sea, los comprendidos entre varias ciudades vecinas. El término es impreciso, pues se trata de una «zona gris», que no es ni completamente urbana ni exclusivamente rural en sentido tradicional; se trata, todo lo más, de un área rural parcialmente urbanizada.

La dimensión del área peri-urbana no puede ser determinada sin precisar qué se entiende por «influencias urbanas» y que componen una vasta gama de aspectos que van desde cambios físicos directos a mutaciones sociales o culturales: transformación de la estructura del suelo, crecimiento de la demanda de tierra y de su precio, aumento del número y densidad de la población, posibilidad de empleos, cambios en las condiciones de comercialización de los productos, modificaciones en el entorno ecológico, etc. Es, pues difícil encontrar una definición de área peri-urbana aplicable a todos los países si se tiene en cuenta la gran diversidad que caracteriza las condiciones climáticas la topografía la densidad de población y el nivel y la composición de las actividades económicas en cada uno de ellos; pero, aun así, será interesante intercambiar información sobre los elementos tomados en cuenta y sobre la manera de cuantificarlos.

La importancia de delimitar las áreas peri-urbanas resalta si se tiene en cuenta que cubren una fracción bastante apreciable del suelo de los países industrializados. En tres tablas referentes a Francia, Estados Unidos y Alemania puede verse que una gran parte del territorio y de la población se encuentran en las áreas urbanas y peri-urbanas, representando casi una cuarta parte de la superficie y el 60 ó 70 por 100 de la población total de dichos países.

Hasta ahora, una o dos grandes ciudades conseguían atraer una gran parte de la población. Sin embargo, posteriormente, un nuevo esquema hace que la población se vaya repartiendo sobre un mayor número de ciudades medias de menor importancia. En efecto, la urbanización tiende a producirse en zonas más dispersas que otras veces, situación que se explica por las directrices gubernamentales que tratan de llevar las in-

dustrias fuera de las grandes ciudades para crear nuevos servicios en las regiones atrasadas o menos desarrolladas.

Con esto se manifiesta la presión de la expansión urbana, fenómeno que entraña cambios importantes en las condiciones físicas y económicas del área peri-urbana, especialmente la población y la mano de obra de una parte, y las transmisiones inmobiliarias, de otra; estos elementos de la presión urbana son los que más condicionan la agricultura.

El crecimiento demográfico de las áreas peri-urbanas es una tendencia universal, y es más rápido en la periferia que en el propio centro urbano, pues aquí el costo de la vida es más elevado, y además a causa del mejoramiento de los medios de transporte y del deseo de vivir en espacios libres; como consecuencia, la proporción de la mano de obra agrícola tiene tendencia a bajar en la región por la llegada de una población no rural y por la disminución de empleos agrícolas para los habitantes originarios.

Pero el efecto más directo de la presión urbana sobre esta agricultura se ejerce en la utilización del suelo, que se cambia a usos urbanos, haciéndose notar que en la mayor parte de los países miembros de la OCDE estas nuevas superficies urbanas provienen de tierras agrícolas. Los precios de las tierras agrícolas en los alrededores de la mayor parte de las aglomeraciones urbanas ha aumentado fuertemente en el curso de los últimos años, alcanzando niveles extremadamente elevados. En líneas generales, el precio de estas tierras se forma en función de su distancia a la ciudad, de su uso actual, del destino que se les piensa dar, de su equipamiento y también de la política fiscal y la política de utilización del suelo. No hay que olvidar la especulación que en el mercado peri-urbano va ligada a la idea errónea de que todas estas tierras se beneficiarán de precios cada vez más elevados en el futuro, principalmente por razón de la continuidad de la expansión del núcleo urbano.

¿Cuál será la evolución futura? Aunque no es fácil prever la orientación y el ritmo de la urbanización en el porvenir, resultante de los citados factores interdependientes, es probable que prosiga en todo caso la expansión demográfica y física de la ciudad. La demanda de alojamientos tiende a persistir, la salida de las masas hacia el exterior y su dispersión no han perdido su ritmo, y la expansión urbana se acentúa en un número creciente de pequeñas ciudades.

En cuanto a las características principales de la agricultura peri-urbana, vienen determinadas por los efectos de la urbanización: ciertos agricultores de talante dinámico aprovechan las posibilidades transformando sus explotaciones en unidades de producción modernas y eficaces; otros, por el contrario, reducen la superficie cultivada y tienden a obtener un empleo no agrícola. Con todo, se señalan como características más o menos comunes la importancia relativa que en estas zonas adquiere la producción de legumbres, una fuerte demanda de mano de obra de los centros industriales que provoca la elevación del nivel del salario campesino y una mejora de las condiciones de almacenaje y refrigeración que supone un menor costo.

La urbanización entraña modificaciones en la productividad de las explotaciones y su tamaño; en la disminución del empleo agrícola sobre los jóvenes que prefieren acudir a la ciudad; en el menor volumen de inversión de capital, pensando que estas tierras se van a afectar a otros usos; en el régimen inmobiliario, aumentando las tierras dadas en renta, así

como en la propia elevación de las rentas, al considerarse que las tierras tienen un valor extraagrícola. La expansión urbana afecta más a los bosques que a las tierras de labor, al menos en los países donde ellos no están protegidos por medidas especiales: la conversión en urbanas de las superficies forestales se efectúa con mayor facilidad que las tierras agrícolas, en razón a su inferior valor.

En resumen, la agricultura de las regiones peri-urbanas, hecha abstracción de las particularidades de toda clase, presenta las siguientes características principales:

- Las tierras son subutilizadas o no cultivadas.
- La producción animal pierde parte de su importancia, sobre todo en la proximidad de las ciudades.
- La producción vegetal ocupa una mayor extensión.
- El porcentaje de tierras de alquiler se eleva.
- La proporción de la agricultura a tiempo parcial es muy importante.
- Las aportaciones de capital y mano de obra son aquí más importantes que en la agricultura de zonas propiamente rurales.

II. *Los problemas originados por la agricultura peri-urbana.*—Al intentar un balance de la situación específica de los agricultores peri-urbanos, éstos aparecen a la vez como afortunados propietarios de tierras de alto valor, vendiendo sus productos a los habitantes de la ciudad a precios elevados y también como gentes amenazadas por el hormigón y sometidas a la emanación y contaminaciones de la ciudad. La compleja realidad comporta para estos agricultores ventajas e inconvenientes en diferentes grados, según sus distintas situaciones.

Entre las dificultades pueden señalarse la intrusión en su esfera de usos o costumbres no agrícolas, el abandono de los residuos o desperdicios de las actividades urbanas e industriales, así como los perjuicios resultantes de las violaciones de la propiedad y de la influencia económica y social de un medio diferente sobre los agricultores.

A cambio, las ventajas de una situación peri-urbana para los agricultores pueden ser la posibilidad de venta directa de sus productos a una concentración de consumidores próximos; la relación positiva entre el desarrollo industrial y comercial de la urbe y la agricultura que la rodea; la posibilidad de arrendar bien las tierras; el más fácil acceso de los agricultores a los servicios socioculturales urbanos, y, por último, la fuerte plusvalía que alcanzan las tierras.

Tras el análisis precedente, no es posible establecer un balance general válido para todos los casos, pues las situaciones son diversas, y varían de un país a otro, de una ciudad a la vecina e incluso de un punto a otro de una zona dada.

Respecto a la colectividad en general, los problemas que presenta esta situación se pueden concretar en la pérdida o infrautilización del potencial productivo de las tierras, en las dificultades para una debida planificación territorial y los problemas principalmente sanitarios de los cultivos regados con aguas contaminadas. Por eso, en todos los países se toman medidas globales para resolver estos problemas comunes, mediante una política que intenta limitar las pérdidas inútiles de tierras agrícolas fértiles, organizar mejor las transferencias de tierras rurales hacia sectores urbanos

y para hacer de la agricultura un elemento activo y positivo del entorno de las ciudades.

III. *Políticas empleadas en las áreas peri-urbanas.*—La ordenación del territorio en general y de la agricultura en particular es el presupuesto inicial en que se basa este estudio de la OCDE, que, al contemplar sus aspectos generales, nos dice que, aun contando con las variaciones según los países, la ordenación territorial se plantea a tres niveles: nacional, regional y local, siendo la planificación más estricta y precisa cuando se verifica a nivel local.

El lugar de la agricultura en la ordenación del territorio precisa de estudios profundos sobre la situación agrícola y forestal que permitan identificar para cada zona el dinamismo de la agricultura y su capacidad para adaptarse a ciertas orientaciones consideradas necesarias por la vecindad de la urbe. Estos estudios se realizan sobre las condiciones del medio natural (suelos, agua, clima, relieve), sobre las estructurales de la producción (tamaño de las explotaciones, parcelación, mano de obra, trabajo a tiempo parcial, arrendamientos) y sobre las condiciones económicas de la producción (proximidad de mercados, transportes, importancia de los productos en la balanza comercial).

Se recoge en el trabajo el aspecto agrícola de los planes de ordenación territorial en varios países determinados, y en lo que respecta a España se dice que «los planes nacional y regionales de ordenación del territorio suministran orientaciones, mientras que los planes locales tienen fuerza de ley. Estos últimos (planes generales municipales) distinguen tres categorías de suelos: urbanos, urbanizables y no urbanizables. Los suelos no urbanizables comprenden, entre otros, los espacios en los que la protección está considerada como oportuna en razón de su valor excepcional para la agricultura, la cría de ganado o el arbolado, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de su valor paisajístico, histórico o cultural y también del interés que representan para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico».

La específica política peri-urbana comporta, por un lado, una distribución precisa de los suelos para los diferentes usos, y, por otro, una serie de medidas destinadas a que se respete esa distribución y a reorganizar las transferencias de usos agrícolas o forestales a usos urbanos, de cara a economizar el espacio y encontrar la mejor utilización para los suelos que se hallan en este estado de transición.

Muchos países examinan actualmente la posibilidad de adoptar medidas específicas de política agraria para las áreas peri-urbanas, constatándose una rectificación de la tendencia anterior a olvidar estas zonas en los programas de los Ministerios de Agricultura. Estas medidas pueden consistir en programas específicos de mejora de las estructuras para que las explotaciones agrarias sean viables, o en ayudas que apoyen dicha viabilidad cuando ésta se vea comprometida por los efectos negativos de la presión urbana. Japón y los Países Bajos ofrecen interesantes ejemplos al respecto.

IV. *Problemas de la política agrícola peri-urbana.*—Las áreas peri-urbanas tienen una importancia capital en las sociedades modernas, porque en ellas se concentran la mayor parte de las transformaciones engendradas por el dinamismo de dichas sociedades. Por ello los políticos han prestado

una atención creciente a estas áreas, ya que sus problemas afectan tanto a los habitantes rurales como urbanos, tratando de responder a las siguientes cuestiones:

- Definir la suerte que será asignada a la agricultura en las diversas zonas peri-urbanas en función de los objetivos nacionales o locales de la producción agraria, de las demandas de espacio para otros usos y de los niveles perseguidos en materia de desarrollo.
- Precisar el lugar donde se ejercerá cada una de las funciones de la agricultura, garantizando un período durante el cual esta actividad se podrá proseguir de manera segura, y
- Ayudar a la agricultura a adaptarse a las diversas funciones que se esperan de ella y a las condiciones especiales que le serán impuestas por los distintos factores de presión urbana.

V. *Recomendaciones de la OCDE.*—Como consecuencia del estudio que hemos resumido, el Consejo de la OCDE acordó, con fecha 14 de marzo de 1979, recomendar a los países miembros:

1. Que se dé plena consideración al tema de la agricultura peri-urbana en la ordenación territorial, teniendo en cuenta la importancia que ella puede jugar en la producción agrícola nacional.
2. Que las medidas específicas, a respetar tanto por los servicios públicos como por los intereses privados, aseguren la mejor protección posible a las tierras agrícolas fértiles, haciéndose un recuento de todas las reservas disponibles en suelos y aguas de modo que puedan identificarse y vigilarse las que deban ser conservadas.
3. Que los medios e instrumentos de la política agraria que miran a la modernización y mejora de las estructuras tomen en consideración el contexto peri-urbano, a fin de promover una economía agrícola sana y de contribuir a la calidad del medio de vida local y regional.
4. Que las actividades agrícolas rentables, sean permanentes o a tiempo parcial, sean objeto de la atención precisa, especialmente en sus aspectos sociales, en función de su papel en la economía y el desenvolvimiento peri-urbanos.
5. Que cuando los planes regionales y locales de utilización del suelo se consideren necesarios, aquellos que prevean zonas reservadas a las actividades agrícolas, sea específicamente, sea en combinación con otras actividades compatibles, tales como las reservas ecológicas o de recreo, se asegure la duración de tales zonas agrícolas por tiempo razonable y no puedan ser modificadas antes del término, a no ser por razones imperiosas y en concordancia con las normas de planificación determinadas.
6. Que la participación de los agricultores, sus representantes y los servicios cualificados en la preparación de planes nacionales, regionales o locales sea equilibrada con la de otros grupos interesados.
7. Que el impacto que concierne a la política fiscal sobre la agricultura y demás actividades situadas en el área peri-urbana sea evaluado y adaptado, en su caso, en función de las nuevas condiciones resultantes de la ordenación, de cara a aportar una contribución positiva para realizar los objetivos de utilización del suelo.

8. Que los mecanismos de perecuación sean puestos a punto y aplicados para compensar las diferencias en los valores inmobiliarios producidos por la ordenación entre las diferentes zonas.

9. Que las normas sean revisadas por los poderes públicos para los casos donde la agricultura peri-urbana está en dificultad, con el fin de ayudarla a que se adapte a los apremios del entorno, sea aquella que sufre la contaminación urbana, sea la que debe limitar sus propios daños o sea la que contribuye a mejorar los alrededores de la urbe.

Por último, el volumen II de la publicación reúne los estudios sobre la cuestión, describiendo, para 20 ciudades de países de la OCDE, la situación y los problemas de la agricultura peri-urbana y las medidas tomadas para la ordenación del territorio y la utilización del suelo en estos casos precisos, así como siete resúmenes aclarando las opciones políticas fundamentales.

El trabajo es, como hemos querido mostrar en su resumen, de utilidad y actualidad indudables, por el desbordamiento creciente de los núcleos urbanos que extienden sus tentáculos sobre tierras hasta ahora agrícolas que se ven arrolladas por el asfalto. El tema, pues, nos interesa a todos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VIANDIER, ALAIN: *La notion d'associé*. Bibliothèque de Droit Privé. Librairie G. de Droit et de Jurisprudence. París, 1978.

Ni el nombre del autor, que suena a bárbaro, ni su carnicero apellido parecen presagiar la calidad de la obra que ha compuesto y que es de muchos tenedores. No es extraño que en 1976 mereciera el Premio Julliot de la Morandière, aparte otros honores que se citan en la cubierta. Si el tema es original, casi detectivesco, la busca en el campo de las sociedades de un *genus* intermedio entre el socio y el tercero, la investigación es de un rigor ejemplar, y le permite una exhibición de conocimientos profundos en la esfera en que se mueve, aunque limitados a la doctrina francesa; en muchas ocasiones, sea en persona jurídica o en interés social, se echan de menos las atractivas construcciones de la dogmática italiana. Pero imparable, con estilo preciso, incisivo, quirúrgico y sin reiteraciones excesivas, lleva a término su propósito dilucidador con la maestría serena y luminosa que sólo puede dar la competencia. En el prefacio que le dedica François Terré se resaltan las cualidades de este autor, cuyo pensamiento no se reseca en el árido terreno de los conceptos. Sin duda, nos hallamos ante un gran jurista de corte clásico.

Como si en lugar de estudiar la venta como contrato se analizara el actor, transmitente o adquirente, el enfoque lo realiza VIANDIER desde la perspectiva del socio, denominación que se espacia considerablemente, por lo que hay que reducir ámbito; de los socios elige el propio de las sociedades civiles y mercantiles, en el optimista supuesto de que entre ellas exista un denominador común. En el balcanizado sector de las sociedades, las peculiaridades estridentes hacen que muchos autores no confíen en el concepto general y sólo crean en las sociedades específicas.

Sus primeras conclusiones demuestran que la noción de asociado no existe en forma genérica en las legislaciones-tipo; tampoco en la jurisprudencia, que soluciona sus problemas concretos sobre la marcha, como puede; la doctrina sobre el tema constituye una verdadera conspiración de silencio. Ni siquiera las tesis doctorales que ofrecen en iluminados escaparates los temas más recientes, *renting, leasing, franchising, factoring*, grupos de sociedades y cogestión o accionariado obrero, pueden mostrar un solo ejemplar que se haya centrado sobre el concepto de socio en unos momentos en que su «tipo» se ha multiplicado en forma asombrosa y aun subdividido: el socio empresario, el ahorrador, el minoritario...

Ello le conduce a examinar, en la primera parte de su obra, los elementos que puedan caracterizar la condición de socio, ya de acuerdo con el criterio clásico de la sociedad contractual, ya con el que parece sostenerse en nuestros días, de miembro de un grupo con prerrogativas especiales.

* * *

Desde el primero de los indicados sectores, la sociedad acostumbra a centrarse en las siguientes bases: pluralidad de socios; aportaciones; vocación a beneficios y contribución a pérdidas, y *affectio societatis*. El examen de cada uno, con sus peculiares problemas, mostrará si sus rasgos pueden configurarse como elemento caracterizador del socio.

a) Aunque en principio parece absoluta la vigencia del *non est societas sine communio*, se anotan algunas excepciones: Liechtenstein y bastantes Estados de los agrupados en Estados Unidos admiten la fundación por una sola persona, y aun en Francia se hallan pendientes de discusión proyectos de ley que la autorizan para sociedades con objeto comercial o artesanal. Es el gran triunfo de una herejía gramatical y jurídica, la «institución» frente a la «unión». Además, expresa o tácitamente, se admite la sociedad devenida unipersonal. No parece la pluralidad de personas elemento adecuado para la finalidad propuesta.

b) La aportación presenta casi en abanico sus problemas: caso del «prestanombre»: se considera real socio al que ha aportado, el mandante pero mientras no se descubre su mandatario, no aportante, es tenido por tal; en la indivisión al copartícipe no se le estima socio, pero como la indivisión carece de personalidad, se concluye que los partícipes son socios aunque sus derechos se ejerciten o conjuntamente, caso de voto, o individualmente, supuesto de información; el usufructuario, no aportante, no es socio, pero disfruta de una serie de derechos sociales: dividendo, suscripción en ciertas condiciones, etc.; tampoco hay aportación y sí derechos de socio en el accionariado salarial; el préstamo genérico de acciones es transmisión realmente, otra cosa es el específico para poder ocupar cargos u otros motivos. En la liquidación, aunque haya sido satisfecha la aportación, la sociedad y los socios son tales hasta la total liquidación; en la *convention du croupier*, el no aportante ejerce como socio; tampoco pueden considerarse aportantes los titulares de acciones de disfrute ni en el caso de *report d'actions*, real préstamo, el adquirente a plazo o prestamista.

Tampoco la aportación parece elemento excesivamente firme en nuestro caso.

c) El concepto de beneficios ha evolucionado, comprendiendo no sólo los lucros, sino también, y muy destacadamente en ciertos casos, las «economías» y beneficios indirectos; también ha surgido abundante doctrina sobre las sociedades con fin desinteresado, y algún ejemplo, sobre todo en el ámbito deportivo, pudiendo hablarse de socios que estatutariamente renuncian a beneficios. También el concepto de pérdidas se ha diluido, y no sólo se reputan tales las efectivas, sino el fracaso de una sociedad en alcanzar ventajas patrimoniales superiores a cotas determinadas. El declinar de estos elementos es sensible, y se consideran válidas en ciertos casos cláusulas de garantía, que exoneran pérdidas, y las de intereses fijos, que garantizan ganancias mínimas. Parece como si el *aleas* tampoco fuera un pivote consistente en la caracterización del socio.

d) La *affectio societatis* es juzgada más un sentimiento con fuerte impregnación psicológica, como la buena fe o la ayuda recíproca, que un concepto jurídico. Se la ha asimilado al consentimiento, en cuyo caso habría que hablar también de una *affectio emptionis* o una *affectio locationis*, pero hay una fuerte tendencia a su persistencia a lo largo de la vida de la sociedad, aunque la inexistencia de ella jamás constituye causa de disolución. Se ha considerado aplicación de la obligación general de buena fe. Sin duda, hay muchos casos en que es más que dudosa su existencia: sociedades nacionales, los socios inversores en las grandes entidades; los asalariados convertidos en accionistas con derecho a dividendo, etcétera. La *affectio* y su rol se hallan en plena decadencia. Es un estado afectivo, extraviado en el Derecho.

* * *

El intento de caracterizar el socio por sus prerrogativas en una agrupación nos vuelca en la persona moral, tema en el que se han producido en Francia importantes innovaciones con indudable repercusión en el campo del socio; por una parte perfección, pues para casi todas las sociedades la personalidad se adquiere con la inmatriculación; y extensión, pues gran número de cuerpos se consideran con personalidad: Comités de Empresa, Masas de Acreedores, Sindicatos de Copropietarios...

La personalidad presupone una base de organización y no falta quien, como BLÜNTSCHLI, dentro de una concepción biológica haya distinguido incluso el sexo de las personas jurídicas. La sociedad en formación es algo inorgánico mientras que necesidades económicas hacen que la sociedad inmatriculada subsista más allá de la disolución, hasta su liquidación total.

Cierto que los socios disponen de prerrogativas, pero lo difícil es señalar las esenciales, en términos generales: hay muchos «tipos» de socios diferentes, tanto en naturaleza como en prerrogativas: el comanditario, el colectivo, el de una sociedad variable que se puede eliminar en cualquier momento, el accionista minoritario... Hay socios privados de ciertos derechos, como en los casos de usufructo o prenda, mientras que otros no socios, los titulares de los derechos indicados, por ejemplo, disfrutan de prerrogativas sociales. A esta conclusión llega después de un exhaustivo análisis de las teorías de las bases esenciales, la de los derechos propios y la de los «Sonderrechte»; y de los derechos reputados esenciales: de limitación de riesgos, no aumento de obligaciones iniciales, igualdad y, en

especial, el de no exclusión, los financieros y de gobierno. No parece que el enfoque «organización» pueda ser contraste válido en esta selva de tipos.

Por ello acude al «interés de la sociedad», de difícil precisión. Pailluseau y Despax, grandes innovadores contemporáneos, lo equiparan a interés de empresa y ésta como punto de encuentro de intereses de socios, trabajadores, proveedores, clientes..., ofrece ámbito dilatado en exceso. Otros dogmáticos hacen coincidir el interés social con el que señala la mayoría, o sea, el grupo de mando o control, y reduce el campo demasiado, pues resulta que carecen de él los socios ahorradores o los minoritarios, mientras puede constatarse que no socios pueden ostentarlo, como los dirigentes simples.

Además la jurisprudencia francesa tiende a darle una interpretación muy amplia: sin concreta base legal admite que el Juez, a instancia de «interesados», entre ellos acreedores, pueda nombrar un administrador que lleve a cabo la tarea de «reinstalar la máquina en sus raffles». La misma convocatoria de asamblea prevista por la ley en caso de carencia de órganos, a instancia de cualquier interesado, pero que una interpretación correcta del texto limita a los socios, puede, en cualquier momento, ser objeto de una interpretación mucho más amplia por la jurisprudencia.

El análisis político de la condición de socio tampoco parece excesivamente positivo.

* * *

Las consideraciones referidas llevan a VIANDIER a una postura de eclecticismo, admitiendo que, pese al criterio general negativo, hay que tener en cuenta los datos positivos. Estima como fundamentales para la caracterización del socio dos elementos: la aportación, de la que dimana realmente la pluralidad inicial, la posibilidad de la *affectio societatis* y hasta la vocación a los resultados, más que a las pérdidas y ganancias; el segundo está constituido por el que llama derecho de intervención que no implica voto ni gerencia, sino en casos concretos, pero que en términos generales autoriza una intrusión, control y fiscalización, sin límites precisos y con independencia de la aportación, los resultados y otros avatares.

A estos elementos se les puede considerar universales, aplicables a todas las sociedades, sea cual fuere su forma y tipo, y dentro del enorme riesgo que supone estimar la existencia de un derecho común de sociedades. VIANDIER añade, siguiendo a otros autores, a las formas genéricas clásicas de sociedades de Derecho civil y Derecho mercantil, la llamada neutra, en la que se podrían englobar tipos híbridos, mixtos o singulares de los que son ejemplos paradigmáticos la sociedad civil de capitales, la cooperativa agrícola y varios de singularísimos objetos sociales; también encajarían en esta forma las sociedades que carecen de opacidad civil o fiscal, las transparentes. El examen de las sociedades civiles profesionales le llevan a dilucidar si la titularidad profesional es elemento de la condición de socio o simplemente para la aportación y determinadas prerrogativas de gobierno, inclinándose por esto último.

Si es discutible la existencia de un derecho común de sociedades a VIANDIER le parece más todavía la distinción tajante entre socios y terceros. A su juicio puede delinearse una categoría intermedia: los que en

ciertos casos se hallan sometidos al *aleas social* o simplemente disfrutan de ciertas prerrogativas de inmisión en la vida social.

Entre los primeros se encuentran los titulares de obligaciones indexadas, tan restringidas por la legislación vigente por su posible consideración de alivio para el sufrido ahorrador, tanto las indexadas externas, o sea, las que tratan de conservar el valor efectivo del nominal, como las internas, que participan de los favorables resultados sociales. Los que tienen vocación de socios, como los titulares de obligaciones convertibles, cambiables o con *warrant*; los llamados Bonos de Inversión, con interés fijo y convertibles en cualquier momento en acciones; los de Amortización, que sólo lo son si los beneficios lo permiten...

También disponen de prerrogativas los titulares de Bonos de Fundador, que nada han aportado y carecen de muchos derechos fundamentales; el titular del derecho de usufructo, no socio, y el acreedor prendario; los adherentes de las cooperativas, que disfrutan de sus ventajas sin ser socios, etc.

En forma alguna hay que dejar de otear el horizonte. No sólo en Francia los Comités de Empresa disponen ya actualmente de importantes derechos en orden a la información e intervención, sino que el Proyecto Sudreau, que tanta literatura ha originado, señala considerables perspectivas en sus propósitos de reorganizar la empresa, incluso la de conceder intervención a los acreedores ordinarios cuando la cuantía de sus créditos exceda de determinado porcentaje del capital social. No hay que olvidar, con independencia de dicho proyecto, el auge que la cogestión está adquiriendo, incluso en la Sociedad Anónima Europea.

Además, en forma convencional, por motivos financieros, técnicos o de colaboración comercial o jurídica, las Asambleas y Consejos pueden conceder derecho regular de información a otras personas o entidades sin que jamás la misma pueda considerarse derogatoria de los poderes concedidos por la ley o los estatutos a los órganos sociales y, por tanto, sin carácter perpetuo y sin el complemento de los derechos de voto o veto.

Todos los supuestos referidos configuran la existencia de este grupo intermedio que VIANDIER denomina de los «partícipes» eludiendo otros nombres (*partenaires*, interesados, adherentes...). Partícipe es el que se destaca de la masa de los terceros por su posición jurídica privilegiada sin alcanzar la categoría de socio; equivale al «converso» conventual, que nunca accede al sacerdocio ni puede clasificarse como laico.

El partícipe debe tener un estatuto jurídico con derechos menos importantes que los socios, pero no negligibles. Acaso asimilables a los que procesalmente se designan como «interesados». La gradación del estatuto jurídico debe hallarse en consonancia con las diversas causas de índole patrimonial o moral que los ha originado.

En muchos casos dispondrán del derecho de proceder judicialmente para impugnar acuerdos o requerirlos, para regularizar la marcha de entidades, exigir su disolución, la remoción de administradores o el nombramiento de órganos de intervención y control. Pero también el interés de la sociedad les impondrá destacados deberes bajo el principio fundamental de lealtad, como socios eventuales o interesados en la marcha de la entidad, pero siempre sin intervenir en la gestión social ni abusar de su situación privilegiada.

Muchos son los problemas que se esbozan al descubrirse tan dilatado horizonte: posibilidad de desmembración de la posición de partícipe, derechos de usufructo, prenda y situaciones de indivisión; cesiones voluntarias y forzosas; juegos del *intuitus personae* y del *intuitus rei*. Sin duda, andando se hará el camino y, como dice el Ecclesiastés, hay un tiempo para cada cosa bajo los cielos, un tiempo para sembrar y un tiempo para cosechar.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

STAMPA, LEOPOLDO: *Estudio sistemático del Impuesto sobre la Renta*. Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid.

Durante esos largos años de prosperidad que España ha disfrutado hasta que ha llegado el momento modificativo de las estructuras sociales y políticas, era muy característica y frecuente una frase que dividía los tiempos de las etapas históricas: antes y después de la guerra, antes y después del 18 de Julio. Se trataba de fechas históricas o de acontecimientos que marcaban fronteras y que servían para diferenciar las etapas que los mismos parecían dividir. El español—remedando una frase de BORGES—, sea de la región, provincia, comunidad autónoma o del centro aglutinante de Castilla, se asemeja en creer que es diferente... y lo grande es que es absolutamente igual en sus reacciones que el que tiene arriba, abajo, a la derecha o a la izquierda. Con repasar los periódicos veréis que todos tienen una obsesión común: cambiar la denominación de las calles y plazas.

En ese sentido igualitario—y ahora que la dura mano de la Ley Tributaria está apretando las arcas particulares—el pueblo acude a una nueva frase: antes y después de hacer la declaración de la renta. Antes, por ese desasosiego que significa la acumulación de datos, papeles, recibos, certificaciones, plusvalías, posibles desgravaciones, inversiones, deducciones, etcétera, en cumplimiento de ese *slogam* publicitario de que «Hacienda somos todos». Después, porque aliviado del peso que el dinero pagado ha supuesto, entra el cuerpo en una fase de despreocupación que en su día tendrá su contrapunto cuando la Inspección quinquenal aflore las declaraciones para comprobar veracidades.

Para esa frase anterior que agobia y aprisiona al contribuyente, el autor del libro que traemos a recensión, brinda una poderosa ayuda: un estudio sistemático del impuesto que facilita la comprensión de sus preceptos y posibilita la confección de una declaración lo más ajustada posible a la exigencia fiscal. Después, cuando la despreocupación corporal sienta el resorte de la inspección, para poder tener argumentos legales con los que poder combatir al funcionario inspector en su labor investigadora y que hace menos convincente el *slogam* de Hacienda y de todos. Para mí, particularmente, el estudio de la monografía ha supuesto algo más que ayuda: el estímulo necesario para vencer mi pereza ante la lectura de un texto legal que suponía un nuevo esfuerzo cuando ya me había dejado agotado la lectura de nuestra Constitución.

De la oportunidad de la publicación creo que nada hay que decir, ya que cuando escribo estas líneas están a punto de vencer los plazos que todos los de Hacienda nos han dado para hacer y presentar la declaración. De la categoría del autor tampoco creo que puede añadirse mucho de lo que el estudioso conoce, pero sí quiero aprovechar esta ocasión para destacar la fina sensibilidad del jurista que se ocupa de un tema fiscal y que arranca su estudio diciendo que la labor de interpretación de una ley no acaba con su investigación, sino que es entonces cuando aparece la labor del jurista: ceñir el fin y el sentido contingente de la ley a la expresión constante de una justicia exacta. Sin la aspiración al logro de la justicia, la ley será imperio, pero no derecho; coacción, pero no norma; exigencia del poder, que constriñe, obliga y esclaviza; pero no imperativo de justicia que, aunque obliga, ennoblece y libera. Y estas consideraciones cobran un más alto sentido al trasladarlas a una legislación que «afecta a la totalidad de la vida de una persona» donde el ciudadano se siente perseguido hasta después de su muerte, pues el fisco habrá de imputarle un beneficio—que como el Cid—ganó después de morir.

El autor de este estudio llega incluso a precisar cómo esa legislación «desconoce o ataca las instituciones jurídicas que considera un obstáculo para sus fines o propósitos, y expresa—en ocasiones creo que sin plena conciencia de ello—una postura política de alcance tan trascendente para la vida nacional que, resbalando por el cauce ambiguo de lo social, desemboca en fórmulas claramente socialistas».

Este tremendo instrumento puede crear serios problemas si el equilibrio que exige la justicia se rompe en una aplicación arbitraria, que ya comienza a verse en esa serie de disposiciones que a través de Ordenes ministeriales «interpretan» el sentido de la ley. Y si, como creo que dijo el autor de este estudio, «no hay estado de derecho cuando se gobierna por Decretos», la interpretación debería exigir, cuando sea «auténtica», mayores garantías legales que las Ordenes ministeriales.

Dos grandes partes estructuran la obra, ocupándose la primera de los principios y teorías para el estudio y la interpretación del Impuesto sobre la Renta, y la segunda del examen de la legislación del Impuesto. Conforme a ello, descendamos a la síntesis de su contenido.

PRIMERA PARTE

Gran parte de las ideas apuntadas en la introducción de la obra, y a las que hemos hecho referencia, cobran ahora vida en esta primera parte, donde el autor antepone su carácter de jurista para ir estudiando los principios y teorías que han de servir de base para el estudio y la interpretación del impuesto. Los capítulos encierran un sin fin de sugerencias y plantean seriamente la diferente problemática que este gravamen establece.

Un primer tema abre la marcha de los comentarios y es el de la riqueza gravable por el tributo, destacando el autor el viraje que en el extranjero se opera y que propugna la disminución de los impuestos directos y la contemplación del gravamen sobre el gasto como canon futuro de la medida tributaria, mientras que en España se llega ya con retraso. De los tres elementos de riqueza gravada, gasto, patrimonio y renta, se opta

por el último. Tres temas aparecen seguidamente tratados por el autor: los condicionamientos teóricos del impuesto (sociales, inseguridad doctrinal y gestión), los propósitos de la ley (económicos, políticos y recaudatorios con la amenaza del fraude fiscal) y la problemática de la interpretación de la ley y el método utilizado.

Particular importancia tiene el capítulo destinado al examen genérico de la legislación del Impuesto sobre la Renta, en relación con la legislación sustantiva y las citas que el autor hace de ignorancia del Derecho (responsabilidad *ultra vires* del legatario, por ejemplo), del desconocimiento de la autoridad de la persona y del ataque a ciertas instituciones de Derecho privado. En el fondo no viene a ser más que una nueva manifestación de ese tremendo desprecio que el Derecho público siente hacia el privado y de la absoluta falta de preparación de quienes elaboran estas leyes con una mira única: la recaudación. Seguidamente, el autor se ocupa de los principios que rigen o son base de la legislación del impuesto (progresividad, capacidad contributiva y redistribución de la renta), para luego adentrarse en el examen de los principios jurídico-tributarios y los políticos que influyen en la legislación del impuesto.

ción justa del ordenamiento, teniendo como base la preeminencia del hombre y la búsqueda de la justicia, resumiendo el autor su idea en la siguiente frase: «Cuando en ella (la ley) aparecen preceptos que desconocen la primacía del hombre o se expresan propósitos económicos que atacan su libertad o afectan gravemente a la esencia de la propiedad privada, a la sucesión, a la organización familiar, a la intimidad individual o a la igualdad del hombre frente al Estado, convirtiendo la relación con éste en persecutoria y humillante, se producirá un conflicto de intereses que ha de resolverse a favor de la persona».

SEGUNDA PARTE

Esta segunda parte ya se adentra en el examen de la legislación, comprendiendo en ella una serie de capítulos y estudios que van desde el noveno al veintinueve en un alarde de sistemática y precisión. Sería farragoso seguir en este esquema los diferentes puntos que el autor va tocando en cada capítulo y, por ello, creo que es mejor apuntar agrupados unos cuantos temas que permiten su estudio unitario.

Un primer grupo está constituido por lo que podríamos llamar antecedentes históricos, elaboración de la ley, legislación vigente y rango del reglamento, así como características de la misma, el concepto de «renta» que se acepta y el ámbito territorial y temporal del impuesto. El segundo grupo podría estar constituido por un concepto importantísimo, cual es el del sujeto pasivo (contribuyente, sustituto y obligado), con los problemas conexos de la unidad familiar, que tanto está dando que hablar y que ordenar a esa Hacienda que al ser de todos, todos la interpretan. Yo, desde aquel *slogan* político y gilrroblista de «a por los trescientos» que escuché en mi infancia, me siento poco propicio a creerme los que utiliza la propaganda publicitaria, pues si «contribuir da derecho a exigir», yo solamente exigiría una interpretación justa y equitativa..., y el camino que ésta lleva es el contrario: arbitrario y desigual. Cabe también incluir las obligaciones

tributarias del sujeto pasivo, el principio de solidaridad y las imputaciones de rendimientos.

En el tercer grupo los conceptos y estudios que se destacan son los de la base imponible y liquidable, tanto en los rendimientos del trabajo, como en los rendimientos de capital y de actividades empresariales, profesionales y artísticas. Se completa el grupo con el tema de los incrementos y disminuciones del patrimonio y la estimación objetiva, tarifas y cuotas. Queda, por último, el grupo cuarto en el que los conceptos de deducciones de la cuota en sus diferentes aspectos y modalidades, el pago, la retención, el fraccionamiento y las revoluciones, junto con la sucesión en las obligaciones tributarias, la publicidad de datos y el tema de la jurisdicción son estudiados con detenimiento y rigor. Hay una nota adicional con el estudio del Real Decreto de 29 de diciembre de 1979 y un apéndice legislativo que recoge disposiciones de Alava y Navarra.

Destaco, por la especial referencia que significa la cita, las consideraciones que el autor saca en torno a esa disposición de «protección a la vivienda», en la que, haciendo cuentas, el Registrador sólo percibe un jornal inferior al mínimo por pesetas-hora y aquella otra en la que, refiriéndose genéricamente al Cuerpo de Registradores, entiende que «ha sabido defender el imperio del Derecho y el que éste se aplicara al particular, en contra de pretensiones más o menos avasalladoras del poder». Sería una gran pena que esta gran labor de perfeccionamiento que ha llevado a un respeto mundial y a un reconocimiento efectivo de unos altos niveles de preparación jurídica, también se quisiese arrastrar como las estatuas, los monumentos, los rótulos y todo lo demás, para que en este solar hispánico que se adivina, todos fuésemos vestidos de gris y con la preocupante seriedad que esta gama de color impone. Quizá lo malo no esté en los sistemas, sino en la tremenda interpretación de los que han de ponerlos en práctica y, hoy por hoy, existe poca objetividad, deseos de venganza y ansias de poder..., y así también será difícil gobernar.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

