

**REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO**

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LV ● Noviembre-Diciembre 1979 ● Núm. 535

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

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. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El contrato de Financiación de bienes inmuebles», por RICARDO EGEA IBÁÑEZ	1229
«Concepción <i>real</i> y concepción <i>patrimonial</i> del enriquecimiento en el sistema de los artículos 2.037-2.038 del Código Civil italiano», de ENRICO MOSCATI, traducción y notas de TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI.	1245
«Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las comunidades. La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	1269

NOTAS:

«La causa de unas meditaciones», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1335
--	------

VIDA JURIDICA:

«Concesión del premio Revista Notarial-Autores extranjeros del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires»	1369
--	------

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	1373
--	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI ...	1397
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	1420

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1439
---	------

LIBROS:

«Derecho familiar», de J. GÜITRON FUENTEVILLA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1457
«El campesino y la tierra en los países pobres», de ERICH H. JACOBY, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1459
«Geografía del Subdesarrollo», de IVES LACOSTE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1466
«La société anonyme e directoire», de PAUL LE CANNU, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1474
«Estudios de Derecho Tributario», del INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1479
«The modern Law of contracts», de DAVID B. PARKER y ANTHONY R. MELLOWS, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1484

REVISTAS:

II. Noticias de Revistas	1493
---------------------------------	------

ESTUDIOS

El contrato de financiación de bienes inmuebles

I

1. *Concepto.*—Para llegar a determinar un concepto del contrato de financiación de bienes inmuebles, vamos a partir de las definiciones y de toda aquella problemática contractual sobre la que se basa este contrato.

La doctrina, como dice FRAGALI, tiene del contrato de financiación diversos criterios (1). O adopta un concepto amplio, comprendiendo dentro del contrato de financiación los avales y las fianzas, o hace suya una opinión estricta por la que considera a este contrato de financiación como un negocio de crédito en el cual el capital es transferido para invertirlo en un destino o finalidad señalada en el contrato. También se considera que se trata de un préstamo de capital a largo plazo calificado por un poder del prestamista para controlar el empleo de capital. Para FRAGALI, el préstamo con finalidad es un contrato de financiación. Para GIAMPICCOLO hay mutuo con finalidad cuando por una cláusula del contrato o por una disposición de ley, el prestatario está obligado a emplear la suma recibida en concepto de préstamo en una determinada inversión, que se hace, además de en interés del prestatario, también en un interés conjunto del prestamista y en muchos préstamos tiene un carácter marcado de interés público. Ya tenemos más descrito que definido el préstamo con finalidad, que es, en definitiva, un contrato de financiación. Lo que vamos a examinar ahora es sobre qué esquemas contractuales se basa este contrato.

2. *Contrato de préstamo como contrato real.*—El Código Civil, siguiendo la tradición jurídica del Derecho romano, ha configurado el contrato de préstamo como un contrato real (art. 1.740 del Código Civil). El

(1) GIAMPICCOLO: *Mutuo*. *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, pág. 444. FRAGALI: *Del mutuo*. *Commentario C. Civile*, Roma, 1966, pág. 75.

Código Civil determina que por el contrato de préstamo una de las partes entrega a otra dinero u otra cosa fungible con obligación de devolver otro tanto en la misma especie o calidad. El artículo 1.753 del Código Civil dice que el que adquiere en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie o calidad.

El mutuo en el Derecho romano consistía en la transferencia de la propiedad de dinero u otra cosa fungible del mutuante al mutuuario con un pacto para devolver en cierto tiempo el *tantumdem eiusdem generis*.

Los requisitos que identificaban al mutuo frente a otros negocios o contratos eran, según LONGO, el acuerdo, el objeto y elemento real o entrega de la cosa; a este últimos nos vamos a referir, pues es el que nos interesa en la exposición de este tema (2).

LONGO señala que la entrega de la cosa necesaria para la formación de un contrato de mutuo presume la *traditio* de la cosa del mutuante al mutuuario. El tipo más elemental de entrega de dinero o cosa fungible es la entrega material mediante la cuenta, el peso o la medida.

Pero el Derecho romano ha ido transformando poco a poco la entrega real del dinero o los bienes fungibles en otras formas de *traditio*. Y lo que más nos interesa a este respecto es el texto del D-12-1-15. Cuando dice que el préstamo de cantidad aparece en algunos casos especiales, como cuando se debe una cantidad a causa del mandato y se ha convenido que la retenga en préstamo, la cantidad se entiende que me ha sido dada y luego ha pasado de mí a ti. Como dice LONGO, este texto es instructivo, el mutuo surge de una convención o consentimiento y parece que tiene el carácter de un contrato consensual; pero incluso con este texto, LONGO mantiene que el mutuo es un contrato real. El texto que hemos visto, D-12-1-15, tiene, evidentemente, un acuerdo; pero, de otra parte, lleva consigo una puesta a disposición de la cosa a favor del mutuuario, que se actúa por

(2) BIONDI: *Instituzioni. D. Romano*, 1965, págs. 451 y 55. El Derecho romano, a diferencia del moderno, no conoce la categoría general y abstracta del contrato, sino figuras o formas de obligaciones *ex contractu*. Cuando el desarrollo se ha cerrado aparece el contrato que se concluye, *re verbis, litteris consensu*. Sobre la base de esta distinción se distingue entre contratos consensuales y reales. Esta distinción dada por la dogmática moderna corresponde a la categoría romana de *obligationes re* y *obligationes consensu*. En el contrato real se presupone el consentimiento y sólo con la entrega de la cosa tiene valor jurídico, como es el caso del mutuo. En el contrato consensual el contrato existe sobre la base del consentimiento manifestado en forma solemne. FUENTESECA: *Derecho Privado Romano*, 1978, pág. 186, señala cómo los contratos podían surgir de la siguiente forma: por un acto verbal y solemne de pregunta y respuesta *stipulatio*. Por un acto escrito *litteris*. Por el simple consentimiento que de alguna forma se pueda probar. Y por la entrega de una cosa; contratos reales, en principio, sería una entrega de dinero *numratio pecuniae* y más tarde cosas fungibles.

una tradición inmaterial. Aun en este caso, como dice LONGO, el mutuo no pierde la naturaleza de un contrato real (3).

En el Derecho histórico español, la figura del mutuo está siendo considerada como un contrato real. GÓMEZ DE LA SERNA considera que el contrato real de préstamo es consecuencia de un hecho que ya se ha realizado: la entrega de la cosa. SALA dice que la división que se puede hacer de los contratos es de consensuales, que se perfeccionan por el mero consentimiento, y reales, que necesitan para perfeccionarse la entrega de la cosa, y para GUTIÉRREZ hay dos cosas de necesidad en el mutuo: entrega de la propiedad del dinero o cosa fungible, ya que mientras ésta no sea entregada el préstamo no existe. Con la transferencia de la propiedad del mutuante al mutuatario aparece el contrato de préstamo; la entrega opera como un requisito esencial de este contrato (4).

En su regulación en el Código Civil, el mutuo, como dice CASTÁN (5), es un contrato real, ya que sus efectos no se dan sino cuando se realiza la entrega de la cosa. Confirman este carácter de contrato real las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964 y 8 de julio de 1974.

Es un contrato unilateral, en cuanto sólo produce una obligación, la de devolver la cosa prestada. No modifica este carácter la obligación de pago de los intereses por parte del prestatario, ya que esto aparece como otra segunda obligación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1944 dice que el préstamo mutuo con interés o sin él es en nuestro Derecho un contrato unilateral. Y es traslativo de dominio en cuanto se transfiere la propiedad de las cosas al prestatario. En el artículo 1.753 del Código Civil se dice que se adquiere la propiedad de lo que se recibe en préstamo, y lo que ocurre es que el prestatario se convierte en dueño por un tiempo limitado, ya que se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad cuando se cumpla el plazo determinado en dicho contrato de préstamo.

3. *Contrato de crédito: Contrato consensual.*—El artículo 1.842 del Código italiano define la apertura de crédito bancario como un contrato en el cual la Banca se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un período de tiempo determinado o indeterminado. La apertura de crédito, dice MOLLE (6), es un contrato definitivo, que se

(3) LONGO: *Corso. D. Romano*, 1947, pág. 27.

(4) GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español*, Madrid, 1856, pág. 124. SALA: *Novísimo*, Madrid, 1841, tomo II, pág. 153. GUTIÉRREZ: *Códigos E. F. D. Civil español*, 1886, tomo V, página 156.

(5) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, 1977, pág. 436.

(6) MOLLE: *I Contratti Bancari*, Milán, 1966, pág. 155.

caracteriza por la facultad de disponer de una suma de dinero a favor de aquella persona a la que se ha concedido el crédito.

Este contrato concede al titular de la apertura del crédito poder disponer de una cantidad de dinero, lo cual, como dice MOLLE, es un valor real y se puede considerar como una cosa incorporal en un sentido jurídico.

La apertura de crédito, según MOLLE, es un contrato consensual que se perfecciona con el consentimiento y no requiere la entrega de la suma acreditada. La Banca, pese al contrato, sigue siendo propietaria de la suma en que consiste el crédito, en tanto el titular del derecho de crédito no haya hecho uso de esta suma.

En el Derecho español falta, como dice GARRIGUES (7), una base legal para formular un concepto o una definición del contrato de crédito. En nuestro Código Civil sólo encontramos referencia a la apertura de crédito en el artículo 175, párrafo 7.º, del Código Civil. De acuerdo con la práctica, dice GARRIGUES, podemos definir el contrato de crédito como aquel en el que un Banco, dentro de un límite pactado y de una comisión que percibe del cliente, pone a disposición de éste o bien sumas de dinero o bien ofrece otras prestaciones que permiten obtener dinero.

El aspecto más importante de este contrato es la disponibilidad, es decir, la existencia de un derecho de disposición de sumas de dinero a consecuencia del crédito que se concede por el Banco a su cliente. La apertura del crédito, como dice GARRIGUES, es, en definitiva, un contrato de concesión de crédito.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato, desde el momento que existe la apertura del crédito se pone a disposición de una de las partes, el cliente, una suma de dinero. Ya no sirve el préstamo, artículo 1.740 del Código Civil para definir este contrato, ya que el contrato de crédito se caracteriza por la existencia de dos fases: la primera, poner a disposición del titular del crédito una suma de dinero, y como consecuencia, en una segunda fase, poder retirar esta suma de dinero acreditada que ingresa en el patrimonio del titular del crédito.

Hemos planteado aquí dos tipos de contrato: el contrato de préstamo, que aparece como un contrato real (arts. 1.740 y 1.753 del Código Civil), en que una parte entrega a la otra dinero o cosa fungible para devolver otro tanto de la misma especie y calidad, y el contrato de crédito, que es un contrato consensual, en virtud del cual se pone a disposición de una persona una suma de dinero de la cual puede disponer el interesado. El préstamo aparece como claramente real (art. 1.753 del Código Civil), y el contrato de crédito como contrato consensual.

(7) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, pág. 189.

4. *Contrato consensual de mutuo*.—CASTÁN (8) señala cómo la mayoría de la doctrina, sobre la base de los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, considera el préstamo como un contrato real, pero no faltan opiniones para considerar este contrato como consensual.

PÉREZ y ALGUER exponen cómo el contrato de mutuo, según el artículo 1.740, aparece como un contrato real en el sentido que para su perfeccionamiento se requiere la entrega de la cosa; por eso cualquier acuerdo que no vaya acompañado de una entrega del dinero, no es un préstamo, sino un acto preparatorio o un contrato de promesa de mutuo que tiene carácter consensual.

Aunque el Código Civil no regula la promesa de mutuo, tal figura, como dicen PÉREZ y ALGUER, es válida sobre la base de la libertad de contratación, que señala el artículo 1.255 del Código Civil. Su justificación radica en que el mutuo como contrato real requiere la entrega de la cosa o dinero y el prestatario deviene propietario (art. 1.753 del Código Civil). Ahora bien, si no hay entrega, no puede haber préstamo, sino más bien una promesa de préstamo, que es una figura jurídica distinta del préstamo. Como ejemplo de esta cuestión citan PÉREZ y ALGUER lo siguiente: Se concierta un préstamo para la construcción de una casa, obligándose al prestamista a entregar al prestatario la suma de dinero en tanto avanza la edificación. Por otra parte, la distinción entre contrato de préstamo y promesa de préstamo ha sido sancionada por la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1943.

GONZÁLEZ PALOMINO dice que a pesar de que se viene considerando el mutuo como un contrato real, no faltan opiniones de aquellos que lo consideran como contrato consensual. El mutuo, dice GONZÁLEZ PALOMINO, se puede concebir como un contrato consensual que da lugar al nacimiento de dos obligaciones: una, a cargo del mutuante, la de dar dinero u otra cosa fungible, y otra, condicionada a ésta, la de devolver el dinero o cosa fungible recibida.

ROCA SASTRE estima también como válida la figura del mutuo como un contrato consensual; en este contrato se establecen dos obligaciones que son recíprocas, pero que no son simultáneas: el prestamista, Banco o Caja de Ahorros, se obliga a entregar a la otra una suma de dinero, y el prestatario, una vez recibida dicha suma, se obliga a devolverla en un plazo convenido. En el contrato real de préstamo, la cosa entregada funciona *in obligatione*, en el sentido de que es un elemento constitutivo del contrato, y si no hay entrega de dinero, no hay contrato de préstamo.

(8) CASTÁN: *Ob. cit.*, tomo IV, 1977, pág. 424. PÉREZ y ALGUER: *Derecho de Obligaciones*, 1966, tomo II-I, pág. 419. GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios jurídicos de arte menor*, tomo I, pág. 258, nota. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, pág. 340. Díez PÍCAZO: *Sistema de Derecho Civil*, 1976, pág. 240.

Mientras que en el contrato consensual de préstamo, la suma que se entrega es *in solutione*, o sea, que actúa como cumplimiento de una obligación ya contraída antes. Para ROCA SASTRE, el precontrato o promesa de contrato de mutuo no es otra cosa que un contrato consensual de préstamo.

En la doctrina más reciente, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN expone cómo la categoría de los contratos reales está hoy sometida a revisión, y fruto de esta revisión ha sido la admisión de los contratos de préstamo consensuales, mediante los cuales el prestamista queda obligado a la entrega de una suma, y el prestatario queda legitimado para exigir esa prestación, y una vez recibida entra en juego el artículo 1.753 del Código Civil de devolución de la cosa prestada.

Para estos autores, el molde típico del préstamo presupone una unidad cronológica entre la conclusión del contrato y la entrega de la cosa. Pero esto no es necesario y se puede romper cuando las partes, en lugar de concluir el contrato de una manera instantánea, se limitan a convenir para proceder más tarde a su ejecución. Los contratos de préstamo como contrato real están recogidos en el Código Civil por una tradición histórica, pero pueden ser configurados como contratos consensuales, de manera que la entrega de la suma de dinero posterior al consentimiento es la ejecución del contrato. Lo que ocurre es que el contrato consensual de préstamo es una laguna legal dentro del Código Civil, y el precepto válido para su regulación será el artículo 1.255 del Código Civil.

Examinada esta cuestión en el Derecho español, vamos a ver cómo está orientada la doctrina en otros sistemas jurídicos.

En el sistema legislativo francés, MAZEAUD (9) señala cómo la formación de los contratos reales exige la tradición de una cosa. El Derecho francés admite la categoría jurídica de los contratos reales, pero se pregunta este autor si es oportuno mantener esta categoría. Para MAZEAUD, no es necesario que el contrato de préstamo sea real, puesto que este tipo de contrato puede analizarse así. El prestamista se obliga a entregar una suma de dinero. El prestatario se obliga a restituir dicha suma cuando la haya recibido. Esta construcción, dice MAZEAUD, es más lógica y más simple que la que regula el Derecho positivo, donde el contrato de préstamo no nace sino con la entrega de la cosa. Se considera, para MAZEAUD, que cuando el prestamista se compromete a hacer un préstamo, hay un contrato consensual de préstamo unilateral; sólo existe una obligación: la de la entrega de la suma de dinero. Cuando la suma es entregada al prestatario nace el contrato de préstamo, que es unilateral, ya que el prestatario que ha recibido la cosa debe devolverla en el tiempo convenido (10).

(9) MAZEAUD: *Leçons D. Civil*, tomo II, 1966, pág. 64.

(10) PLANIOL RIPERT ESMEIN: *Traite P. Droit Civil*, 1952, tomo VI, pág. 131.

Es claro el análisis que sobre este problema plantea DE PAGE (11). La doctrina considera que aunque el Código Civil ha mantenido la existencia de los contratos reales, hay que considerar está desprovista de toda utilidad. Hoy, que el principio del consensualismo está admitido como categoría jurídica, la existencia de los contratos reales aparece como un anacronismo.

En la realidad se observa que el contrato nace con el consentimiento de los contratantes, y que la entrega de la cosa no forma parte de la esencia del contrato, sino que más bien es el primer acto de ejecución. Por eso los Códigos más recientes ignoran el contrato real y hacen de este tipo de contrato un mero contrato consensual, como el Código Civil suizo (arts. 305, 312, 472).

El problema práctico, como dice DE PAGE, es considerable; si el contrato de préstamo objeto de nuestro examen se considera como un contrato consensual, este contrato se forma en virtud de la prestación del consentimiento por las partes, pero si el contrato de préstamo es real, el acuerdo o consentimiento de las partes que no lleve la entrega de la cosa es una promesa de contrato o un contrato innominado, que se completa con la entrega del dinero, y entonces se forma el contrato real de préstamo, que sustituye al contrato consensual de préstamo anterior.

En el Derecho italiano, se ha recogido la regulación del contrato o promesa de mutuo en el artículo 1.822 del Código Civil. Por otra parte, el contrato real de mutuo es definido en el artículo 1.813, donde dice que éste es un contrato por el que una parte entrega a la otra dinero o bien fungible y ésta se obliga a restituir la misma cosa en especie y calidad. El Código Civil italiano configura este contrato de préstamo como un contrato real (12).

Faltando la entrega de la cosa, dice BARASSI, existe un contrato preliminar de mutuo, regulado en el artículo 1.822, pero no un contrato de mutuo, definido en el artículo 1.813. En los contratos reales, la entrega es un elemento constitutivo del contrato, de tal forma que para que nazcan derechos y obligaciones derivados del contrato de préstamo no basta el simple consentimiento, sino que es necesario la entrega de la cosa; si no hay entrega, no hay contrato de préstamo, sino sólo promesa de préstamo, que si bien en el Derecho español no aparece regulado, sí lo está en el Código Civil italiano, en el artículo 1.822.

La promesa de mutuo permite al que promete dar dinero a préstamo negarse al cumplimiento de esta promesa cuando han variado las con-

(11) DE PAGE: *Traite E. Droit Civil Belge*, tomo V, 1948, pág. 122.

(12) DISTASO: *I Contrato in Generale*, 1966, tomo I, pág. 461. MESSINEO: *Manuale D. Civile e Commerciale*, tomo V, 1958, pág. . FRAGALI: *Ob. cit.*, pág. 1. GIAMPICCOLO: *Comodato e Mutuo*, 1972, págs. 52, 58, 76 y 82.

diciones patrimoniales de la otra parte, es decir, del prestatario, y que hacen difícil la restitución del préstamo (art. 1.822 del Código Civil italiano).

Para MESSINEO, el préstamo es un contrato real, y prueba de ello es que aparte de la regulación del mutuo como tal contrato real, regula la promesa de mutuo en el artículo 1.822; en este artículo, dice MESSINEO, no se regula ningún contrato de mutuo de carácter consensual; el texto del artículo 1.822 es explícito y regula la promesa de mutuo, que permite que cuando se alteran las circunstancias económicas del que va a recibir el dinero, es decir, del prestatario, no sólo no entrega el dinero prometido, sino se abandona el contrato (13).

Pero pese a estos textos, la cuestión aparece controvertida. Como dice DISTASO, hay toda una doctrina que niega la categoría de los contratos reales: DEMELIUS, KRESS, KHOLER, REICHEL y VITERBO, entre otros. Dentro de este criterio está CARESSI, para el cual el préstamo es un contrato consensual y la entrega de la cosa o el dinero pertenece a la ejecución del préstamo.

Por eso NAPOLETANO estima que el artículo 1.822 del Código Civil no es más que un contrato consensual de mutuo; es el resultado de adecuar este contrato a la realidad económica del mundo de hoy, ya que como contrato de carácter real se encuentra desfasado. Si se piensa que los más importantes contratos de préstamo que hacen los Bancos y las Cajas de Ahorro actúan, como luego veremos, en la práctica como un contrato consensual de mutuo. Ahora veremos en la práctica el anacronismo del contrato real de mutuo para adaptarse a la realidad económica actual.

II

1. Antes de llegar a una definición de este contrato, vamos a exponer los supuestos de hecho que hemos examinado, donde se aprecia la no aplicación del mutuo como contrato real y, como consecuencia, la no aplicación de los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil. El contrato de financiación de inmuebles aparece como un contrato consensual de préstamo y con entrega de dinero diferida posteriormente.

Entrega de dinero: «El importe del préstamo se entrega a la firma de esta escritura, ingresándose en una cuenta de depósito de la entidad que da el préstamo, de la que sólo se podrá extraer el dinero cuando se den las siguientes condiciones: el primer plazo, mediante la entrega de esta

(13) MESSINEO: *Ob. cit.*, tomo V, pág. 124.

escritura inscrita en el Registro de la Propiedad con certificación de libertad de cargas; el segundo plazo...». Aparece esta escritura con una entrega de dinero que queda como residuo histórico del artículo 1.750 del Código Civil, pero esta entrega de dinero se corresponde simultáneamente con el ingreso en la cuenta de depósito de la entidad prestamista.

Quizá las dificultades prácticas de la entrega del dinero en presencia del Notario ha sustituido esta cláusula por otras que dicen así: «El prestatario reconoce tener recibida la cantidad de..., que es el importe del préstamo que queda abonado en una cuenta especial. La disposición del dinero de esta cuenta especial queda sujeta a las siguientes condiciones: presentar copia de esta escritura inscrita en el Registro de la Propiedad con certificación de libertad de cargas». Aquí, la entrega del dinero ya ha sido sustituida por un reconocimiento de haber recibido esta cantidad y que queda ingresada también en cuenta especial.

En otras cláusulas ya aparece el contrato consensual de préstamo con ejecución posterior diferida: «La Caja concede a X un préstamo. El importe del préstamo será hecho efectivo al prestatario mediante la presentación de la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad con certificación de libertad de cargas».

Examinados los supuestos de hecho, como es lógico, hay muchas más variantes, vemos que se ha pasado de la fórmula de la entrega del dinero e ingreso simultáneo en la cuenta especial de la entidad prestamista, a un reconocimiento de haber recibido el préstamo con posterior devolución y entrega en cuenta de depósito. En otra cláusula se observa cómo el contrato de préstamo aparece como un contrato consensual y entrega posterior del dinero, ya que se dice que la entidad concede un préstamo al prestatario, y posteriormente, mediante el cumplimiento de determinados requisitos, se le va haciendo la entrega del dinero parcialmente, y, a su vez, cada entrega se acredita por acta notarial. Como vemos, el contrato de préstamo de carácter real, regulado en el Código Civil, y cuyos efectos principales se ven en los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, hace tránsito hacia un contrato de financiación de bienes inmuebles.

2. *Préstamo de uso de consumo y de inversión.*—En la regulación del préstamo nos encontramos con una distinción clara en el Código Civil entre un préstamo de uso y un préstamo de consumo. El comodato aparece como un préstamo de uso. Según el artículo 1.740 del Código Civil, se entrega una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva; por eso el comodante conserva la propiedad de la cosa, y el comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos (art. 1.741 del Código Civil).

Pero en el préstamo lo que se entrega por el prestamista al prestatario es dinero u otra cosa fungible, y el prestatario, adquiere la propiedad de la cosa, y queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1.753 del Código Civil). MESSINEO (13) señala cómo el mutuo es un cambio de dinero presente por dinero futuro. El préstamo de consumo viene a ser, por tanto, una infraestructura económica del cual se derivan una serie de contratos, entre los que están los contratos de crédito y los de financiación.

FRAGALI (14) expone cómo es tradicional distinguir entre un mutuo de consumo y un mutuo para la inversión, siendo este último un préstamo dedicado a la creación de bienes de capital.

En principio, en el contrato de préstamo hay que partir de que el dinero entregado deviene propiedad del prestatario (art. 1.753 del Código Civil) y que éste, como todo propietario, tiene sobre esta cantidad no sólo un derecho de goce, sino también de disposición (art. 348 del Código Civil). El hecho de que el prestatario esté obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, impide toda intervención del prestamista sobre el uso del dinero, ya que el prestatario no está obligado a conservar el dinero recibido en propiedad dentro de su patrimonio. Efecto del mutuo, como dice FRAGALI, y como consecuencia de la transmisión de la propiedad del dinero al prestatario, es un incremento patrimonial en el patrimonio de dicho prestatario, aunque sea de una manera temporal; este incremento se verifica con la entrega de la cosa o del dinero, pero se equilibra por la existencia de una obligación dineraria por parte del prestatario de devolver el dinero recibido en un tiempo determinado en el contrato de préstamo. Para GIANPICCOLO, en el mutuo o préstamo para la inversión, ya sea por virtud del contrato, ya por una disposición de la ley, el prestatario está obligado a emplear la suma recibida en una determinada inversión, de tal forma que se aprecia en estos tipos de contratos de inversión no sólo un interés del prestatario, que es el que recibe el dinero, sino además otro interés patrimonial o no patrimonial, pero que tiene como consecuencia la existencia de un interés público (15).

(14) FRAGALI: *Ob. cit.*, pág. 74.

(15) Así como el Código Civil recoge en su clasificación la distinción entre bienes muebles e inmuebles (arts. 333 y 334), cosas fungibles y no fungibles (artículos 1.196, 1.452 y 1.740), cosas consumibles y no consumibles (art. 337 del Código Civil), y divisibles e indivisibles (arts. 401 y 404 del Código Civil), la teoría económica también ha tomado en consideración los bienes para hacer de ellos una clasificación. MARCHAL: *Cours d'Economie Politique*, París, 4.^a ed., pág. 436. Hay una clasificación de los bienes económicos en bienes de consumo y bienes de producción: los bienes de consumo son aquellos que tienden directamente a satisfacer las necesidades del hombre sin necesidad de ninguna clase de transformación, mientras que los bienes de producción son aquellos que no son aptos para satisfacer las necesidades del hombre de una manera inmediata, pero permiten obtener otros bienes que más tarde serán empleados en las necesidades de la comunidad. Dentro

La cláusula de inversión que figura en el contrato de préstamo puede considerarse, como dice GIANPICCOLO, como una obligación de hacer *in rem* propia.

Esta obligación de destinar el dinero recibido en préstamo para hacer una inversión en los bienes del prestatario, no es un contrato de préstamo con una cláusula de modo, ya que el modo se revela en los contratos en los que se añade como una cláusula accesorio; la cláusula de destino o inversión del dinero recibido aparece conectada con la causa del préstamo. El incumplimiento del contrato, es decir, no dar al dinero recibido el destino pactado, dará lugar a la resolución de dicho contrato de préstamo (16). En el mutuo por destino se obliga al prestatario a realizar la inversión que se ha fijado por la ley o por el contrato. El mutuuario sigue siendo propietario de las cosas recibidas en mutuo y puede disponer de ellas, ya que mutuo supone una transferencia de la propiedad del mutuante al mutuuario con la obligación de devolverlas. Lo recibido por el prestatario se confunde con su patrimonio; lo que ocurre es que la entidad prestamista tiene derecho a exigir que el dinero recibido sea invertido en las formas y con las condiciones que la ley o el contrato han fijado. En el mutuo con finalidad de inversión hay transmisión de propiedad y, además, obligación de restitución (art. 1.753 del Código Civil); pero además se le añade otra obligación a este tipo de contrato, la de invertir lo recibido en la forma y en las condiciones señaladas en dicho contrato.

El contrato de financiación de inmuebles que generalmente vemos en la práctica, puede considerarse o bien como un contrato consensual o bien como un contrato real, pero con entrega de dinero diferida (art. 1.255 del Código Civil); dinero que debe ser invertido en las formas y condiciones señaladas en el contrato, y que queda resuelto, además de por las causas generales del contrato de préstamo, por la falta de inversión pactada. Con esto pasamos al examen de las causas más específicas de la resolución del contrato de financiación de bienes inmuebles.

III

1. *Causas de resolución.*—El problema de los casos de extinción del contrato de préstamo y las cláusulas introducidas para la resolución del contrato de financiación de inmuebles aparecen controvertidas y dudosas

de los bienes de consumo los hay de consumo inmediato y de consumo duradero, como son las casas y los edificios que presentan caracteres semejantes a los bienes de producción. GIANPICCOLO: *Ob. cit.*, 1972, pág. 78.

(16) FRAGALI: *Ob. cit.*, pág. 388. PÉREZ Y ALGUER y FERRANDIS: *Ob. cit.*, página 424.

y se trata de examinar dichas causas aplicadas a la problemática del contrato de financiación de inmuebles.

1.º Vencimiento de la obligación principal. En el mutuo se parte de que el dinero se adquiere en propiedad, pero con la obligación de devolverlo, la restitución de la suma prestada es una obligación fundamental del prestatario (art. 1.753 del Código Civil). En primer lugar, el plazo para devolver la suma prestada estará contenido en el contrato de mutuo; ahora bien, si las partes no han determinado el plazo de duración de este contrato, se procederá a aplicar, como dicen PÉREZ Y ALGUER, el artículo 1.128 del Código Civil. Dicho texto señala que si la obligación no determina un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduce que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. FERRANDIS (16) señala que es más práctico la norma del artículo 313 del Código Civil cuando dice que en los préstamos por tiempo indeterminado no podrá exigirse el pago al deudor hasta pasados treinta días desde el requerimiento notarial. El lógico que las circunstancias del artículo 1.128 y 313 del Código Civil no se den en los contratos de financiación de inmuebles.

2.º Falta de pago de los plazos de amortización. Es válido que en el mutuo se pacte que la falta de pago de uno de los plazos de devolución de parte del capital prestado lleve consigo el vencimiento de la totalidad del préstamo. En este sentido, el artículo 1.829 del Código Civil italiano regula esta cuestión diciendo que si ha sido pactada la devolución a plazo de la suma prestada, y el prestatario no paga uno de los plazos, el mutuante puede pedir la devolución del total.

3.º La falta de pago de los intereses. Al amparo del artículo 1.255 del Código Civil cabe admitir que la falta de pago de los intereses en el tiempo convenido lleve consigo el vencimiento del préstamo.

Sin embargo, un tema importante en el examen de los préstamos de financiación de inmuebles es la cláusula siguiente «en el caso de vencimiento anticipado por falta de pago del capital, en los plazos convenidos, o de los intereses, el banco o entidad prestamista dará certificación por medio de su intervención de la cuenta con la deuda o débito resultante. Las partes prestan su conformidad a esta cuenta a todos los efectos civiles, registrales y procesales». Como una aproximación al estudio de esta cuestión podemos señalar la siguiente problemática.

1.º En los casos de las pólizas de crédito estos son títulos que llevan aparejada la ejecución (art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero para despachar la ejecución debe hacerse por cantidad líquida (artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Lo que ocurre es que la

cifra máxima por la que se dio el crédito no coincide muchas veces con la cantidad líquida que realmente debe el deudor al banco.

En la póliza figura la cantidad máxima prestada, pero lo que realmente debe el deudor al banco figura en los libros de contabilidad. Como la póliza es, según el artículo 1.429 de la ley, el documento ejecutivo, y no lo son los saldos de los bancos, aunque sean intervenidos, las pólizas solían contener una cláusula en virtud de la cual la liquidación del crédito realizada por el banco haría fe en juicio y el deudor la consideraba como líquida a los efectos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (17).

2.º Ya dentro de la Ley Hipotecaria, y en una aproximación más a nuestro tema, en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, que se regula en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, determina que los préstamos o créditos que los bancos conceden a los particulares, y cuyo saldo final es garantizado con hipoteca, este saldo final que concreta la cantidad líquida. Cuando se trata de bancos, cajas de ahorro o sociedades de crédito debidamente autorizadas, el saldo líquido se puede acreditar mediante certificación de la entidad acreedora.

En este caso, para proceder a su ejecución se notificará judicial o notarialmente un extracto de la cuenta, pudiendo alegar el deudor en el plazo de ocho días y por el mismo procedimiento error o falsedad (18).

3.º Con los datos jurídicos recogidos podemos ya examinar la cláusula citada. No parece admisible que en la hipoteca en garantía de préstamo para la financiación de bienes inmuebles se diga que en el caso de vencimiento anticipado la certificación bancaria tiene por sí sola plenos efectos registrales y procesales, prestando a esto su consentimiento el mutuuario. Si la ejecución presupone la liquidez (art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el procedimiento judicial sumario recoge que entre los requisitos para la admisión de dicho procedimiento figure la cantidad exacta objeto de la reclamación, y en el caso de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes se admite la certificación bancaria, pero con las notificaciones que señala el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Parece claro que la cláusula que hemos examinado produce indefensión en el prestatario y no debe admitirse. Este tipo de hipotecas en garantía de préstamos de financiación necesita la notificación al deudor por lo menos en la forma que determina el artículo 153 de la Ley Hipotecaria; es decir, para que pueda alegar en su tiempo error o falsedad.

2. *Resolución del contrato de mutuo por incumplimiento por parte del mutuuario del destino o inversión de las sumas prestadas.*—En el contrato de mutuo la primera obligación del mutuuario es devolver la suma

(17) GARRIGUES: *Ob. cit.*, pág. 201.

(18) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, pág. 522.

prestada en el tiempo convenido, y la segunda, el pago de los intereses cuando hayan sido expresamente pactados (arts. 1.753 y 1.755 del Código Civil). Pero en el préstamo de financiación la resolución del contrato por falta de empleo de la suma prestada en el destino o inversión pactados aparece previsto en este tipo de contrato. Como ejemplo, y para el mejor análisis de esta figura, podemos examinar una de las muchas cláusulas en este tipo de contrato referida a viviendas (se pacta la resolución del contrato de préstamo por no terminar las obras en el plazo de dos años. Por no ajustarse las obras en calidad y unidades al proyecto. Por no invertirse las cantidades en la ejecución de las obras para las que se concede este préstamo). En el contrato de préstamo regulado en el Código Civil la transferencia de la propiedad que se hace al prestatario (art. 1.753 del Código Civil) supone para éste, que deviene propietario de dicha suma, un derecho de goce y disposición sobre ella (art. 348 del Código Civil). Desde el momento en que el mutuuario queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, el mutuante no tiene ningún poder sobre el dinero dado en préstamo, ya que el mutuuario no está obligado a conservar el valor ni a mantener el dinero dentro de su propio patrimonio.

En el mutuo de inversión estos datos arriba expuestos sufren una evolución que vamos a exponer. En el mutuo de inversión hay también una transferencia de propiedad del mutuante al mutuuario que lleva consigo por parte de éste un derecho de goce y disposición. Pero en el mutuo de inversión el contrato de préstamo lleva aneja una cláusula que consiste en la inversión de este dinero prestado en el objeto previsto en dicho contrato de préstamo. En el mutuo de inversión, como dice FRAGALI, nace el problema respecto al derecho de goce de la suma recibida en préstamo, ya que esta suma está sujeta a una inversión determinada, aunque la inversión no afecta en nada a la transferencia de la propiedad del dinero prestado, que sigue siendo propiedad del prestatario.

El mutuo de financiación es un negocio de destino de determinados bienes. Se consideran como negocios de destino aquellos negocios jurídicos por los cuales se les da a determinados bienes o sumas de dinero una especial inversión, haciendo que el derecho de goce de estos bienes esté sujeto a un estatuto jurídico determinado.

En el contrato de financiación de inmuebles existe la obligación del mutuuario a realizar aquella inversión que figura en el contrato de préstamo. La obligación de inversión no constriñe al mutuuario a mantener *in individuo* la suma recibida, sino que como en todo contrato de mutuo sólo está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1.753 del Código Civil). Sólo que en este tipo de contrato el mu-

tuante tiene derecho a exigir que el dinero prestado tenga la inversión determinada en el contrato.

Respecto a la situación jurídica del mutuuario que ha recibido un préstamo de inversión, éste, además de las obligaciones típicas del mutuo, de devolver el capital prestado y los intereses pactados en los plazos señalados, hay una tercera obligación: debe cumplir una obligación, como dice FRAGALI, adjunta a aquella de la restitución del capital y de los intereses: la obligación de destino o inversión del capital prestado.

Esta obligación es calificada por FRAGALI como una prestación de hacer, pero un hacer muy específico, ya que se trata de un hacer *in rem propria*, y en este sentido es también considerada por GIAMPICCOLO; que la obligación de inversión o destino del capital prestado supone para el prestatario una obligación de hacer en cosa propia. No hay inconveniente en admitir que la falta de inversión del capital prestado en la forma determinada en el contrato de préstamo dará lugar al vencimiento de este contrato.

De esta forma hemos examinado a lo largo de este tema cómo el modelo del contrato de préstamo como contrato real (arts. 1.740-1.753 del Código Civil) es inoperante respecto a la realidad económica actual y cómo una serie de cláusulas que se han ido añadiendo con el tiempo al préstamo tipificado en el Código Civil por las necesidades de la inversión y la formación de bienes de capital han dado como resultado este tipo de contrato que podemos llamar contrato de financiación de bienes inmuebles.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

Registrador de la Propiedad

Concepción *real* y concepción *patrimonial* del enriquecimiento en el sistema de los artículos 2.037 y 2.038 del Código civil italiano*

PRELIMINAR

«No hay, en el turbulento océano del Derecho, piélago más profundo y peligroso que el Tratado de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones», afirmaba, allá por el año 1562, el jurista francés DUMOULIN, más conocido como MOLINAEUS... Quizá, en su momento, aquella dramática afirmación fuera absolutamente cierta: hoy día ya no lo es tanto. Porque aquel dramatismo de peligrosidad y profundidad se ha venido desplazando, lenta, pero limpiamente, hacia otras zonas del Derecho Civil, prácticamente inexploradas en aquellas lejanas calendas. Por ejemplo: hacia el enriquecimiento injustificado (como figura genérica) y hacia el pago de lo indebido (como especie por excelencia de ese género). He aquí dos temas eternos del Derecho Civil (las fuentes romanas no dejan lugar a dudas). He aquí dos temas que, pese a su «eternidad», no han merecido la plena atención de la civilística hasta bien avanzado el siglo XIX. He aquí dos puntos que, por seguir el símil náutico de MOLINAEUS, todos los civilistas han marcado con tres cruces rojas de peligro en sus cartas de navegación, y en donde más de uno ha naufragado. He aquí, en fin, dos temas que parecen no tener secretos para nuestro invitado

(*) *Concezione «reale» e concezione «patrimoniale» dell'arricchimento nel sistema degli articoli 2.037-2.038 del codice civile* (Milán, 1973, ed. Giuffrè). Traducción española expresamente autorizada por la firma editorial... y gentilmente ofrecida por el profesor MOSCATI a este traductor y a esta Revista.

de hoy: el profesor italiano ENRICO MOSCATI, ya conocido del lector español a través de las páginas de esta Revista (**).

El pensamiento de MOSCATI (modelo de coherencia a lo largo y ancho de las muchísimas páginas que ha dedicado a estos dos temas) no puede ser más claro ni más sugerente: existe pago indebido siempre que una prestación de «dare» no se corresponda, matemáticamente, con una previa, lícita y exigible obligación, perfectamente delimitada en todos y cada uno de sus elementos. Así las cosas, la primera conclusión cae por su propio peso: el pago por error no puede, ni debe, tener sustantividad propia como tal institución jurídica. Porque sus (pequeñas) diferencias de trato jurídico, dentro del contexto general del pago de lo indebido, no autorizan, al menos dentro del Derecho italiano, a tipificarlo como «unidad especial». Y es que esa pretendida especialidad comienza con un requisito previo (la excusabilidad del error) y sigue, agotándose en él, con un único efecto: la posibilidad legal de que el solvens repita el pago frente al accipiens, cosa que jamás podrá ocurrir (seguimos inmersos en el Código) cuando el que paga lo hace a ciencia y conciencia de no ser el verdadero deudor.

Dicho con otras palabras: todo pago indebido entraña violación a uno de los principios rectores del Derecho Civil en materia de actos traslativos, y con ello nos estamos refiriendo al supremo principio de la Causalidad. Todo pago indebido entraña, por definición, inexistencia de una obligación anterior. En consecuencia, y una vez efectuado el pago, las cosas, por elemental justicia, han de retornar a sus posiciones de partida. Evidentemente, no siempre es factible este retorno. ¿Qué ocurrirá, por ejemplo, cuando el accipiens ha extraviado la cosa, o la ha enajenado, o, simplemente, ha existido deterioro? ¿Hasta qué punto juega en su favor o en su contra la buena o mala fe? ¿Qué ocurre con el tercer adquirente? ¿Qué se debe restituir: la totalidad del enriquecimiento, o solamente hasta el límite del valor de la cosa? A todas estas preguntas, y a alguna que otra más en torno a este delicadísimo problema, responde hoy nuestro ilustre invitado, a quien, sin más, cedemos la palabra.

(**) Vid. núm. 532 (mayo-junio 1979), págs. 557 a 586: *Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido objetivo y subjetivo*.

SUMARIO: 1) Premisas generales. Obligación de restituir *in natura* la cosa específica recibida indebidamente y concepción «real» del enriquecimiento. 2) Sistema mixto adoptado, en relación con la buena fe del *accipiens*, en caso de pérdida o deterioro de la cosa. Concepción «patrimonial» y valoración del enriquecimiento logrado por el adquirente de buena fe. 3) *Ulteriores vicisitudes de la cosa: enajenación a título oneroso*. Obligación del *accipiens* de mala fe de restituir la cosa *in natura* y restitución de su equivalente. Poder del *solvens* de exigir lo obtenido a cambio de la enajenación. 4) *Ulteriores vicisitudes de la cosa: enajenación a título oneroso* (cont.). Enajenación por parte del adquirente de buena fe. Sustitución de la cosa por lo obtenido a cambio. Posibilidad de detraer los gastos llevados a cabo para la conclusión y la ejecución del contrato. 5) *Ulteriores vicisitudes de la cosa* (conclusión): enajenación a título gratuito. Responsabilidad del tercer adquirente.

PREMISAS GENERALES. OBLIGACION DE RESTITUIR «IN NATURA» LA COSA ESPECIFICA RECIBIDA INDEBIDAMENTE Y CONCEPCION «REAL» DEL ENRIQUECIMIENTO

Uno de los supuestos de hecho más interesantes del pago de lo indebido es, ciertamente, el de la entrega de cosa determinada o específica, ya sea por la compleja redacción de los artículos 2.037 y 2.038, ya por su autonomía dogmática en relación a otras hipótesis, reconducidas al artículo 2.033 (1).

Transcribimos, para el lector español, los tres citados preceptos (T-1):

2033 (*Indebido objetivo*): El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo pagado. Tiene derecho, además, a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe, o, en caso contrario, desde el día de presentación de la demanda.

2037 (*Restitución de cosa determinada*): El que ha recibido indebidamente una cosa determinada está obligado a restituirla.

Si la cosa ha perecido, incluso por caso fortuito, el que la ha recibido de mala fe está obligado a restituir el valor; si solamente ha existido deterioro, el que la entregó puede pedir ya su equivalente, ya su restitución, con indemnización por la disminución de valor.

El que ha recibido la cosa de buena fe no responde de la pérdida o deterioro de la misma, aunque haya sido por acto propio, sino en los límites de su enriquecimiento.

2038 (*Enajenación de la cosa indebidamente recibida*): El que, habiendo recibido la cosa de buena fe, la ha enajenado antes de saber que estaba obligado a restituirla, tiene la obligación de reembolsar lo que haya obtenido a cambio. Si esto último es todavía debido, el que pagó lo

(1) El profesor MOSCATI entiende que los artículos 2.037-2.038 del Codice son inaplicables al caso de pago de una suma de dinero o de cosa fungible, y se remite, *para un futuro*—que deseamos muy próximo—a su libro *Pagamento dell'indebito*, parte integrante de los *Comentarios al Codice* de SCIALOJA y BRANCA, actualmente en curso de imprenta.

(T-1.) Los preceptos transcritos se encuentran en el Libro IV (de las obligaciones), Título VII (del pago de lo indebido). A destacar, para el lector español, que en el Codice no existe referencia alguna a la figura del *cuasi-contrato*.

indebido se subroga (*subentra*) en el derecho del enajenante. En caso de enajenación a título gratuito, el tercer adquirente está obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, hacia el que pagó lo indebido.

El que ha enajenado la cosa con mala fe, o después de haber sabido que estaba obligado a restituirla, ha de devolver la cosa misma (*in natura*) o su valor. No obstante, el que pagó indebidamente puede exigir lo obtenido a cambio, y también puede actuar directamente para conseguirlo. Si la enajenación ha tenido lugar a título gratuito, el adquirente, cuando el enajenante haya sido inútilmente sujeto a excusión, viene obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, hacia el que indebidamente pagó.

El presente trabajo no trata de afrontar los numerosos problemas a que da lugar el supuesto de hecho a que acabamos de hacer referencia. Su objetivo es, simplemente, examinar con detalle un solo y determinado matiz del mismo, que solamente de unos años a esta parte ha atraído la atención de la doctrina italiana. Nos referimos a la *valoración del enriquecimiento del «accipiens», en relación con la buena o mala fe del mismo* (subrayado del traductor). Vamos a seguir, a través de la exégesis de los artículos 2.037-2.038, las posibles vicisitudes de la cosa, desde el día de la *solutio* hasta el momento de la repetición.

La obligación de restituir *in natura*, sancionada por el apartado primero del artículo 2.037 (que constituye, sin duda alguna, el principio básico de la hipótesis que examinamos), aparece inspirado por una especial concepción del enriquecimiento que, usando la terminología corriente en nuestra literatura jurídica más moderna, se suele llamar «real», en contraposición con la llamada «patrimonial» (2). Según la primera de estas concepciones, cuando indebidamente se recibe una cosa determinada, el enriquecimiento coincide con la cosa misma (3), que, por consiguiente, ha de ser restituida al *solvens* en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del indebido pago (4).

(2) En tal sentido, *vid.* RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione dell'indebito*, en *Nov. Dig. it.*, XV, Turín, 1968, págs. 1233 y ss. La distinción entre las dos concepciones del enriquecimiento, incluso no siendo extraña a nuestra doctrina menos reciente (cfr. G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milán, 1940, págs. 227 y ss.), ha sido, sin embargo, perfilada definitivamente sobre la huella del pensamiento de FLUME (*Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, Gotinga, 1953; *Festschrift für H. Niedermeyer*, págs. 129 y ss.), por P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, págs. 117 y ss. Por el contrario, BARBIERA (*L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, pág. 287) entiende que no cabe hablar en nuestro ordenamiento de una concepción «real».

(3) Tal opina BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milán, 1964, págs. 370 y ss., y, recientemente, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118.

(4) *Vid.*, al respecto, en jurisprudencia, la S. de Casación de 20 de enero de 1960, y, en la doctrina, ANICHINI, *Pagamento dell'indebito*, en el *Commentario del cod. civ.*, a cargo de AMELIO y FINZI, *Delle obbligazioni*, III (Florenia, 1949, página 195). Dado que la obligación de restituir *in natura* se agota con la restitución de la cosa materialmente recibida, no tiene mayor importancia el hecho de que su valor haya sufrido cambios, como consecuencia del juego de la oferta y la demanda,

Así las cosas, el mecanismo del citado artículo 2.037, apartado 1, no se aleja del planteamiento general de la *condictio*, toda vez que se halla orientado, concretamente, hacia el objeto de la prestación del *solvens*, sin que tenga relevancia alguna el resultado que la misma provoque en la esfera del *accipiens* (5).

Por consiguiente, sean cuales fueren las vicisitudes de la cosa, incluso su pérdida, el adquirente (T-2) vendría liberado de cualquier tipo de responsabilidad hacia el *solvens*, siempre que no concurra una hipótesis de *perpetuatio obligationis*, en cuyo punto y hora habría de responder por el valor de la cosa (6). Es de destacar que, en este sistema, el deterioro viene asimilado a la pérdida de la cosa, cuando se trata de imposibilidad parcial de la prestación de restituir. Si, por el contrario, el *accipiens* ha dispuesto de la cosa, obteniendo a cambio una contraprestación, estaríamos ante un fenómeno de subrogación real (7), toda vez que a la cosa originariamente debida sustituiría ahora el precio obtenido con la enajenación.

respecto al primitivo que tenía al momento del pago indebido; una eventual indemnización por el menor valor del bien solamente se puede configurar como resarcimiento del daño (S. de apelación, Venecia, 27 de mayo de 1955).

(5) En relación con tal planteamiento de la *condictio*, vid. MOSCATI, epígrafe *Pagamento e ripetizione dell'indebito* (Enc. del dir., XXI, Milán, 1971, pág. 95), y anteriormente FLUME, *ob. cit.*, pág. 150. Vid., igualmente, nota 13, *infra*.

(T-2.) MOSCATI emplea la palabra *percipiente* y no la muy clásica en él de *accipiens*. Creemos que bajo esta acepción (al menos dentro de este epígrafe) podemos incluir no solamente al *accipiens*, sino también a los sucesivos adquirentes, objeto de examen en los epígrafes 3, 4 y 5 de este estudio.

(6) En tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118, y análogamente el Code francés en su artículo 1.379. En el sistema del BGB el adquirente de buena fe viene obligado, caso de imposibilidad de restituir *in natura*, a entregar al *solvens* el valor de la cosa (*Wertersatz*), según el par. 818, 2. Tal responsabilidad del *accipiens* viene, sin embargo, subordinada, además de a su buena fe, al hecho de que aún exista enriquecimiento al tiempo de la demanda; en otro caso, nada debe entregar al *solvens* (par. 818, 3). Si, por el contrario, el adquirente es de mala fe está obligado en todo caso a resarcir el daño (acerca de la responsabilidad del *accipiens* de buena fe, vid., por todos, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo II, 1959, trad. de J. Santos Briz). En cuanto al adquirente de mala fe, vid. *infra* nota 34.

(7) Así, FLUME, *ob. cit.*, pág. 129, y P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118. Más en general, para una crítica de la configuración de la *condictio*, en el caso de prestación de cosa específica, como pretensión con objeto variable, vid. G. ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 230 y ss.

(T-3.) (En relación con la nota T-2): Ahora sí: MOSCATI emplea, inequívocamente, la palabra *terzo*.

SISTEMA MIXTO ADOPTADO, EN RELACION CON LA BUENA FE DEL «ACCIPIENS», EN CASO DE PERDIDA O DETERIORO DE LA COSA. CONCEPCION «PATRIMONIAL» Y VALORACION DEL ENRIQUECIMIENTO LOGRADO POR EL ADQUIRENTE DE BUENA FE

Esta rigurosa acogida de la «concepción real» provocaría, como acabamos de ver, una serie de consecuencias no menos rigurosas. Consecuencias que, no obstante, resultan notablemente amortiguadas en los sucesivos apartados de los artículos 2.037 y 2.038. De la lectura de las normas en su contexto, y sobre todo sin perder de vista la normativa del tercer adquirente (T-3) que haya adquirido a título gratuito del *accipiens* (art. 2.038), se obtiene la impresión de que el legislador ha preferido seguir un sistema mixto, por así decirlo.

Evidentemente: si, por una parte, es cierto que el enriquecimiento es «real», visto desde el lado del adquirente de mala fe (obligado, en el peor de los casos, a restituir el equivalente de la cosa perdida o deteriorada) (8), no es menos cierto que la normativa legal del *accipiens* de buena fe se relaciona, al menos en parte, con la concepción «patrimonial» (9). Dicho con otras palabras: mientras que el adquirente de mala fe viene obligado al pago del valor de la cosa perdida, o a una indemnización equivalente a la disminución del valor de la cosa, cuando existe deterioro (siempre que el *solvens*, en este último caso, no prefiera recibir el equivalente del valor del bien, en lugar de la restitución *in natura*) (10),

(8) FLUME (*ob. cit.*, págs. 129 a 131) entiende que el *desplazamiento* de la obligación del adquirente de mala fe, en caso de imposibilidad de restituir *in natura*, no supone abandono de la concepción «real» del enriquecimiento, toda vez que, incluso en tal caso, la *condictio* sigue orientada hacia la prestación del *solvens* desde el momento en que el valor no representa sino una simple subrogación de la cosa que había de ser restituida.

(9) *Vid.*, al respecto, las agudas observaciones de P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, páginas 119 y ss.

(10) Así opinan, en la doctrina, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milán, 1958, pág. 512, y BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Turín, 1962, pág. 804. RESCIGNO en su epígrafe *Ripetizione...*, *cit.*, pág. 1235, hace notar que el deber de entregar el equivalente es, al mismo tiempo, una deuda de indemnización y una deuda de valor. En la jurisprudencia, *vid.* la S. del Tribunal de Forlì, 17 de mayo de 1947, en la que se precisa que el valor de la cosa a restituir viene determinado sobre la base de los precios corrientes al tiempo de la conversión de la obligación originaria y de la *solutio* efectiva del equivalente. Bajo el imperio del anterior Codice se pensaba, por el contrario, que el equivalente vendría determinado por el mayor valor resultante entre dos momentos: cumplimiento de la prestación por parte del *solvens*, o momento de restitución de la cosa (así, PACCHIONI, *Dei quasi-contratti*, Padua, 1938, pág. 109), o, en fin, valor corriente al tiempo de su desaparición, salvo variaciones de poder adquisitivo de la moneda (en este último sentido, *vid.* G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'in-*

por el contrario, el *accipiens* de buena fe responde, como máximo, dentro de los límites de su propio enriquecimiento. Más concretamente: aun cuando el adquirente de buena fe resulta liberado de todo tipo de responsabilidad hacia el *solvens* por pérdida o deterioro de la cosa, y por más que éste o aquélla le sean imputables, si, pese a todo, el bien ha desaparecido por su consumo o por su transformación económico-física, el adquirente de buena fe ha de restituir al *solvens* el enriquecimiento obtenido por su consumo o transformación (11). La situación es análoga en caso de deterioro: la cosa ha de ser devuelta en el estado en que se halla (12).

A este respecto, resulta evidente que si la exoneración de responsabilidad del adquirente de buena fe, en sus relaciones con el *solvens*, por pérdida o deterioro de la cosa, tiene mucho de concepción «real», por cuanto (teniendo la *condictio* como objeto propio el bien materialmente entregado, y no su valor abstracto) (13), el deterioro, total o parcial, de la cosa a restituir ha de comportar, en esos mismos límites, la extinción de la pretensión del *solvens*, resulta igualmente claro que la obligación de restituir el enriquecimiento (aunque la cosa se haya perdido o deteriorado) se inspira en la concepción «patrimonial», a tenor de la cual hay que tener en cuenta no tanto el bien indebidamente pagado y sus ulteriores vicisitudes, sino también las posibles repercusiones del pago en el total patrimonio del adquirente, así como los gastos eventualmente realizados o, en general, ligados, en cualquier forma, con el hecho productor del enriquecimiento (14). Evidentemente: si el legislador hubiera

debito, Padua, 1940, págs. 206 y ss.). En torno al artículo 2057, 2, como hipótesis de obligación alternativa, con derecho de elección a favor del acreedor, *vid. infra* nota 24.

(11) En tal caso asistiríamos a la extinción de la pretensión originaria de restituir *in natura*, surgiendo, en su lugar, una nueva pretensión cuyo objeto sería el valor del enriquecimiento. (Tal piensa P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, págs. 126 y 148; igualmente ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 183 y ss.)

(12) *Vid.* BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 375, en tesis que suscribe P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 148.

(13) La actual configuración de la institución ha venido a «retroceder» al Derecho romano, cuyo sistema de *condictiones* tenía una base «real». (Así, DERNBURG, *Pandette, Diritto delle obbligazioni*, II, traducción de F. B. CICALA, Turín, 1903, pág. 602.) Para un amplio tratamiento histórico del problema, *vid.* el muy citado trabajo de FLUME, págs. 130 y ss. A este respecto se ha hecho notar que el mismo BGB viene generosamente inspirado por el modelo romanístico. (En tal sentido, ESSER, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1971, pág. 376.)

(14) En tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, págs. 118 y ss. A tal respecto, opina este autor que cuando la cosa haya perecido, sufrido deterioro o sido objeto de expropiación, y el adquirente haya obtenido una suma de dinero como resarcimiento del daño o indemnización, esta suma sería la base sobre la cual se calcularía su enriquecimiento, por más que haya de tenerse en cuenta los gastos llevados a cabo para conseguirla; tal sería el caso de las costas procesales (páginas 127 y ss.), pero no de los premios derivados de un previo contrato de se-

seguido con todo rigor la concepción «real» del enriquecimiento, el riesgo por pérdida o deterioro de la cosa hubiera corrido íntegramente a cargo del *solvens*, sin imponer al adquirente de buena fe obligación alguna de restituir, ni siquiera en los límites de su enriquecimiento (15). Por otra parte, incluso cuando prevalece la concepción «real» (tal es el caso de la restitución *in natura*, en cuyo supuesto no existen grandes diferencias de trato entre el *accipiens* de buena o de mala fe, salvo en lo tocante al régimen de los frutos en el acto de la restitución), siempre se da una cierta conmixtión de ambos criterios (real y patrimonial). Así, todo adquirente tiene derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.040, al reembolso de gastos y mejoras (16).

Como confirmación de todo lo hasta ahora expuesto, séanos permitido llamar la atención del lector sobre la importancia del hecho de que *el «accipiens» de buena fe viene obligado en los límites de su enriquecimiento* (subrayado del traductor). Esto significa, sobre todo, que tal enriquecimiento no representa, *sic et simpliciter*, subrogación del objeto originario de la pretensión del *solvens*, por cuanto *el adquirente no viene obligado a restituir el enriquecimiento que supere el valor de la cosa* (17) (nuevo subrayado del traductor, por entender que en esta frase radica la clave del arco del pensamiento moscatiano).

La concepción «patrimonial» del enriquecimiento supone la obligación del *accipiens* de restituir a la esfera del *solvens* no el total enriquecimiento logrado a través del consumo o transformación de la cosa indebidamente recibida, sino, por el contrario, la menor suma resultante de la comparación entre el enriquecimiento y un segundo término de re-

guro, los cuales, por el contrario, vendrían a equipararse, en disciplina jurídica, a las reparaciones ordinarias, dentro de la normativa general de la normal gestión de la cosa (págs. 157 y ss.).

(15) Para una aplicación de tal criterio a la repetición de lo indebido subjetivo ex artículo 2.036, *vid.* el citado trabajo de P. TRIMARCHI, págs. 120 y ss.

(16) G. ANDREOLI (*ob. cit.*, pág. 230) hace notar que esta contrapretensión del adquirente es, precisamente, la que ha llevado a la doctrina alemana a configurar la acción de enriquecimiento, en el caso que nos ocupa, como una pretensión cuyo objeto sea la restitución del incremento de valor, y, precisamente, el enriquecimiento como valor correspondiente a la diferencia entre la cuantía actual del patrimonio y la que hubiera tenido éste si no hubiera ocurrido el hecho productor del enriquecimiento.

En términos más generales, acerca de la problemática conectada al reembolso de gastos en la restitución de cosa determinada, séanos permitido remitirnos a nuestra obra *Pagamento dell'indebito*, cit., sobre todo, al analizar el artículo 2.040.

(17) *Vid.*, en tal sentido, BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 372; MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Florencia, 1943, pág. 132, y G. ANDREOLI, *ob. cit.*, página 56. En contra, y en la doctrina menos reciente, DERNBURG, *ob. cit.*, II, página 602. Para este autor el adquirente podría ser llamado a responder en medida ciertamente muy superior al enriquecimiento logrado.

ferencia (18). La pretensión del *solvens*, en efecto, ha de venir enmarcada, de una parte, por el importe de la pérdida sufrida (valor de la cosa entregada), y, de otra, por las ventajas obtenidas por el adquirente como consecuencia del pago (enriquecimiento neto, deducidos los gastos y otros elementos pasivos) (19).

Con otras palabras: dado que la ley habla de restitución «en los límites» y no «en la medida» del enriquecimiento (20), el *accipiens* vendrá obligado a restituir el enriquecimiento, pero sólo cuando éste sea inferior al valor de la cosa perecida o transformada. En caso contrario, el *solvens* podrá solicitar, simplemente, el valor de la cosa. La opinión contraria, a cuyo tenor el adquirente de buena fe respondería siempre y en todo caso por el valor del enriquecimiento, aparece en abierto contraste no sólo con el tenor literal del artículo 2.037, 3 («en los límites de su propio enriquecimiento»), sino también con el sistema de los artículos 2.037 y 2.038, caracterizados por un tratamiento mucho más favorable hacia el adquirente de buena fe. Semejante tesis expondría a este último, cuando el enriquecimiento superase al valor de la cosa, a una responsabilidad más grave que la del adquirente de mala fe, obligado, en el peor de los casos, a restituir el equivalente del valor del bien perecido (21).

(18) Tal opina BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 372. Aun cuando la formulación del artículo 2.037, 3, es diversa de la del 2.041, 1, al faltar una explícita alusión a la pérdida experimentada por el *solvens*, es de destacar que el enriquecimiento logrado por el *accipiens* de buena fe representa solamente el límite máximo de la restitución y no el objeto de la pretensión del empobrecido. (*Vid.*, al respecto, MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 132.) En contra, SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Turín, 1959, pág. 96. Para este autor, si se confrontan el artículo 2.038, 1, y el 2.037, se llega al principio opuesto: el perceptor de buena fe debe restituir el total enriquecimiento obtenido del consumo total o parcial de la cosa.

(19) *Vid.*, acerca de este punto, BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 372; MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 132. Para este último autor se deduce muy fácilmente de la comparación entre los apartados 2 y 3 del artículo 2.037 que el enriquecimiento obtenido por el adquirente de buena fe es algo conceptualmente distinto al valor de la cosa indebidamente recibida.

(20) Para una crítica del diverso contenido conceptual de los términos «medida» y «límite», *vid.* MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 149.

(21) El sistema del artículo 2.037, 3, puede conducir a resultados inicuos cuando se trata de prestación de cosa determinada, entregada como ejecución de un contrato traslativo inválido, toda vez que en caso tal el vendedor-*solvens* vendría obligado a restituir la totalidad del precio recibido, sin poder recuperar del comprador-*accipiens* la cosa a éste entregada. Acoger integralmente la posibilidad de este riesgo resulta particularmente inicuo siempre que la imposibilidad de la restitución *in natura* se conecte a un hecho producido por el adquirente de buena fe. En cuanto a la doctrina alemana y en sus intentos de obviar estos inconvenientes, al menos en parte, reconduciendo el caso a la teoría del «saldo», *vid.* FLUME, *Der Wegfall*, cit., págs. 148 y ss., y VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, en *Feistschrift für E. Rabel*, I, Tubinga, 1954, págs. 384 y ss.

ULTERIORES VICISITUDES DE LA COSA: ENAJENACION A TITULO ONEROSO. OBLIGACION DEL «ACCIPIENS» DE MALA FE DE RESTITUIR LA COSA «IN NATURA», Y RESTITUCION DE SU EQUIVALENTE. PODER DEL «SOLVENS» DE EXIGIR LO OBTENIDO A CAMBIO DE LA ENAJENACION

Al pasar al examen de la hipótesis de enajenación de la cosa indebidamente pagada, no creemos necesario modificar las conclusiones a que hemos creído llegar, toda vez que la disciplina adoptada por el artículo 2.038 no difiere, a grandes rasgos, del sistema del artículo 2.037. También aquí está presente la concepción «real» del enriquecimiento en la responsabilidad del adquirente de mala fe (o del que haya dispuesto del bien una vez conocida la obligación de restituirlo) (22), desde el momento en que la obligación de reembolsar al *solvens* el valor de la cosa enajenada toma cuerpo. Es decir: desde el momento en que resulte materialmente imposible la restitución *in natura* (23).

Con otras palabras: *el «accipiens» de mala fe viene obligado, sin distinción entre actos a título oneroso o gratuito, a recuperar el bien de manos del tercer adquirente, de forma que solamente en caso de que ello resultare imposible, vendría a quedar libre en relación con el «solvens», pagándole el valor de la cosa* (subrayados del traductor). La opinión contraria de una parte de la doctrina que, haciendo especial hincapié en el tenor literal de la norma («... está obligado a restituirla *in natura* o a restituir el valor...»), habla de obligación alternativa (24), aparece en abierto contraste con el espíritu del sistema.

(22) Acerca de la equiparación de responsabilidad, por enajenación de la cosa indebidamente recibida, entre mala fe inicial o sobrevenida, *vid.* MOSCATI, *Pagamento...*, cit., en su glosa de los artículos 2.037 y 2.038.

(23) *Vid.* en idéntico sentido, G. ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 195 y ss.; ANICHINI, *ob. cit.*, pág. 197; MESSINEO, *Manuale...*, cit., V. pág. 513, y, en jurisprudencia, la S. de Casación de 17 de diciembre de 1968. En contra, y en la huella de la *Relazione al Re*, BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 378 (para el cual el adquirente de mala fe tiene la facultad de liberarse con cualquiera de los dos modos indicados en el artículo 2.038, 2); FALQUI-MASSIDA y JACCHIA *Promesse unilaterali. Gestioni d'affari. Ripetizione dell'indebito. «Solutiretention». Arricchimento senza causa*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigida por Bigavi, Turín, 1968. página 589.

(24) Así, textualmente, RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., pág. 1236. De obligación alternativa se habla igualmente en la doctrina, a propósito de la facultad del *solvens* de pretender, frente al adquirente de mala fe, en caso de deterioro de la cosa, o bien el equivalente, o bien la restitución *in natura*, con indemnización por la disminución de valor (art. 2.037, 2). Nos hallaríamos así ante un caso de alternativa *ex lege*, en la que el poder de elección se atribuye excepcionalmente al acreedor (*rectius*: al *solvens*). *Vid.*, sobre este punto, SMIROLDO, epígrafe «Obligación alternativa y facultativa», en el *Noviss. Dig. it.*, XI, Turín, 1965, págs. 623 y ss., especialmente pág. 625, nota 11.

Evidentemente: si es exacta la doble premisa de que la ley tiende a la restitución *in natura* de la cosa indebidamente recibida (art. 2.037, 1), y de que la pérdida de la disponibilidad material del bien, como consecuencia de un acto de disposición, produce, en cierto modo, los mismos efectos que la pérdida de la cosa (imposibilidad de restituir *in natura*)... es evidente que, mientras esa recuperación no resulte imposible, el adquirente de mala fe no queda liberado de responsabilidad si se limita a restituir al *solvens* el equivalente pecuniario del valor del bien (25). En el caso que contemplamos, no se atribuye al *accipiens*-deudor derecho alguno de elección entre una y otra prestación, al modo del artículo 1.285

(A cuyo tenor: «El deudor de una obligación alternativa se libera ejecutando una de las dos prestaciones previstas (*dedotte*) en la obligación, pero no puede obligar al acreedor a recibir parte de una y parte de otra».) (T-4.)

... toda vez que en la obligación se contempla una sola de ellas; precisamente la de restituir *in natura*.

Por otra parte, tampoco se puede decir que exista un fenómeno de subrogación real, en el sentido de que el objeto originario de la pretensión del *solvens* sería sustituido por el valor de la cosa enajenada. Ciertamente: aun cuando la concepción «real» del enriquecimiento comporte la extinción de la pretensión del *solvens* siempre que resulte imposible la restitución *in natura* (26), no existe, en el caso contemplado, liberación del deudor-*accipiens*. La mala fe del adquirente, o, en su caso, la *scientia* sobrevinida de hallarse obligado a restituir, cualifican el acto de disposición como un verdadero y auténtico acto ilícito, por más que la ley resuelva el caso en un simple débito de valor (27). Consecuencia, ésta, común a la hipótesis de pérdida de la cosa (art. 2.037, 2), en la que, sin embargo, es difícilmente sostenible la tesis de una actividad antijurídica por parte del *accipiens*. Dejando aparte, en esta materia, el aspecto de resarcimiento de daños a cargo del adquirente de mala fe (28), hay que

(25) En sentido contrario, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 97, centrando sus argumentos en relación al tercer adquirente, a título gratuito, de un *accipiens* de mala fe.

(T-4.) El precepto transcrito se halla en el Libro IV, Título I (de las obligaciones en general), Capítulo VII (de algunas especies de obligaciones), Sección II (de las obligaciones alternativas). La solución italiana, como se ve, no puede ser más *tradicional* ni más parecida a la que nos brinda nuestro Código en su artículo 1.131. Con todo, y a título puramente personal, debo confesar que me entusiasma la puntualización legal *prestazioni dedotte in obbligazione*.

(26) Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 126.

(27) Tal es, en efecto, la obligación de restituir el equivalente. Sobre este punto, *vid.* RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1235.

(28) El profesor MOSCATI, al igual que hiciera en la nota 1, se remite, para el futuro, a su *Pagamento dell'indebito*.

destacar que *la obligación de restituir el equivalente de valor de la cosa enajenada aparece como una obligación secundaria y de carácter punitivo, y, en todo caso, autónoma respecto a la primitiva de restitución «in natura», que ha devenido imposible* (29) (subrayado del traductor).

Tampoco cabe considerar como subrogación del objeto originario de la pretensión del *solvens* lo obtenido por el *accipiens* como consecuencia de la enajenación de la cosa (30). La obligación es siempre la de hacer que el *solvens* readquiera la propiedad del bien (31), y, caso de resultar esto imposible, la de pagarle su valor. Tanto más cuanto que, si el precio establecido aún no ha sido entregado, el *solvens* puede actuar directamente contra el tercero, subrogándose de esta forma en los derechos del enajenante (32). *Este poder del «solvens» para exigir del «accipiens» o de un tercero el importe de la enajenación se añade, pero no sustituye, a la pretensión originaria*, o sea: la restitución de la cosa en sí, o, *de ser ello imposible*, la entrega de su equivalente pecuniario (subrayado del traductor).

El caso que acabamos de contemplar (acción directa del *solvens* frente al tercero, cuando éste aún no ha entregado el precio o la cosa pactada a cambio de la enajenación) tampoco constituye un caso de obligación alternativa, en la que el derecho de elección corresponda al acreedor-*solvens* (art. 1.286, 1, que—adición del traductor—atribuye inicialmente al deudor la elección, a menos que previamente se haya atribuido al acreedor o a un tercero). Nos hallaríamos, más bien, ante un caso de

(29) En tal sentido, ESSER, *Schuldrecht*, cit., II, pág. 376, para quien, a menos que otra cosa no se haya pactado, el deudor-*accipiens* no puede elegir entre restitución *in natura* y pago del valor de la cosa.

(30) ESSER, *ob. cit.*, II, pág. 370, entiende que la pretensión del *solvens* a la entrega del total importe de la enajenación no supone un simple fenómeno de subrogación real, toda vez que el objetivo de la norma es el de que el *solvens* recabe en su favor todo tipo de ventajas conseguidas por el adquirente de mala fe en su acto de disposición. Igualmente FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín, 1969, página 633.

(31) Por comodidad de investigación se presupone en el texto que el *solvens* es al mismo tiempo propietario de la cosa. En torno al concreto problema de la readquisición de la propiedad por parte del *solvens*, es de destacar que la disciplina de los artículos 2.037 y 2.038 se presenta como incompatible, ya con la tesis de la eficacia traslativa del pago de lo indebido, ya con aquella que afirma que lo transmitido es, simplemente, la posesión. *Vid.*, en tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 126.

(32) Henos aquí, al igual que en el caso previsto por el artículo 2.038, 1, ante un típico ejemplo de subrogación *legal* (subrayado del traductor), en la línea del artículo 1.203, 5. (Textualmente, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1235. En idéntico sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 90.) *Adición del traductor*: el artículo 1.203 viene inardinado en el Libro IV, Título I, Capítulo II (del cumplimiento de las obligaciones), Sección II (del pago con subrogación). El apartado 5 (dentro de la rúbrica general «subrogación legal») no hace sino remitirse a «otros casos establecidos por las leyes».

obligación facultativa, dado que la prestación contemplada en la relación obligatoria es siempre la de restituir *in natura*. En efecto: el *solvens* tiene la mera facultad de pretender la entrega del precio (33), aunque exista la posibilidad de recuperar la cosa o el *accipiens* declare su voluntad de pagar el valor de la misma. Con ello, la ley trata de impedir que el adquirente de mala fe obtenga el más mínimo beneficio de un acto propio ilícito, si el precio obtenido (o pactado) fuera superior en valor al de la cosa misma (34). Ello apareja una consecuencia: si el *solvens* no utiliza esta facultad de exigir el total importe de la enajenación (lo que ocurrirá, con toda probabilidad, siempre que el precio sea inferior al valor de la cosa), continúa a cargo del *accipiens* de mala fe la obligación de restituir la cosa, *in natura* o en su valor económico.

ULTERIORES VICISITUDES DE LA COSA: ENAJENACION A TITULO ONEROSO (CONT.). ENAJENACION POR PARTE DEL ADQUIRENTE DE BUENA FE. SUSTITUCION DE LA COSA POR LO OBTENIDO A CAMBIO. POSIBILIDAD DE DETRAER LOS GASTOS LLEVADOS A CABO PARA LA CONCLUSION Y EJECUCION DEL CONTRATO

Solamente en el caso de enajenación de la cosa por parte del adquirente de buena fe la contraprestación representa, en cierto sentido, una subrogación del bien primitivo, dado que la ley sustituye al objeto ori-

(33) Acerca de la admisibilidad de una obligación facultativa, con elección en favor del acreedor, *vid.*, por todos, ALLARA, *Le nozioni fondamentale del diritto civile*, Turín, 1958, pág. 538. A él se remite SMIRLOLDI en su citada obra, pág. 630.

(34) Esta es la razón por la cual el enajenante de mala fe está obligado a entregar la mayor suma resultante de la comparación entre el valor de la cosa y el precio conseguido, y así piensan, entre otros, PACCHIONI, *ob. cit.*, pág. 109; SACCO, *ob. cit.*, pág. 110; P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 63; VON CAEMMERER, *ob. cit.*, página 368. En el derecho anglosajón, *vid. Restatement of the law of restitution, quasi contracts and constructive trusts*, St. Paul, 1937, págs. 818 y ss., en especial a partir de la pág. 828. Por lo que al derecho alemán respecta, el BGB prevé una responsabilidad aún más gravosa a cargo del adquirente de mala fe, dado que la doctrina entiende aplicables al caso las normas sobre restitución y resarcimiento de daño general (parágrafos 291, 292 y 987 del BGB) y no va las disposiciones, más benignas, de la *condictio*. En tal sentido, *vid.* ESSER, *ob. cit.*, pág. 386 del tomo II. Dicho con otras palabras: a las relaciones entre *solvens* y adquirente de mala fe le son perfectamente aplicables las normas dictadas para el propietario y el poseedor, y, más concretamente: la obligación, para el adquirente de mala fe, de resarcir el daño aun cuando la cosa haya sido enajenada a título gratuito. Tal es la opinión de LARENZ, en el tomo II de su *Derecho de obligaciones*, e igualmente de FIKENTSCHER, *ob. cit.*, pág. 633. Según este último autor, el *solvens* puede elegir, a su gusto, entre la restitución *in natura*, el pago del valor de la cosa, o, en fin, el resarcimiento del daño.

ginario de la pretensión del *solvens* el precio de la enajenación (35). Más concretamente: si el pago ya ha tenido lugar, el *accipiens* viene obligado a entregárselo al *solvens*. Si es aún debido, el *solvens* puede actuar directamente contra el tercero, subrogándose (*subentrando*) así en los derechos del enajenante (art. 2.038, apartado 1) (36).

Bajo un primer y somero examen, la disciplina del Codice aparece como inspirada por la concepción «real» del enriquecimiento, dado que la suma obtenida como consecuencia de la enajenación sustituye a la cosa que había de ser restituida, con lo cual se da una subrogación real en favor del acreedor (37). En realidad, y a poco que penetremos más allá de las apariencias del fenómeno, no es aventurado constatar que, en este punto, la concepción «real» se combina, por así decirlo, con la «patrimonial», por cuanto *lo obtenido a cambio*, pese a la dicción literal de la ley, *no es debido por entero, sino con deducción previa de una serie de elementos pasivos* (38) (subrayado del traductor).

Una serie de argumentos de tipo sistemático nos llevan a la conclusión que acabamos de formular. En primer término: si el *accipiens* de buena fe viniera obligado a restituir, en todo caso, el exacto equivalente de la enajenación, se crearía una situación de inadmisibile disparidad respecto al caso de pérdida o deterioro de la cosa, donde, como vimos, el adquirente responde, ante el *solvens*, en los límites de su propio enriquecimiento (art. 2.037, 3). Añádase una segunda consideración: si lo obtenido a cambio tuviese un valor superior al de la cosa enajenada, el *accipiens* de buena fe quedaría expuesto a una responsabilidad muy superior a la de su propio enriquecimiento. Es más: sería tratado con mucho más rigor que el adquirente de mala fe, que, como ya vimos, solamente queda obligado a restituir la cosa *in se* o su valor económico... a menos que el *solvens* se acoja a la facultad de exigir la totalidad de la contraprestación.

No vale replicar a estos argumentos haciendo notar que el artículo 2.038, 1, regula una situación totalmente distinta a las de pérdida o deterioro de la cosa, y que, por tanto, queda plenamente justificada la

(35) Así, textualmente, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1235. *Vid.*, igualmente, G. ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 182 y ss., y, por lo que al derecho justinianeo respecta, FLUME, *Der Wegfall...*, cit., pág. 129.

(36) *Vid.*, al respecto, *supra*, nota 32.

(37) Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118. *Vid.*, igualmente, las conclusiones de la investigación histórica de FLUME, *ob. cit.*, pág. 131.

(38) En idéntico sentido, SACCO, *ob. cit.*, págs. 204 y ss., especialmente página 230, y P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 126. Análogas conclusiones, en la doctrina alemana, vemos en la citada obra de FLUME, pág. 175. Advierte este autor que en el BGB predomina ahora la concepción «patrimonial» del enriquecimiento, toda vez que, aun cuando la ley ordena la restitución *in natura*, se trataría siempre de una pretensión al incremento producido en la esfera del *accipiens*.

responsabilidad más gravosa del *accipiens* de buena fe, toda vez que la redacción de la norma parece dar a entender que la ley considera el importe de la enajenación como el equivalente al enriquecimiento logrado (39). Y, sin duda, *tal equivalencia no existe cuando el «accipiens» ha debido soportar los gastos de la enajenación* (subrayado del traductor).

Siendo exactas las premisas que acabamos de exponer, resulta evidente que el total importe de la enajenación no constituye, *sic et simpliciter*, la cuantía de la subrogación de la cosa originaria, sino solamente un elemento (no el único) para calcular el importe del enriquecimiento obtenido por el adquirente de buena fe (40). Con otras palabras: el *solvens* tendrá derecho a la íntegra restitución del precio pagado por tercero, solamente cuando el enajenante no haya sufragado gasto alguno por el contrato, y *siempre y cuando lo obtenido a cambio no supere al valor de la cosa enajenada* (subrayado del traductor). En caso contrario, y teniendo en cuenta las repercusiones que el hecho de la enajenación ha producido en la esfera del *accipiens*, este último vendría obligado, respecto al *solvens* (por las razones indicadas, y por analogía con lo dis-

(39) Esto significa que el adquirente de buena fe responda solamente por lo obtenido a cambio aunque resulte inferior al valor de la cosa. En tal sentido, *vid.*, por todos, MESSINEO, *Manuale...*, cit., V, pág. 513; en la doctrina extranjera, DEMOGUE, *Traité des obligations*, I, *Sources des obligations*, tomo 3, París, 1923, página 182, y ESSER, *ob. cit.*, págs. 368 y ss., tomo II. En jurisprudencia, *vid.* Sentencia de Apelación, Trieste, 25 de marzo de 1949.

La solución aparece controvertida cuando lo obtenido a cambio supere en valor a la cosa primitiva: bajo el imperio del anterior Codice se pensaba que el querer limitar la restitución a la parte de precio que no excediera del valor de la cosa suponía atacar directamente al artículo 1.149. A idéntica conclusión se llegaba en el Derecho alemán en base a la formulación del parágrafo 816 del BGB, en el sentido de que el *accipiens* respondería, frente al *solvens*, en la *medida* (subrayado del autor) de lo conseguido por efecto del acto de disposición, con la ulterior consecuencia de que ninguna limitación de responsabilidad sería posible, aun cuando el valor de lo recibido fuera muy superior al de la cosa. (*Vid.*, en tal sentido, ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, edición española, Barcelona, Ed. Bosch—traducción y notas de PÉREZ Y ALGUER—, el tomo de «Derecho de obligaciones». En idéntico sentido, DEMOGUE, loc. ult. cit.). La solución expuesta ha suscitado, sin embargo, no poca perplejidad en los autores italianos y extranjeros más sensibles a las nuevas exigencias del tráfico jurídico: se ha dicho, al respecto, que si el enajenante de buena fe consigue, con su habilidad y trabajo, obtener una contraprestación muy superior al valor de la cosa, podrá limitarse a restituir esto último. Con otras palabras: el provecho corresponde al autor de la iniciativa, y dado que el artículo 2.038, 1, representa una limitación, en favor del enajenante de buena fe, de la obligación de restituir, el adquirente estará obligado a pagar la suma menor resultante de comparar el importe de la enajenación y el de la cosa. (Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 71; BARBIERA, *ob. cit.*, pág. 140, y en la jurisprudencia las SS. de Casación de 26 de julio de 1947 y de Apelación de Florencia de 9 de diciembre de 1959. En la doctrina alemana, VON CAEMMERER, *ob. cit.*, pág. 357; ESSER, no obstante, sostiene—*ob. cit.*, II, pág. 369—que la solución aparece en contraste con la letra del parágrafo 816, 1, del BGB).

(40) En tal sentido, *vid.* P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, págs. 65 y 126.

puesto para el poseedor de buena fe en el art. 1.150, 3) (41), a la entrega de lo obtenido a cambio, dentro de los límites del valor de la cosa, por más que el artículo 2.038, 1, no haga mención, a diferencia del 2.041, 1, al empobrecimiento del *solvens* (42).

Transcribimos, para el lector español, los preceptos legales citados por el autor:

Art. 1.150, 3 (inmerso en el Libro III, *de la propiedad*; Título VIII, *De la posesión*; Capítulo II, *De los efectos de la posesión*, y bajo la concretísima rúbrica de *Reparaciones, mejoras y adiciones*):

«La indemnización (al poseedor, por las mejoras que subsistan al tiempo de la restitución) ha de corresponder a la medida del aumento de valor de la cosa como efecto de las mejoras, si el poseedor es de buena fe. En caso contrario (la indemnización) corresponderá a la menor suma entre el importe de los gastos y el aumento del valor.»

Art. 2.041, 1 (sito en el Libro IV, *De las obligaciones*; Título VIII, *Del enriquecimiento sin causa*):

«El que, sin justa causa, se ha enriquecido en perjuicio de otra persona está obligado, en los límites de su enriquecimiento, a indemnizar a ésta de la consiguiente disminución patrimonial.»

Concretando: el adquirente de buena fe tiene derecho, según la concepción «patrimonial» del enriquecimiento, a detraer, de lo obtenido a cambio de la enajenación, los gastos de conclusión y ejecución del contrato, incluyendo en ellos lo pagado al agente, mediador o comisionista al que eventualmente se hubieran encomendado las partes (43). Por otra parte, hay que tener en cuenta, a efectos de cálculo del enriquecimiento,

(41) Así, BARBIERA, *ob. cit.*, pág. 141. Las razones que aducimos en el texto aparecen compatibles tanto con la tesis de la eficacia traslativa del pago indebido cuanto con la que patrocina que lo transmitido es solamente la posesión. Si, en efecto, la propiedad de la cosa sigue en manos del *solvens*, se comprende perfectamente la remisión al artículo 1.150, 3. Si, por el contrario, se entiende que el pago indebido puede también tener eficacia traslativa, con la consecuencia de que el *accipiens* sea, al menos formalmente, el nuevo titular del derecho sobre la cosa (*vid.*, al respecto, BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, en «Riv. trim.», 1965, pág. 34, y en los *Studi per Zingali*, III, Milán, 1965, pág. 95, y cuya tesis suscribe MOSCATI, epígrafe *Indebito...*, citado, pág. 94), no vemos razón para que el *adquirente* de buena fe deba ser tratado más rigurosamente que un *poseedor* de buena fe. (Los dos últimos subrayados son del traductor.)

(42) Si, por el contrario, no es posible probar el importe de lo pagado por el tercero, el *quantum* de la restitución vendría determinado por el precio corriente al tiempo de la enajenación, siendo éste el valor de la cosa (S. de Casación, 5 de julio de 1967).

(43) P. TRIMARCHI (*ob. cit.*, pág. 65) entiende que entre los gastos llevados a cabo para la conclusión del contrato cabe añadir los de preparación y conclusión de la venta cuando haya sido necesario el empleo de medios de una organización de ventas o la asistencia de un agente, comisionista o mediador. Como gastos de ejecución de contrato se mencionan los de transportes, impuestos, etc.

la actividad desplegada personalmente por el *accipiens*, cuando la misma pueda ser económicamente valorada (44).

Pues bien: este criterio de valoración del enriquecimiento no tiene por qué ser modificado cuando el *solvens* actúa directamente contra el adquirente para obtener el pago de lo que éste obtuvo a cambio de la enajenación. En caso tal, si bien es cierto que, una vez obtenido por el *solvens* el importe de la enajenación, no queda ninguna otra pretensión contra el *accipiens* de buena fe, no es menos cierto que viene obligado (el *solvens*) a reembolsar a este último los gastos de conclusión y ejecución del contrato. Bien entendido: dentro de los límites de lo recibido (45).

BREVE SINOPSIS DE LO HASTA AHORA EXPUESTO. (HABLA EL TRADUCTOR, CON PLENA CONCIENCIA DE SU TOTAL Y EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD.)

A) Planteamiento general del problema: *El Codice italiano (modélico en tantos conceptos, pero muy especialmente en este punto) regula, como institución autónoma, el pago de lo indebido, haciendo caso omiso: a) de la un tanto obsoleta institución de los cuasicontratos; b) del previo requisito de error, bienamado del Code y sus adláteres, entre los cuales hay que contar, para bien o para mal, a nuestro venerable Código.*

La postura del Codice (perfectamente coherente a lo largo de todo su articulado) no puede ser más clara, al menos en línea de principio: cuando se entrega una cosa concreta y específica sin que exista una previa, lícita y exigible obligación, perfectamente delimitada en todos y cada uno de sus elementos (subjeto, en su doble vertiente activa y pasiva; objetivo o, simplemente, vinculatorio), surge, automáticamente, el derecho a pedir (y consiguiente obligación de restituir) la cosa misma, o su equivalente económico, si ésta ha perecido, o, en fin, la cosa y una indemnización, si ha habido deterioro. En consecuencia: se parte de la base del valor económico de la cosa, sin tener en cuenta para nada la repercusión del cobro de lo indebido en el patrimonio del que recibe. Tal sería, expuesta a grandes rasgos, la base de lo que MOSCATI llama «concepción real del enriquecimiento», aparente piedra angular del sistema. Y decimos aparente porque, sin duda alguna, existen importantes y cualificadas excepciones. Por ejemplo: las derivadas de la...

(44) Textualmente, autor y obra últ. cit.

(45) En tal sentido, *vid.* P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 127. A este respecto hace notar BARBIERA, *ob. cit.*, pág. 141, nota 6, que el enriquecimiento viene calculado en su valor neto sólo cuando lo recibido a cambio sea inferior al valor de la cosa.

B) Buena fe del adquirente: Supongamos que la cosa se pierde o deteriora: el accipiens de buena fe solamente responde, económicamente, si ha habido enriquecimiento en su favor, y solamente dentro de los límites de ese problemático enriquecimiento. Por el contrario, si ha habido mala fe, el adquirente viene obligado a indemnizar al solvens en la cuantía del valor de la cosa, o de su pérdida de valor, en caso de deterioro. Es evidente que aquella «concepción real» viene muy atemperada en caso de enriquecimiento por parte del adquirente de buena fe. La posibilidad de deducir, de su total enriquecimiento, una serie de elementos pasivos, autoriza sobradamente a hablar de una cierta orientación «patrimonial», que no estrictamente «real». Tengamos en cuenta que los gastos y mejoras son debidos (art. 2.040) a todo poseedor, con independencia de su buena o mala fe.

Pues bien: pese a la inicial claridad del planteamiento legislativo, queda en pie, al menos en principio, el problema de desentrañar el exacto significado de la expresión (un tanto hermética y, digámoslo claramente, un tanto indigna del Codice, modelo de claridad) «en los límites de su enriquecimiento». MOSCATI no vacila: esos «límites» vienen marcados, como máximo, por el valor económico de la cosa, y, como mínimo, por la cuantía del enriquecimiento, si es que éste ha tenido lugar. Opinar otra cosa supondría eliminar la barrera existente entre el que adquiere de buena fe y el que lo hace a ciencia y conciencia de serle indebido el pago...

Hemos examinado, hasta aquí, la hipótesis más elemental, a saber: que la cosa indebidamente pagada haya entrado en el patrimonio del «accipiens» sin entrar en el de un tercero. Demos, pues, un paso más, y veamos qué ocurre en caso de...

C) Reenajenación a título oneroso y con mala fe: Según MOSCATI, la regla general (es decir: la contenida en los artículos 2.033 y 2.037, 1) sigue invariable, al menos en principio: el accipiens ha de rescatar la cosa de manos del tercero, y solamente cuando esto no sea posible habrá de responder frente al solvens en la cuantía del valor de la cosa. No se trata, pues, de una obligación alternativa, sino de una obligación subsidiaria y de carácter netamente punitivo. Como punitiva es, con más razón todavía, la opción que se concede al solvens cuando la cosa haya sido enajenada y el precio (lato sensu) aún no ha sido satisfecho. Con ello, se trata de evitar (pero, eso sí: poniendo como árbitro al mismísimo solvens) que el accipiens-enajenante se enriquezca en lo más mínimo, como consecuencia de un acto propio evidentemente ilícito. Esta facultad, insiste MOSCATI, no supone elección alternativa, sino facultativa. Hay una sola prestación in obligatione (la restitución in natura), pero dos in solutione (la cosa en sí, o lo obtenido a cambio y aún no entregado).

D) Reenajenación a título oneroso por el adquirente de buena fe: *La norma del artículo 2.038, 1, aparece en principio clara y radiante: la cosa in natura abandona la escena, entrando en su lugar el precio lato sensu, ya sea pagado o simplemente debido, y teniendo lugar, paralelamente, un clarísimo caso de subrogación. Parece, por tanto, que (¡ahora sí!) el Codice acepta de plano la «concepción patrimonial» del enriquecimiento, y que tiene en cuenta la repercusión del pago de lo indebido en el patrimonio del accipiens...*

Pensar así sería engañarnos. O, lo que es aún peor: pensar así supondría situar al adquirente de buena fe en una postura harto más incómoda que la del que adquirió de mala fe. Porque (no lo olvidemos) este último responde, como máximo (subrayo deliberadamente estas palabras) por la cuantía del valor de la cosa enajenada. Por elemental justicia, la norma, aparentemente incuestionable, del artículo 2.038, 1, ha de ser interpretada con muchas, muchísimas restricciones. La primera y principal: del total importe del precio hay que deducir, siempre y en todo caso, los gastos de conclusión y ejecución del contrato, así como las mejoras, que son abonables a todo poseedor. Segunda y no menos principal consideración: la indemnización por mejoras difiere sustancialmente, en su cuantía, según la buena o mala fe del adquirente-enajenante. Si éste obró de buena fe, tiene derecho al importe del total aumento de valor de la cosa. En caso contrario, percibirá la menor cantidad que resulte de una elemental comparación: el importe estricto de los gastos (por ejemplo: los de instalación de agua, luz, gas y teléfono en una casa de campo), y el aumento de valor que la cosa experimente como consecuencia de esos gastos (que normalmente es muy superior al importe estricto de los mencionados gastos de instalación). Tercera y última consideración: hay que tener muy en cuenta la actividad personal del adquirente de buena fe, cuando de la misma resulte un claro aumento de valor de la cosa inicialmente «malpagada». Imaginemos, por seguir el ejemplo anterior, que el adquirente de buena fe ha transformado la primitiva casa de campo en un acogedor restaurante típico, de excelente cocina regional, en la que él pone, junto con su simpatía, su excelente hacer culinario. ¿Puede, en estricta justicia, reclamar esas ganancias actuales el primitivo solvens? La respuesta está en la mente de todos... Y el enriquecimiento injusto, aún más.

E) ¿Cabe «trasplantar» todo lo hasta ahora expuesto a la letra y al espíritu de nuestro Código Civil?: *Querido y ocupado lector español: perdóname que no te conteste hic et nunc. Concédeme un margen de tiempo (que te prometo no será demasiado largo) para madurar mi respuesta. Las tesis de MOSCATI exigen a voces, en razón a su propia bondad e in-*

dudable atracción, un lapso de intensa y serena meditación. Quedo emplazado contigo, si tu paciencia y tu interés así te lo aconsejan. Espero no defraudarte.

ULTERIORES VICISITUDES DE LA COSA (CONCLUSION): ENAJENACION A TITULO GRATUITO. RESPONSABILIDAD DEL TERCER ADQUIRENTE

Precisamente en razón de la especial responsabilidad del tercer adquirente (*rectius*: donatario) hemos dejado para el final, con toda intención, el estudio de la enajenación a título gratuito. Nos hallamos ante una de las novedades más significativas del derecho vigente en materia de pago indebido; con ella, se ha resuelto un problema al cual se había mostrado especialmente sensible la doctrina italiana de la época del anterior Codice, dado que la prohibición de enriquecerse a costa de otro no estaba aún sancionada en los cuerpos legales (46).

A diferencia de lo dispuesto en otros ordenamientos (47), el tercero no se subroga (*subentra*) en la misma posición deudora del enajenante (*rectius*: donante); no existe un fenómeno de sucesión en el lado pasivo de la relación obligatoria, toda vez que el tercero responde, frente al *solvens*, dentro de los límites de su enriquecimiento. Es de advertir, no obstante, que la posición del tercero es sin duda más ventajosa cuando adquiere de un *accipiens* de mala fe: su obligación es meramente subsidiaria (48), desde el momento en que el *solvens* solamente podrá actuar contra él después de haber hecho excusión, inútilmente, contra el que enajenó.

La diversidad de disciplina respecto a la hipótesis de una primera adquisición de buena fe radica en el hecho de que, en este caso, el único

(46) La doctrina imperante al tiempo de la vigencia del anterior Codice entendía que la formulación del artículo 1.149 constituía el principal obstáculo para la reconocibilidad de una acción del *solvens* contra el tercer adquirente a título gratuito. *Vid.*, por todos, PACCHIONI, *Dei quasi-contratti*, cit., págs. 110 y ss. Para una crítica de tal interpretación, *vid.* G. ANDREOLI, *ob. cit.*, pág. 70.

(47) El BGB, parágrafo 816, 1, parte segunda, establece una verdadera y auténtica igualdad de trato entre el *accipiens* de cosa específica y el adquirente de la misma a título gratuito. En efecto: el tercero de buena fe se subroga en la misma posición deudora que el donante y queda obligado, en relación con el *solvens*, a restituir *in natura*, o bien al pago del valor de la cosa (*vid.*, por todos, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II). El caso que nos ocupa no viene regulado ni por el Code français ni por el Código suizo de las obligaciones. (*Adición del traductor: ni por nuestro Código. Pero sí por nuestra Ley Hipotecaria*—bien entendido: dentro de su natural radio de acción—. El artículo 34 de nuestra L. H. no deja lugar a dudas.)

(48) En el mismo camino, *vid.*, por todos, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1236.

medio de tutela dispensado al *solvens* es la acción de enriquecimiento frente a tercero (49), toda vez que el enajenante queda exento de toda responsabilidad (vid. art. 2.038, 1, *in fine*). Sólo así se explica este poder para actuar directamente contra el tercero. Si, por el contrario, la cosa ha sido enajenada por quien sabía (desde el primer momento, o con posterioridad) que la cosa le había sido entregada indebidamente, y habida cuenta que el *accipiens* de mala fe está obligado, aun en el caso de re-enajenación a título gratuito, a la restitución *in natura* y, subordinadamente, a la restitución del valor económico, en la misma medida en que el *solvens* obtiene satisfacción a sus pretensiones han de desaparecer o reducirse sus pretensiones frente a tercero (50).

Evidentemente: si el *solvens* pudiera actuar cumulativamente contra ambos, se crearía una situación injustísima (*abnorme*), toda vez que el *solvens* se enriquecería sin causa con daño del tercero, al haber conseguido, del enajenante de mala fe, el valor de la cosa (51).

Con otras palabras: el ejercicio de la acción de enriquecimiento contra el tercero que haya adquirido del perceptor de mala fe queda subordinada no tanto a la falta en abstracto de otros medios de tutela, cuanto a la imposibilidad práctica de ejercitar con éxito la *condictio* contra el enajenante (52). Más allá de estos límites, el interés del tercero por conservar la cosa ha de ser considerado prevalente al interés del *solvens* a recuperarla, y, en todo caso, al pago del valor (53).

La formulación del artículo 2.038, 2, parece indicar, además, que no se le atribuye al *solvens* derecho alguno de elección entre las dos acciones. De la lectura de la norma se infiere que, cuando el *solvens* esté a punto (*sia in grado*) de conseguir, del *accipiens* de mala fe, el valor de la cosa, no puede optar por la acción de enriquecimiento contra el tercero, aun cuando de este modo llegue a obtener la restitución *in natura* (54). Lo

(49) El tercer adquirente a título gratuito responde, frente al *solvens*, por el enriquecimiento logrado, sin limitación alguna, toda vez que no existe ningún tipo de obligación por parte del enajenante de buena fe, ni siquiera a título de enriquecimiento sin causa. Si este último ha dispuesto de la cosa a título gratuito, es evidente que no existe enriquecimiento (subrayado del traductor). Así piensa SACCO, *ob. cit.*, págs. 224 y ss., en su texto y en la nota 1. La acción de enriquecimiento, ciertamente, se dirige a tercero, toda vez que es éste, y no el enajenante de buena fe, quien se ha enriquecido como consecuencia del acto de disposición (MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 249).

(50) *Vid.*, en tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 97.

(51) Véase en este punto las consideraciones de SACCO, *ob. cit.*, pág. 110, y, sobre todo, P. TRIMARCHI, loc. ult. cit.

(52) Textualmente, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 24, nota 43. FALQUI-MASSIDA, *Promesse unilaterali...*, cit., pág. 589, entiende que tal prueba debe ser ofrecida por el *solvens*.

(53) Acerca de los intereses que están en la base del derecho subjetivo, *vid.* NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milán, 1962, págs. 11, 19 y ss.

(54) Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 97.

cierto es que el *solvens* no se halla, frente al tercero, en la misma situación que hubiera podido tener frente al adquirente de mala fe en caso de enajenación a título oneroso (en la que, como antes veíamos, podía exigir el total importe de la enajenación, incluso cuando fuera posible la recuperación de la cosa, o el enajenante hubiera declarado su intención de entregar el equivalente).

Si este razonamiento es exacto, la acción del *solvens* contra el tercero precluiría incluso cuando el *accipiens* de buena fe se ofreciera espontáneamente a pagar el valor de la cosa, aun cuando tal ofrecimiento tuviera como objetivo evitar, para el adquirente, el peligro de la evicción (55). La razón es que, en caso tal, faltaría uno de los presupuestos en los que se funda la acción directa contra el tercero (la cual, recordémoslo una vez más, es una verdadera y auténtica acción de enriquecimiento sin causa) (56), más concretamente: la falta de otro medio a través del cual el perjudicado (*rectius*: el *solvens*) podría ser indemnizado por el perjuicio sufrido.

A la subsidiariedad de la obligación del tercero respecto a la del enajenante de mala fe se añade, al menos en parte, una diversidad de contenido de las respectivas prestaciones (57). En efecto: mientras que el *accipiens* ha de entregar exactamente la cosa recibida (o su equivalente, si resulta imposible la restitución *in natura*), el tercer adquirente viene obligado, por el contrario, dentro de los límites de su enriquecimiento. No obstante, y coordinando la norma que examinamos con lo dispuesto en el artículo 2.041, 2, se concreta el objeto de la obligación del tercero, deduciéndose que, si la cosa enajenada existe aún en su patrimonio, habrá de restituirla *in natura*, toda vez que su enriquecimiento coincide con la cosa misma (58). Solamente cuando la cosa ha sido consumida, en sentido económico-físico o económico-jurídico, habrá de ser tenida en cuenta la repercusión que la enajenación (gratuita) haya producido en su esfera jurídica, con la conclusión de venir obligado a pagar al *solvens* la menor cantidad resultante de la comparación entre su enriquecimiento y su empobrecimiento (59).

(55) En tal sentido, *vid.* autor y loc. últ. cit.

(56) Opinión muy difundida. En el mismo sentido del texto, *vid.* BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 375; MESSINEO, *Manuale*, cit., V, pág. 226, texto y nota 2. Y en la doctrina alemana, LARENZ, tomo II de su citada obra.

(57) Así, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1236, y en idéntico sentido, SACCO, *ob. cit.*, página 225.

(58) En el sentido del texto, *vid.* BARASSI, *ob. cit.*, págs. 370 y ss. del tomo II, y P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118.

(59) Así, SACCO, *ob. cit.*, pág. 225, que deduce de tal hecho la existencia de una diversidad sustancial entre las dos acciones.

Sin embargo, y dado que el tercero no puede quedar expuesto a una responsabilidad más gravosa que la del adquirente de mala fe, tanto más cuanto que su enriquecimiento, en relación al *solvens*, es puramente indirecto (60), hay que admitir que se le reconozca la facultad de liberarse ofreciendo a este último el equivalente del valor de la cosa, incluso cuando esté en disposición de restituirla *in natura* (61).

ENRICO MOSCATI

Catedrático de la Universidad de Perugia

Traducción y notas de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y MARTÍN-
CÓRDOVA

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

(60) Sobre el enriquecimiento indirecto, *vid.* la cuidadísima investigación de P. TRIMARCHI, tantas veces citada, págs. 88 y ss. En contra, MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, página 249. Para este autor se tendría, en el caso que nos ocupa, un desplazamiento patrimonial del *solvens* al tercero, dada la falta de causa en la atribución hecha al adquirente.

(61) Así, P. TRIMARCHI, loc. últ. cit. Con mayor razón aún llegan a la misma conclusión todos los autores alemanes que atribuyen al adquirente de buena fe la facultad de restituir la cosa o de corresponder con el valor de la misma (*vid.*, al respecto, LARENZ, *ob. cit.*, tomo II).

Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades

La Comunidad de usufructuarios y el usufructo de conyuges

SUMARIO: *El derecho de acrecer en las comunidades:* Comunidad en formación; la vocación a la comunidad por actos *mortis causa*; vocación por acto *inter vivos* de carácter gratuito; vocación por acto *inter vivos* oneroso. Comunidad constituida. Su momento de arranque; comunidad romana o por cuotas indivisas; las disposiciones o pactos de acrecimiento; comunidad germánica o en mano común.—*La comunidad en el derecho de usufructo. El derecho de acrecer entre usufructuarios. Examen del artículo 521 del Código Civil.*—Comunidad de usufructuarios en formación; vocación por actos *mortis causa* a tal comunidad: los artículos 987 y 521 del Código Civil; vocación por acto *inter vivos* y gratuito a la comunidad en el usufructo; vocación por negocio oneroso. Comunidad de usufructuarios en funciones o ya constituida; comunidad por cuotas indivisas; usufructo de carácter conjunto; usufructo simultáneo, su adquisición, transmisión y extinción.—*Comunidad de usufructo entre cónyuges.*—Usufructo por cuotas indivisas. Usufructo ganancial: reservas tácitas de usufructo y efectos del usufructo ganancial. Usufructo simultáneo y conjunto entre cónyuges: vías para su adquisición; su reserva en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales o privativos.

EL DERECHO DE ACRECER EN LAS COMUNIDADES

El fenómeno del acrecimiento tiene en nuestro derecho un presupuesto imprescindible para su actuación: el hecho comunitario; y este hecho puede ser contemplado en dos situaciones:

- en trámite de formación, cuando la comunidad está en vías de constitución;
- y desarrollado, cuando la comunidad está plenamente constituida.

A) COMUNIDAD EN FORMACIÓN

La vocación a la comunidad puede provenir de un acto *mortis causa* (herencia o legado) o de uno *inter vivos*, bien lucrativo, bien oneroso. La referida vocación puede además producirse con carácter conjunto o con designación de parte específica, como así se infiere de los artículos 469, 637, 982 y 1.398, todos del Código Civil, relativos a los usufructos simultáneos y sucesivos, donaciones conjuntas y a la conjunción de llamamientos en la herencia.

a) *La vocación a la comunidad por acto «mortis causa»*

Entre los herederos y legatarios llamados a una herencia no puede, en pura técnica, decirse que exista una comunidad en formación. La situación, en cierto modo provisional, en la que aquéllos se encuentran no aboca necesariamente en una situación comunitaria futura. Antes al contrario, lo normal será, salvo que el testador ordene la proindivisión o el disfrute conjunto de alguno o algunos de los bienes que integran su herencia, que los interesados en la partición eviten el hecho comunitario procediendo a realizar adjudicaciones individualizadas, que desvinculen por completo a unos de otros.

Pero es lo cierto que hasta que tales adjudicaciones se efectúan, entre los llamados a la herencia existe una peculiar relación de comunidad, la denominada comunidad hereditaria, cuya especial naturaleza la revela el hecho de recaer no sobre bienes concretos y determinados, como las comunidades ordinarias, sino sobre un patrimonio o conjunto abstracto de bienes, que puede estar integrado tanto por derechos como por obligaciones.

Pues bien, en esta especial situación de comunidad hereditaria, el acrecimiento tiene marcadas unas reglas de actuación que desarrollan los artículos 981 y siguientes del Código Civil, y cuyo resumen es el siguiente:

1.º Cuando la vocación es conjunta, cuando no hay «especial designación de partes» (lo que siempre ocurre en las sucesiones *abintestato*, de ahí la regla del art. 981), se dará el derecho de acrecer cuando falte alguno o algunos de los llamados. Tal efecto concluirá con la aceptación, y no porque la comunidad desaparezca por este hecho, sino porque respecto de la porción aceptada ya no puede producirse vacante alguna, que conforme al número 2.º del artículo 982 del Código Civil ocurre en los casos de premoriencia al testador, renuncia a la herencia o incapacidad para recibirla.

2.º No habiendo conjunción de llamamientos, no procederá el derecho de acrecer. En tales casos, resultará obvio que la voluntad del causante de la herencia ha sido, al hacer designaciones específicas, la de que cada heredero o legatario reciba con exclusividad la parte asignada y no más, y que, producida la vacante, la porción que quede en tal situación habrá de seguir la trayectoria marcada, bien por el mismo testador (mediante el establecimiento de una sustitución vulgar) o bien por la ley en defecto de aquella previsión (mediante la apertura de la sucesión intestada o el ejercicio del derecho de representación).

b) *La vocación a la comunidad por acto «inter vivos» de carácter gratuito*

Un hecho de especial relevancia ocurre en este tipo de vocaciones, a diferencia de lo que acontece en las *mortis causa*: el disponente existe y vive en el momento de producirse la porción vacante. Por esta razón, la lógica aconseja, con exclusión del fenómeno del acrecimiento, volver a sujetar a la voluntad de aquel disponente el nuevo destino que haya de seguir la porción vacante. El dato, pues, de que la persona que defirió la vocación existe y puede manifestar de nuevo su voluntad se convierte en trascendental para negar el derecho de acrecer en estos supuestos.

Pudiera extrañar el que se hable de una comunidad en trámite de constitución a la que se está llamando por acto gratuito e *inter vivos* del disponente, singularmente por donación; pero ocurre que tal situación se deduce de nuestro propio Código Civil. En efecto, dicho cuerpo legal acepta como posibles las ofertas de donación al admitir en su artículo 633 el que la aceptación de las donaciones pueda el donatario hacerla (en escritura separada) en cualquier tiempo, antes del fallecimiento del donante, siempre, claro está, que éste no haya retirado previamente su oferta.

Precisamente para este tipo de comunidad en formación está dictado el artículo 637 del Código Civil, conforme al cual:

«Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.»

Que en las donaciones hechas «conjuntamente» a marido y mujer el donante haya deseado siempre que el acrecimiento se produzca es una presunción que el Código realiza, basado, a mi juicio, en una justificada in-

tuición (el donante realiza su liberalidad en contemplación del matrimonio, cuando no de toda la familia).

Que el transcrito artículo 637 se refiere, como decía y sostiene Beltrán de Heredia (1), a la comunidad en vías de formación y no a la ya constituida, es decir, una vez aceptada la donación, es una conclusión que tiene a su favor las siguientes razones:

- Entender otra cosa iría contra el propio carácter del derecho de acrecer, cuya actuación, según ya conocemos, se ciñe a los casos de premoriencia, renuncia o incapacidad previos a la adquisición definitiva.
- El citado artículo 637, con una técnica aún no valorada suficientemente, omite toda alusión a los donatarios y sólo habla de «personas».
- El referido precepto señala que la donación «se entenderá por partes iguales», y esta presunción sería absurdo formularla una vez producida la adquisición, dado que en tal momento la donación no puede «entenderse hecha»; es que ya estará hecha por partes iguales, que serán cuotas indivisas o romanas, y ello porque la comunidad germánica es, si no insólita, sí excepcional en nuestro Ordenamiento jurídico, teniendo su base en circunstancias subjetivas y objetivas especialísimas, que en la generalidad del precepto que se examina no pueden entenderse previstas.
- La última razón que abona lo dicho se encuentra en la dicción del artículo 1.398 del Código Civil, a cuyo tenor: «Los bienes donados o dejados en testamento a los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote a la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante o testador; y a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto por el artículo 637.»

Este «salvo lo dispuesto...» con el que concluye este artículo, que es perfectamente inteligible situándonos en el momento anterior a la aceptación de la donación, se convertiría, después de aceptada, en una salvedad absurda, porque el futuro derecho de acrecer, de admitirlo, jamás podría destruir el hecho de que los bienes, antes de producirse la vacante, han pertenecido a ambos cónyuges en el respectivo concepto que la norma señala.

El precepto lo que viene a significar es, pues, que lo donado conjuntamente sin designación de partes pertenecerá por mitad al marido y mujer como capital y dote, respectivamente, salvo que quede una porción

(1) *El derecho de acrecer*, Madrid, 1956, págs. 171 y ss.

vacante antes de la aceptación, caso en el que todo lo donado, en virtud del derecho de acrecer establecido en el artículo 637, será dote de la mujer (parafernalia, a juicio de LACRUZ) o capital del marido, según cuál sea la vacante producida.

De otro lado, la tesis que defiende es la que mejor se ajusta a los derechos de los herederos legitimarios del cónyuge que falte, a los de los acreedores del mismo (los cuales en virtud de una anormal aplicación del acrecimiento se verían privados de unos bienes entrados definitivamente en el patrimonio de su causante o deudor) y a la propia terminología empleada por ese artículo 1.398, que al utilizar el tiempo de futuro «pertenerán» indica que la donación no ha sido aún aceptada, pues en otro caso lo correcto hubiese sido emplear el término de presente «pertenece».

En conclusión y resumiendo todo lo que se lleva señalado, en las donaciones a varias personas que aún no hayan sido aceptadas (comunidad en formación), la actuación del derecho de acrecer (a favor de los que acepten) exige distinguir dos diferentes supuestos:

1.º Que la donación haya sido hecha con designación de partes específicas (comunidad romana en formación). No habrá entonces derecho de acrecer, aunque la donación se realice a favor de unos cónyuges (artículos 637 e inciso primero del 1.398, ambos del Código Civil).

2.º Que la donación se haga conjuntamente sin designación de parte específica. En tal caso, la regla sigue siendo la no existencia del derecho de acrecer (art. 637 del Código Civil) salvo:

- Que el donante disponga otra cosa (art. 637), pues entonces, como apunta BELTRÁN DE HEREDIA (2), el donatario que acepte acrecerá las porciones de los que hayan repudiado o repudien en lo sucesivo.
- Que la donación se haga a favor de unos cónyuges, caso en el que, salvo disposición en contrario del donante, procede el derecho de acrecer (arts. 637, párrafo 2.º, y 1.398).

c) *La vocación a la comunidad por acto «inter vivos» de carácter oneroso*

El derecho de acrecer es extraño e incompatible con los actos onerosos.

En primer lugar, en este tipo de actos no puede hablarse de situación vocacional. Los contratos, en efecto, se perfeccionan a través del concurso de voluntades (art. 1.258 del Código Civil); antes de esta con-

(2) *Ob. cit.*, pág. 172.

currencia no existe contrato como modo de adquirir un derecho real (artículo 609 del Código Civil), que es lo que aquí interesa; habrá, sí, otras figuras jurídicas (precontrato, promesa de contrato...) que crean, con efectos puramente obligacionales, una situación de compromiso que no puede sostenerse sea de voción para los futuros adquirentes, pues cuando éstos realizan su adquisición lo hacen con base no al precontrato o promesa, sino al contrato que como consecuencia de aquel o aquella se celebre y que surgirá con carácter plenamente autónomo.

En segundo lugar, la idea de la contraprestación, que es fundamental en los actos onerosos, ocasionaría serios problemas de mantenerse la posibilidad de acrecimiento (entre ellos, el reajuste de las nuevas contraprestaciones, que por falta de uno de los llamados habrían de satisfacer los demás, lo que por implicar una novación precisaría del consentimiento del acreedor, tal y como exige el artículo 1.205 del Código Civil, no pudiendo ya sostenerse que exista un derecho de acrecer para el que aquel consentimiento es perfectamente extraño).

B) COMUNIDAD CONSTITUIDA

La situación de comunidad constituida se producirá una vez que la adquisición del derecho sobre el que aquélla haya de recaer sea concreta y definitiva. La comunidad ya constituida surgirá, pues, con la aceptación de la donación por los donatarios; con el concurso de voluntades, es decir, la propia celebración del contrato en los onerosos, y con la partición de herencia en los actos *mortis causa*.

Efectivamente, como antes señalaba, entre los interesados en una herencia no existe, aunque hayan aceptado, una propia comunidad de bienes, la cual sólo puede surgir de las adjudicaciones que en la partición se realicen. Antes de tal momento, la situación es sólo de especial comunidad hereditaria, en la que los derechos de los cotitulares no son concretos y definitivos.

Hasta la partición, los herederos y legatarios, pese a que hayan aceptado con anterioridad, no asumen un derecho concreto (no se cuestiona que el derecho hereditario es fundamentalmente abstracto) y definitivo. Aunque en los legados de cosa específica la lectura del artículo 882 del Código Civil (adquisición de la propiedad de la cosa legada por el legatario) puede ser base para considerar tal adquisición como concreta, no lo es para entenderla definitiva.

En efecto, por consecuencia de la liquidación y partición, herederos y legatarios pueden ver mermadas o anuladas por completo sus adquisi-

ciones, por existir acreedores o legitimarios a quienes, prioritariamente y por su orden, han de ser satisfechos sus créditos o legítimas.

Por pocos efectos que la doctrina y la jurisprudencia hayan querido atribuirle al negocio particional, nunca han sido menores que los que definiendo: concretar y hacer efectivamente definitiva la adquisición.

En el momento anterior a la partición, la muerte del heredero o legatario que sobrevivió al causante, ocurrida antes de la aceptación, sólo provoca la transmisión a los suyos de un derecho tan genérico como el que tenía: el de aceptar o repudiar la herencia o legado, conforme a los artículos 1.006 y 889 del Código Civil. Si el heredero o legatario fallece después de aceptar, pero antes de la partición, se producirá la transmisión a sus herederos del derecho hereditario que a aquél pertenecía, derecho que, según tengo ya señalado, no puede decirse que sea concreto ni, desde luego, definitivo.

Con absoluta claridad ha percibido tal extremo nuestra Ley Hipotecaria, la cual, antes de la partición, sólo concede al heredero o legatario aceptantes la facultad de anotar su derecho (art. 42, 6.º y 7.º, y arts. 47 y 48) y no la de inscribirlo, como sería lo procedente de entenderse (sobre todo en el apuntado caso de legado de cosa específica) que la adquisición de la propiedad ya aparecía definitiva y concretamente realizada. Con estas anotaciones vienen a asegurarse los efectos de la retroacción de la adquisición respectiva, pero jamás los de la propia adquisición, puesto que, pese a la anotación, puede no llegar a producirse nunca.

Examinado cuál sea el momento de arranque de la comunidad ya constituida, ha de pasarse al estudio del problema que respecto a ella plantea la procedencia o no del derecho de acrecer. A tal efecto conviene separar los dos fundamentales tipos que de comunidades en actuación pueden ofrecérsenos: la romana o por cuotas y la germánica.

a) *Comunidad romana o por cuotas indivisas*

No es posible sostener que en la comunidad romana ya constituida, la porción dejada vacante por un comunero acrezca a los demás cotitulares. El tan repetido argumento de que el derecho de acrecer sólo procede con anterioridad a la adquisición y el hecho evidente de la falta de conjunción de que adolece la comunidad por cuotas, son motivos sobrados en orden a justificar aquella negativa.

Naturalmente, la objeción a todo lo dicho surge de inmediato: La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1960 declaró que la renuncia de un partícipe en la comunidad, siendo abdicativa, ocasiona el acrecimiento de su cuota por los demás copartícipes.

El caso sometido a la Dirección General de los Registros y del Notariado fue en la resolución citada el de una renuncia al haber ganancial hecha por los herederos del marido. El Centro directivo no estimó suficiente resolver el concreto supuesto objeto del recurso y se aprestó a formular una declaración de carácter general, ya anticipada por la Resolución de 12 de mayo de 1924 (que el Notario recurrente alega en su escrito). En efecto, el penúltimo de los considerandos del fallo que comento señala:

«Considerando que en los casos de coparticipación de dos o más sujetos en un mismo derecho, la renuncia abdicativa, es decir, la hecha pura y simplemente, no provoca la extinción, sino el acrecimiento de la porción renunciada a los demás cotitulares, como ponen de relieve, entre otros preceptos del Código Civil, el artículo 395, relativo a la renuncia de cuota hecha por el copropietario...; el 544...; el 575...»

Aunque es lo cierto que el precepto del artículo 395 invocado (referente a la renuncia hecha por el condómino que quiera eximirse del pago de los gastos de conservación de la cosa común) no señala expresamente el destino que tendrá la porción repudiada, no ofrece duda que su espíritu es concordante con la solución dada por el aludido fallo jurisprudencial (al menos, en cuanto al condominio o copropiedad se refiere).

Esto así, y en contra de lo que antes se afirmaba, habría que inferir la existencia del derecho de acrecer en la comunidad romana, y no puedo por menos que denunciar lo erróneo de esta deducción.

La resolución citada y el precepto en el que descansa su doctrina no son, a mi juicio, creadores de un sistema de acrecimiento, porque ni el artículo 395 alude para nada al derecho de acrecer y porque ni éste ni la resolución que lo utiliza de soporte comprenden el otro supuesto de vacancia de una cuota en el que tendría interés la aplicación del acrecimiento: me refiero al caso de fallecimiento de un comunero. Fallecido un comunero romano, es indudable que la cuota de la que era titular pasa a formar parte del caudal por él relicto, transmitiéndose a sus herederos. Jamás se ha puesto en tela de juicio este efecto. Pues bien, si uno de los supuestos (el de fallecimiento) no admite el derecho de acrecer, vale más entender que el Centro directivo no ha venido en su fallo a crear un acrecimiento especial y sí un supuesto de absorción que viene a aplicarse a un concreto caso: el de la renuncia al dominio (aunque otra cosa pueda desprenderse de los generales términos con los que, como se ha visto, la Dirección General de los Registros y del Notariado sienta su doctrina).

La absorción predicada por la resolución que se examina tiene un fundamento que dista mucho de ser el propio hecho comunitario (como sería ineludible para que se tratase de un derecho de acrecer), y tal fundamento no es otro, a mi entender, que la propia naturaleza del derecho

de cuya renuncia se trata y el destino que el acto que motiva la vacante marca para la porción respectiva.

Para demostrar que esto es así basta con examinar uno a uno los preceptos que el transcrito penúltimo considerando de la tan reiterada resolución invoca como justificante de su tesis.

— El artículo 395 del Código Civil. Renuncia al condominio.

¿Es el fundamento de la absorción que se predica el hecho comunitario? Indudablemente, no, pues de ser así no se comprende cómo ha de seguirse distinto criterio para el caso de muerte de un comunero, como antes destacaba.

El fundamento será, pues, el destino que la renuncia imprime al derecho renunciado.

En efecto, repudiándose el derecho de dominio, el bien renunciado queda convertido en *nulius*, y siendo inmueble será deferido al Estado, quien tomará posesión de él en vía administrativa (art. 21 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y 51 de su Reglamento de 5 de noviembre de 1964), o tratándose de una cosa mueble será adquirida por su primer ocupante, cumplidos los requisitos que fija el artículo 615 del Código Civil. Esto, que resulta totalmente correcto para el dominio singular, no lo parece tanto para la situación de condominio. Si el evidente deseo del legislador es no fomentar el hecho comunitario (que se entiende antieconómico) ni complicar su funcionamiento, es lógico que, respetando la voluntad de los particulares (en el sentido de no impedir la situación de comunidad libremente acordada ni truncar el normal régimen sucesorio de las cuotas), tienda a evitar que sean los posibles derechos del Estado los que lo compliquen y perpetúen. Entendiéndolo así la citada Ley y el Reglamento del Patrimonio del Estado, hacen referencia sólo a «los inmuebles que estuvieren vacantes», sin aludir a derechos o cuotas de los mismos. Si el Estado rechaza la adquisición, lo racional será, ante la imposibilidad de determinar otro lógico destino para la porción vacante, que ésta quede atribuida a los demás cotitulares; además, que en el caso de renuncia de una cuota puede, sin excesivo esfuerzo, presumirse en el repudiante el deseo de beneficiar con su actuación a los demás cotitulares (la renuncia, según el Código Civil, se hace para eximirse de unos gastos que naturalmente habrán de ser asumidos por los demás).

— El artículo 544 del Código Civil. Renuncia a las servidumbres.

El citado precepto indica cómo «el que no quiera contribuir (a los gastos de uso y conservación) podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás».

Se señala ya aquí el destino de la parte renunciada, la cual será

absorbida por los demás; pero tal absorción no deriva de la situación de comunidad (3), como lo prueba:

1. El propio artículo 544, que al comenzar diciendo «si fuesen varios los predios dominantes», claramente indica dos cosas: que esos «demás» a los que atribuye el provecho de la renuncia pueden no ser, desde luego, comuneros, y que está dictado para las servidumbres prediales.

2. Y, por último, la idea general de que la servidumbre predial es precisamente una relación entre predios, lo que excluye toda idea de comunidad en su titularidad, porque la situación comunitaria no se entiende sin personas que la integren.

No siendo la comunidad la base que fundamenta la absorción postulada por el artículo 544, ésta ya no podrá ser otra que la propia naturaleza del derecho repudiado; en este caso, la indivisibilidad que para las servidumbres predica el artículo 535 del Código Civil.

— El artículo 575 del Código Civil. Renuncia a la medianería.

Las mismas razones argumentadas a propósito de la servidumbre en general son válidas para concluir que no es la situación de comunidad la que justifica la absorción de la parte renunciada, sino la propia naturaleza indivisible que a la medianería ha de atribuirse.

Por todo ello, siempre que la naturaleza del derecho repudiado (dominio singularmente u otros derechos de carácter indivisible) no exija la absorción del mismo por otras personas, tal absorción no puede postularse, aunque lo renunciado sea una fracción indivisa del mismo. Ocurre así con el derecho de usufructo, para el que ni cabe atribuirle carácter indivisible (en situación de comunidad por cuotas indivisas) ni corre el peligro de su posible conversión en *nulius*, dado que éste tiene marcado un claro destino: su consolidación con la nuda propiedad (en apartado posterior trataré más ampliamente de este tema).

La resumida conclusión de todo lo dicho es la imposibilidad de actuación del derecho de acrecer en las comunidades romanas o por cuotas indivisas. Los casos excepcionales en que se opera una absorción de la cuota vacante tienen su justificación en razones bien diferentes del acrecimiento e incluso bien alejadas del propio hecho comunitario, según he intentado demostrar. Además, nótese que sería absurdo intentar crear un derecho de acrecer para la comunidad por cuotas específicas ya constituida, cuando se niega tal derecho (con base a la falta de conjunción) para la que se encuentra en trámite de formación.

(3) JUAN ROCA JUAN, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2, pág. 88, considera que «el precepto no contempla una comunidad en un derecho de servidumbre».

Queda, por último, determinar la posibilidad o no de establecer, por la vía del pacto o de la disposición del transmitente, el efecto de la absorción recíproca de las cuotas vacantes en la situación de comunidad proindiviso ya constituida.

Tanto el testador como el donante tienen, a mi juicio, potestad para ello.

Disponiéndose por el testador que las porciones indivisas que se adjudiquen a los llamados sean absorbidas, al faltar alguno de ellos (después de la adjudicación), por los demás comuneros, ha de entenderse entonces constituida una sustitución fideicomisaria de las recíprocas o compendiosas, cuya validez será irreprochable siempre que en ella se cumplan los requisitos fijados por los artículos 781 y siguientes del Código Civil. Por la necesidad que toda sustitución fideicomisaria tiene de ser expresa (arts. 783 y 785, 1.º, del Código Civil), no bastará que, en los casos de referencia, el testador prevenga genéricamente el acrecimiento o absorción (pues con ello ha de entenderse que alude al acrecimiento legal previo a la adquisición), siendo precisa la expresión de que tal efecto va a producirse aun con posterioridad a la adquisición definitiva o que así pueda deducirse inequívocamente de la disposición del causante (como en el legado por partes indivisas del dominio de una finca, en el que el *de cuius* ordena que las porciones del que fallezca «en cualquier momento» acrezcan a los demás). Naturalmente, no debe causar problema alguno la validez de la renuncia que a este derecho de absorción hagan los interesados en forma hábil, habida cuenta de la perfecta admisibilidad de la repudiación al propio legado, que es lo más, y de la genérica permisión de la renuncia a los derechos adquiridos, contenida en el artículo 6, 2.º, del Código Civil.

Cuando por el donante se establezca una cláusula de absorción en similar sentido, su efecto cabrá explicarlo: bien a través de la figura de la cláusula reversional recíproca y tontinaria (4), sujeta a lo dispuesto en el artículo 641 del Código Civil, o bien mediante un complicado juego de condiciones suspensivas y resolutorias a las que quedarán sujetos las respectivas adquisiciones, tal y como luego señalaré. En el primer caso, al menos, habrá de estimarse la disposición igualmente válida. La renuncia por los interesados al efecto acrecentador requerirá siempre del concurso del donante.

Veamos, para terminar, la cláusula de absorción en los negocios *inter vivos* onerosos.

En ellos puede entenderse que quien la establece es el transmitente (lo que sólo procederá cuando la cláusula esté integrada en el negocio

(4) Así, BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 174.

transmisivo) o que son los propios adquirentes quienes la convienen (lo que necesariamente habrá de colegirse cuando la cláusula en cuestión sea pactada con posterioridad a la adquisición).

La primera interpretación exige construir el negocio traslativo como celebrado en la siguiente forma: El transmitente enajena a cada uno de los adquirentes su respectiva porción, sujetando tal adquisición a una condición resolutoria, cuyo hecho determinante consistirá en que el fallecimiento de su titular ocurra con anterioridad al de los demás. A la misma vez, y a favor de todos y cada uno de los adquirentes, transmite bajo condición suspensiva las porciones que en el futuro vaquen, y esta nueva adquisición se realizará igualmente bajo el condicionamiento resolutorio antes expresado.

Tal construcción, además de excesivamente complicada en su aspecto sustantivo, resulta fiscalmente antieconómica y tiene en su contra serias objeciones, como la de recaer las adquisiciones suspensivamente condicionadas sobre bienes ajenos y futuros respecto del transmitente (por lo que no podría surgir en un acto transmisivo gratuito, por impedirlo así los arts. 634 y 635 del Código Civil); la de no poder presumirse las aludidas condiciones como no quedasen expresamente establecidas, y los espinosos problemas que suscitaría ello, cuando cualquiera de las porciones fuese adquirida por unos cónyuges, en orden a determinar el momento en que la condición resolutoria quedó cumplida. Vale más, pues, adoptar la segunda de las soluciones propuestas: que son los adquirentes los que convienen en el pacto de absorción, aunque tal pacto esté integrado en el negocio transmisivo.

La Resolución de 19 de mayo de 1917, que admitió la validez e inscribibilidad de ese pacto, así lo entendió.

En la citada resolución se trataba de la compra que de una finca dos personas hicieron de por mitad y en proindiviso, con la cláusula de que el que de ellos sobreviviese adquiriría la mitad correspondiente al premuerto.

El Registrador calificó tal cláusula como una de donación *mortis causa*, y la denegó por no haberse cumplido los requisitos del artículo 620 del Código Civil.

El Notario recurrente la calificó como una donación *inter vivos* de la especie recíproca o compendiosa, en la que la entrega de la cosa fue reservada *post mortem*.

Ni una ni otra naturaleza aceptó para tal pacto la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su fallo formuló, entre otras, las siguientes declaraciones:

1. Que la cláusula contractual viene a sujetar «la propiedad de la mitad correspondiente a cada uno de los compradores a una condición resolutoria», y esto es perfectamente inscribible.

2. Que se trata de «convenio *inter vivos*».

3. Que no es una donación o pacto sucesorio recíproco, sino que tiene «la naturaleza bilateral o recíproca del contrato», en el que hay contraprestaciones por ambas partes.

4. Que por él se crean auténticos derechos reales.

5. Que no es aplicable la prohibición del párrafo 2.º del artículo 1.271 del Código Civil, porque no hay herencia futura.

6. Y, por último, que el pacto en cuestión encierra una recíproca cesión otorgada por los compradores, «de igual manera que en la constitución de rentas vitalicias, alimentos, seguros, retiros, usufructos o combinaciones tontinas para auxilios a la vejez se establecen pactos aleatorios que... se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de derechos reales».

Con estos pronunciamientos habrá de concluirse que el referido pacto es válido e inscribible, se contenga en el título adquisitivo o en otro posterior independiente de aquél (5). Se tratará entonces de un contrato de eficacia real y oneroso, en el que las prestaciones recíprocas se integran por las aportaciones que cada comunero realiza al juego aleatorio.

Cada copartícipe, en estos casos, conservará, no obstante la condición resolutoria de que pende su dominio, la disponibilidad de su cuota, respetando siempre el efecto de dicha condición. Lo declaró así la Resolución de 1 de mayo de 1918, en la que se entendió procedente la anotación de embargo a practicar sobre una de las cuotas.

b) *Comunidad germánica o en mano común*

Aunque no es la regla general en nuestro Derecho conviene, no obstante, examinar este tipo de comunidad para aplicar las deducciones que se obtengan, bien por completo a las comunidades germánicas que, configuradas indudablemente como tales, excepcionalmente en nuestro Derecho existen (así, en los montes vecinales en mano común, a que se refieren los arts. 21 y 22 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962), o bien, con las oportunas modalizaciones, a aquellas figuras que guardan con ese tipo de comunidades un mayor o menor grado de analogía (casos de la comunidad hereditaria y de la sociedad de gananciales, según una ya formada, aunque no por ello menos criticada, doctrina jurisprudencial).

(5) En contra, BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 174.

Al fallecer, el comunero germánico no transmite derecho alguno a sus herederos, pues su participación es intransferible. Y, naturalmente, sucede igual en caso de renuncia. ¿Se produce entonces el fenómeno del acrecimiento? Entiendo que, desde luego, no, porque el lugar del comunero germánico muerto o repudiante:

- o bien es ocupado por los demás miembros de la comunidad,
- o en él se subrogan otras personas, pero por normas distintas a las sucesorias.

Si es obvio que en este segundo caso no puede hablarse de derecho de acrecer, no lo es menos en el primero. Si lo típico de la comunidad germánica es que el derecho pertenece por entero a todos y cada uno de los comuneros, mal puede pretenderse el acrecimiento a favor de alguien que ya era antes titular del todo. Y si se dice que se trata de un derecho de acrecer especialísimo, ante las divergencias tan singulares que éste ofrecería frente al propio derecho de acrecer (no se dan sus requisitos de premoriencia, etc..., y no hay porción vacante porque la cuota parte no existe), la pretensión habría que considerarla, desde luego, arbitraria, al querer designar con igual nombre instituciones señaladamente diferentes y, sobre todo, cuando de ese inmeditado y superficial etiquetaje homogéneo se pretendiesen extraer las correspondientes consecuencias (aplicar por analogía las reglas que norman una institución, de forma supletoria a la otra institución huérfana de tales normas).

Cerrando con lo expuesto el examen del derecho de acrecer en la comunidad en general, conviene centrar ahora nuestra atención en un especial supuesto que reviste características singulares: la comunidad en el derecho de usufructo.

LA COMUNIDAD EN EL DERECHO DE USUFRUCTO. EL DERECHO DE ACRECER ENTRE USUFRUCTUARIOS. EXAMEN DEL ARTICULO 521 DEL CODIGO CIVIL

Como en la comunidad en general, la situación comunitaria relativa al derecho de usufructo debe ser examinada contemplando las dos posibilidades que al principio señalaba: la comunidad en formación y la ya constituida.

A) COMUNIDAD DE USUFRUCTUARIOS EN FORMACIÓN

a) *Vocación por acto «mortis causa» a la comunidad en el usufructo*

Dos preceptos contiene nuestro Código Civil que hacen referencia a la situación que se examina: los artículos 987 y 521.

Artículo 987: «El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los mismos términos establecidos para los herederos».

Artículo 521: «El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere».

Que una y otra norma tienen un contenido bien distinto es lo que me propongo hacer patente a lo largo de las consideraciones que ahora paso a realizar.

1.º El artículo 987 del Código Civil.

El precepto consagra un auténtico derecho de acrecer. Este es un punto que no debe ofrecer duda dados los términos que emplea y su propia colocación en la sección destinada al derecho de acrecer.

De la remisión que este artículo realiza a los anteriores («en los términos establecidos para los herederos») puede fácilmente extraerse cuál sea su ámbito de aplicación, que quedará ceñido, conforme al artículo 982, a aquellos casos en que siendo dos o más los llamados conjuntamente (sin especial designación de partes) a un usufructo, uno de ellos:

- premuera al testador;
- renuncie a la herencia (o legado, en este caso),
- o sea incapaz de recibirlo.

Los casos, pues, de aplicación del precepto quedan restringidos, según se desprende de lo dicho a aquellos en que el usufructo sobre la porción objeto de acrecimiento no sólo no ha sido definitivamente adquirido, sino que aún no ha quedado ni tan siquiera constituido.

De la esfera de acción de este precepto van a escapar, por definición, los siguientes supuestos:

- Fallecimiento de uno de los llamados al usufructo, ocurrido con posterioridad al fallecimiento del causante, pero antes de aceptar o repudiar.
- Fallecimiento o repudiación de uno de los llamados, cuando tal ocurra después de efectuada la aceptación y antes de hecha la partición o entrega.

- Fallecimiento o repudiación de uno de los llamados, si el hecho acaeciera con posterioridad a la partición o entrega.

En ninguno de los tres anteriores casos se producía, según vimos, en la comunidad en general, derecho de acrecer alguno, pues el primero daba lugar a que se transmitiese a los herederos del fallecido el derecho que éste tenía de aceptar o repudiar y los otros dos ocasionaban, para el supuesto del fallecimiento, la transmisión a los herederos del premuerto de su derecho hereditario (si ocurrió antes de la adjudicación) o de los bienes concretos adquiridos (si sucedió en momento posterior), y para el caso de renuncia se producía un fenómeno de absorción, que, como ya dejé señalado, mal podía decirse que fuese un propio derecho de acrecer.

Cuando de un derecho de usufructo se trata, puede decirse, desde luego, que en los tres supuestos señalados no hay derecho de acrecer, al menos el ordinario, al que se refiere el artículo 987 del Código Civil, pero lo que no pueden ya mantenerse son las consecuencias que, tal y como he recordado, debían de aplicarse a la comunidad en general, y ello porque respecto del usufructo contamos ya con una especial regla, la del artículo 521 del Código Civil.

La tesis que definiendo no puede, por otra parte, decirse que sea de nuevo cuño, pues es con matices la que ya sostenía PUIG BRUTAU, para el cual, el artículo 987 del Código Civil se refiere no a una comunidad ya existente en el usufructo, sino al llamamiento del testador a varias personas para que conjuntamente sean usufructuarios del mismo objeto.

El Código Civil comete quizá la imperfección de hablar en el referido precepto de «usufructuarios», pareciendo referirse a quien ya ostenta esta cualidad, en lugar de «llamados al usufructo», que es lo que realmente hubiese sido más correcto. Sorprende igualmente que la tan reiterada norma aluda con separación a legatarios y usufructuarios, siendo así que estos últimos ostentan la indubitada condición de legatarios (Sentencia de 24 de enero de 1963); pero, a mi juicio, ni la achacada reiteración es estéril ni obedece a una falta de técnica precisa. Con la dualidad de alusiones apuntada, el artículo 987 viene a solucionar un problema no resuelto por los generales artículos 982 y siguientes, al destacar cómo el derecho de acrecer se dará sólo entre los llamados al usufructo. Llamadas en un mismo legado varias personas al usufructo de una cosa o porción de herencia y otras a la nuda propiedad de la misma cosa o porción, todos sin designación de partes específicas, las vacantes que se produzcan en el usufructo beneficiarán por acrecimiento exclusivamente a los demás llamados a dicho derecho.

2.º El artículo 521 del Código Civil.

Ya he dejado señalados con anterioridad los tres supuestos a los que

no alcanza el efecto de acrecimiento a que se refiere el artículo 987 del Código Civil. ¿Quedan éstos entonces sujetos a la disposición contenida en el artículo 521 del mismo Código?

La solución de esta interrogante exige examinar cuáles sean los presupuestos de acción del último de los artículos citados, y comprobar si tales presupuestos se cumplen en todos y cada uno de los apuntados casos.

De la dicción del artículo 521 se desprende que su aplicación sólo procederá cuando concurran los siguientes requisitos:

- que se trate de un «usufructo», es decir, que el llamamiento sea conjunto y sin designación de parte específica;
- que el usufructo esté «constituido»,
- y que lo sea «en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución».

Sobre si estos presupuestos de aplicación se dan en el último de los casos señalados (fallecimiento o repudiación de un usufructuario ocurrido en un momento posterior a la partición o entrega) es problema que examinaré en apartado posterior, porque pudiendo decirse que en tal situación la comunidad en el usufructo está plenamente constituida, será al estudiar este tipo de comunidad cuando deban plantearse las cuestiones que suscita aquel fallecimiento o aquella repudiación.

Para los dos restantes casos (fallecimiento del usufructuario posterior al del testador y antes de aceptar o repudiar, y fallecimiento o repudiación acaecidos con posterioridad a la aceptación, pero antes de hecha la partición o entrega), el primero y el tercer presupuesto del artículo 521 no ofrecerán problema alguno (la pluralidad de llamamientos y la conjunción en ellos son extremos bien fáciles de indagar), pero mayores dudas va a ofrecer el segundo de ellos.

En efecto, en los dos apuntados casos, ¿puede decirse que el usufructo está constituido?

Entiendo que la solución ha de ser la afirmativa. Si es cierto que hasta el momento de la partición o entrega no puede considerarse definitivamente adquirido el usufructo, no lo es menos que desde el momento del fallecimiento del testador queda aquél constituido (basta recordar cómo la hipoteca unilateral queda constituida desde el momento de su inscripción y que la posterior aceptación por parte del acreedor hipotecario sólo va a motivar su definitiva adquisición).

Con la tesis que patrocino va a resultar que para los casos de muerte de uno de los llamados al usufructo ocurrida antes de la aceptación, se ha creado una excepción al artículo 889 del Código Civil, que prevé la transmisión a los herederos del legatario fallecido del derecho que aquél

tenía para aceptar o repudiar el legado. Pero, en primer lugar, la excepción es más aparente que real, pues tanto ese precepto como el artículo 1.006, del que aquél es norma específica, tienen en su contenido su propia limitación, por cuanto al prevenir un supuesto de transmisión *mortis causa* de facultades relativas a derechos, sólo alcanzarán a aquellos casos en que se trate de derechos susceptibles de tal transmisión, y ya sabemos que el de usufructo es intransmisible *mortis causa*.

En segundo lugar, la excepción de sostenerla viene confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 24 de abril de 1976 estimó aplicable el artículo 521 del Código Civil al supuesto de referencia.

El Supremo sujetó a su fallo un caso en el «que la causante, en la cláusula tercera de su testamento, dispuso que los bienes inmuebles de su herencia pasasen sólo en usufructo vitalicio a su sobrina, doña M. R. E., y en la cláusula cuarta se expresó que al fallecimiento de su referida sobrina pasen a los hijos de ésta, igualmente en usufructo, y en porciones iguales, cuales bienes heredarán en plena propiedad y por partes iguales los hijos de éstos. Y fallecida primeramente la testadora; después su citada sobrina, la cual dejó cuatro hijos, y finalmente dos de estos últimos, los otros dos hijos sobrevivientes se adjudicaron por mitad y en proindivisión el usufructo de la totalidad de los bienes inmuebles, por entender que las partes correspondientes a sus dos hermanos premuertos acrecían a sus derechos, acrecimiento que la Sala de Instancia estima improcedente» (6).

El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y declaró en el segundo de los considerandos de su fallo lo siguiente:

«Considerando que frente a tal decisión se alza el primer motivo del recurso, que, fundado en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 675, en relación con los 982, 983 y 521, todos del Código Civil, motivo que debe ser estimado, porque de los términos en que se produce la disposición testamentaria resulta claro que la testadora, al llamar al usufructo de los bienes inmuebles de su herencia a los hijos de su citada sobrina, lo hizo no constituyendo tantos usufructos distintos o independientes como fuesen los hijos de ésta, sino un solo usufructo para todos ellos conjuntamente y por partes iguales, y al ser ello así, es llano que se da el supuesto del artículo 982, número 1.º, en relación con el 983, párrafo 2.º, y si bien los dos usufructuarios fallecidos murieron después que la testadora y no antes que ella, como previene el indicado artículo 982, número 2.º, tal circunstancia no obsta a que tenga lugar el derecho de acrecer en beneficio

(6) En extracto de la Sentencia citada.

de los dos usufructuarios sobrevivientes, porque entre usufructuarios existe además un derecho de acrecer especialísimo, y es el establecido en el artículo 521, precepto que aunque parece referirse exclusivamente al usufructo simultáneo, es indudable que se refiere también al sucesivo, ya que en esta especie de usufructo, el segundo usufructuario no entra en el disfrute hasta la muerte del primero, y es evidente que al morir el último llamado se extingue el usufructo, que es precisamente lo que ordena dicho artículo, de todo lo cual se sigue que al fallecimiento de aquellos dos usufructuarios, su derecho de usufructo no debía refundirse con la nuda propiedad perteneciente a los nietos de doña M. R. E., sino acrecer en beneficio de los otros dos usufructuarios sobrevivientes...» (6 bis).

En igual sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 1 de diciembre de 1960.

El Supremo y la Dirección aluden en sus razonamientos al artículo 521 del Código Civil, como creador de un especialísimo derecho de acrecer, y no conviene que este punto sea pasado por alto.

A mi juicio, tal asimilación, que no es, desde luego, plena (se habla de acrecimiento «especialísimo»), no hace sino fomentar un lamentable estado de confusión.

Habría que estar de acuerdo con GARCÍA-BERNARDO LANDETA (7) cuando, aun en contra de la señalada corriente jurisprudencial y de las tesis defendidas por numerosos autores (para DÍAZ CRUZ hay derecho de acrecer especialísimo; para BELTRÁN DE HEREDIA hay pacto de acrecer, y para ROCA SASTRE, acrecimiento tontino), se niega a aceptar que la norma del artículo 521 del Código Civil establezca un propio derecho de acrecer.

Justifica GARCÍA-BERNARDO su negativa en los siguientes postulados:

- El artículo 521 «no menciona la palabra acrecimiento o la frase derecho de acrecer».
- El precepto está incluido «en el título relativo al usufructo y no en el título referente a la sucesión».
- En los casos del artículo 521 no se dan los presupuestos que son de esencia al derecho de acrecer.
- Y, por último, que nuestro Código Civil, con el loable deseo de no enmarañar la institución del acrecimiento, ha procedido, con una técnica depurada y superior, a eliminar de su articulado el precepto del artículo 819 del Proyecto de 1851, que establecía el derecho de acrecer «entre los llamados conjuntamente a un usufructo..., aunque haya aceptado el legado». A esta eliminación ha de dársele pleno contenido, sin que quepa justificarla como

(6 bis) El subrayado es mío.

(7) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, págs. 97 y ss.

una simple omisión padecida por el legislador al refundir los textos de aquel proyecto, tal y como parece pretender explicarlo la citada Resolución de 1 de diciembre de 1960, explicación que, con razón a mi juicio, no acepta GARCÍA-BERNARDO (8).

Esto así, si se mantiene que el artículo 521 de nuestro actual Código Civil no es creador de un derecho de acrecer, ¿qué institución se contiene entonces en el mismo?

Para GARCÍA-BERNARDO, el precepto viene a consagrar «unas adquisiciones *ex lege*» (9).

Entiendo que esta última conclusión no puede ser ya compartida, y ello:

- Porque si el usufructo acrecido se adquiere *ex lege*, es decir, si se trata de un usufructo legal, tendríamos que realizar una nueva peripecia doctrinal para salvar el efecto del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «No se podrán hipotecar... Segundo. Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil», y en trance de no poder ser salvado, tal consecuencia obligaría a dar correcta solución al espinoso problema de determinar cuál sea en cada caso la porción adquirida *ope lege* y cuál la restante, a fin de que sólo a aquélla sea aplicada la prohibición de hipotecar y, por ende, según se considera indiscutible, de enajenar (problema imposible de resolver dada la conjunción que del usufructo se predica).
- Y, en segundo lugar, porque la defensa de la tesis de la adquisición por ministerio de la ley nos obligaría a considerar una dualidad de títulos (voluntaria y legal) que, en los usufructos sucesivos, viene a implicar una grave distorsión de un negocio ya de antemano configurado de forma definitiva por las partes; significando, además, la atribución de unas penosas consecuencias para el segundo llamado, al merecer su usufructo el carácter de legal, en los términos que ya he dejado señalados.

Salva GARCÍA-BERNARDO este último obstáculo afirmando la no aplicabilidad del artículo 521 del Código Civil al usufructo sucesivo, afirmación que, como posteriormente tendré ocasión de señalar, no puede considerarse ni justificada ni correcta.

Mi opinión es la de que no puede pretenderse que el artículo 521 del Código Civil diga más de lo que realmente dice: que el usufructo cons-

(8) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 102.

(9) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 107.

tituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extingue hasta la muerte de la última que sobreviva. Cumplidos estos presupuestos que la norma exige, se produce la consecuencia prevista: el usufructo no se extingue hasta la muerte del último de sus titulares, es decir, sólo se niega la consolidación, pero para nada se decide el destino que deba darse a las porciones vacantes, porque tal destino habrá, desde luego, de ser fijado por el título constitutivo del mismo usufructo.

Del expresado título resultará si el lugar del fallecido o repudiante ha de ser ocupado por los demás (usufructos simultáneos o conjuntos) o bien por otra persona designada (usufructos sucesivos). Y con ello no estoy concediendo al título constitutivo del usufructo mayor importancia que la que le otorgan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1960 y 10 de julio de 1975, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1976 o las tesis defendidas por autores del prestigio de ROCA SASTRE, BELTRÁN DE HEREDIA y VENEZIAM.

Lo expresado viene, desde luego, a explicar que el citado artículo 521 sea de procedente aplicación a los usufructos sucesivos (al menos, a los que la doctrina califica como propios), tal y como señala la Sentencia de 1976, antes citada, y la de 26 de abril de 1954 (Sala Quinta), extremo que causa extrañeza a no pocos comentaristas (10) y que con la interpretación que ofrezco viene a resultar de todo punto lógico.

Resumiendo todo lo que se lleva dicho, en los supuestos de vocación hereditaria múltiple y de forma conjunta y simultánea al derecho de usufructo (sin ánimo de constituir tantos usufructos distintos e independientes como personas sean las llamadas al mismo, tal y como exige la tan repetida Sentencia de 1976), la falta de un usufructuario provoca: o bien el derecho de acrecer, que con carácter ordinario regula el artículo 987 del Código Civil, o bien que en los supuestos en que tal precepto no tenga aplicación haya de entenderse, en virtud del artículo 521, que el derecho de usufructo no se extingue por aquel hecho, debiendo de acudir al título constitutivo para determinar quién ocupará el lugar del usufructuario que falte.

Si el artículo 521 no decide nada acerca del destino de la vacante, pues tal extremo lo resuelve el título constitutivo, el artículo 987 se ve en la precisión de marcar expresamente tal destino: el acrecimiento, salvo que el testador prevea la sustitución vulgar, lo que resulta verdaderamente acertado, y ello porque en los casos de aplicación de este último precepto,

(10) Así, GARCÍA BERNARDO en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 78, según se ha visto.

al no estar el usufructo aún constituido, mal podría acudir al título para solucionar el problema de la trayectoria a seguir por la vacante.

b) *Vocación por acto «inter vivos» y gratuito a la comunidad en el usufructo*

Donándose conjuntamente a dos o más personas el derecho de usufructo, y ocurriendo que alguno de los llamados muriese antes de aceptar la donación o la repudiase, el problema a resolver viene a ser el de si han de aplicarse entonces las reglas que para la comunidad en general se contienen en los artículos 637 y concordantes del Código Civil o si, por el contrario, habrá de regir lo dispuesto en el artículo 521 del mismo Código.

A mi juicio, si en el caso planteado se dan los supuestos de aplicación del artículo 521, éste, desde luego, deberá ser tenido en cuenta como regla especial con vigencia prioritaria a la general que consagra el artículo 637.

La pluralidad en los llamamientos y la conjunción en los mismos resultan extremos claros, y lo que no lo es tanto es el punto de si el usufructo está o no constituido al producirse la vacante.

Señala el artículo 629 del Código Civil que «la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación». Por la aceptación, la donación deviene en perfecta. Donado el usufructo conjuntamente a varias personas, habrá de entenderse que queda constituido y que es, por tanto, de aplicación el artículo 521 desde el momento mismo de la aceptación, pero ¿será suficiente la aceptación de uno solo de los donatarios o debe esperarse a que todos la formulen?

Cuando la vocación a un derecho es conjunta, como aquí ocurre, y, sobre todo, cuando ese derecho, aun después de adquirido, va a seguir disfrutándose con el mismo carácter de conjunto (lo que también aquí sucede, como después tendré ocasión de señalar), el derecho en cuestión ya no puede ser descompuesto y la atribución del mismo a sus titulares habrá de hacerse con un criterio solidario: pertenecerá a todos y cada uno de ellos por entero, porque así estaba formulada la vocación y porque en tal modo se va a constituir el disfrute. Por todo ello, si cualquiera de las personas a quienes se defiende el derecho, lo acepta, ese derecho queda constituido sin que tenga que esperarse a que los demás llamados expresen su voluntad, que sólo motivará, de ser favorable, el retrimiento en la extensión del derecho del primero, o siendo repudiatoria, la confirmación de aquella extensión.

Lo reseñado encuentra su completa justificación y prueba en un caso preciso de adquisición conjunta previsto en nuestro Derecho: el de la

adquisición de los bienes gananciales. Los gananciales son de ordinario adquiridos por el marido sin intervención alguna de la mujer; la sola voluntad del marido perfecciona el contrato adquisitivo y motiva la atribución de los bienes de que se trate a ambos cónyuges, conjuntamente y sin cuotas. Si se dijera que todo ello tiene su justificación en las facultades de extraordinaria administración que al marido se atribuyen, hay que oponer que no es tal, porque la mujer, aun no siendo administradora, puede abordar con plena eficacia idéntica actuación adquisitiva.

Ahora bien, si el usufructo queda constituido desde que cualquiera de los favorecidos por la vocación conjunta manifiesta su aceptación, ¿habrá de sostenerse entonces que desde tal momento es inscribible en el Registro de la Propiedad?

Entiendo que no, y la base de tal negativa puede encontrarse en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que exige que toda inscripción exprese: «... Segunda. La... extensión... del derecho que se inscriba...». Tal extensión está claro que no es posible conocerla hasta que se produce la decisión de todos los llamados en el sentido de aceptar o repudiar el derecho que se les ofrece. Que en la inscripción de las adquisiciones gananciales esto no es así, como ya se vio, bastando con el consentimiento del cónyuge adquirente para que la inscripción conjunta se practique, no obsta para nada a lo dicho, porque en este último caso el carácter ganancial, y por ello conjunto de lo adquirido, aparece terminantemente fijado en preceptos legales que conceden virtualidad a la voluntad de uno solo de los cónyuges para perfeccionar y consumir la adquisición. Así, el artículo 1.401, 1.º, del Código Civil declara gananciales las adquisiciones onerosas, aunque se hagan «para uno solo de los esposos», y el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, en su regla primera, da lógico remate y colofón a aquella norma sustantiva, predicando la inscripción a nombre de ambos cónyuges aun cuando la adquisición sea hecha por uno solo de ellos. La extensión del derecho aparece, pues, en estos casos perfectamente delimitada, lo que, desde luego, no ocurre en el supuesto que antes se planteaba.

Lo que defiendo es, por otra parte, lo más acorde a la regla jurídica conforme a la cual «nadie puede adquirir derechos sin el concurso de su voluntad», máxima que razonablemente sólo debe ceder ante aquellos casos amparados por normas legales que postulen lo contrario, tal y como ocurre: en el caso de la adquisición de gananciales expuesto (para el que no han faltado críticas); en el de adquisiciones por menores o incapacitados representados por sus padres o tutores, supuesto en el que se acude al mecanismo de la representación, ficción que, no obstante, sigue sin destruir un hecho claro: la inexistencia de voluntad hábil en el representado, y, por último, en las adquisiciones que, aun en contra de la

voluntad del adquirente, pueden en determinados casos conseguir la voluntad de sus acreedores.

Volviendo a recordar lo que antes reiteraba, la conclusión a lo que se lleva expresado se resume en lo siguiente: la donación conjunta de usufructo se perfecciona con la aceptación formulada por uno solo de los donatarios. Desde tal momento, el usufructo ha de considerarse constituido (aunque su extensión no esté definitivamente perfilada), y por ello la aplicación del artículo 521 será indudable.

En cuanto que cualquiera de los llamados acepta la donación, siempre que ello ocurra antes que el donante haya retirado su oferta, el lugar de los repudiantes o fallecidos (con anterioridad o posterioridad a aquella aceptación) será absorbido por el aceptante o por los que en el futuro acepten, y no por derecho de acrecer, sino porque así resulta de la aplicación del artículo 521 y de la interpretación del título constitutivo.

Siendo la vocación al todo del derecho (conjunta), la primera aceptación viene a convertir en irrevocable la oferta del donante al aceptarse justamente aquello que se ofreció, todo ello sin perjuicio naturalmente de lo previsto en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, acerca de la revocación de donaciones y de la propia facultad que ha de reconocerse al donante para revocar libremente los llamamientos hechos a favor de los que aún no hayan aceptado.

El artículo 521 no viene así a convertirse en una excepción a los generales artículos 637 y 1.398, puesto que, como en otro lugar señalaba, tales normas no son de aplicación a los derechos ya constituidos, sino a los que se encuentran en vías de formación. Por otra parte, de la lectura de los dos preceptos de referencia resulta claro que aparecen dictados para derechos que no pueden ser conjuntamente disfrutados; por eso señalan que la donación «se entenderá por partes iguales» o «por mitad», presunciones no aplicables al usufructo, derecho en el que los preceptos legales, atendida su especial naturaleza, permiten, tal y como tendré ocasión de reiterar, su constitución como conjunto y su disfrute con igual carácter.

c) *Vocación a la comunidad en el usufructo por acto «inter vivos» de carácter oneroso*

Lo dicho a propósito de la comunidad en general resulta aquí de plena aplicación. Los negocios onerosos no ocasionan nunca una situación interina o de vocación que justifique examinar la existencia o no en ellos del derecho de acrecer.

B) COMUNIDAD DE USUFRUCTUARIOS EN FUNCIONES O YA CONSTITUIDA

El repaso de la doctrina patria nos muestra cómo late en ella la fija idea de que en la comunidad de usufructuarios, en el cusufructo, inevitablemente han de existir cuotas indivisas; que la comunidad en el usufructo viene a ser fatalmente encasillada en cuanto a su naturaleza en la romana o por cuotas.

Tal unificadora idea no se ajusta, desde luego, a las deducciones que pueden obtenerse a través de la lectura pausada del propio Código Civil, y ocasiona, al pretender aplicar a un supuesto reglas previstas para otro bien distinto, consecuencias realmente perturbadoras.

La comunidad de usufructuarios, según lo entiendo, puede quedar establecida adoptando una de estas dos posibles formas de diferente naturaleza y separados efectos: romana o por cuotas indivisas y solidaria o conjunta sin cuotas partes.

a) *Comunidad de usufructuarios por cuotas indivisas*

Que no hay derecho de acrecer en este tipo de comunidad es conclusión que con carácter amplio apuntaba en apartado anterior, a propósito de las comunidades en general; pero el inicial problema que debe tratar de resolverse es el de si en tal situación comunitaria tiene o no aplicación la regla del artículo 521 del Código Civil.

La generalidad de los autores que se ocupan del tema así parecen entenderlo (CASTÁN, BELTRÁN DE HEREDIA y GARCÍA BERNARDO) o, al menos, el carácter genérico de sus afirmaciones obligan a colegir que así lo hacen. Un civilista de la talla de CASTÁN (11) deja bien patente su defensa del derecho de acrecer (referencia al art. 521, que para él consagra tal derecho) en los cusufructos, sin discriminar su carácter conjunto o no, y la lectura de otro tan cualificado como BELTRÁN DE HEREDIA (12) ofrece iguales resultados.

Que tal solución no es correcta vienen a ponerlo de manifiesto la cantidad de absurdos e injustos resultados que ocasionaría su aplicación genérica. Cuando las cuotas en el cusufructo hayan sido adquiridas a virtud de diferentes títulos (unas por herencia, otras por donación o por compraventa, etc.) de distintos transmitentes e incluso en épocas bien diversas, sostener que las porciones vacantes son absorbidas por los cusufructuarios no puede por menos que calificarse de conclusión disparatada. Se me antoja ofrecer como caso que así lo revela el del propietario de una

(11) *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. II, 10.ª ed.

(12) *Ob. cit.*, pág. 175.

mitad indivisa de finca que cede a un tercero el derecho de usufructo sobre dicha porción. ¿Podrá pretenderse que tal copropietario no consolide el pleno dominio hasta tanto se extinga el usufructo ya constituido o que se constituya en el futuro sobre la restante mitad perteneciente al otro comunero?

Pero es que, además, quienes siguen la tesis que cuestiono obtienen de ella consecuencias de todo punto llamativas. GARCÍA BERNARDO LANDETA (13) llega a señalar que la adquisición *ex lege*, que, a su juicio, consagra el artículo 521, operará, desde luego, no sólo en los casos de muerte o renuncia de alguno de los usufructuarios, sino igualmente en los de vencimiento del término fijado y en los de cumplimiento de la condición resolutoria, si la hubiese. Que el citado autor no está pensando, cuando sienta tales asertos, en los usufructos sucesivos, lo muestra el hecho de que, como él afirma, el precepto no se aplica a los usufructos citados (en contra, según se indicó, de lo declarado por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, a mi juicio, correctamente). Las consecuencias se extraen, pues, para aplicarlas al usufructo simultáneo, y así las cosas, no cabe, en mi opinión, una mayor distorsión del título constitutivo ni una mayor lesión a las lícitas expectativas de consolidación del nudo propietario (que podrá seguir siéndolo aun el constituyente del usufructo), lo que el mencionado autor defiende; porque la lógica obliga a entender que cuando una persona constituye un usufructo sobre un bien que le pertenece sujetando el derecho de alguno o algunos de los usufructuarios a término o condición resolutorios, implícita, pero claramente, manifiesta su voluntad de que una vez llegado aquel plazo o cumplida esta condición, el dominio de la porción vacante quede consolidado en él o en quien le suceda en la nuda propiedad.

Para salvar esta cadena de absurdos se aporta una última solución, que se pretende mágica: los efectos del artículo 521 (en el sentido de acrecimiento) se circunscriben a aquellos casos de usufructo en los que sea uno el título constitutivo, pero esta exigencia de unidad en la constitución es caprichosa y poco resuelve.

El artículo 392 del Código Civil, en su primer párrafo y con referencia a la comunidad romana o por cuotas, dice que ésta existe: «cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas». No se exige ni en este precepto ni en los posteriores el que los comuneros, para ser tales, hayan de adquirir en un mismo momento, de un mismo titular y con idénticas condiciones. Tan condóminos son los que adquieren hoy su cuota como los que la adquieren después, los que

(13) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 106.

acceden a ella por herencia o legado o por acto *inter vivos*, los que la reciben libre de toda condición o sujeta a determinados condicionamientos.

De otro lado, la exigencia de la unidad en el título de adquisición, si supera alguno de los absurdos que denunciaba, no evita que se produzcan otros. Así, tal requisito motivaría la inclusión en el ámbito de acción del artículo 521 de la donación hecha por un padre a unos hijos en determinada escritura, excluyéndose la hecha en escrituras diferentes, aunque de éstas resulte un deseo de unidad de acto, unidad que quizá no haya podido conseguirse (en su aspecto formal y temporal) debido a dificultades tal vez exclusivamente de índole física, como la imposibilidad de reunir en un mismo momento a todos los donatarios. Que la unidad en el título adquisitivo nada resuelve, se muestra igualmente en el caso del cusufructo por cuotas al que varias personas acceden a virtud de negocio oneroso. La aplicación, en estos casos, del artículo 521 va a ocasionar un resultado injusto. En efecto, la contraprestación satisfecha por cada adquirente en el caso expuesto, se refiere, naturalmente, al valor en adquisición de la cuota que respectivamente adquiere y nada más; no se encuentra comprendido en el precio de venta (cuando de un negocio de este tipo se trata) la expectativa de acrecimiento futuro. Siendo así, llegado el caso de acrecer (o de adquirir *ex lege*, según la tesis que se acepte), se producirá siempre un enriquecimiento sin causa, que será injusto por causar perjuicio a una señalada persona: el nudo o nudos propietarios.

La comunidad por cuotas indivisas en el derecho de usufructo no viabiliza, pues, la aplicación del tantas veces citado artículo 521 (ya se entienda éste como acrecimiento o como adquisición *ex lege* o ya se compare la tesis que yo defiendo). Certeramente señala ROCA SASTRE (14) que aquel precepto requiere para ser aplicado «que el usufructo sea asignado a varios *sensu composito* y no *sensu diviso*».

A esta conclusión puede y debe llegarse no sólo por la vía negativa que supone la crítica de las tesis contrarias, según he realizado hasta ahora, sino por la más adecuada de los argumentos, y en tal sentido hay uno, a mi juicio trascendental, que viene a corroborarla: la dicción del propio artículo 521. En él, y según tengo apuntado con anterioridad, se habla del «usufructo constituido», y a este singular que emplea hay que darle más relevancia de la que suele otorgársele. No tratándose de un usufructo, sino de varios, el precepto no será aplicable, y ¿es éste el caso que nos ocupa?

Resulta poco menos que imposible obtener en el plano teórico cum-

(14) *Estudios*, II, pág. 252.

plida respuesta a esa interrogante, dado que la doctrina no ha llegado a alcanzar un acuerdo sobre el punto de si en la comunidad romana el derecho es único, descompuesto o dividido. El examen de las complicadas construcciones de los autores a nada práctico conduciría, salvo que sin más me acogiese a aquella tesis que mejor convenga a lo que pretendo demostrar, lo que por mi parte no sería ni honesto ni razonable.

Por todo ello, propongo ofrecer al lector una respuesta de índole práctica, sujetando a su examen esta a modo de adivinanza: ¿es lo mismo el usufructo de parte indivisa de una finca que una parte indivisa del usufructo de una finca?

A primera vista se pensará que huelga hacer esta pregunta por obvia, pero no es así. El estudio en profundidad de los derechos reales limitativos ocasiona en la mente del intérprete y del estudioso un corriente desenfoque, explicable, pero no por ello menos peligroso. Conforme se adentra el investigador en el estudio del derecho real en cosa ajena, la importancia de éste va creciendo en tal medida que se olvida o arrinconan una característica que le es esencial: la idea de la ajeneidad de la cosa sobre la que el derecho recae y cuyo dominio limita.

En el usufructo constituido por el titular de la finca a favor de varias personas con asignación de cuotas indivisas se suele entender que existe un solo derecho; y, sin embargo, tal posición ya no se defiende en los casos en que perteneciendo la finca en proindiviso a varios titulares, cada uno de ellos constituya sobre su respectiva cuota un derecho de usufructo a favor de diferentes usufructuarios (que incluso pueden ser varios para cada cuota y acceder al usufructo a través de diversas formas adquisitivas). Y bien: ¿acaso uno y otro son supuestos tan diferentes que justifiquen tan distinto criterio?

Entiendo que tal discriminación no tiene base que la justifique; que toda comunidad romana puede ser descompuesta (si no desde el punto de vista teórico, sí del práctico) en tantos derechos autónomos como cuotas sean las que existan. Sólo así se explica la negociación independiente de las cuotas y la disposición contenida en el artículo 490 del Código Civil.

1.º Las respectivas cuotas pueden ser, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, transmitidas con absoluta independencia y sin que reste un ápice de autonomía a tal facultad el posible ejercicio por los demás comuneros del derecho de retracto. En efecto, el retracto no se basa jamás en la pretendida unidad del derecho; buena prueba de ello es que su causa está en una enajenación separada; que se concede a colindantes y arrendatarios (no vinculados con el enajenante a virtud de derecho único); y que tiene marcado un plazo más o menos breve de caducidad en su ejercicio el cual se compaginaría mal con aquel vigoroso fundamento. La razón de

ser del derecho de retracto legal no es otra que la situación fáctica de interés en la que el retrayente se encuentra respecto de la cosa. En el de comuneros lo será el hecho de posesión compartida y el interés de que no accedan a ella personas extrañas; en el de colindantes, la propia colindancia y el interés de ensanchar la propiedad, evitando la creación de parcelas antieconómicas; y en el arrendaticio, la ocupación de la finca en virtud de título legal y el natural interés de que esa tenencia lo sea algún día en concepto de dueño. Según sea de mayor o menor entidad dicho interés y situación de hecho así serán las categorías de transmisiones a las que va a afectar el derecho de retracto: restringidas en el de comuneros y colindantes (venta y dación en pago según el artículo 1.521 del Código Civil) y más amplias en el arrendaticio (enajenaciones onerosas; supuestos de cesación en la comunidad; e incluso, en algún caso especial, donaciones, como en cierto tipo de arrendamientos rústicos protegidos).

2.º Dice el artículo 490 del Código Civil que «el usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los dedechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos e intereses. Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño».

Conforme a tal precepto, la pretendida unidad del derecho de cousufructo quedaría a merced de la voluntad exclusiva de los nudo propietarios; pues si éstos convienen en dividir la cosa común (para lo que nuestra jurisprudencia no exige el concurso de los usufructuarios: Resolución de 24 de diciembre de 1934 y Sentencia de 9 de febrero de 1970) y adjudicarse lotes en pago de sus derechos comunitarios, los usufructos vendrían a recaer, con separación, sobre los respectivos lotes o nuevas fincas, y entonces sería forzado en extremo seguir considerando el derecho de usufructo como único.

Si en el usufructo por cuotas, como he intentado demostrar, no hay un único derecho, sino tantos como sean aquéllas, ya no podrá pretenderse la aplicación del efecto del artículo 521 al faltar precisamente aquel «singular» que el precepto exigía. Esta tesis negativa que defendiendo es válida tanto:

- para el usufructo adquirido por cuotas indivisas en virtud de negocio *inter vivos*;
- como para el cousufructo instituido por el testador en forma conjunta, si los llamados a él han realizado ya la partición y se lo han adjudicado por cuotas indivisas o sobre bienes diferentes. La posibilidad de esta alteración no ofrece duda; y no podrá opo-

ner el Registrador a ella reparo alguno, porque los adjudicatarios son soberanos con los herederos y albaceas o contadores, en la interpretación de la voluntad del testador, siempre que con ello no tiendan a hacer ineficaz aquella voluntad. Pues bien, producida en tal modo la adjudicación, ya no podrá sostenerse la necesaria conjunción entre usufructuarios que es presupuesto para aplicar el artículo 521 del Código Civil.

Así lo entendió la Sentencia de 12 de junio de 1971, en la que dos hijos llamados por el testador al usufructo se adjudicaron en la partición bienes determinados (en usufructo) para pago de sus derechos. La pretensión que uno de ellos adujo al fallecimiento del otro, en el sentido de que el usufructo del fallecido acrecentaba el suyo propio, no prosperó en ninguna de las instancias.

Ante la posibilidad de esta alteración, así como ante las consecuencias que comporta, se hace conveniente en extremo que el funcionario autorizante del documento particional (cuando no se limite a protocolizar un cuaderno previamente elaborado), aun a riesgo de incurrir en inoficiosidad, instruya convenientemente a los interesados acerca del alcance y trascendencia que supone el adoptar una u otra forma de adjudicación (conjunta o en proindiviso).

Todo lo que se lleva expuesto resulta plenamente aplicable al caso de fallecimiento de alguno o algunos de los cusufructuarios por cuotas; pero ¿ocurre igual en el supuesto de renuncia?

En el apartado relativo a la comunidad romana en general recogía cómo la Resolución de 2 de febrero de 1960 admitió el acrecimiento en los casos de renuncia al condominio hecha por alguno de los comuneros; conclusión concordante con el artículo 395 del Código Civil. A mi juicio, hay razones que impiden aplicar aquella resolución y este precepto a la comunidad por cuotas recayente sobre el derecho de usufructo. Ante todo, no puede perderse de vista que una y otro se refieren con exclusividad a la situación comunitaria relativa al derecho de dominio («que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio», dice el precepto); y el derecho de usufructo presenta características muy marcadas que lo separan netamente del de dominio. Bastará destacar las siguientes:

- El usufructo se extingue, entre otras causas, «por la renuncia del usufructuario» (art. 513 del Código Civil). Dicha renuncia extingue el derecho en sí y el objeto del mismo, que no es otro que el disfrute y goce separado y autónomo de la cosa, y no la cosa en sí misma (goce y disfrute pasan al nudo propietario, pero ya no como integradores de un derecho independiente, sino como facultades

- cuyo ejercicio dimana de un derecho unitario: el de propiedad). La renuncia al dominio, por el contrario, aunque pudiera pensarse que extingue el derecho en sí, jamás hará desaparecer el objeto de aquel derecho, que, al estar integrado por la misma cosa, existió antes de la renuncia y sigue existiendo con posterioridad a ella.
- En segundo lugar, la extinción por renuncia del derecho de usufructo, como la ocurrida por las restantes causas, tiene marcado un destino, a diferencia de lo que para el dominio ocurre en el que se acude a la vía residual de atribución al Estado o al primer ocupante, y ese destino no es otro que el propio de todo derecho real limitativo: la refundición en el derecho real pleno, es decir, en nuestro caso, la consolidación con la nuda propiedad. Que esta natural y deseada trayectoria (deducida incluso de la misma voluntad de las partes) se vea truncada a virtud no de una disposición legal que así lo establezca de modo indubitado, sino de una interpretación surgida por la vía analógica, es con toda certeza incorrecto; máxime cuando, como tengo señalado, tal analogía no existe, al menos con carácter sustantivo (15), y sí sólo desde una perspectiva estrictamente formal: el simple hecho comunitario, que es el que se examina en ambos casos, y que, como ya he tenido ocasión de exponer, no justifica por sí solo la actuación del derecho de acrecer.

Ante una clara lesión (la del nudo propietario) y otra supuesta o pretendida (la de los cónusufructuarios privados del acrecimiento) el derecho habrá de optar siempre por aquellas tesis que eviten la primera. La cuota del usufructuario repudiante debe refundirse en la nuda propiedad, sin que pueda ser absorbida por los demás cónusufructuarios.

b) *El usufructo de carácter conjunto: usufructo simultáneo*

Dice el artículo 469 del Código Civil que «podrá constituirse el usufructo... a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente...».

En línea con las tesis acogidas por la inmensa mayoría de nuestra doctrina, Luis MARTÍNEZ CALCERRADA (16) señala cómo «no es preciso razonar que en este cónusufructo (refiriéndose al simultáneo) el elemento comunitario es acusadísimo, y, como tal, comprende la figura dentro de la comunidad romana o por cuotas, con subsunción en lo atinente con las normas del Código Civil, artículos 392 y siguientes...». Que esta afir-

(15) No rigen para el usufructo las notas y caracteres que para el dominio motivaron la solución del acrecentamiento.

(16) «Usufructo *ex testamentis*», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 60, abril-junio 1968, pág. 531.

mación no arranca de un firme convencimiento y que no resulta fácil defenderla en toda la magnitud de sus consecuencias lo prueba el hecho de que el mismo autor citado hace posteriormente numerosas alusiones que así lo revelan. De tal modo, cuando se refiere a la «indivisibilidad del cusufructo» (17), al «aprovechamiento conjunto» (18) o a la existencia de «una vocación única y solidaria» (19), no guarda ya la debida congruencia con la naturaleza romana que atribuye al cusufructo.

El precepto del artículo 469 no consagra, a mi juicio, una comunidad por cuotas; en primer lugar, porque tal extremo resultaría imposible de construir en el caso de los usufructos sucesivos, a los que la norma indudablemente también comprende; y, en segundo término, porque, de entenderlo así, habría que estimar que el artículo, por reiterativo, está perfectamente de sobra. Si los artículos 392 y siguientes del Código Civil tratan suficientemente y con carácter general de la comunidad por cuotas, resulta de todo punto innecesario que la posibilidad comunitaria que recogen haya de ser posteriormente reiterada en todos y cada uno de los derechos e instituciones reguladas.

El artículo en cuestión pretende señalar, según entiendo, la viabilidad de construir un usufructo con el carácter de conjunto. El singular («usufructo») que la norma emplea es al respecto bastante significativo.

La posibilidad de derechos atribuidos en forma conjunta sorprende un tanto a nuestra doctrina, acostumbrada, porque así es la norma general en nuestro ordenamiento jurídico, a que las cotitularidades en los bienes y derechos sean asignadas por cuotas indivisas. Pero la sorpresa no justifica en ningún caso que aquella posibilidad sea negada sistemáticamente. Que hay excepciones a la regla general de la comunidad romana, que existen derechos en cuya cotitularidad puede apreciarse la solidaridad o conjunción, aparece como indudable, y bastará señalar como botón de muestra algunos de los supuestos en que así se pone de manifiesto; tal ocurre en:

- Los excepcionales tipos de comunidad germánica que nuestra legislación especial configura: así, los montes del común de los vecinos a los que con anterioridad ya se ha hecho referencia.
- Los bienes gananciales, sobre cuya cotitularidad conjunta, por conocida, estimo innecesario insistir.
- Las servidumbres personales, para las que el artículo 531 del Código Civil determina que pueden establecerse «en provecho de una o más personas, o de una comunidad», excepción en la que

(17) *Ob. cit.*, pág. 340.

(18) *Ob. cit.*, pág. 337.

(19) *Ob. cit.*, pág. 347.

están comprendidas no sólo las comunidades jurídicas, sino las meramente sociales (así, la familia, los vecinos de determinado lugar, los colindantes al predio gravado, etc...). Naturalmente que en estos casos de cotitularidad no será necesario el expresar cuotas indivisas, porque ni ello lo permitiría la naturaleza del derecho (las servidumbres son indivisibles), ni, en la inmensa mayoría de los supuestos, el propio goce concedido (ocupar un palco, balcón o ventana; verter escombros; o proceder al tendido de una conducción eléctrica, por citar algunos).

- En último término cabe citar el derecho de habitación, cuyas afinidades con el de usufructo son bien notorias. Según el artículo 524 del Código Civil, aquel derecho recae sobre «las piezas necesarias» que, de una casa ajena, basten para el habitacionista «y para las personas de su familia». La conjunción y la imposibilidad de fijar cuotas no puede ser aquí más evidente.

El acceso al Registro de la Propiedad de este usufructo conjunto que definiendo parece, en principio, encontrar un serio obstáculo en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual: «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.»

Ni tal precepto ha sido invocado con la frecuencia que pudiera presumirse (basta asomarse a los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad para comprobar cómo figuran en ellos numerosos usufructos simultáneos sin cuotas) ni el reparo que con su dicción pueda fundamentarse ha de entenderse definitivo.

El artículo, en efecto, habla de inscripciones de «partes indivisas», y con ello pone de relieve la limitación de su ámbito, que habrá de quedar ceñido a los supuestos de comunidad romana y a los de adquisición de parte indivisa de un derecho, aunque no exista comunidad (ocurrirá así en el caso en que el dueño de una finca ceda a otro el usufructo de una mitad indivisa de la misma, reteniendo la nuda propiedad de dicha mitad y el pleno dominio de la restante porción).

La aplicación del precepto de referencia no podrá pretenderse:

- Ni en los casos de derechos conjuntos (los citados de montes vecinales, gananciales, etc...).
- Ni en los supuestos en los que el derecho adquirido recaiga sobre parte singular de la cosa inscrita, siempre que la naturaleza especial de tal parte haga imposible (o la ley fije su innecesidad) fijar una cuota matemática de proporcionalidad. En la constitución del

derecho de habitación parcial bastará precisar cuáles sean las piezas de la vivienda que han de quedar sujetas a tal derecho, sin que tenga que señalarse la fracción indivisa que respecto a la casa total representan las aludidas dependencias. En igual manera, en el usufructo de «parte de los frutos de la cosa», permitido por el artículo 469 del Código Civil, aunque tal parte pueda ser indivisa, nada impide que no lo sea (así, en el usufructo de «viñas, olivares u otros árboles y arbustos» que autoriza el artículo 483 del Código Civil) y, en tal caso, ni puede exigirse ni es posible determinar una cuota indivisa que revele la proporción matemática en que se encuentra el disfrute concedido respecto del total que la cosa es susceptible de producir.

En resumen, los usufructos simultáneos vienen a aparecer como figuras en las que se destacan estas tres notas que guardan una íntima conexión entre sí:

- existe una conjunción en el derecho;
- existe un solo derecho y no tantos como titulares;
- y no precisan de cuotas indivisas que especifiquen cuantitativamente la participación que a cada titular corresponde en el derecho.

Del examen de tales características se desprende que en los usufructos simultáneos conjuntos se dan, desde luego, los presupuestos de aplicación del artículo 521 del Código Civil, que habrá entonces que ser tenido siempre en cuenta.

No se agotan con lo expuesto los problemas que este tipo de usufructos plantea. Singularmente, se ofrecerán a la hora de su adquisición, de su transmisión y de su extinción.

1.º Adquisición de los usufructos simultáneos conjuntos.

Cualquier negocio traslativo, *inter vivos* o *mortis causa*, gratuito u oneroso, puede servir de instancia hábil para que surjan a la vida jurídica el tipo de usufructos que se examinan.

Pero si esto no suscita mayor cuestión, sí la ocasiona el precio o contraprestación que en la adquisición onerosa de los mismos hayan de satisfacer las personas a cuyo favor se constituyen. Me refiero, en concreto, a la distribución entre éstos de la aludida contraprestación.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA (20) destaca para el caso de cusufructo entre cónyuges las especialidades y las distintas consecuencias que genera la procedencia privativa o ganancial del precio.

(20) *Ob. cit.*, págs. 93 y 109.

Si se entiende, como en mi criterio es lo correcto, que tales usufructos tienen el carácter de conjuntos, esta naturaleza va a pugnar con la idea de la distribución del precio o contraprestación, y ello porque esto último destruiría la conjunción que se predica.

Los usufructos simultáneos conjuntos ofrecen una doble y diferente perspectiva: para los adquirentes su constitución tiene siempre un matiz aleatorio (la expectativa que cada usufructuario tiene de ensanchar su titularidad por falta de alguno de los demás); para el constituyente del usufructo no existe tal alea, porque lo transmite sujeto a un término fatal, aunque incierto (la muerte del último de los adquirentes que sobreviva) y fija un precio determinado en el que valora el derecho que transfiere. Que este precio sea distribuido entre los adquirentes en una u otra forma, habida cuenta de las especiales circunstancias personales (edad, salud, etcétera) concurrentes en cada uno de ellos, y que influirán decisivamente en la vida de su derecho, es una cuestión que escapa a la función calificadora del Registrador. Este habrá de limitarse a examinar si existe o no un precio cierto y, siendo así, poco importará quién sea el que materialmente realice su entrega al transferente; porque entre los adquirentes del derecho conjunto y aleatorio pueden convenirse multitud de pactos acerca de aquella distribución del precio (partes iguales; desiguales; pago por uno solo con futuras compensaciones por parte de los demás según las eventualidades que el derecho sufra, etc.). La extensión de las facultades calificadoras del Registrador a tales extremos supondría crear una casuística interminable y de soluciones poco seguras, así como indagar sobre la licitud o no de unos pactos carentes de alcance real. Cualesquiera que sean los convenios distributivos que internamente acuerden los interesados (aun cuando encubran donaciones ilícitas de dinero) no van a afectar a la existencia legal del derecho.

2.º Su transmisión.

La norma general aplicable a todo derecho conjunto, según la cual éste no puede ser válida y eficazmente transmitido si no es con el consentimiento unánime de todos los partícipes, tiene rigurosa vigencia en este tipo de usufructos.

Ningún usufructuario puede por sí solo transmitir su cuota (porque tal cuota no existe) ni subrogar a un tercero en su lugar.

La posibilidad de transmisión separada involucraría un evidente absurdo. Los efectos de tal transmisión quedarían resueltos «al fin del usufructo», como señala el artículo 480 del Código Civil, y tal fin no es la muerte del transferente, sino, como establece el artículo 521 del mismo Código, la del último de los usufructuarios que sobreviva. Los contratos celebrados aisladamente por un comunero vendrían así, injustamente, a vincular a los demás. Además, el citado artículo 480 exige que el usufruc-

uario negocie como «tal usufructuario», cualidad que, en los usufructos simultáneos conjuntos, no cabe atribuir separadamente a cada uno de los partícipes, sino al común de todos ellos.

3.º Su extinción.

Habrà que estar de acuerdo con ALVARO D'ORS y BONET CORREA (21) en que las causas de extinción de este tipo de usufructos son las que el artículo 513 del Código Civil previene para el usufructo en general; pero será preciso matizar que en todos aquellos casos en que la razón extintiva tenga su base en circunstancias puramente subjetivas (muerte y renuncia) no podrá perderse de vista el dato, ya apuntado, de que siendo «el usufructuario» todos los titulares, sólo cuando tales causas afecten al común de éstos podrá sostenerse el efecto extintivo. En tal sentido, y para el caso de muerte, se manifiesta el artículo 521 del Código Civil que ya conocemos.

Respecto a la renuncia, es claro que ninguno de los titulares puede, con independencia de los demás, formularla. Como el derecho de cada uno lo es al todo, la renuncia al mismo operaría con igual extensión, provocando, contra la lógica más elemental, la extinción total del derecho. Cabe, eso sí, que cada cotitular renuncie a su disfrute, y ello ocasionará la absorción del mismo por los demás. Esta última renuncia, como quiera que no tiene alcance extintivo real (no se renuncia a derecho real alguno y sí sólo a un disfrute indiscriminado), no puede, registralmente, ocasionar un especial asiento de cancelación, bastando, para reflejarla en el Registro, con que conste a través de una nota marginal de las modificativas del derecho inscrito.

COMUNIDAD DE USUFRUCTO ENTRE CONYUGES

Por su especial relevancia, y por la enorme frecuencia con que el supuesto opera en nuestro derecho común, voy a limitar el examen de los problemas que el usufructo entre cónyuges ocasiona al caso en que el régimen económico matrimonial de éstos sea el de la sociedad legal de gananciales.

En tal régimen, marido y mujer pueden encontrarse en situación de comunidad respecto del derecho de usufructo en cualquiera de las siguientes formas:

A) USUFRUCTO POR CUOTAS INDIVISAS

Los cónyuges pueden ser cotitulares en proindiviso, por partes iguales o desiguales, de un derecho de usufructo. Si tal derecho fuera adqui-

(21) «La división del usufructo», *Anuario de Derecho Civil* de marzo de 1942.

rído onerosamente durante el matrimonio, la atribución y correspondiente inscripción como privativa, parafernál o dotal requerirá que se justifique que el precio o contraprestación procede, en la proporción en que respectivamente se adquiriera, del patrimonio peculiar de cada cónyuge (artículos 1.407 del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario).

Todas las consideraciones hechas a propósito de la comunidad romana en general, y de la de usufructo en particular, le serán de aplicación.

B) USUFRUCTO GANANCIAL

En este caso el derecho de usufructo se atribuirá e inscribirá a favor de ambos cónyuges «conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal» (art. 95, 1.ª, del Reglamento Hipotecario).

Esta situación se produce:

1.º Cuando el derecho se adquiriera, por un cónyuge o por ambos, a título oneroso y a costa del caudal común, o cuando no se acredite que el empleado en la adquisición sea privativo.

2.º Cuando en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales los cónyuges retengan el usufructo con tal carácter, o se reserven simplemente el usufructo sin otra precisión acerca de la naturaleza del derecho reservado.

3.º Y, por último, cuando en dicha enajenación no se formule reserva de tipo alguno.

Esta última posibilidad, así como las contingencias que ofrece el usufructo ganancial, son, a mi juicio, los cruciales problemas que han de examinarse detenidamente.

a) *Cuestión acerca de si en las enajenaciones de nuda propiedad sin reserva explícita del derecho de usufructo ha de entenderse constituido tal derecho*

ROCA SASTRE (22) entiende que es perfectamente viable la actuación de referencia, y señala que es «suficiente que el dueño o transmitente transmita simplemente la nuda propiedad de la finca o derecho real inmobiliario para que se entienda retenido por él... (el) usufructo», aunque no quede expresada de forma explícita su existencia.

Conviene profundizar en mayor medida y buscar los fundamentos de tal conclusión, que desde luego comparto, porque adoptar una u otra postura tiene aquí consecuencias extraordinariamente relevantes.

(22) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 554, 6.ª ed.

Enajenada la nuda propiedad, sin que el transmitente se reserve en forma explícita el usufructo, y abordándose por éste en un momento posterior la transmisión del derecho (usufructo) residuo de su anterior enajenación:

- o se entiende que hay entonces constitución del derecho de usufructo, que viene a surgir como un derecho nuevo;
- o que, por el contrario, lo que existe es una simple transmisión de un derecho ya constituido.

De seguir la primera solución, la de la no constitución automática, el nuevo usufructo quedará (siendo vitalicio), en cuanto a su duración, atenido exclusivamente a la vida del adquirente, sin que pueda afectarle la muerte anterior del transferente, que, según esta tesis, no llegó nunca a ser usufructuario.

Si adoptamos el segundo criterio, el de la constitución previa y automática del usufructo, su duración será regulada por la vida del transmitente (a quien se considera verdadero usufructuario), si fue vitalicio; y, sin perjuicio de considerar extinguido igualmente el usufructo si el adquirente fallece con anterioridad a aquél, dada la imposibilidad, en este caso, de hacer volver el derecho de usufructo a la persona que lo enajenó (extremo que no pudo entrar ni tan siquiera en la representación mental del transferente, habida cuenta de que todo el que transmite un derecho lo da definitivamente por salido de su patrimonio, salvo que, a través de pactos como el de retroventa, resolutorio o reversional, realice las previsiones oportunas para su futura recuperación).

Sólo si se acepta la discutida opinión de que el usufructuario no puede disponer de su derecho y sí sólo de la facultad que le corresponde en orden al percibo de los frutos de la cosa, podría ser atacado el efecto extintivo que defiende. Pero la tesis de la simple transmisión del derecho a los frutos no puede ser, al menos desde el punto de vista hipotecario, compartida. Si la facultad de simple disfrute no integra un verdadero derecho real inmobiliario, si lo que se transmite no es el propio derecho real de usufructo, no puede entenderse cómo el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria incurre en la ignorancia de permitir que se inscriban «... Segundo. Los títulos en que se... *transmitan*... derechos de usufructo...».

El usufructuario, que tiene civilmente, desde luego, facultad para otorgar una transmisión restringida al derecho a percibir los frutos (no inscribible por no ser derecho real), también la tiene para enajenar el propio derecho de usufructo y es justamente en este último caso cuando deben ser mantenidas las conclusiones que acabo de reseñar.

La tesis que se opone a la constitución automática del derecho de

usufructo, en los casos de enajenación de nuda propiedad sin reserva, tiene a su favor los siguientes argumentos:

- 1.º El posible perjuicio que la tesis contraria podría causar al adquirente futuro del usufructo.
- 2.º La igualmente posible lesión que con aquella tesis se ocasionaría al propietario transferente de la nuda propiedad.
- 3.º La dicción del artículo 468 del Código Civil.
- 4.º La mecánica registral; y
- 5.º Las leyes fiscales y el criterio de las Oficinas Liquidadoras del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados.

De todos ellos paso a ocuparme:

1.º En primer lugar, se dice que la teoría de la constitución automática puede comportar una evidente lesión para el futuro adquirente del derecho de usufructo. Se trae, para ello, a colación el caso en el que el propietario de una finca, deseando transmitir a una persona el usufructo y a otra distinta la nuda propiedad, acude a otorgar el correspondiente instrumento público por el que enajenará aquellos dos derechos. Por imposibilidad material del adquirente del usufructo, y para evitar dilaciones que podrían perjudicar al de la nuda propiedad, se otorga la escritura sólo a favor de este último, sin declaración alguna de reserva de usufructo; y en fecha posterior, desaparecida la imposibilidad del adquirente de éste, es otorgado el correspondiente documento público por el que se transmite el usufructo.

Si se entiende que al enajenarse la nuda propiedad ya quedó constituido el usufructo, se pueden violar con ello: los legítimos derechos de su adquirente (que presumió siempre que adquiriría un derecho sujeto a la duración de su vida y no a la del transmitente); y la propia finalidad del negocio pretendido, tal y como éste fue configurado por la voluntad interna de las partes.

Aunque el caso planteado, es indudable que no constituye la regla general, sino, antes al contrario, puede calificarse como supuesto de excepción, conviene que se señale una adecuada respuesta a los problemas que plantea y dejar bien sentado que no constituye argumento definitivo a favor de la tesis que se defiende, en base a las siguientes atendibles razones:

Primera. El perjuicio que se pretende no es real, sino sólo posible, pues dependerá en todo caso del hecho aleatorio de que el adquirente sobreviva al transmitente. No ocurriendo así, no es posible el perjuicio.

Segunda. Aplicar la tesis de la no existencia del usufructo hasta su constitución expresa comporta derivaciones que lesionan las expecta-

tivas consolidatorias del nudo propietario. Si, como señalaba, el supuesto planteado es extraordinario, ante los casos normales (23) tendremos cómo el nudo propietario que esperaba consolidar el pleno dominio al fallecimiento de su transferente se verá compelido a trasladar su expectativa de consolidación al momento en que fallezca la persona que adquirió de aquél el usufructo. La injusticia de tal alteración se pone de manifiesto cuando se comprueba que el nudo propietario, al adquirir su derecho, si lo fue con carácter oneroso, pagó un precio que fue indudablemente fijado en atención a la edad de su transferente, por entender que éste quedaba como usufructuario.

De otro lado, no se olvide que el enajenante, de seguirse la tesis no constitutiva, podría, a su arbitrio, retrasar la constitución del usufructo o establecerlo en favor de un colectivo más o menos numeroso de personas, con lo que se dejaría siempre a merced de aquél el valor atribuible en cada caso al derecho de nuda propiedad.

Tercera. El nudo propietario que ha sido primero en su adquisición ha de ser mejor en el derecho, principio sustantivo e hipotecario que, con todos los ajustes que se quiera, ha de ser tenido siempre presente.

A todos estos razonamientos habrá que añadir que el posible perjuicio que para el usufructuario se alega en el referido caso de excepción puede ser evitado por cualquiera de los siguientes medios:

- recabando el concurso del nudo propietario en la escritura posterior de transmisión del usufructo al solo efecto de que resulte vinculado en cuanto a la nueva duración del mismo;
- haciéndose constar por el transferente de la nuda propiedad (concedor de que tenía estipulada la adquisición del usufructo con otra persona) en el documento de enajenación de la misma que el usufructo se constituirá en el futuro a favor de don N. y subsistirá mientras éste viva, o bien reservándose el mismo transferente el usufructo con la prevención de que no se extinguirá sino hasta el fallecimiento de don N. En este punto sería aconsejable, aunque nunca obligado, que el Notario advirtiese a los interesados acerca de estas incidencias, asesorándolos convenientemente;
- por último, la presumible lesión podría igualmente salvarse con el simple hecho de alterar el orden de presentación de las escrituras en el Registro de la Propiedad (primero la de usufructo y con posterioridad la de nuda propiedad). En tal caso, el Registrador procedería a despacharlas por el orden de su presentación, salvo, claro está, que el transferente del usufructo declare en la escri-

(23) En los que la reserva explícita bien pudiera no haberse reflejado a virtud de una simple omisión en la redacción del documento.

ra en que tal derecho se constituya que le pertenece como residuo de una transmisión anterior de nuda propiedad. En este supuesto, el Registrador, porque así se desprende de la voluntad de las partes y porque lo autoriza a ello el principio de tracto sucesivo, al examinar la escritura de usufructo, exigiría la de nuda propiedad y, por ser compatible con aquélla y reanudadora del tracto que a la misma le falta, procedería a su despacho previo. Nuevamente se hace conveniente en sumo grado que el Notariado extreme su probada diligencia en la redacción de este tipo de documentos.

2.º Se argumenta que la tesis de la constitución automática del usufructo causa al propietario transferente de la nuda propiedad un manifiesto perjuicio, al privarle de un valor que le pertenece: el que obtendrá en la constitución futura del derecho de usufructo. Tratándose de un transmitente de avanzada edad, no se escapa que su oferta de transmisión de usufructo se vería extraordinariamente mermada, cuando no totalmente imposibilitada, si el presunto adquirente del mismo conociese que el derecho que recibe va a desaparecer con la muerte, presumiblemente no muy lejana, de aquél.

Todo ello, pese a su apariencia de justeza, tiene una base errónea que debe ser denunciada. El perjuicio que se invoca tiene como presupuesto que le da razón de ser una idea prejuzgada y meramente subjetiva: la creencia en el propietario enajenante de la nuda propiedad de que no ha surgido para él derecho de usufructo alguno, y que, por consiguiente, podrá constituirlo en el futuro. Una vez que el artificio de esta construcción queda al descubierto va a ofrecerse como extremadamente endeble: no bastan las creencias ni las ideas subjetivas de que se es titular de un valor; es preciso que dicho valor sea reconocido y atribuido por el derecho. La suposición de que se es titular de una facultad jurídica no sólo no hace surgir ésta, sino que puede dar lugar a que el que así supone incurra en una conducta ilícita: la usurpación.

Volvamos ahora todo lo dicho por pasiva y supongamos que al transmitente de la nuda propiedad le consta que en él ha surgido desde luego la condición de usufructuario (opinión igualmente subjetiva, pero ajustada a derecho, y por ello eficaz, como estoy tratando de demostrar); en tal caso, si con posterioridad se le permitiese constituir *ex novo* un derecho de usufructo, la obtención por su parte de un enriquecimiento injusto sería manifiesta.

3.º La base legal de la tesis que niega la constitución automática del derecho de usufructo está asentada en los términos del artículo 468 del Código Civil, conforme al cual «el usufructo... se constituye... por la voluntad de los particulares *manifestada...*», y se razona que, en el

caso de referencia (enajenación sin reserva explícita), tal manifestación de voluntad brilla por su ausencia.

Tampoco supone la dicción de este precepto un argumento que pueda ser considerado como definitivo. Las manifestaciones de voluntad pueden ser expresas y tácitas. En el caso que se examina, el enajenante de la nuda propiedad, al emplear precisamente esa expresión «nuda propiedad», declara tácitamente su voluntad de conservar el derecho de usufructo, porque en nuestro derecho positivo la nuda propiedad, en su existencia, va siempre ligada al correlativo derecho de usufructo y a ningún otro más. No siendo el deseo del transferente reservarse el usufructo, bastará con deferir al adquirente el pleno dominio de los bienes sujetando su adquisición a un término suspensivo.

4.º La mecánica registral parece dar la razón a los defensores de la tesis no constitutiva.

Enajenada la nuda propiedad sin reserva alguna del derecho de usufructo, el Registro publicará lo siguiente:

- el derecho de dominio del transferente, alterado en lo oportuno por el de nuda propiedad;
- y el asiento en el que conste la adquisición de esta última.

Por ningún lugar aparece inscrito el usufructo.

Este pretendido argumento, meramente formalista, no tiene la entidad precisa para hacerlo prevalecer.

En primer lugar, porque olvida que todos los asientos vigentes del historial jurídico de una finca en el Registro han de ser interpretados coordinadamente. La alteración que el asiento de nuda propiedad introduce en el de dominio evidentemente no va a ser otra que la de convertir a éste en una inscripción que publica un derecho de usufructo; y no puede ser de otro modo, porque, de no ser así, el Registro vendría a publicar una simple reunión de facultades que no aparecen ni siquiera a grandes rasgos perfiladas (en contra del principio de publicidad) y que no podría decirse siquiera que constituyesen derecho real inmobiliario alguno (en contra del propio objeto del Registro de la Propiedad).

En segundo término, porque esta falta de publicidad específica del derecho residuo es propia no sólo del caso que nos ocupa, sino, en general, de todo usufructo constituido por vía de retención aun con la reserva expresa del mismo. En el caso de reserva explícita, tal circunstancia será reflejada en el cuerpo de la inscripción de nuda propiedad, pero sin que en el acta figure, de ordinario, un especial «inscribo» o «inscribe» que constate solemnemente el derecho reservado. La economía registral justificará, en todo caso, sobradamente esta omisión de solemnidad; por-

que, al existir un previo asiento de dominio, de su interpretación coordinada con el de nuda propiedad, va a aparecer con toda la claridad precisa el derecho que se pretende publicar. Además que podría pensarse que los derechos simplemente retenidos, al no ocasionar tal forma de actuar un verdadero modo de adquirir, no deben ser objeto de un asiento autónomo (24). El verdadero modo de adquirir, en el caso de retención, será el título que haya servido de antecedente a la misma; es decir, el que consta en el asiento de dominio, de tal forma que el derecho reservado sufrirá las mismas vicisitudes por las que pase tal título.

5.º El último de los razonamientos que puede justificar la doctrina de la no constitución automática radica en las disposiciones fiscales.

El artículo 54, 2, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados, de 6 de abril de 1967, menciona expresamente como acto sujeto la «constitución de derechos reales».

Dado que, en los supuestos de enajenación de nuda propiedad sin reserva alguna del derecho de usufructo, las Oficinas liquidadoras se abstienen de girar liquidación a la constitución actual del citado derecho, habrá de suponerse que no existe tal constitución.

La falta de solidez de esta argumentación es algo que se pone de relieve:

Primero. Porque cuando el mencionado precepto fiscal habla de «constitución», se alude con ello a aquella que da lugar a un desplazamiento patrimonial, habida cuenta de que el Impuesto es de Transmisiones, bien actuales, bien lejanas en el tiempo (actas de notoriedad, expedientes de dominio, reconocimientos, etc...), pero, al fin y al cabo, verdaderas transmisiones. Precisamente por esto, el artículo 76 del citado Texto Refundido se ha encargado de matizar que la liquidación a cargo del usufructuario se girará «al adquirirse» (no al retenerse) el derecho de usufructo y conforme a la naturaleza del título de adquisición. Ni en el caso que se contempla ni aun en el de reserva explícita puede hablarse de verdadero título adquisitivo, al menos actual; y por ello en ambos supuestos (sin reserva o con ella) las Oficinas Liquidadoras del Impuesto, con buen criterio a mi juicio, no practican liquidación alguna por la adquisición del usufructo.

Segundo. Porque se olvida que por imperativo de los artículos 70, 10.º, y 76, 2.º, del Texto Refundido, aun en los casos de no producirse una reserva expresa del derecho de usufructo (y, desde luego, en los que ésta exista) se procede a girar una liquidación caucional o provisional

(24) De ahí las grandes dudas que suscita la inmatriculación del usufructo retenido cuando ello se pretenda hacer en unión de la nuda propiedad transferida.

que asegurará la que en su día haya de satisfacerse por la extinción del mismo usufructo; y tal liquidación provisoria se practica teniendo en cuenta la edad actual del usufructuario enajenante de la nuda propiedad, y con arreglo a los criterios de valoración y tipos de gravamen en curso, debiendo ser rectificadas estos dos últimos datos (no así el primero) en el momento de la extinción del usufructo, en orden a ajustarlos a los valores y tipos que entonces rijan. Esta liquidación provisional motivará en el Registro de la Propiedad la extensión de la correspondiente nota marginal de afección (art. 15, 3, del Texto Refundido). El nudo propietario queda obligado a justificar cada cuatro o nueve años, según los casos, ante la Oficina liquidadora, la existencia del usufructuario.

A efectos fiscales, no cabe duda que el usufructo ha quedado constituido.

De lo que se lleva consignado resulta que ni son fatales ni decisivos los argumentos que pueden invocarse en pro de la tesis no constitutiva; antes al contrario, del detenido examen de tales razonamientos se obtienen notas favorables a la teoría de la constitución automática, tales como: la indeterminación que aquella primera tesis ocasiona en las facultades residuales; el perjuicio que para el nudo propietario supondría su adopción; la idea de la reserva por voluntad tácita; el argumento fiscal constitutivo; o la publicidad del Registro de la Propiedad.

A todas las expresadas alegaciones, sobre las que no insistiré, remitiéndome a lo ya escrito, puede añadirse una última: el prácticamente insoluble problema que, de seguir la tesis no constitutiva, plantearía el fallecimiento del titular o alguno de los cotitulares de las facultades residuales. Entendiendo que tal residuo constituye un verdadero derecho de usufructo, la cuestión queda zanjada con la clara opción de consolidación de aquél en la propiedad o su absorción por los demás cusufructuarios, según proceda. Negándole esa cualidad, jamás podrá darse una opinión segura sobre el destino de las dichas facultades residuales.

En consecuencia, enajenada la nuda propiedad sin reserva alguna del derecho de usufructo, tal derecho quedará no obstante constituido en favor del enajenante de aquélla. El Registro de la Propiedad publicará esta situación en virtud de la interpretación coordinada de los asientos de dominio y nuda propiedad. Sería, a mi entender, una oficiosidad que se hiciese constar el derecho de usufructo bien en el cuerpo de la inscripción de la nuda propiedad, bien en nota al margen de la de dominio; pero esta actuación poco recomendable jamás daría lugar a responsabilidad. Lo que, desde luego, resulta irreprochable es que por nota de simple auxilio de oficina, puesta al margen del asiento de dominio, se haga indicación de la nuda propiedad transmitida, con referencia al asiento donde figure inscrita.

Concluido el examen de esta cuestión, paso a ocuparme del otro punto que destacaba, y que es relativo a los

b) *Efectos del usufructo ganancial*

Su disposición no ofrecerá duda en cuanto a la necesidad de ajustarse a las normas previstas en general para los bienes gananciales.

Su renuncia no es posible que sea hecha por uno solo de los cónyuges, por cuanto ello pugna con la naturaleza de todo derecho conjunto y con la de todo bien ganancial. Ambos cónyuges podrán, con sujeción a lo dispuesto para la enajenación de bienes de la sociedad ganancial, formular eficazmente aquella renuncia; que, por referirse a cosa o derecho concretos, no puede entenderse comprendida en la norma prohibitiva del artículo 1.394 del Código Civil (renuncia a la sociedad de gananciales). Se ha de sostener, pues, su validez, sin perjuicio del derecho que a los acreedores compete en el caso de haberse realizado aquélla en su fraude.

Queda, por último, determinar los efectos que la muerte del cónyuge surte para el usufructo ganancial. Para fijarlos será preciso tener presente el dato de que el mencionado usufructo consta inscrito a nombre de ambos cónyuges (conjuntamente y sin atribución de cuotas) y para la sociedad conyugal. Dar más importancia a uno u otro punto implica adoptar soluciones muy diferentes.

Atendiendo sólo al hecho de que el usufructo está inscrito «para la sociedad conyugal» podría llegarse a concluir que debe fenecer aquél cuando se extinga ésta. La conclusión obtenida resulta indefendible: porque supone conceder a la sociedad conyugal una personalidad jurídica independiente de la de los propios cónyuges, que el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y del Notariado se han negado reiteradamente a otorgarle; y porque implica privar en absoluto de efectos al otro dato que señalaba: el de que la inscripción se practica con carácter conjunto a nombre de ambos esposos.

Cabe, en segundo término, intentar armonizar todos los aspectos que resultan de la forma en que el usufructo consta inscrito. Así lo pretenden RUIZ ARTACHO (25) y Eduardo MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (26), quienes, no obstante, incurrn en la desproporción de atribuirle a la postre mayor virtualidad al dato del carácter ganancial del derecho de usufructo que al de su naturaleza conjunta. En palabras del primero de los citados autores, fallecido un cónyuge, el usufructo «no por ello pasa al cónyuge sobreviviente, sino que, al practicarse la liquidación de la sociedad conyu-

(25) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero 1952, núm. 284, pág. 5.

(26) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57 y 58, pág. 390.

gal, pertenecerá a la persona a quien se adjudique, bien sea dicho cónyuge supérstite u otro interesado».

De los términos con que aparece formulada esta tesis se infiere la posibilidad de que el usufructo ganancial pase, en todo o en parte, a integrar el caudal hereditario del cónyuge premuerto, transmitiéndose a sus herederos. Esta deducción es en nuestro derecho insostenible, por cuanto pugna con la naturaleza personal y generalmente vitalicia del usufructo, que se extingue por la muerte del usufructuario (art. 513 del Código Civil) y que no es transmisible *mortis causa*, como resaltó la Sentencia de 26 de abril de 1954.

Sentado esto, si el usufructo no puede transmitirse a los herederos del premuerto, ¿habrá de entenderse que queda extinguido en su parte y consolidado con la nuda propiedad? (27). Tampoco este entendimiento es correcto, a mi juicio, pues es contrario al artículo 521 del Código Civil, que, según se dijo en la Sentencia de 24 de abril de 1976, que en otro lugar he resumido, es norma aplicable en general a los usufructos conjuntos.

Por fortuna, las dos cuestiones planteadas: necesidad o no de liquidación de la sociedad conyugal respecto del usufructo, y posible extinción de éste en la parte correspondiente al premuerto, aparecen hoy claramente resueltas por la Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 10 de julio de 1975.

El planteado en tal resolución fue un supuesto en que, constando un usufructo inscrito como ganancial, se presentó al Registro la escritura en la que el usufructuario, ya viudo, y la nuda propietaria vendían a un tercero sus respectivos derechos.

El Registrador inscribió la nuda propiedad transmitida y suspendió el usufructo por entender que, siendo éste un bien ganancial, tenía que ser objeto de la correspondiente adjudicación previa la liquidación de la disuelta sociedad conyugal. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota calificadora.

El Centro directivo revocó el auto apelado y la nota del Registrador, expresando en el tercero de los considerandos de su fallo:

«Que no es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo previa la disolución de la sociedad de gananciales... dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario, y/o se produce la consolidación en la persona del nudo propietario, o bien, tal como ocurre aquí,

(27) CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA defienden esa extinción parcial y consolidación en *Apuntes del Derecho Inmobiliario y Registral*, Madrid, 1968, tomo II, página 20.

según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales, y de acuerdo además con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho».

La Dirección general ha venido así a destacar, sobre el carácter ganancial del usufructo, su naturaleza conjunta (27 bis).

Civilmente, esta dispensa de liquidación y adjudicación respecto del derecho de usufructo no deja de ofrecer dudas por cuanto perjudica o puede perjudicar, en primer término, a los acreedores de la sociedad conyugal que ven sustraído del haber de la misma un derecho patrimonial que, en buena ley, debería de formar parte de aquel acervo; y, en segundo lugar, a los herederos forzosos del cónyuge premuerto que podrían resultar lesionados en sus legítimas.

En orden a superar estas consecuencias Juan COMÍN COMÍN (28) señala que lo procedente será incluir en la masa en liquidación no el usufructo mismo, sino su valor.

Pero esta imputación que se pretende:

1.º No armoniza con el carácter del usufructo, que, al ser conjunto, vendría a hacer imposible la determinación de la cuantía a imputar.

2.º No encaja con la idea de la adquisición del cónyuge sobreviviente, que no procede de una atribución que el otro le realiza, ni de la obtención de un especial lucro particular a costa del caudal común, sino que deriva, según teorías, de un fenómeno especial de acrecimiento; de una adquisición *ex lege*; o de la absorción que es propia a todo derecho conjunto.

3.º No tiene, por último, trascendencia registral alguna. Si el Registrador no puede exigir que, cuando el cónyuge viudo pretenda enajenar el usufructo ganancial, se le presente el documento en que conste la liquidación de la sociedad conyugal, mal puede comprobar si se ha imputado o no su valor en la referida liquidación. Si estas operaciones liquidatorias se presentasen con posterioridad al Registro y en ellas no se contuviese la meritada imputación, tampoco podría el funcionario calificador,

(27 bis) La subsistencia del usufructo, pese al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, sólo podrá sostenerse cuando en el título constitutivo no se contenga nada contrario a ello, como ocurriría si el usufructo se constituyese sobre la vida de uno solo de los cónyuges o en la Escritura de adquisición de tal derecho comparciese exclusivamente uno solo de ellos y no existiesen datos reveladores de que se adquiere por la vida de los dos esposos (como sería la consignación de la edad de ambos). El fallecimiento de aquel sobre cuya vida aparece expresa o tácitamente constituido el usufructo producirá su extinción total.

(28) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57 y 58, julio a diciembre 1967, página 335.

que en un alarde de celo profesional descubriese aquella omisión, oponer reparo alguno; porque, en cuanto a colación e imputaciones, los interesados son plenamente soberanos.

C) USUFRUCTO SIMULTÁNEO Y CONJUNTO ENTRE CÓNYUGES

Los cónyuges, en el régimen de la sociedad legal de gananciales, pueden ser titulares en forma simultánea y conjunta de un derecho de usufructo. La adquisición del mismo puede operarse a través de alguna de las siguientes vías:

- 1.^a Por herencia o legado.
- 2.^a Por donación.
- 3.^a Por adquisición onerosa.
- 4.^a Por reserva en la enajenación de bienes gananciales; y
- 5.^a Por igual reserva en la enajenación de bienes privativos.

Ningún problema concurre en las dos primeras. Las restantes ofrecen ya mayor dificultad, por lo que será conveniente que sean examinadas de forma separada.

a) *Adquisición del usufructo simultáneo por negocio oneroso o por reserva en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales*

La práctica nos enseña cómo la actuación de los cónyuges enajenantes de la nuda propiedad de unos bienes gananciales es de ordinario la de reservarse bien «el usufructo simultáneo y sucesivo sobre los mismos, de modo que al fallecimiento de uno recaiga íntegro en el sobreviviente»; o bien retenerlo el marido enajenante «para sí y para su esposa de forma que al morir uno pase íntegro al que sobreviva». Aunque menos frecuente, tampoco será insólito que unos cónyuges adquieran a título oneroso el derecho de usufructo, previniendo en la escritura cláusulas similares a las que quedan reseñadas (29).

En las aludidas estipulaciones para nada aparece el dato de que el usufructo vaya a ser adquirido con carácter ganancial, antes al contrario, tal posibilidad parece querer eludirse.

En general, se admite sin problema la validez de este tipo de usufructos, porque la aparente alteración que pretenden introducir en el régimen de los gananciales no es más que eso: aparente, sin que comporte modi-

(29) Un caso así fue el objeto de recurso en la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 9 de febrero de 1917.

ficación real alguna. Basta si no con examinar cuál es la voluntad de los interesados al estipular esas prevenciones y contrastarla con los efectos que el usufructo ganancial produce (30) para comprobar cómo entre la una y los otros se da la más absoluta identidad.

A mi juicio, las cláusulas en cuestión no son sino residuo de épocas anteriores en las que se pensaba que el usufructo ganancial había de quedar sujeto a la liquidación de la sociedad conyugal y ser adjudicado en igual forma que los restantes bienes integrantes del haber común. Si esta sujeción a los efectos liquidatorios, que es precisamente lo que pretendía evitarse, no puede hoy ya ser predicada (31) parece absurdo que se sigan manteniendo las antiguas fórmulas. Resulta inexplicable que se dé un rodeo donde ya no existe obstáculo.

La estipulación en la que se expresa que el usufructo se adquiere o se reserva con el carácter simultáneo y sucesivo o sólo simultáneo, pero con prevención de acrecimiento para el sobreviviente, ni es congruente ni necesaria.

- Decir que el usufructo puede ser simultáneo y sucesivo a la vez para unas mismas personas (MARTÍNEZ SANTOJA) resulta una total incongruencia. Ceteramente, apunta GARCÍA-BERNARDO LANDETA (32) su más absoluta incompatibilidad conceptual. Lo que es sucesivo no puede ser al mismo tiempo simultáneo.
- Que es inútil y sobrada la prevención de que el usufructo pase íntegro al cónyuge sobreviviente, una vez ocurrida la muerte del otro, lo revela el hecho de que tal efecto de absorción es propio de todo usufructo conjunto y, desde luego, del ganancial, como ya tengo anticipado.
- Y, por último, que la voluntad de las partes consistente en disfrutar en vida del derecho (sin privar a la sociedad conyugal de los frutos ni lucrarse indebidamente en otra forma) y en atribuir al sobreviviente aquel disfrute íntegro, queda plenamente reflejada y cumplida con un usufructo de carácter ganancial, según se ha dicho.

La práctica notarial debería abandonar estas oscuras, arcaicas y ya inútiles fórmulas, procediendo, tanto en el caso de la adquisición onerosa como en el de la reserva, a consignar sin más que los cónyuges adquieren o se reservan el derecho de usufructo pudiendo añadirse o no que lo es con carácter ganancial, porque esta última adición no refuerza ni su omisión altera para nada la normativa legal que, en tales casos, fija de forma indubitada el carácter ganancial de lo adquirido o reservado.

(30) Ya examinados en apartado anterior.

(31) Resolución de 1975 resumida en anterior epígrafe.

(32) Lugar citado. Nota 26, al pie de pág. 90.

Mientras este cambio de criterio no se produzca, mientras las escrituras que acceden al Registro sigan conteniendo cláusulas similares a las de referencia, la correcta actuación del Registrador entiendo que debe ser la siguiente:

1.º En las reservas de usufructo, se consignará la cláusula en cuestión en el cuerpo del asiento de nuda propiedad. Al no practicarse una especial acta de inscripción por existir una previa del dominio pleno, resultará que el Registro publica un usufructo ganancial (carácter deducido del asiento de dominio), que será adquirido íntegro por aquel de los cónyuges que sobreviva (según anuncia la cláusula de reserva que consta en el de nuda propiedad).

Ni se alteran con ello las declaraciones de las partes, pues son transcritas en su integridad o en extracto, ni se desvirtúan en nada los previos pronunciamientos registrales que obligaban al Registrador y, desde luego, a las partes a considerar el usufructo como ganancial. La certificación que de estos asientos se expida deberá reflejar ambos datos.

2.º Para el supuesto de adquisición onerosa, la inscripción que se practique recogerá dos contenidos (33): la estipulación especial convenida por las partes, que constará en el cuerpo del asiento, y la declaración solemne de que el derecho se inscribe a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, extremo que se reflejará en el acta de inscripción.

Se respeta con ello la voluntad de los interesados y se da debido cumplimiento a la disposición del artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario, cuya raíz sustantiva son los artículos 1.401, 1.º, y 1.407, ambos del Código Civil.

Esta fue la solución adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de febrero de 1917, en la que se declaró que la escritura de compra en la que los cónyuges adquirían un usufructo simultáneo con prevención de acrecimiento, era inscribible «en el concepto de adquisición a título oneroso, sin perjuicio del derecho que el artículo 252 de la Ley Hipotecaria concede a los interesados en la inscripción». No pudo decirse más, si se tiene en cuenta el año en que el fallo fue pronunciado.

b) *Adquisición de un usufructo simultáneo por reserva en la enajenación de la nuda propiedad de bienes privativos*

Con el deseo de ordenar el presente y prevenir el futuro, unos padres de familia reúnen un grupo de bienes de su pertenencia (en algunos casos

(33) Desde luego, compatibles, como vengo señalando.

prácticamente todos) y los donan en nuda propiedad a sus hijos, reservándose el usufructo para ambos y para el que de ellos sobreviva.

Sin perder la dirección de la casa (de ahí la reserva de usufructo) con este negocio familiar pretenden los padres repartir entre sus hijos su caudal en vida, evitando las disputas que a su falta, en la partición de la herencia, frecuentemente se suscitan, y asegurarse recíprocamente uno y otro cónyuge recursos suficientes para la viudez y la posibilidad de continuar rigiendo un patrimonio que, en su mayor parte, aquéllos han forjado con su esfuerzo. De paso, la operación puede suponer un considerable ahorro en el impuesto sucesorio (la división de las bases en un impuesto con tipo de gravamen progresivo es siempre ventajosa).

Con este bagaje de lícitas aspiraciones acuden los interesados a dar forma legal a sus deseos y comprueban con asombro la advertencia que el profesional o funcionario les hace: la operación es correcta sólo en cuanto a los bienes de carácter ganancial, no así respecto de los parafernales, dotales o privativos, para los que la reserva de usufructo que se pretende realizar cae de lleno en el terreno prohibido de las donaciones entre cónyuges.

El usufructo simultáneo reservado, se dice, no encierra, en el fondo, sino una donación que del usufructo el cónyuge donante de los bienes a los que la reserva afecta hace al otro, y el artículo 1.334 del Código Civil es suficientemente claro al señalar que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio». El Tribunal Supremo se ha encargado convenientemente de ampliar en todo lo posible el efecto del referido artículo, de forma que ningún acto en el que aparezca un asomo de «liberalidad» entre cónyuges escape a su regla prohibitiva (así, la Sentencia de 28 de octubre de 1965), aunque tal doctrina jurisprudencial aparezca formulada en contra del principio general del Derecho con base al cual toda prohibición ha de ser interpretada restrictivamente; de la mayoría corriente de los autores, que enjuicia con extraordinario sentido crítico aquel precepto; de los propios antecedentes legales patrios, y de la postura de mayor flexibilidad o permisibilidad adoptada por nuestras legislaciones forales.

Si el usufructo reservado lo fuese con carácter sucesivo (y lo mismo para el efecto acrecentador *post mortem* típico del simultáneo), se sigue diciendo, nos encontramos ante una donación *mortis causa* que, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 620 del Código Civil (entre los que se interpreta que está la forma testamentaria), será igualmente nula.

Al Notariado, primer eslabón en la publicidad legal de los negocios jurídicos, le ha cabido primordialmente la tarea de enfrentarse al acto que se examina y a los obstáculos que a su validez se oponen, y ciertamente estos últimos han venido a pesarle en gran medida. Si la objeción que

supone el artículo 620 ha sido en muchos casos abordada con éxito, no se ha tenido la misma presencia de ánimo ante el contenido del artículo 1.334.

Las posiciones mantenidas al respecto pueden ser agrupadas en las dos siguientes: la de aquellos que con renuncia total capitulan ante los referidos obstáculos admitiendo que sobre bienes peculiares de un cónyuge sólo éste puede para sí reservarse el usufructo, y la de aquellos otros que considerando imposible la reserva del usufructo simultáneo en bienes privativos, orientan sus esfuerzos hacia la construcción de la reserva de carácter sucesivo.

En la primera de las apuntadas líneas puede situarse la tesis defendida por MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE (34), para el que resulta inviable tanto la reserva simultánea como la sucesiva. Para dar forma jurídica, en alguna medida, a la voluntad de los interesados, propone, entre otras, las siguientes vías:

- Reserva por parte del cónyuge donante del derecho de usufructo y de la facultad de constituir en el futuro otro usufructo en favor del no donante, usando luego de tal facultad por testamento (35).
- Otra solución será la de constituirlo mediante la imposición al adquirente de la obligación de consentir el usufructo del otro cónyuge si sobrevive, quedando garantizado este deber con condición resolutoria de la donación o venta de la nuda propiedad.

En la primera fórmula no queda cumplido de presente el deseo de las partes ni éste se realiza del modo deseado; con la segunda sucede lo mismo, agravándose con el hecho de que al ser los donatarios de la nuda propiedad, de ordinario, los hijos del imponente de la condición, incumplida que fuere ésta, los bienes, a través del mecanismo sucesorio, pasarían normalmente a los mismos favorecidos por la resuelta donación.

Con similar orientación, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (36) no concibe la reserva del usufructo simultáneo ni la del sucesivo, proponiendo, para dar en algún modo cumplimiento al deseo de las partes, la tesis, ya defendida por BIONDO, de que sólo a través de la transmisión del dominio pleno

(34) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 53 y 54, págs. 280 y 285, y números 57 y 58, pág. 391.

(35) Esta es la solución propuesta por el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, septiembre de 1960, núm. 111, pág. 525, en el que, al comentarse la Sentencia de 7 de junio de 1960, que luego resumiré, y tras destacarse cómo el fallo declara la inexistencia de donación durante el matrimonio, asombrosamente se apostilla luego que «lo que estaba y sigue prohibido es la reserva de usufructo, en la donación de bienes propios en favor del donante y su esposa, por estimarse como donación entre cónyuges prohibida por el artículo 1.334 del Código Civil».

(36) *Ob. cit.*, págs. 87 y ss.

y la coetánea o posterior constitución, por el adquirente, del usufructo a favor del transferente y su cónyuge, puede conseguirse sin reparo legal la finalidad pretendida.

La operación (en la que ya no puede hablarse de reserva, como reconoce el propio GARCÍA-BERNARDO) plantea un doble inconveniente: el fiscal, pues el negocio será gravado con una mayor carga tributaria de la prevista, y el sustantivo, que se deriva de convertir a los cónyuges usufructuarios en adquirentes directos de los nudo propietarios, con las consecuencias que ello puede implicar si el acto de constitución del usufructo fue uno de carácter gratuito (especialmente la revocación por superveniencia de hijos del donatario) y aun si fue oneroso (dadas las casi seguras simulaciones en la contraprestación).

No creo que pueda irse tan lejos como lo hacen CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA (37) al considerar que el mecanismo operativo señalado envuelve un fraude a la ley que va a impedir su inscribibilidad.

En la segunda de las líneas que antes apuntaba, la de aquellos que intentan hacer viable, ya que no la reserva simultánea, sí la sucesiva, se enmarcan las posiciones de CASASUS HOMET y JUAN COMÍN.

El primero (38) admite la reserva del usufructo con carácter sucesivo y la entiende válida como donación *mortis causa*, porque ésta no requiere ser hecha en testamento, tal y como ya defendió VALLET DE GOYTISOLO (39).

JUAN COMÍN COMÍN (40), aun reconociendo las serias dificultades que la reserva sucesiva plantea y después de pretender configurarla como una estipulación a favor de tercero (extremo que nada resuelve), acude, como medio de salvar aquellas dificultades, a la idea de la convalidación del acto constitutivo del usufructo, mediante una disposición testamentaria en la que el donante declare su voluntad de que tal acto valga como legado si no valiese como donación (el usufructo queda, desde luego, constituido y las dudas sobre su validez se allanan con su convalidación posterior). Basta señalar que lo que es nulo no produce efecto alguno para comprobar lo cerca que esta tesis está de la defendida por MENÉNDEZ (legado de usufructo).

Quizá el mayor defecto en el que incurren todos estos esfuerzos doctrinales, que he intentado resumir, haya sido el de no abordar frontalmente el problema, obteniéndose sólo a través de vías oblicuas soluciones cuyos resultados se intenta que sean lo más parecidos a lo realmente que-

(37) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo II, pág. 22, 2.ª ed.

(38) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 51, pág. 190.

(39) *Revista de Derecho Privado*, núm. 357, diciembre 1946. Id., «Estudios sobre donaciones», Madrid, 1978.

(40) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57 y 58, págs. 339 y 340.

rído por los interesados. ¿Hay acaso motivos realmente tan relevantes que impidan alcanzar en forma directa esa finalidad? A mi juicio, no.

El deseo de las partes resulta obvio: reservarse en bienes privativos de un cónyuge el usufructo simultáneo para ambos esposos, de modo que al fallecimiento del uno pase íntegro al sobreviviente.

Que este deseo queda plenamente logrado con la simple reserva del usufructo conjunto y simultáneo sin más previsiones es punto que aparece igualmente claro, pues tal tipo de usufructo produce: de presente, el disfrute en común para ambos esposos del derecho reservado, y de futuro, la absorción total del disfrute por el que de ellos sobreviva, tal y como en epígrafe anterior tengo expresado.

Al efecto de presente se oponen, en principio, la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges contenida en el artículo 1.334 del Código Civil. Pero ¿existe acaso verdadera donación en el caso que se examina?

Entiendo que no se produce donación alguna, y si la hay opera sin contenido económico.

Toda donación, toda liberalidad, conlleva el empobrecimiento del que la hace y el correlativo enriquecimiento del donatario. Ni una ni otra cosa ocurren en este caso.

En el aspecto puramente económico hay un dato en estas reservas que, sin pretender ahora descubrirlo, creo que no se le ha concedido la importancia que merece; tal es el contenido del artículo 1.401, 3.º, del Código Civil, y el artículo 1.403, que supone el lógico desarrollo del primero en cuanto al usufructo se refiere. Los frutos de los bienes peculiares de los cónyuges, aunque se trate de un derecho de usufructo, son gananciales.

Si el cónyuge donante se hubiese reservado para sí solo el usufructo, no tendría mayor derecho al percibo de los frutos que de retenerlo para sí y su esposa, porque en uno y otro caso los frutos serán percibidos por la sociedad de gananciales.

A esta falta de enriquecimiento, que pongo de relieve, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (41) opone dos objeciones:

1.^a El precio de venta del usufructo, que debería ser privativo del donante, se convertiría en ganancial. Habrá que señalar que, en primer término, será realmente extraño que se produzca esta enajenación del derecho reservado, al menos por la vía voluntaria, dada la finalidad con la que se hace la retención; en segundo lugar, que el obstáculo podría ser salvado sin más que convenir en una prohibición de disponer respecto del usufructo o establecer que, llegado el caso de su enajenación, fuese el precio exclusivamente al donante de la nuda propiedad, antiguo titular de los bienes; en tercer lugar, debe precisarse que cuando se trata de un

(41) *Ob. cit.*, pág. 65.

derecho conjunto, como es el caso, la distribución del precio o contraprestación obtenido con su realización es un punto en el que resulta prácticamente imposible entrar, y, por último, que las donaciones de dinero entre los cónyuges o las aportaciones que de dinero privativo uno de ellos haga a la sociedad conyugal (que es justamente lo que aquí se quiere evitar) se producen con bastante frecuencia y su ilicitud resulta incontrolable registral y aun civilmente. Baste recordar cómo los precios de venta de los bienes privativos o el dinero privativo de cualquiera de los esposos se emplean en necesidades del matrimonio, se depositan en cuentas corrientes bancarias de carácter indistinto e incluso llegan a usarse para realizar adquisiciones de gananciales. En muchos casos tal metálico no quedará reflejado, en el inventario que al disolverse la sociedad se practique, con su propio carácter de privativo o parafernial, antes al contrario, no resultará anómalo el que ni siquiera conste inventariado o que constando, lo esté como ganancial y sea partido como tal (buscándose quizá con ello la exención del núm. 15 del art. 65 del Texto Refundido del Impuesto).

2.^a La segunda objeción invocada por GARCÍA-BERNARDO es la posibilidad de que los esposos, después de reservado el usufructo, acudan a la separación en cualquiera de sus modalidades (el autor citado sólo alude a la judicial), en cuyo caso, se adjudicaría a cada uno su parte en el derecho. El supuesto, además de rebuscado, creo que no se plantea correctamente. Si el usufructo es conjunto, su división no es factible, por lo que al separar sus bienes, los cónyuges tendrán que adjudicárselo como conjunto igualmente, y caso de reconciliación, habrían de aportarlo con el mismo carácter de solidario.

Sólo a través de la renuncia hecha por el cónyuge donante podría el otro lucrarse; pero, como para el usufructo conjunto tengo en general constatado, tal renuncia no puede ser formulada, y ni siquiera la renuncia al disfrute, a la que aludía entonces, podrá en este caso realizarse porque el disfrute no pertenece al cónyuge repudiante, sino a la sociedad de gananciales.

Con la reserva simultánea en bienes privativos, parafernales o dotales no se produce merma ni acrecentamiento patrimonial. Aunque se dijera que la sociedad conyugal tiene sólo derecho a los rendimientos líquidos obtenidos de los bienes, ello sólo posee ya virtualidad para vaciar de contenido económico el acto realizado.

La reserva va a suponer sólo una atribución de titularidad a favor del no donante, que no va a implicar nunca el que el cónyuge donante pierda la suya, pues al ser conjunto el usufructo retenido, este último es usufructuario del todo y no de una parte señalada de la cosa o del derecho. Conviene no perder de vista el hecho de que, en el fondo, lo realmente pretendido es atribuir la titularidad no al otro cónyuge, sino más bien a la

sociedad conyugal (como apunta el segundo de los considerandos de la Sentencia de 7 de junio de 1960, de la que luego por extenso trataré). El deseo no parece, pues, otro que el de ofrecer a dicha sociedad un título voluntario que refuerce el derecho legal al percibo de los frutos.

La única limitación que el donante sufre en sus facultades es la de sujetar la disposición futura (improbable) del derecho de usufructo al mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Considerar ello suficiente para calificar el acto como uno de donación lo juzgo desmesurado.

Aterroriza en demasía el hecho de la conversión en común de una cosa peculiar, y no es que pretenda preconizar este resultado, pero es conveniente sentar que ni es el caso, pues aquí sólo se hace en común una titularidad, no así la entidad económica, que ya lo era, y que esa atribución al patrimonio común no es ni mucho menos insólita. Aparte de los supuestos de metálico ya reseñados, pueden añadirse los siguientes: la inmatriculación de una finca originariamente privativa simulando un título de adquisición oneroso; la enajenación de bienes privativos y su posterior readquisición onerosa, y la edificación en solar propio de un cónyuge a costa del caudal común (art. 1.404, par. 2.º, del Código Civil), en la que el terreno pasa a convertirse en bien ganancial sin más que satisfacer al propietario su valor (hecho que raramente se acredita y a cuya justificación habría que objetar serios reparos en cuanto a su veracidad).

Ningún obstáculo legal se opone a la actuación por la que un cónyuge enajena a título gratuito sus bienes propios, privando con ello a la sociedad conyugal de forma definitiva del derecho a percibir los frutos de los mismos, y, sin embargo, se impide dar curso legal a la recta intención que tiende a evitar que tales frutos escapen de presente para la sociedad o incluso puedan ser perdidos por ella en el futuro, salvo que tal pérdida sea decidida por sus miembros (marido y mujer) en la forma prevista para la disposición de cualquier derecho ganancial. Se admite la actuación unilateral en perjuicio de la familia y no se acepta una operación esencialmente destinada a evitarlo: la de la reserva.

Que la reserva que se examina no comporta de presente una donación entre cónyuges prohibida es una conclusión a la que llegó la interesante Sentencia de 7 de junio de 1960.

El caso planteado al Supremo Tribunal fue el que sigue:

Don Andrés Z. A., casado en segundas nupcias con doña Tomasa A. E., donó al hijo de su primer matrimonio, don Anselmo Z. V., la nuda propiedad de tres casas que le pertenecían con el carácter de privativas, y sobre ellas se reservó el usufructo para sí y para su esposa, así como para el que de ellos sobreviviese. Dos años después, el donante otorga testamento en el que lega a su esposa, doña Tomasa, el pleno dominio de las tres refe-

ridas casas, y fallecido aquél, ésta inscribió su adquisición. Contra ella dedujo demanda el hijo, don Anselmo, pidiendo que se declarase la nulidad del legado y de las inscripciones por su razón practicadas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, y atendiendo posiblemente a una reconvencción de la demandada, declaró nula la donación hecha a favor de don Anselmo.

Apelado el fallo, la Audiencia Territorial lo revocó, declarando:

1. Que la donación reunía las condiciones exigidas por la ley y era, «por tanto, válida en todas sus partes».
2. Que era nulo el legado que de los bienes previamente donados hizo el causante, don Andrés, en favor de su esposa en segundas nupcias.
3. Que las inscripciones que de ese legado se practicaron a favor de ella en el Registro de la Propiedad eran igualmente nulas.
4. Y «que únicamente correspondió a doña Tomasa A. E. el usufructo vitalicio de las fincas en cuestión» (42).

Se recurre en casación esta sentencia, cometiéndose por la representación de la recurrente la imperdonable omisión de no impugnar la declaración de nulidad hecha por la Audiencia acerca del legado, y es por ello que el Supremo señala, en el primero de los considerandos de su fallo, que «este pronunciamiento ha quedado firme». Esto condicionará en gran medida la solución del recurso. Los motivos aducidos por la recurrente pueden resumirse en los que siguen:

1. La donación era nula por atribuir a unos bienes privativos la condición de gananciales, y lo era también la reserva de usufructo, por ser donación entre cónyuges.
2. Las casas en litigio habían sido ya adquiridas por la recurrente en virtud de prescripción ordinaria.
3. La donación hecha al hijo, dado su carácter *mortis causa*, en razón del usufructo vitalicio que la condiciona, quedó revocada por el legado ordenado posteriormente por el donante.

No se estimó la prescripción (tercer considerando), pues la posesión de la recurrente «era como usufructuaria y no como dueña, y esto le constaba, en cuanto ella intervino en la escritura de donación, por lo que no cabe admitir la buena fe ni tampoco el justo título».

Se desestimó igualmente el tercero de los motivos, no pudiendo prosperar al no haberse impugnado la declaración de nulidad del legado, y porque aunque así no fuere, es claro que el donatario recibe por donación *inter vivos* la nuda propiedad de los bienes donados, y tal naturaleza del

(42) Así del *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*.

acto transmisivo no puede ser modificada por el simple hecho de que la consolidación no se produzca hasta determinado momento (cuarto considerando).

Ciertamente que es la primera de las alegaciones de la actora la que en mayor medida nos interesa. Respecto de ella, el segundo de los considerandos de la sentencia advierte:

- Que no hay conversión de bienes privativos en gananciales, pues en la discutida donación, «a pesar de la innecesaria presencia de la esposa, lo que se dona al hijo es la nuda propiedad de las tres casas, constituyendo un derecho real de goce sobre estas fincas al reservarse el usufructo, lo que autoriza el artículo 634..., y precisamente como supuesto necesario para la validez de la donación en su consideración cuantitativa».
- «Y respecto de la reserva del usufructo hasta la muerte de los dos cónyuges..., dicha reserva no se hace por partes determinadas entre ellos, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste, e independientemente de lo expuesto, aunque existiera esa donación durante el matrimonio, no cabe olvidar que los donatarios serían dos y que la inhabilidad para serlo de uno solo de ellos no puede determinar la nulidad total de la donación cuando, como aquí ocurre, lo donado son cosas distintas, a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo, nulidad que al producirse llevaría consigo la consolidación del dominio pleno, la liberación del gravamen, en perjuicio de la misma recurrente, siendo notorio que en el recurso de casación podrá mejorarse su posición, pero no agravar la que declara la sentencia que recurre.»

El extenso párrafo, que he creído necesario transcribir por su importancia, resuelve la cuestión que de presente suscita la reserva de usufructo simultáneo entre cónyuges, pero deja intacto el problema que de futuro plantea.

El Tribunal Supremo es claro y rotundo en cuanto a que no hay donación durante el matrimonio. Las palabras «aunque existiera esa donación» y lo que a ellas sigue, se introducen no para manifestar una inseguridad en la tesis que se consagra, sino para, en trance de colocarse en las premisas de la recurrente, demostrar la absurda situación que se ocasionaría: siendo nula la reserva de usufructo y válida la donación de nuda propie-

dad, queda privada la actora de todo derecho sobre los bienes en litigio, con lo que perjudica su posición, la sentencia recurrida le reconoció el usufructo). A fuer de ser posibilista, el Supremo es posible que haya inducido a confusión.

Lo que no puede estimarse correcto en el fallo que se comenta es esa alusión que para el supuesto de muerte de uno de los esposos usufructuarios se realiza, al consignarse que «es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación». Tal declaración es oscura por cuanto no señala taxativamente que la donación exista y deja sólo abierto un margen para la razonable duda; es inmeditada, pues no aparece argumentada, y porque si se pensó que con ello se salvaba el obstáculo del artículo 1.334 del Código Civil (43), se olvidó el que representa la interpretación del artículo 620 del mismo cuerpo legal (forma testamentaria para las donaciones *mortis causa*), y, por último, es incongruente con el fallo de la Audiencia, que en uno de sus pronunciamientos contiene la precisión de que el usufructo sobre las fincas en litigio quedó perteneciendo a la viuda. Si el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación, juzgó correcta la sentencia recurrida, concediéndole plena fuerza, debió de abstenerse de introducir duda alguna en los contenidos de la misma.

Habrà que estar entonces con las conclusiones obtenidas en la Segunda Instancia (que perdido el recurso adquirirán pleno vigor), en el sentido de estimar válido el efecto de absorción en favor del sobreviviente que, en el usufructo simultáneo, se produce al fallecimiento del otro.

Tanto si se sigue la tesis de que el artículo 521 del Código Civil, aplicable al caso, consagra un acrecimiento o una adquisición *ex lege*, como si se acepta la defendida por mí, no puede, en pura técnica, hablarse de donación, puesto que no es la voluntad de un cónyuge la que genera la adquisición por el supérstite, sino que es un especial derecho de acrecer, o la ley o ésta unida al singular carácter que define los derechos conjuntos, la que ocasiona la absorción *post mortem* del usufructo. Si el impulso adquisitivo no se recibe merced a una voluntad particular, mal puede decirse que exista donación. Si el efecto absorcional se produce, lo hayan previsto o no los cónyuges, a virtud de que tal efecto es consustancial con el usufructo simultáneo y conjunto (44) que aquéllos se reservaron en acto *inter vivos*, no cabe encuadrarlo en la institución de la donación *mortis causa*.

No hay, pues, donación *mortis causa* que deba estimarse nula por infracción del artículo 620 del Código Civil y concordantes. Esta conclu-

(43) Su ámbito se ciñe a las donaciones realizadas «durante el matrimonio».

(44) Como lo es el derecho de acrecer en las vacantes producidas respecto de aquellos derechos que se defieren en forma conjunta, extremo que, como se vio (art. 637 del Código Civil), puede operar entre cónyuges.

sión es la más acorde con la posibilidad, generalmente admitida, de las reservas de usufructo simultáneo en la enajenación de bienes gananciales, a las que, al menos respecto de la porción correspondiente al premuerto, habría que objetar idénticos reparos a los que se formulan a la reserva de referencia. Lo mismo habría que decir del usufructo simultáneo y conjunto adquirido gratuitamente por marido y mujer. De sostener, en este último caso, que el acrecentamiento o absorción futura comporta una donación *mortis causa*, se seguiría:

- O bien, que dicha donación se hace por un cónyuge a favor del otro, lo que sería desnaturalizar un negocio del que con meridiana claridad resulta que son las personas de los esposos las que adquieren del tercero y sólo de éste.
- O bien, que es este tercero quien la realiza, con lo que, presupuesta la libre revocabilidad de este tipo de donaciones, se dejaría al arbitrio y discrecionalidad de aquél el efecto de la recíproca absorción futura. Nada de esto, como se sabe, es cierto.

Si la reserva del usufructo simultáneo en bienes peculiares de un cónyuge no puede decirse que sea donación *inter vivos* durante el matrimonio ni *mortis causa* por fallecimiento de uno de los esposos, habrá que concluir su validez y perfecta admisibilidad.

Entenderlo de otro modo ocasionaría:

1.º Alejarse de la finalidad pretendida por el último párrafo del artículo 1.413 del Código Civil, según el cual, en ningún caso «podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados» (muebles o inmuebles, privativos o gananciales). Si la reserva no contiene derecho alguno en favor del no donante, queda evidente el perjuicio que este precepto denuncia, tal y como se resaltarán en el tercero de estos puntos.

2.º Hacer de mejor condición a los cónyuges que precavidos retuvieron sólo los bienes gananciales, realizando los propios para subvenir a las atenciones de la familia, pues sobre aquellos bienes la validez de las reservas de usufructo es, como vimos, indudable.

3.º Se producirían, por último, serios problemas en cuanto a colación y reducción de liberalidades. En efecto, donada por un cónyuge la nuda propiedad de sus bienes y reservándose éste para sí solo el usufructo, el sobreviviente, si lo fuese el no donante, tendrá derecho, conforme a los artículos 1.035 y siguientes del Código Civil, a que los donatarios (si son herederos forzosos, que será lo común) colacionen el importe de lo donado, a fin de obtener el cálculo de su legítima usufructuaria, pues el Código

impone la obligación de colacionar a todo heredero forzoso sin otra precisión. De otro lado, y a tenor de los artículos 654 y siguientes del mismo Código, el esposo no donante, caso de sobrevivencia, podrá pedir que se reduzca la donación efectuada porque naturalmente siempre será inoficiosa al ser su legítima una de cuota.

No siendo donación, ¿cuál es entonces la verdadera naturaleza jurídica de la institución que se examina?

Desde el punto de vista del presente estudio, no era éste el problema fundamental, pues resultaba ciertamente de mayor importancia llegar a conclusiones claras acerca de lo que la institución no es (no es donación), y así he pretendido su enfoque. No obstante, por no dejar tal extremo sin un tratamiento adecuado, y pese a la variedad de construcciones que la cuestión admite, como en todo caso en que se trate de perfilar una naturaleza jurídica (45), donde mejor se ha precisado, a mi juicio, su verdadero carácter ha sido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de marzo de 1892.

Pese a tratarse de un caso en que la donación y reserva de usufructo fue hecha a unos hijos por la madre ya viuda, y aunque se discutía exclusivamente la necesidad o no de insinuación de la donación realizada, nos interesan sobremanera las conclusiones que se obtuvieron en el recurso, por cuanto lo que se puso en tela de juicio fue el propio carácter de donación atribuible al acto realizado y que es, desde luego, perfectamente similar al que se examina en estas notas.

En contra de la tesis mantenida por el Registrador que lo calificó de donación, el Centro Directivo, haciéndose eco de las alegaciones de la recurrente, declaró que en el referido acto de lo que se trataba era de una distribución de bienes en la que prevalecía el carácter de «partición». Con este precedente conviene ya que se comience a meditar si no serán precisamente estas donaciones familiares las auténticas particiones entre vivos, a que se refiere el artículo 1.056 del Código Civil, salvado el obstáculo que supone la inclusión en el precepto del término «el testador».

Las afinidades entre uno y otro negocio son señaladas, tanto en cuanto a su finalidad como respecto a la forma de las adjudicaciones. La práctica nos enseña que goza cada día de mayor predicamento la atribución testamentaria al cónyuge viudo del usufructo universal, y aun tampoco es

(45) Cabría configurar la reserva como una asociación que, con carácter tontinario, el cónyuge donante hace al otro (entre cónyuges sólo están prohibidas las sociedades universales, tal y como indica el art. 1.677 del Código Civil) de una titularidad en vacío del derecho de usufructo (no hay atribución de frutos) y cuya única finalidad radica en el mantenimiento de la dirección familiar y en el aseguramiento de recursos para la viudez. Que tal negocio no es tan gratuito como pudiera parecer queda patente sin más que observar cómo, en muchos casos, el cónyuge no donante realiza una similar operación de asociación usufructuaria respecto de sus bienes peculiares.

anómalo el que en las operaciones particionales hechas por los herederos, se adjudique al cónyuge sobreviviente, en pago de sus gananciales y cuota hereditaria, el usufructo vitalicio de todos o gran parte de los bienes inventariados, pese a que sobre tal conmutación nada se dijera en el testamento ordenador de la sucesión.

De todo lo dicho habrá que deducir que la admisión de estas reservas (46) ha de hacerse ya con un criterio nuevo: si bien es cierto que no hay verdadera donación de usufructo, no lo es menos que para el esposo no donante surge un derecho donde antes no lo había. El usufructo, por tanto, respecto a éste se constituye, constitución cuya eficacia definitiva (disfrute exclusivo) opera a la muerte del cónyuge donante. Ello implica:

1. Que el otro cónyuge haya siempre de comparecer en la escritura de donación como medio de no hacerle adquirir un derecho sin el concurso de su voluntad. No puede sostenerse, como dice la citada Sentencia de 1960, que su presencia sea innecesaria.

2. La conveniencia de que en el asiento de nuda propiedad, que en el Registro se practique, se haga constar en el acta de inscripción la declaración del derecho reservado (constituido), pues ya no puede decirse que el anterior asiento de dominio baste para configurarlo.

3. Las Oficinas Liquidadoras del Impuesto deberán velar porque la adquisición definitiva del usufructo por el supérstite no escape en su momento (a la muerte del cónyuge donante) de la correspondiente tributación, debiendo girarse entonces además de la liquidación que proceda por la extinción del usufructo, otra más por su constitución.

La tesis permisiva que sobre estas reservas propugno habrá de ceder y no podrá ser sostenida cuando se trate de:

1. La reserva del usufructo que por partes indivisas entre ellos realicen los cónyuges, tanto si los bienes afectados son peculiares de uno de ellos como si fueren gananciales. La circunstancia de que en este segundo caso nos encontremos en presencia de una disolución parcial de la sociedad conyugal sin causa legal, y ante una clara alteración de los preceptos legales en materia de bienes gananciales con perjuicio más que probable para los

(46) No será obstáculo para tal admisión el que se imponga a los nudos propietarios una prohibición de disponer o se limite la disposición de su derecho al caso de ser ésta consentida por ambos cónyuges o por el que de ellos sobreviva (en mi artículo referente a las prohibiciones de disponer defendía la licitud de estas prevenciones).

Mayores reparos habrá que oponer a la reserva hecha acerca de la facultad de disponer de los bienes donados, pues plantea serias dudas tanto si tal reserva se hace sólo en favor del cónyuge donante (violación posible de los derechos atribuidos al otro cónyuge) como si se hace en favor de ambos (posible donación entre cónyuges).

acreedores sociales, son razones que abonan su rechazo. En el primero de los supuestos (bienes privativos) podría ya hablarse con propiedad de una donación entre cónyuges prohibida, pues cada uno de ellos queda autorizado a realizar separadamente su porción de usufructo pudiendo aplicar el precio obtenido a la adquisición de otros bienes que justificaría así, ante el Registro, como privativa (no ocurre esto en el usufructo conjunto, para el que la distribución del precio de su enajenación no puede presumirse hecha por mitad entre los esposos).

2. La reserva sucesiva en bienes gananciales, por los motivos antes apuntados.

3. La reserva sucesiva en bienes privativos, dotales o parafernales, cuando el primer llamado al disfrute no sea el donante titular de los bienes. El empobrecimiento sufrido por este cónyuge y el correlativo enriquecimiento del otro proporciona base suficiente para estimar la existencia de una donación nula.

4. Y, por último, terminando con ello el presente estudio, tampoco procederá admitir la reserva de usufructo que, en bienes de carácter ganancial, se haga con exclusividad para uno solo de los esposos. A las razones ya expresadas sobre su improcedencia, añadir la que resulta de la dicción del artículo 1.415 del Código Civil, que al señalar cómo «también podrá (el marido) hacer donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo», claramente indica que en los casos en que uno solo de los cónyuges pueda disponer de los bienes gananciales, no cabe que el mismo se reserve para sí el usufructo, sin perjuicio de que hayan sido otros, además del señalado, los motivos que el legislador tuvo también en su ánimo a la hora de redactar este precepto.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

NOTAS

La causa de unas meditaciones

Por consecuencia de las *Meditaciones sobre la causa* de Manuel de la Cámara Alvarez

La *Revista Crítica*, que manifiesta en sus páginas la preocupación por temas de actualidad, ofrece también—signo de su excelente dirección—temas de siempre (1). Y aunque por función de la distancia relativa, me llega con retraso, en temas que están por encima del tiempo este inconveniente resulta leve circunstancia. Por ello creo que tratar de un interesante punto que trae su número 527, de julio-agosto de 1978, no es problema. Me refiero al magnífico artículo de MANUEL DE LA CÁMARA derivado de la recensión de un buen libro (2); libro y comentario que son expresión elemental de cambios sociales, por lo que jurídicamente manifiestos.

Cuando preparaba oposiciones a Notarías, a las que felizmente nunca pude presentarme por suspensión de las convocatorias *sine die* al modificarse el programa (3), tuve la suerte de comenzar a prepararlas con GARCÍA-TREVIJANO FORTE, quien, como «le cogimos» antes de dedicarse a la política, pudo prestarnos toda su atención..., que no iba dirigida a preparar la oposición. Aquellos temas de 50, 60 y 70 páginas, en folio y a un espa-

(1) Incluso permite en su contenido temas irrelevantes y publica mis originales. Más completa no puede ser.

(2) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Meditaciones sobre la causa. A propósito del libro de Tomás de Zumalacárregui «Causa y abstracción causal en el Derecho civil español»*.

(3) A pesar de lo que diga GONZÁLEZ PALOMINO, participo de la opinión contenida en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado, núm. 35.716, de 2 de enero de 1963, que condena el régimen de oposiciones español como el menos adecuado. Nadie puede dudar de que, como ha funcionado, logra lo que pretende; la duda estriba en si lo que pretende lograr y logra es lo que debe perseguirse. Siendo método único en el mundo, y si éste marcha bastante bien sin tal método (y, concretamente, mucho mejor que nosotros), parece obvio poder concluir que no es tan esencial como se reclama. De hecho, a mí siempre me ha sorprendido que en España se haya reclamado oposición para todo... excepto para allí donde debiera darse por naturaleza: en la política.

cio; aquellas charlas de ocho de la noche a cuatro, cinco o seis de la mañana, estaban pensados para otro fin. Pero así pudimos intentar profundizar en algunos temas, entre ellos el de la causa. BETTI nos impresionó. Así, hube de preocuparme de leer a BETTI directamente, debiendo pretender desentrañar esa «menor claridad» que destaca DE LA CÁMARA (4). Y creo que esa menor claridad es fundamental para comprender a BETTI y todo lo que su pensamiento significa. Porque BETTI no se limita a proponer nuevas interpretaciones, sino que ofrece una completa y diversa orientación, lo que significa que obliga a ser leído mediante los conceptos que él propone, no con los que nos veníamos manejando.

Valga un ejemplo para aclarar el punto. Hace algunos años leía yo un libro sobre la teoría de la relatividad (5), que me llevó a leer el fondo completo de la colección «Estructura y función», de Tecnos (6). Bien fuere aquél o alguno de entre éstos, dedicaba unos cientos de páginas a «difundir» la concepción de EINSTEIN. Sistemáticamente advertía el autor de la necesidad de superar los modos normales del conocimiento y de su expresión para poder captar aquel enfoque, y advertía de la inconveniencia de pretender aclarar su exposición con ejemplos, que serían captados según el modo «tradicional» de entenderlos. Allá por la página trescientos y pico, ¡al fin!, vino el ejemplo..., con la advertencia de que no serviría al ser comprendido de forma diversa a la correspondiente con el pensamiento que provoca la relatividad.

Pues bien, algo parecido puede ocurrir con BETTI, ya que incluso ni sus «discípulos» parecemos captar sus ideas. Y creo no ya por defecto de claridad de BETTI, sino porque no parece que al leerle aceptemos la imperativa propuesta de nuevos conceptos, expresados a veces con terminología tradicional, o de conceptos tradicionales, a los que por necesidad se les ofrece una nueva nomenclatura.

Por ejemplo, es curioso observar cómo se interpreta el pensamiento de BETTI al sistematizarle y «clasificarle» dentro del sector «objetivo» de la causa (7), que por unilateral es fuertemente criticado por el propio BETTI, con igual intensidad que critica la tesis «subjetiva» (8). Error que ni

(4) *Loc. cit.*, pág. 666, correspondiente de la pág. 665, nota 18.

(5) CÁPEK, Milič: *El impacto filosófico de la física contemporánea*, trad. del inglés por Gallardo Ruiz, Madrid, Tecnos, 1973.

(6) Aquí tampoco pude seguir el consejo de GONZÁLEZ PALOMINO de evitar ser demasiado abarcador y comenzar por dónde se está, haciendo lo que se pueda.

(7) Cfr. DE LA CÁMARA, *loc. cit.*, pág. 654; y, según el Notario de Madrid, el propio «discípulo» ZUMALACÁRREGUI; en mismo sentido, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, I. N. R. J., Madrid, 1967, pág. 181; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, Tecnos, 1973, págs. 238-239; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, 9.ª ed., Madrid, Reus, 1956, pág. 551.

(8) Escribe BETTI: «Sólo una visión unilateral o atomista ha podido llevar, a veces, a identificar la causa con singulares elementos del negocio y darle de esta manera una configuración dogmática inadecuada (precisamente por unilateral), o a

LACRUZ BERDEJO parece haber superado (9), a pesar de escribir más tardíamente.

Supongo, debo suponer, que este error de clasificación no es debido a BETTI, ni al originarse fuera de él permite criticar a BETTI. Que el error no se debe a BETTI es conclusión elemental, pues si se lee despacio, se observa cómo hace clara su posición «dogmática» (10). Que sin comprender a BETTI no se le puede refutar es también muy simple de concluir. Ese error explica también, sin más, que se cite a BETTI un tanto a ciegas, pues la inclusión metodológica que se hace de su pensamiento impide ya captar su enfoque sobre los elementos negociales, el lugar que ocupan y la función que cumplen forma y voluntad, etc.

Así se explica—y es una mera hipótesis—que el excelente trabajo de DE LA CÁMARA no sirva para nada, ya que no intenta comprender a BETTI, sino ignorarlo (aunque no digo que ésta sea la intención de DE LA CÁMARA). Aquí quizá sea útil otro ejemplo. Desde hace un par de años, el presidente de los Estados Unidos ha movido las fichas propagandísticas de su política exterior, frente a la U.R.S.S., alrededor del tema de los derechos humanos, bajo la perspectiva individualista de la propia cosmovisión *yan-quee*, de la del mal llamado mundo occidental y del marco de referencia que nos legó la Revolución francesa. Planteado así el problema, los «archipiélagos Gulak» no significan triunfo alguno para los Estados Unidos, salvo el efecto neurótico que puedan generar en quienes, por pensar igual que Carter, no necesitan ser convencidos. Sin embargo, si Carter hubiese conocido el marco marxista (referencia indispensable para destrozlar la excusa soviética) y hubiese planteado el tema dentro de una *perspectiva de clase* (según el propio concepto de MARX, no empecé la multivocidad con que emplea el término), su campaña habría sido muy eficaz no frente a quienes

impugnar la misma legitimidad del concepto de causa como entidad distinta de los elementos singulares.. *Unilateral es también la consideración que se hace sólo desde el punto de vista social o individual que ha conducido a elaborar una noción de causa 'objetiva' o 'subjetiva', respectivamente. Porque mientras el interés individual en la conclusión del negocio contempla, naturalmente, un fin de carácter contingente, que no basta en absoluto a justificar la tutela jurídica del negocio, al contrario, el interés social en tal tutela, según se deduce de la función económico-social del tipo de negocio abstractamente considerado, no es suficiente para justificar la efectiva conclusión del negocio concreto, sin un específico interés que en cada caso lo determine. De aquí la necesidad de considerar la causa del negocio desde varios aspectos, evitando con ello una visión parcial y desintegrada»* (BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Marín Pérez, Ed. R. D. P., 2.ª ed., Madrid, 1959, págs. 136-137-138; énfasis mío).

(9) Cfr. *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1974, Ed. Bosch, páginas 272-273, lo que explica que no termine de captar el juego de la voluntad negocial en el sentido de BETTI; defecto de captación que reitera en *Elementos*, II, volumen 2, págs. 119 y ss.

(10) Que es antidogmática. Cfr. BETTI, *op. cit.*, págs. 140, 141 (que presume la lectura de las págs. 39 y ss.), 144, 145, etc.

piensan como él (a quienes, por cierto, no tiene que convencer), sino frente a quienes puedan ser «marxistas soviéticos» (y ruego disculpas por la expresión). Lamentablemente, esa crítica no puede hacerla Carter sin abandonar, previo análisis, sus principios. Por ello incide en tautología.

Tautología no es por ello solamente la tesis objetiva—como expresa DE LA CÁMARA (11)—, sino, en mi opinión, la perspectiva del propio DE LA CÁMARA. Digo esto porque es la impresión que me producen sus «Meditaciones sobre la causa». Creo entender, además, que es lo que se trasluce claramente de las palabras del autor (12), de las cuales lo que más me preocupa—porque no entiendo su alcance—es esa aseveración de que «el planteamiento del problema por parte de los defensores de la teoría objetiva de la causa peca de tendencioso». Si se incluye a BETTI entre los objetivistas, para él va también referido el término calificativo. ¿Sería criticable que un autor pretendiese un fin que no es el que yo pretendo? Creo que no, y esto significa tendencioso; de donde deduzco que el término usado por DE LA CÁMARA no significa eso. Entonces él mismo sería *tendencioso* y el argumento dejaría de serlo «frente a los otros» (además, habría tautología). Me preocupa el adjetivo, porque tiene una connotación similar a «subversivo», cuando no a «escolasticismo» (en su peyorativa acepción metodológica). Claro que llamar a BETTI tendencioso o subversivo me resulta irrelevante..., si no fuese por dos cuestiones: a) que esa acepción del «tendencioso» podría significar una perfecta comprensión del concepto causal de BETTI, pero que se rechaza *medularmente*; b) que podría pretenderse que BETTI no ofrece argumentos racionales—aceptables o no en el mismo plano—, sino que oculta su fin último, variante que habría de rechazar ante 457 páginas que lo niegan constantemente. BETTI, es verdad, puede ser subversivo... para una cosmovisión anacrónica, tanto o más que lo fue el pensamiento de 1789 respecto de la ideología de la monarquía absoluta. Dudo, sin embargo, que DE LA CÁMARA aluda a esta

(11) *Loc. cit.*, pág. 654. La verdad es que la tesis objetiva adolece de muchos defectos, pero no implica tautología alguna, sino, lo que es más grave, desconexión con la realidad social. Su peor inconveniente estriba en que, naciendo para oponerse a la dogmática voluntarista, incide en dogmática de sentido inverso.

(12) Aparte de admitir honestamente DE LA CÁMARA patrocinar un criterio subjetivo (cfr. pág. 652: «... que son, a mi modo de ver, quienes más cerca se encuentran de la verdad»), parece ser el presupuesto (naturalmente) de sus juicios. Se explica, entonces, que comience no ya con una visión subjetiva, sino psicológica (cfr. pág. 650: «un contrato, cualquier contrato, es siempre resultado de sumar dos o más actos humanos»); y continúa, por tanto, identificando planos que no tienen que ser coincidentes (cfr. págs. 650-651: «... los actos humanos, en tanto voluntario [*sic*] [y por consiguiente conscientes]...»); teniendo que desembocar en infracción del artículo 1.302, proposición segunda, del Código Civil (cfr. página 651: «La exigencia del requisito formal se predica precisamente del acto de cada contratante, de su promesa»).

posible acepción, porque no sería científico obviar una refutación implicando que algo es tendencioso.

Esta aparente disgresión tiene su importancia, porque BETTI escribe en un medio social, interpreta el Derecho dentro de este medio y, además, no mirando al pasado (13), sino a la actualidad. De donde, ante una teoría, hay que plantearse dos cuestiones: una, si es racionalmente defendible para allí donde se hace; otra, si es referible a un medio distinto, v.gr., y en este caso, el Derecho español (14). O dicho con otras palabras, cabe preguntar: ¿Es defendible la tesis de BETTI en Derecho italiano? Después, ¿es aplicable al Derecho español? Esta última pregunta parece responderse en el libro de ZUMALACÁRREGUI (15), según DE LA CÁMARA, positivamente.

Comparto el criterio positivo. Considero que en nuestro Ordenamiento es viable—y no sólo viable, sino imprescindible ya—el criterio *dialéctico* de la causa elaborado por BETTI. Problema diverso es que amplios sectores doctrinales lo acepten, bien porque no les convenza (lo que debe ser admitido), bien porque no les interese, bien porque confundan lo antiguo con lo novísimo (16).

Con lo que acabo de decir creo que se explica esta «tercería» entre y con ZUMALACÁRREGUI y DE LA CÁMARA, pues «nadie me da vela en este entierro», salvo la misma preocupación de los citados.

Queda por explicar un aparente «rencor» por las palabras de DE LA CÁMARA. Creo que se explica con los mismos elementos de expresión que en algún momento puso en juego GONZÁLEZ PALOMINO, cuando «puso

(13) Cfr. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Ed. R. D. P., Madrid, 1975, págs. 32-48, de lectura muy conveniente, incluso para aclararnos la noción de causa negocial. Este enfoque queda recogido en el nuevo artículo 3 del Código Civil.

(14) Así es sensata la afirmación de LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, pág. 275) de que el concepto de BETTI del negocio jurídico es coherente. El argumento para rechazar dicho concepto (no ser «bastante expresivo, ni recoge la influencia decisiva del querer en la eficacia práctica de cada acto»); olvida, sin embargo, que se trata de un concepto general propio de una teoría general; y manifiesta esa obsesión del querer, tan cara a la doctrina española de comienzos de siglo (que se hereda de la francesa), pero que desaparece en los artículos 464, párrafo segundo, del Código Civil; 85, 86 y 324 del Código de Comercio; 34 de la Ley Hipotecaria; no obstante referirse a situaciones negociales en que ese querer, por ausente, no puede explicar nada.

(15) Libro que adquiriré de inmediato, al que, sin embargo, no puedo esperar por el natural retraso en su arribo.

(16) En las *Notas* de FAIRÉN al libro de OURLIAC-MALAFOSSE (*Derecho romano y francés histórico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, I, págs. 293 y ss.), notas que tienen más valor que el texto anotado en múltiples ocasiones, se expone muy claramente el pensamiento de BETTI—captado no sólo en el marco técnico-jurídico, sino en el filosófico y, sobre todo, en el político—. Allí se manifiesta qué es aceptar una teoría—o rechazarla en parte, diciendo exactamente por qué: cfr. pág. 317, nota 13—; allí se dan razones para acreditar por qué a muchos no les interesará una tesis, sobre todo la de BETTI, y también allí se observa la confusión doctrinal de lo viejísimo, calificándolo de novísimo (cfr. pág. 299, nota 9).

como un trapo» a PELAYO HORE (17): porque «puede, si se lo propone, acometer más altas y honrosas empresas». Soy gran admirador de DE LA CÁMARA, por su claridad, por su rigor, por ser completo en el tratamiento de los temas e incluso porque como persona es de lo más simpático, sincero, sencillo y realista. Porque reúne estas cualidades debió seguir sin escribir sobre la causa, que es la razón que da él para escribir las «anotaciones marginales» de la recensión.

* * *

El tema de la causa no es sólo técnico jurídico (no debiendo serlo). Es en su base, como todos sabemos, un tema político, en el sentido noble de la palabra. Y, además, le ocurre lo que al hígado humano, que hemos de estudiarlo en reposo, suponiéndole una dinámica por analogía con el animal. Ambas consideraciones devienen en presupuesto del tema causal. Y estimo, discrepando de FAIRÉN (18), que su utilidad es relevante.

El carácter político de la causa ha sido adecuadamente señalado—presuponiendo su trasfondo histórico—por FAIRÉN. Huelga por ello repetir lo que ya está dicho, y bien dicho además (19). Precisamente corresponde a BETTI en el Derecho, y en tema de causa, una posición similar a la asumida por MARX en el siglo pasado, al resaltar el *carácter social de la producción sin prescindir del individuo*. Y tal parece que ni al uno ni al otro se les quiere entender, con frecuencia por iniciar el análisis de sus pensamientos con unos presupuestos que ellos previamente han demostrado como *modelos superados* por la realidad, pero sin poder explicar ésta. El propio DE LA CÁMARA es consciente de esta consideración, pues luego de un escarceo contra el subjetivismo exagerado, contra el que emplea argumen-

(17) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, A. A. M. N., V, pág. 833 y ss., cita concreta en la pág. 903, nota 86.

(18) Ciertamente, cabría precisar qué se entiende por *utilidad*. Por miles de años el hombre no ha necesitado de la relatividad para vivir; las piedras, los frutos, la lluvia, han venido cayendo igual, con y sin el conocimiento de esa teoría. Pero ha sido indispensable en este siglo para *utilidades impensadas*. Y, en todo caso, la actividad humana es científica cuando puede explicar un proceso. Regularmente, cuando podemos explicarnos algo, a partir de ahí es que obtenemos utilidad. La importancia de ello—y FAIRÉN lo sabe—es resaltada por BETTI con esa constante referencia a la *razón práctica típica*. La utilidad de la causa la he podido experimentar frecuentemente. Vivo en un medio de Derecho privado hispánico, imbuido de tesis anglosajona de la *consideration* (originada paradójicamente en la utilidad); si tuviera que explicar mis clases a la luz (?) de esta institución, sería imposible enseñar con mínimo rigor lógico, y me ocurriría lo que es frecuente en una práctica jurídica influida por la *consideration*: experimentaría enormes dificultades para tipificar los negocios sociales y, lo que es peor, convertir éstos en negocios jurídicos monstruosos. Ya ahí es útil la noción de causa: para entender y transmitir mejor las ideas. Otras razones de utilidad, relevantes, en BETTI, *op. cit.*, págs. 143 y ss.

(19) FAIRÉN, *op. cit.*, págs. 296, 297 y 298.

tos de los «objetivistas» (20), y de reconocer—sin apreciarlo, en vista de sus expresiones—que lo que él cree equilibrado queda muy cerca del pensamiento de BETTI (21), señala su diferencia con éste: «el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, aunque naturalmente haya de tener sus límites, es una manifestación del debido respeto a la libertad y a la dignidad de la persona». Pero señala DE LA CÁMARA asimismo que—y permítaseme exagerar la idea—tiene una concepción «robinsoncrusoniana» del mundo social. Su alusión a la autonomía de la *voluntad* parece equivalente a liberalindividualismo. BETTI, que inicia el capítulo primero de su libro con la autonomía *privada*, dedica 57 páginas al reconocimiento de esa autonomía *privada* (aparte las constantes alusiones a lo largo del libro), señalando su importancia, acreditando su relación con el ámbito de lo colectivo y, lo que es más importante, justificando lo que dice con hechos y datos, no con afirmaciones.

Por emplear un símil, DE LA CÁMARA me produce la impresión de creer que el individuo no es nada si se relaciona con el grupo; BETTI piensa que el ser humano no es humano si no se inserta en el grupo (22). Por eso, DE LA CÁMARA advierte del peligro (?) de la teoría objetiva, lo que me parece muy bien, siempre que no rechace a BETTI por objetivista (23).

(20) Por cierto, quitando importancia al exagerado subjetivismo, con olvido de que, hace no muchos lustros, se aceptaba, que la ley declinaba si las partes lo acordaban; tesis aún vigente en el «common law» en varias de sus ramas.

(21) Escribe DE LA CÁMARA (*loc. cit.*, pág. 656): «Es menester que quien se obliga lo haga en virtud de un fin, que se valora no sólo desde el punto de vista subjetivo del obligado, sino bajo la óptica de una consideración objetiva».

Escribe BETTI: «Porque mientras el interés individual en la conclusión del negocio contempla, naturalmente, un fin de carácter contingente, que no basta en absoluto a justificar la tutela jurídica del negocio; al contrario, el interés social en tal tutela, según se deduce de la función económico-social del tipo de negocio abstractamente considerado, no es suficiente para justificar la efectiva conclusión del negocio concreto, sin un específico interés que en cada caso lo determine» (*op. cit.*, página 158).

Se dirá, y es cierto, que ambas formas de expresión guardan fundamentales diferencias. Sí; me temo, sin embargo, que son diferencias de perspectiva: DE LA CÁMARA, pudiendo pensar que la libertad individual peligra con BETTI; BETTI, señalando la relación esencial entre un negocio concreto y real y el visto bueno social desde el tipo negocial.

(22) Cfr. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, trad. De los Mozos, Madrid, Ed. R. D. P., 1969, págs. 1-5 y, sobre todo, págs. 23 y ss.

(23) Cuando DE LA CÁMARA escribe (*loc. cit.*, pág. 656) que respecto de la causa, «entendida ésta como la función económico-social del contrato, la tentación de limitar la libertad de los particulares a la simple posibilidad de dar vida a supuestos contractuales que encajen dentro de los sistemas típicos contemplados por el legislador, es casi insoslayable», me temo que está reconociendo que no ha «leído» a BETTI, sino *algo* de BETTI; pues el concepto de tipicidad de este autor (*op. cit.*, págs. 152 y ss., 42 y ss.), que señala, se refiere a la *jurídica* y a la *social*, resaltando el error de identificar lo *innominado* con lo *atípico* (*op. cit.*, pág. 154). Duda de lectura que vuelve a latir cuando DE LA CÁMARA, ya osadamente, escribe:

Lo que no admite BETTI es erigir la autonomía de la voluntad, por ello de cada individuo, en fuente de normas jurídicas, porque es una concepción que conduce a «exagerar la contribución que esta voluntad aporta» a la producción de los efectos jurídicos del negocio (24), haciendo factible en un énfasis absurdo y absoluto (25), tesis que (como lamentablemente demuestra un amplio sector de la doctrina española), aunque está en crisis, aún tiene defensores.

Yo creo que hasta aquí llega la posible disparidad política—en tema de causa—que separa a BETTI de DE LA CÁMARA, y ya es bastante, pues éste estima imposibles igualdad y libertad, mientras que aquél no concibe como posible la libertad sin igualdad (26).

Estimo que la posición política de BETTI no debe ser escandalosa, al menos en los llamados países industriales. Muy por el contrario, responde a la realidad de los mismos, de aquellos en que los medios de producción se encuentran en manos privadas sujetos a un bien colectivo. Nada más normal, pues, que sean esos sujetos privados los que prevengan en el tráfico de esos medios de producción, siempre que no atenten al bien común. La otra alternativa—aquella que teme fundamentalmente DE LA CÁMARA, y a la que se llega cuando se pretende el bien común como el que debe beneficiar a algunos solamente—lleva al régimen que establecieron los jesuitas en el Paraguay.

Bajo la perspectiva en que BETTI se sitúa, la ley previene supuestos de hecho—en tipos amplios, enriquecidos por otros amplísimos: la moral, la costumbre, la buena fe—, siendo los particulares los que, con su autonomía y actividad, convierten de supuestos fácticos en hechos reales, generadores de consecuencias jurídicas correspondientes a la intención práctica del actor. Lo que les está vedado a estos particulares es *prevenir* ellos supuestos de hecho antijurídicos o antisociales, y excepcionalmente, por

«defender que la causa es la función económico-social del negocio, y llegar a esa conclusión para 'evitar la visión atomista que despedace la unidad del negocio' equivale a confundir las partes con el todo» (*loc. cit.*, pág. 654). Lo que pudo obviarse tomando nota de cómo BETTI (*op. cit.*, págs. 141, 142 y en especial nota 9) se preocupa de resaltar el carácter de *synthesis* (énfasis de BETTI) de los elementos esenciales del negocio que tiene causa. A partir de aquella inexacta cita (no captada en su contexto), DE LA CÁMARA «congela» un motivo y lo eleva a función causal. Es aquí donde se confunde por DE LA CÁMARA la parte con el todo.

(24) Cfr. BETTI, *op. cit.*, pág. 54

(25) *Ibidem*, pág. 55.

(26) Parece síntoma del número 527 de la *Revista Crítica*. En su pág. 884 mi querido amigo CHICO ORTIZ reitera una lamentación (que me comunicaba al salir del salón «Unamuno» de la Universidad de Salamanca, en el acto de clausura del II Congreso Mundial de Derecho Familiar y Civil), de que la igualdad se impone; la libertad, no. ¿Qué es, entonces, por citar un pequeño ejemplo, el artículo 1.584, párrafo segundo, del Código Civil? O, por citar otro más amplio, toda la legislación laboral; o, por añadir un tercero, la exclusión de los funcionarios del Ministerio de Justicia del régimen general de los Funcionarios del Estado.

comportamientos que tienen una significación social—típicos—surgen aquellos efectos jurídicos—aunque no hubiese una intención práctica idéneamente manifestada—que DE LA CÁMARA admite bajo la «necesidad de proteger el tráfico jurídico» (27).

Pienso—por ahorrarme el esfuerzo de la cita histórica, por demás siempre susceptible de interpretarse divergentemente—que ese enfoque es algo común: ningún grupo humano tolera que uno de sus individuos actúe contra el sentir colectivo imperante. El problema estriba en aceptar este postulado en el plano teórico, admitiendo a la vez una realidad que lo contradice, o a la inversa.

* * *

En el plano técnico jurídico, la primera dificultad que puede ofrecer la causa es referirla a los actos o a los contratos abstrayendo los negocios, porque la causa no es requerida para toda clase de actos ni queda limitada a los contratos; se extiende solamente a los actos con efecto *externo* y abarca *todos* los actos de esta índole, sean o no contractuales, pero que son siempre expresión negocial.

La segunda dificultad que puede presentar la causa es pretenderla diversa en las relaciones unilaterales y bilaterales (28), ya que, sin perjuicio de admitir matices, es la misma función en todo caso. Podemos aludir a los seres racionales de piel clara como diversos a los seres racionales de piel pigmentada, pero ambos tipos son seres racionales. Lo que no debe deslumbrarnos es el color de la piel, inicialmente circunstancial, para impedirnos ver la naturaleza esencial, el ser racional.

Y mucho me temo que eso puedan significar las palabras de DE LA CÁMARA (29), ya que, llevando su argumento al extremo, es absurdo precisar qué sea un caballo, pues ello impide ver su compleja estructura celular, y siendo ese caballo un todo, no significa que pongamos el acento en sus células. Así sabremos de las células, pero nada del caballo. Lo que dice DE LA CÁMARA es cierto, pero al analizar el negocio jurídico en sus partes—análisis al que BETTI dedica, directa o indirectamente, cuatro

(27) *Loc. cit.*, pág. 663.

(28) Cfr. BETTI, págs. 222-224.

(29) «La raíz del enorme equívoco que la causa ha suscitado se debe, en mi sentir..., a haber referido el concepto al contrato en su conjunto. Se olvida que un contrato, cualquier contrato, es siempre el resultado de sumar dos o más actos humanos. Que la concurrencia de esa pluralidad de actos y su íntima trabazón (determinada precisamente por la causa de cada uno) sea imprescindible para que se produzcan los efectos jurídicos que del contrato derivan, no es razón para negarse a ver su estructura compleja y plural. Que el contrato sea (en tanto fuente de obligaciones) un todo no significa que no esté compuesto de partes, y éstas, en tanto tales, postulen un todo, no autoriza a confundir éste con aquéllas» (*loc. cit.*, página 650).

quintas partes de su obra—da la impresión de olvidar la imperativa *síntesis* posterior que dé vida y sentido a los elementos componentes. Prueba de ello es el triste ejemplo que elige: la compraventa; aunque reconoce que el acto de comprar no se puede concebir sin el de vender, y viceversa, «no es lo menos que vender y comprar son actos distintos y opuestos». Venta y compra sólo *pueden existir* como elementos unitariamente concebidos; separados expresan un imposible. Concebirlos así es volver a esa mujer «algo embarazada». El haz no puede existir sin el envés, luego no pueden estimarse como realidades independientes, sino como producto del análisis mental. Y dado que el Derecho es dinamismo, es vida, ¿para qué pensarlo estático? Estaríamos ante aquel hígado (un «banco», de GONZÁLEZ PALOMINO). Este es el significado del artículo 1.124 del Código Civil.

El problema que quiere plantear DE LA CÁMARA, su *iter* lógico, no vale para enfrentarse a BETTI, quien con su enfoque del negocio subjetivamente complejo trata de demostrar la unidad funcional de lo que DE LA CÁMARA pretende como elementos absolutamente independientes, aunque de imposible separación. Es por ello que su discurso no enfrente a BETTI, sino que lo desvíe. ¿Corregiríamos la deficiente pronunciación china de un inglés argumentando cómo se pronuncia el castellano?

De aquí que no tiene energía pretender que toda compraventa se integra por dos promesas, una de las cuales actúa en función de la otra, como causas recíprocas (esto es lo que afirma el art. 1.274 del Código Civil, que se cura en salud al precisar qué se entiende por causa *para cada parte contratante*). Pero invirtiendo el decir de DE LA CÁMARA, siendo sensato no confundir el todo con las partes, es insensato confundir las partes con el todo, sobre todo cuando la conexión que lleva a la causa no es una vinculación mecánica de los elementos competentes, sino su *síntesis* esencial. DE LA CÁMARA, dije antes, *congela* algunos motivos calificándolos de causa (*precio* a cambio de *propiedad*). ¿Por qué precio y propiedad deben ser el resultado apetecido? ¿No puede quien da el precio apetecer el paisaje que se ve desde la casa, con absoluta abstracción de la propiedad? ¿No puede apetecer quien da la propiedad saldar una hipoteca, siendo el precio un simple medio y no un fin? DE LA CÁMARA no explica por qué se detiene a mitad del camino..., que llevaría a convertir el capricho y el absurdo en causa negocial. Fijar, por el contrario, como causa del contrato concreto el intercambio de prestaciones equilibradas, al tiempo que implica una dialéctica general-particular, refleja una realidad social y jurídica (30).

Omitir esta previsión explica el imperativo de recurrir—es teoría del

(30) Cfr. artículos 1.289, proposición última; 1.291, 1.292, 1.295, 1.297, 1.449, 1.460, 1.465, 1.467, 1.469, etc., del Código Civil.

dogma—a conectar esa «causa de cada parte» a la declaración de voluntad, olvidando la existencia de contratos sin declaración y sin voluntad, sino mediante comportamiento y *ope legis* (31). Cuando DE LA CÁMARA centra el punto en la *reciprocidad* que DE CASTRO señala como causa, rechazando dicho criterio está a punto de captar qué es la causa; pero su individualismo le impide verla. Porque cuando escribe: «tampoco la reciprocidad sería la causa del contrato, sino un requisito que la causa tendría que cumplir», parecen dichas para él las palabras de BETTI cuando, criticando la teoría objetiva de la causa, escribe: «así contrapuestos, los dos elementos, objetivo y subjetivo, terminan por parecer extraños entre sí, más o menos como si el uno se colocara junto al otro para hacer resultar el negocio de la suma de ambos. La verdad es, por el contrario, que la causa es el interés normal determinante de la voluntad individual (32), y que ésta se nos presenta por lo regular *vuelta hacia la causa como a su fin práctico inmediato* (33)... El Derecho—y ya antes que él la conciencia social—aprueba y protege a la autonomía privada no en cuanto sigue el capricho momentáneo, sino en cuanto procura un típico interés en el cambio del estado de hecho y se dirige a funciones sociales dignas de tutela. Puesto que, por ejemplo, es bueno proteger las compras, los arrendamientos en general, el Derecho, siguiendo las vías de la conciencia social, protege las singulares compras y arrendamientos, cualquiera pueda ser el motivo individual que *concretamente* (34) induce a concluirlos, salvo que su ilicitud represente un abuso del negocio contrario a su destino. La función de cambio, que es causa de la compra o del arrendamiento, justifica la protección social y jurídica otorgada a la voluntad individual que en el *caso específico se dirige hacia aquella causa*» (35).

Había acertado DE LA CÁMARA: la causa del negocio en concreto—el celebrado en la vida real por las partes—es un requisito: identidad con la función del tipo al que el negocio concreto se adscribe. No aparece, no puede hallarse, la causa del negocio concreto mediante su descomposición en partes para análisis. Solamente conjugando ese negocio concreto con la causa *típica* (típica legal o socialmente) podremos saber si, existiendo correspondencia entre el fin práctico perseguido y el fin objetivamente previsto, tiene ese negocio causa y si es conforme (36). *La relación del negocio concreto y de su tipo no es mecánica, es dialéctica.*

(31) Cfr. artículos 1.258, proposición final; 1.287; 464, párrafo segundo, del Código Civil; 85, 86, 324 del Código de Comercio; 34 de la Ley Hipotecaria.

(32) Esta expresión no tiene, en BETTI, el mismo significado que en la dogmática. Cfr. BETTI, *op. cit.*, pág. 54.

(33) Énfasis mío.

(34) *Ibidem*.

(35) *Ibidem*. Cfr. DE LA CÁMARA, *loc. cit.*, pág. 654; BETTI, *op. cit.*, pág. 140.

(36) Se explica así, como veremos, el efecto previsto para los casos de simulación. Bajo aquella perspectiva es cierta la tesis anticausalista de CAPITANT; el

Y es la omisión de esa dialéctica la que, finalmente, hace que a DE LA CÁMARA se le escape la causa (el concepto de BETTI) enteramente: «una cosa es que los contratos se tipifiquen por su función y otra que ésta sea la causa del contrato» (37). Cuando a la función del tipo responde el contrato concreto, éste tiene causa.

Parece así que la pretensión de tautología deja de existir.

¿Carece de fertilidad técnica?

DE LA CÁMARA considera que sí en función de dos factores: porque no es útil para mejorar la inteligencia del contrato en sus aspectos biológico y patológico y porque la unidad contractual *sólo* se comprende en función de las declaraciones que lo integran. No precisa DE LA CÁMARA por qué la concepción de BETTI no es útil biológica ni patológicamente. Es una afirmación en el aire. Por ello no cabe refutarla racionalmente. Basta con rechazarlo, pendiente la pretensión de prueba (37 bis).

El segundo pretendido argumento es tautológico: «la unidad del contrato es una verdad que exige demostración». Cabe preguntar: y la dicotomía del contrato en cada acto humano que lo integra, ¿no exige igual demostración? Sobre todo cuando se reconoce que el comprar no se concibe sin el vender, pero quedan separados por gracia en dos. Con frecuencia da la impresión el Académico de la de Jurisprudencia de que configura la realidad como cúmulo de derechos subjetivos—por ello de situaciones, pero no relaciones—cuando conoce positivamente—y constantemente lo da por supuesto—que la vida social (y el Derecho) es relación, es actividad recíproca, es movimiento.

Pretender que el consentimiento—en el sentido con que lo refiere el Código Civil—resulta una especie de engarce entre dos eslabones (la intención, por lo que subjetiva, de las partes), que permite construir la unidad contractual, es identificar el *transporte* con un conjunto de vagones en tren. El tren podrá ser la base material—una de varias—, pero no hace surgir el transporte como actividad económica.

Pero lo más curioso es que cuando DE LA CÁMARA señala la ventaja que pueda tener la concepción económico-social, señala, sin conciencia aparente, qué es la causa, según BETTI; aunque no saca las consecuencias de tal ventaja. Cuando escribe: «la función económico-social del contrato no es tanto su causa—aunque se la presente como si lo fuera—como la razón de que el Ordenamiento sancione los diversos contratos que cono-

error de éste es que buscó la causa *del* negocio en *el* negocio, como si fuese parte del mismo. Naturalmente, nunca la encontró.

(37) *Loc. cit.*, pág. 654.

(37 bis) Luego, sin embargo, he de aludir a esas biología y patología que, incidentalmente, apunta DE LA CÁMARA.

ce y etiqueta, atribuyéndole efectos jurídicos» (38), no caota que *eso* es la causa, la cual no puede concebir el Notario de Madrid si no es como un *trozo*—permítaseme la expresión—en el contrato. Le falta a DE LA CÁMARA la percepción dialéctica. La causa del negocio concreto es su *correspondencia* con el tipo. Por eso define BETTI la causa como «función económico-social del negocio jurídico *entero*, considerada en la *síntesis* de sus elementos esenciales». De ahí que, en cuanto *correspondencia* o *reflejo* (39), la causa no *está* distinta y delimitada como un elemento más entre otros del negocio. Por ello, la idea de que los elementos del negocio concreto son también elementos de su causa (40). Escribiendo FAIRN sobre el tema, y después de advertir que, por el sentido práctico que le fue inherente, careció el Derecho romano de una noción técnico-jurídica, precisa: «para un jurista romano, el de 'causa' no es un concepto técnico-jurídico, sino una palabra como 'alma', 'cosa' o 'buenas costumbres', que no tiene un especial sentido en el Derecho y que por ello se ha de entender en el sentido corriente en que lo utilizan todas las personas; no existe, pues, un concepto jurídico de causa». BETTI, que antes de civilista es romanista y procesalista (40 bis), dice lo mismo: «... la causa, antes aún que una noción jurídica, es una noción social» (41). El carácter *revolucionario* atribuido a BETTI implica—como en tantas cosas—una reinterpretación del Derecho—incluido el romano, devolviéndole su original sentido—; y, en tema de causa, poner de manifiesto el fiasco, resaltado por SCIALOJA, de la tesis dogmática, quien fue la que elaboró la noción de *causa* como algo sólo jurídico que genera la voluntad individual (42). La causa es noción jurídica, en cuanto que lo es social; pero puede serlo social sin ser jurídica (43); salvo que una recepción amplísima (vgr.:

(38) *Loc. cit.*, pág. 655.

(39) Recuérdese el influjo en BETTI de Nicolai HAZTMANN, *Das Problem d. geistigen Seins*, 1933, que el mismo BETTI reconoce y cita (*op. cit.*, pág. 7, nota 4).

(40) Cfr. BETTI, *op. cit.*, págs. 186-187, 141 y 142.

(40 bis) Pero, eso sí, proponiendo una interpretación que supera los vicios de la pandectística y la ilusión decimonónica acerca de la Historia.

(41) *Ibidem*, pág. 140; sobre el plano de actuación de lo jurídico, *ibidem*, páginas 6-7 y 39-51.

(42) Lo que explica los enormes fiascos de la dogmática voluntarista al tratar los «elementos accidentales».

(43) El ejemplo del fideicomiso romano, que señala BETTI (*op. cit.*, pág. 43, nota 6), es universal y constante. Y late en DE LA CÁMARA cuando estudia la prehorizontalidad como problema *social*—innominado—para alentar soluciones que, por estar fraguándose socialmente, serán jurídicas. (Cfr. DE LA CÁMARA, *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, págs. 33 y ss., precisamente págs. 69 y ss.

artículo 1.255 del Código Civil) se estime juridificación completa. E incluso lo social reacciona contra lo jurídico, cambiándolo (44).

Y eso es la causa; simplemente, lo que *destilan* los elementos del negocio concreto, como correspondiente a una exigencia funcional económico-social.

Esto así, se explica que nada tenga que ver la voluntad con la causa negocial. La voluntad se relaciona con los elementos negociales (con la forma y con el resultado al que tiende el contenido); y, porque se quieren éstos, *se quiere la causa*. Al igual que quien desea el patrimonio de la fea, *quiere a ésta* (aunque no la quiere, pues solamente desea sus bienes), quien desee unos resultados prácticos, concretos, sólo puede conseguirlos jurídicamente, *queriendo la causa* (44 bis).

Por eso es que en el contrato no cabe hacer la conexión entre esos «actos o promesas que lo integran» mediante su recíproca querencia, que sólo es un malabarismo para «hallar» la causa donde no puede encontrarse. Y por ello también es que la *causa del negocio* es como la madre: una. Lo demás sólo se encuentra en la calle.

Y eso permite dar un tratamiento metodológico unitario, lo que no es poco, a cualquier negocio, sin tener que escindir—como hace nuestra doctrina—los *intervivos* y los *mortis causa*, como si fueren antitéticos (45), aplicando a todos un enfoque asimismo unitario, que no impide la correspondiente peculiaridad de los diversos tipos.

Por ello, «es menester que quien se obliga lo haga en virtud de un fin, que se valora no sólo desde el punto de vista del obligado, sino bajo la óptica de una consideración objetiva» (46).

Por eso, la tesis «objetiva» (!) de BETTI no entraña peligro alguno a la autonomía privada (aunque excluye, sí, el egoísmo estrecho del individualismo, el atomismo social; porque el hombre es animal político; requiere la convivencia mediante la colaboración recíproca para realizarse como hombre: es el sentido de MARX acerca de que el hombre se realiza como tal en la producción); muy por el contrario, «la necesidad de negocios entre individuo e individuo sólo se aprecia en aquellos ordenamientos económico-sociales que reconocen a los individuos una esfera de bienes de su pertenencia, o sea: en ordenamientos fundados en el reconocimiento de la propiedad individual» (47), esto es, prácticamente, hoy, en

(44) Como, sensatamente, pretende DE LA CÁMARA y todo miembro social no monopolista de la norma. Cfr. DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1975.

(44 bis) Y por ello *debe querer*, aunque no quiera, las consecuencias que el Derecho atribuye por función del tipo (cfr. art. 1.258 del Código Civil).

(45) El esfuerzo de ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU se pierde, por ello, en una noción de causa—muerte y vida—que no sirve para nada.

(46) DE LA CÁMARA, *loc. cit.*, pág. 656.

(47) BETTI, *op. cit.*, pág. 44.

todas partes (48), pues la estructura estatutaria, de adscripción a la gleba, está, felizmente, superada (49).

El problema, además, no sería el de precisar los *límites* de la autonomía privada, como enfrentada con las categorías colectivas, sino cómo armonizar y equilibrar ambas legítimas esferas. Los códigos que tomaron como modelo al francés, que «regula un ciudadano ideal que nace cunero y muere soltero» (50), son condenables a la luz de nuestro actual marco de referencia (sin negar el avance que significaron en su momento); por eso: porque se abstrayeron de la realidad, que impone la convivencia para que exista el ser humano (ama a tu próximo).

* * *

Es verdadera la afirmación de DE LA CÁMARA de que nuestro Código Civil es ajeno a este sistema, que el Notario de Madrid no vacila en calificar de retrógrado (51).

Dos palabras sobre el calificativo, para tratar luego el otro aspecto.

¿Por qué sería retrógrada la tesis objetiva? Supongo que porque reacciona contra el subjetivismo (ese que, al modo de ver de DE LA CÁMARA, está cerca de la *verdad*, lo que subrayo por mi cuenta). El mundo actual ofrece unas multinacionales que se *parecen* a los reinos que iniciaron el camino hacia los Estados nacionales. ¿Es el mismo fenómeno? Aunque hoy se habla de «feudalismo industrial» con pretensión de equiparar ambos, es claro que ambos fenómenos son completamente diversos. Clamar por tendencias al Estado nacional es, en el mundo moderno, ser retrógrado; creo que significa no apreciar que para una unidad mundial se requiere un mercado mundial (52). El símil es útil, porque—es mi impresión—DE LA CÁMARA cree, por ejemplo, que el Estado contemporáneo es absorbente; es lo mismo que el «oikós», la «fratría», la «pólis». Son, no obstante, fenómenos disímiles, contrapuestos, antagónicos. Yo prefiero este Estado—a pesar del pánico que me produce—que la agonía del «oikós», etc. (53), sencillamente, porque, a pesar de sus inconvenientes,

(48) No todo el número 527 de la *Revista Crítica* iba a estar destinado a una noción de libertad escamoteadora de la realidad. Hay una recensión, muy distinta, de PIÑOL AGUADÉ sobre la obra de ROPPO, *Il Contratto* (págs. 891-894), obra que por su recensión explica lo que digo.

(49) Aunque no falten intentos por quienes defienden interesadamente la «propiedad privada» de retornar a ello. Esos defensores que son sus enemigos porque, como decía CHASTERTON, no quieren su propiedad, sino la ajena.

(50) No es obstáculo la regulación de los contratos, familia, etc., como en algún momento objetó DE CASTRO, pues no es ése el sentido de la expresión.

(51) *Loc. cit.*, pág. 656.

(52) Lo triste es llegar a él por medio de las multinacionales, pero esto es otra cosa.

(53) Agonía, desde mi perspectiva, de la persona como *valor en sí* y no en relación contra cosa, que es triunfo del estoicismo y, destacadamente, del pensa-

expresa un progreso histórico, por cuya continuación hemos de luchar. No confundamos una tipicidad social con la *nominación*. Su esquema de control es parecido en las formas, pero no en el fondo, pues aquél es mucho más amplio y flexible que éste; en aquél, el *legislador* lo es la sociedad en función de sus necesidades (54); en éste, la cabeza de una rígida estructura jerárquica, que actúa en función de su egoísmo e ignorancia. En suma, la tesis objetiva de la causa responde, ¡qué duda cabe!, a un lento proceso histórico de—no diré disolución—flexibilización del poder. Así, y siendo el liberal individualismo (55) una corriente de pensamiento que fragua y se expande en el siglo XIX (56), estando en las postrimerías del siglo XX, añorar ese liberalismo, ¿es ser progresista? Admitir ese liberalismo como ingrediente de un pensamiento que lo supera porque va más allá, ahí está el progreso.

¿No tiene encaje en el Código Civil la tesis causalista de BETTI? Yo creo que es una cuestión de perspectiva. Porque el artículo 1.255 del Código Civil, que DE LA CÁMARA considera como «espíritu liberal», yo lo estimo como idóneo para fundar el concepto *bettiano* de la causa. DE LA CÁMARA lo estima como un triple freno a la voluntad y libertad individualistas. Creo que puede ser considerado también—y ayuda a explicar otras cuestiones, actualizándolas en su significado—como un precepto que marca el ámbito típico social en que una persona puede moverse en su vida de relación, si pretende protección jurídica. Por eso puede escribir DE LA CÁMARA—de modo muy semejante a como lo haría BETTI—que «el contrato, cualquier contrato, aunque no esté legalmente tipificado, será válido en principio, a condición de que» el contenido convenido y demás elementos negociales se ajusten a los postulados sociales (57).

La ventaja del enfoque de BETTI en el propio Derecho español estriba en que, a la luz de su concepto causal, la sociedad y la transacción no ofrecen problema alguno, pues al ser modalidades de la *cooperación social para el logro de unos fines prácticos individualmente considerados*, la causa sigue siendo la misma y no otra. Me temo que la idea de causa de DE LA CÁMARA es una *dialéctica del salto*, salto de lo subjetivo a lo ob-

miento cristiano. *Valor en sí* que no me puede llevar a concluir considerar a la persona como sino *valor para con otros*, única forma de evitar la enajenación. Lo expresaba muy bien el Rector de la Universidad Nacional de México, en la apertura del I Congreso Mundial antes aludido, cuando, para resaltar la identidad de México y España, aludía a que «porque nosotros sois vosotros y vosotros sois nosotros».

(54) Formalmente, pues sus representantes no parecen apreciarlo con frecuencia.

(55) «Su espíritu liberal...», dice DE LA CÁMARA respecto del Código Civil.

(56) Entre nosotros «no llega».

(57) Que DE LA CÁMARA concibe como «comportar una contrapartida, remunerar un servicio o favorecer gratuitamente» (*loc. cit.*, pág. 656), enumeración que elude, pues no absorbe, la causa negocial (propia de una *teoría general*), sino la de diversos tipos *contractuales*.

jetivo, según que en unos contratos quepa, por apariencia más llamativa, lo uno que lo otro.

Digo lo que he dicho por la propia expresión del distinguido jurista, que, «al revés de lo que acontece en los contratos de intercambio, las partes—en la sociedad y transacción—no persiguen fines opuestos». Bueno, desde el punto de vista de esos fines, ¿no persiguen las partes en la transacción transigir lo menos posible en propio perjuicio y lograr que la otra transija lo más en propio beneficio? ¿Por qué puede captar DE LA CÁMARA un *fin común* en la transacción («evitar un pleito o poner fin a uno ya comenzado») y no aprecia el *fin común*, el intercambio de prestaciones, en la compraventa? Si puede un socio percibir más que los otros, ¿no lo intentará? (58); entonces, ¿dónde está el fin común? Es verdad que si una pareja de mulas, enganchadas paralelamente a un carro, lo arrastran pretendiendo ir una hacia la derecha y otra hacia la izquierda, el tiro será más incómodo para ambas; bien, pero ¿justifica esto decir que el carro se mueve en función de esa *tendencia divergente*? ¿No será que el carro *avanza* a pesar de la divergencia, y que ésta *solamente* puede manifestarse porque las mulas están uncidas en paralelo? (59)

No ver esto obliga a hablar de un «doble objetivo coincidente» (60) en la sociedad, cuplidad y coincidencia que no capto. ¿Es doble la aportación al común, como un fin, frente a la expectativa de percibir los beneficios derivados del común? ¿No será que confundimos los medios con los fines? (61) Y si los objetivos son distintos (cada socio, el propio), ¿dónde está la coincidencia? Si yo quiero desplazarme en autobús desde la Puerta del Sol a las Ventas, ese autobús que comparto, ¿es un objetivo coincidente, siendo el otro apearme en las Ventas? Creo que el autobús será el medio en que coincidimos para apearnos cada cual donde nos plazca (62). Lo mismo, creo, puede decirse respecto de la transacción o de la sociedad.

(58) ¿Qué son, si no, los títulos que otorgan derechos preferentes? Cuya prohibición, que se va generalizando, se explica porque atentan precisamente a la función económico-social de la sociedad: beneficio correspondiente a la aportación.

(59) Por eso, los carreros, a quienes, cuales viejos legisladores, no gustan las libertades, ponen los mulos uno detrás de otro. Ahora bien, sustituyendo los mulos por individuos, ¿qué es mejor para la libertad de éstos? Y si llevamos esa libertad a que cada uno empuje el carro por lados opuestos, ¿se moverá el carro? Sólo si uno de los hombres es más fuerte, en cuyo caso *pasará por encima del otro*. Aquí, por función de una pretendida libertad, se acaba la cooperación para ordenarse la subordinación.

(60) *Loc. cit.*, pág. 657.

(61) Confusión entre causa eficiente y causa final. En contra, y sin incidir en el equívoco, escribe BETTI que «la iniciativa privada no sólo se aplica a desear ciertos fines prácticos, sino también los medios correspondientes a ellos... E instrumentos de esta naturaleza son, por excelencia, los negocios jurídicos (*op. cit.*, página 41), uno de los cuales lo es la sociedad y otro la transacción.

(62) Y, por cierto, siendo el autobús *negocio jurídico*, su causa no está ni en

Respecto de los contratos reales, por rechazo de lo «objetivo», debe, pues, procederse a una mayor atomización, al distinguirse el acto de la promesa y la entrega, con olvido de que son características modalidades de cooperación pura—al menos, vistas en sí mismas (63)—y que sólo adquieren sentido al verlas en su totalidad. Mutuo y comodato responden a una idéntica función causal esencial, y su tipicidad particular solamente varía por exigencias instrumentales de esa misma cooperación. Ayudar al vecino con la manguera supone devolverla; ayudarle con agua exige devolver agua distinta, pues la prestada se consume en la propia ayuda (64).

Con ello llegamos a la donación, cuya causa «hay que referirla exclusivamente al acto del donante, pues, salvo las donaciones modales u onerosas, es sólo él quien da o se obliga a dar» (65).

Como aquí sólo uno actúa, la causa *del contrato* sólo debe referirse a *la mitad*, respecto de quien actúa. Yo diría que si entre donante y donatario hay una *relación*, la causa debe referirse a la relación y no a la «rela». Remitir su causa a la pura liberalidad, según propuso POTHIER,

el chasis, ni en las ruedas, etc., sino en la autorización municipal que le permite circular legítimamente a quien en él se monta, que se expresa como «síntesis esencial de todos los elementos del autobús»; porque, si alguno no está en condiciones, no hay licencia (aunque no sea el caso para la Empresa Municipal de Transportes).

(63) El comodato que expresaba la Ley de Préstamos y Arriendos patrocinada por Roosevelt se justificaba, naturalmente, por la necesidad de prestar la manguera al vecino, facilitando que éste apagara el fuego nazi, aunque estaba psicológicamente presente el negocio derivable de «desalojar el agua de la finca del vecino, inundada». El artículo 1.755 del Código Civil, para el mutuo, es un injerto del pensamiento capitalista. Recuérdese que la tesis que patrocinaba el pensamiento anterior prohibía el interés «por ser pecado». Supongo que esto ha debido cambiar por mor de la Banca.

(64) Permuta y compraventa son fenómenos correspondientes a comodato y mutuo. La función económico-social es la misma, pero la evolución del tráfico reclama diversa instrumentación. La permuta es forma característica de un tráfico raquíutico, que prácticamente se agota *in situ*; su incremento explica sustituir el *pecus* por la *pecunia*, y explica también el *cambio* de tipicidad.

En algún libro leí una costumbre existente entre los habitantes de un archipiélago del Pacífico, cuya «moneda» se representa por colosales piedras oradas en su centro. Las piedras *deben* desplazarse de isla en isla regularmente como pago de mercaderías que se intercambian según necesidades. En el libro el «negocio» se describía como donación, pues la piedra «se obsequia» independientemente de las mercaderías. Sin embargo, la función de medio de pago de las piedras obliga al turno en su posesión. ¡Y Dios libre a alguna comunidad de alguna isla en retener las piedras más allá del tiempo prudencialmente convenido por el uso! Yo, al amparo de la tesis causalista de BETTI, hablaría de compraventa con precio aplazado, y si el sistema hubiera derivado su hábito del influjo norteamericano—en vez de precederle por siglos—hubiera hecho referencia a una *Federal Reserve Board* volante, pero nunca a una donación.

Con esto lo único que deseo indicar es que los fenómenos sociales, aparentemente aislados, pueden responder a una *realidad unitaria* que no surge en la apariencia, pero que hay que hallarla para obtener la explicación lógica del fenómeno.

(65) DE LA CÁMARA, *loc. cit.*, pág. 658.

impone «un defectuoso análisis del acto volitivo del disponente, en el que es *perfectamente discernible* 'la pura voluntad de obligarse o de transferir la propiedad' y 'la razón inmediata de esta voluntad'. A mi juicio, decir que la causa de la donación estriba en la mera liberalidad... no es, quizá, del todo exacto. Me parece preferible situar la causa de la donación en el propósito de enriquecer a otro sin... contraprestación» (66).

Personalmente, creo que, en su significación social, es lo mismo hablar de *pura liberalidad* que de *ánimo de enriquecer a otro*. Hay, sin embargo, una diferencia de matiz, que es ese *ánimo*; porque, en cuanto ánimo o intención, puede significar contrapartida indirecta. Quien dona para que le ensalcen, por generoso no tiene ánimo de enriquecer a otro; se trata del *matrimonio con la fea*. Esto lo saben muy bien las grandes corporaciones norteamericanas, que siempre donan... lo justo para escapar al tipo impositivo más elevado, buscando así el promedio más alto de beneficios. ¿Hay ánimo de enriquecer a otro? Por el contrario, la acepción de pura liberalidad—en esa significación social—explica que quien pretende particulares fines coja el *autobús* como medio; y será irrelevante, en principio, la intención si ésta, para lograrse, se adecúa al medio o negocio socialmente santificado (67). Y que DE LA CÁMARA piense en el ánimo como plano psicológico lo demuestra al aceptar la duda de si cabe ser donación la *liberalidad de uso* (en terminología de ROCA SASTRE), en que, contra todo ánimo del donante, éste se convierte en tal para evitar no que le demanden (infracción a una tipicidad jurídica), sino que reciba la «maldición gitana» (tipicidad social); eso si no ocurre que, atentado el uso social por su frecuente incumplimiento, su tipicidad social se convierta también en jurídica (ese 10 por 100 de propina por y para el servicio, laudemio del que los restaurantes argentinos saben mucho; y nosotros también en algunas actividades). ¿Cómo explicar que el que *no tiene ánimo*—que es la causa para DE LA CÁMARA—actúe válidamente en Derecho («Santa Rita, lo que se da no se quita»)?

Este serio inconveniente, y el riesgo de tener que profundizar en el plano psicológico, explica la apreciación de DE LA CÁMARA de que «sería ir demasiado lejos» (67 bis). Se detiene, pues, el distinguido jurista a mi-

(66) *Ibidem*, pág. 659.

(67) Los motivos, en cuanto intenciones prácticas, sólo trascienden a la función económico-social por su ilicitud o inmoralidad. No se puede uno montar en el autobús con intención de atracar a los pasajeros; conocido el motivo, cualquiera de los hoy abundantes policías (antes también, pero más disimulados) de Madrid detendrían al «pasajero». Cuando el riesgo de ilicitud es alto, la sociedad comienza a invadir la esfera interna (registro antes de acceder al avión).

(67 bis) La naturaleza de la donación remuneratoria no debe ser hoy tema problemático. El artículo 619 define la donación remuneratoria como «la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles»; y, a tenor del artículo 1.274 del Código

tad del camino nuevamente, sin explicarnos por qué prefiere esa fonda; y, lo que es peor, sin habernos dicho claramente qué entiende él por causa. Porque aunque afirme que «perfilado el concepto de causa...» debe

Civil, su causa es «el servicio o beneficio que se remunera»; dicho con otras palabras, coincide este precepto con aquel de la causa de los contratos onerosos («la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»). Ahora bien, lo que el Código Civil califica de causa, ¿es realmente la causa del contrato? Cuando el artículo 1.274 pretende definir qué es la causa para tipo contractual, junto a que, por tratarse de una definición legal, no vincula al intérprete, incurre en el grave error de referir la causa a la intención de cada parte, cuando, en realidad, la causa no puede admitirse y carece de interés para el Derecho, en su significación psicológica, como reconoce el mismo DE LA CÁMARA con ese «sería ir demasiado lejos»; la causa solamente puede representar en la intención *común* de las partes, que es la sancionada por el orden social y jurídico como función económico-social del contrato. Para los contratos onerosos esta función viene señalada en el artículo 1.262, párrafo primero, del Código Civil cuando señala que «el consentimiento se manifiesta en el concurso de la oferta y de aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; precepto que consagra la tesis unitaria de la causa, pues el concurso de la oferta y de la aceptación no es otra cosa que expresión de esa intención *común* sobre dicha función económico-social, es decir, la coincidencia de la causa subjetiva con la objetiva (causa, técnicamente hablando, del negocio por correspondencia). Y esa intención común es, en los contratos onerosos, la reciprocidad de las prestaciones. Por ello, el problema que ofrece la donación remuneratoria es fijar si esa intención común o causa es, en esas donaciones, el intercambio de prestaciones. Aquí es donde se pone de relieve el fiasco doctrina que pretende referir la causa de la remuneratoria a la onerosidad, que se exterioriza evidente con sólo tener presente una idea aceptada con carácter universal: que la donación es negocio gratuito, y en este tipo negocial la causa es el beneficio ajeno sin compensación. El beneficio ajeno sin compensación supone la gratuidad negocial. Y el altruismo del donante resulta manifiesto porque, de no ser así, existiría una deuda exigible, mientras que por mor del artículo 619 del Código Civil la deuda exigible excluye a la donación. La circunstancia de que la donación remuneratoria sea una donación en que el *móvil* determinante del donante no sea la pura liberalidad, sino otro fin externo que viene a actuar como causa eficiente que le impulsa, no justifica involucrar los conceptos de causa eficiente (o causa en sentido técnico) y causa final (*móvil* determinante), por lo que si el beneficiado con la donación había actuado con la esperanza de ser beneficiado, ello no excluye la gratuidad del negocio. Concluyendo, donante y donatario pueden ser calificados de tales porque los méritos recompensados y la misma recompensa no encuentran la intención común en el intercambio de prestaciones. Aquí la intención común de las partes hacia ese resultado es el *animus donandi*, que ya no es motivo del donante, sino la intención común de liberalidad. Lo que ocurre es que las partes pueden elevar e incorporar a la causa sus especiales motivos —que, en cuanto tales, se distinguen de la causa—, que explicarán la presencia de la donación remuneratoria con mayor profundidad que en la simple; en la remuneratoria el negocio concreto nos explicará la razón de la particular actuación individual, pero la causa sigue siendo el beneficio ajeno sin compensación.

De otro lado, es fácil salvar la aparente contradicción que representa el artículo 622 del Código Civil, contradicción sólo aparente, que deriva de la expresión de causa que se encierra en el artículo 1.274 del Código Civil. En efecto, al afirmar el artículo 622 del Código Civil que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del Título II del Libro III del Código Civil, está diciendo que, en el exceso del gravamen impuesto, las donaciones remuneratorias se rigen por las disposiciones sobre donaciones, y, en la concurrencia, por las normas de los contratos. Esto significa que para el artículo 622 del Código Civil se tiene presente como causa de la dona-

proceder a las conclusiones pertinentes (68), lo cierto es que el perfil no lo proporciona por parte alguna. Ha criticado, sí, a diestro y siniestro; pero el único perfil que apunta, que la causa del contrato hay que contemplarla en función de cada uno de los dos actos que integran el contrato, no es perfil alguno, sino una dicotomía difícil de sustentar, elaborada bajo una perspectiva ya superada y que obliga, naturalmente, a negar la posibilidad de un concepto causal útil para *todo* negocio jurídico. Y lo demuestra cuando, en esas conclusiones, pasa a precisar las consecuencias de la ausencia de *esa* causa.

El enfoque subjetivista lleva a una visión paranoica—el término es gráfico—cuya primera consecuencia es ver causas distintas en las diversas modalidades contractuales correspondientes a un mismo tipo.

No es que sea impertinente diferenciar la causa genérica y común de todo negocio jurídico, de los diversos tipos que en aquel concepto genérico se engloban (69), como no es improcedente la serie de subclasificaciones del reino animal. Lo improcedente es el modo de hacerlo, al tomarse como eje una causa—ahora una ausencia de causa—imposible.

Así, en los contratos onerosos, dice DE LA CÁMARA, como la causa es la contraprestación esperada, «faltará la causa si esa prestación no se ha concretado suficientemente, si su cumplimiento deviene imposible», de donde si el objeto no puede quedar preciso, no hay causa. Pero puede darse *un trozo de causa*—según DE LA CÁMARA—en la hipótesis del artículo 1.460 del Código Civil, que no es sino un claro caso de conversión alternativa. ¿Por qué así? Entiende DE LA CÁMARA que, si falta el objeto, ¿para qué aducir la falta de causa? La respuesta es muy sencilla: porque se implican recíprocamente. Si la necesidad social de que los bienes circulen sólo puede quedar satisfecha rotando dichos bienes, si faltan en el

ción la intención, para cada parte, de una prestación o promesa de la otra, cuando la intención común—no la subjetiva o particular a cada parte—sólo puede hallarse en el ánimo de liberalidad, pues la deuda exigible (prestación o promesa) excluye la donación, cuya causa se remite al ánimo de liberalidad. Por eso es que la donación remuneratoria es una donación pura y simple, cuya única particularidad es que en caso de reducción, ésta solamente puede alcanzar, al igual que en su revocación, al exceso de valor resultante de comparar la prestación gratuita con el valor del servicio o beneficio que se remunera.

(68) *Loc. cit.*, pág. 660. Reconoce, sin embargo, que «la cabal expresión de mi pensamiento exigiría mayores desenvolvimientos, pues no sería oportuno que bajo el pretexto de comentar una monografía sobre la causa me lanzara a escribir otra por mi cuenta...».

(69) En su carácter último la causa implica siempre conformidad con el modo social de satisfacción de necesidades, asimismo sociales, en que se inserta la concreta de las partes. La diferenciación de los diversos tipos solamente responde a precisiones en la manera de satisfacción y en el género de necesidad que se condiciona. Todos los contratos responden a una necesidad común—si no no serían contratos, sino otra figura jurídica—, sin perjuicio de que, con referencia a una misma necesidad genérica, la satisfacción se provoque por traslado del dominio, o del uso, o del disfrute, etc.

caso concreto, porque no existen, no se satisface aquella necesidad económico-social; de donde el negocio delineado para servir de instrumento a aquella función económico-social no tiene razón de ser, no tiene causa.

La precisión del distinguido compañero, en tema de pérdida anterior o simultánea de la cosa vendida (70), de que una prestación es nula por falta de objeto, pero no la otra; y que la nulidad impuesta por la ley «sólo se explica en virtud del carácter *interdependiente* de las dos promesas» (énfasis mío), es reconocer que la causa está en esa *interdependencia*, luego no en lo uno y en lo otro que se relacionan.

Es curioso que DE LA CÁMARA está siempre sentado sobre el concepto de causa de BETTI; pero no parece poder verlo por su enfoque mecanicista. Sería como decir que el tren sólo se mueve porque entre los vagones hay eslabones; lo que es cierto... si nos olvidamos de la energía eléctrica de la máquina, de los carriles, etc.

Es por ello que si una persona compra para algo ilícito, esa ilicitud, según DE LA CÁMARA, se extiende a la prestación del vendedor. Centrada la esencia de la causa respecto de cada acto, ¿tiene esto sentido? Si el sinvergüenza es el otro, ¿por qué he de ser yo sancionado? ¿Cómo dar igual trato—la nulidad—a una prestación ilícita y a otra ilícita? No puede ser por el carácter de esta prestación, ello es claro; pero sí puede serlo porque la *relación jurídica* que integran ambas prestaciones cojea en una, luego no puede andar bien en su totalidad. Por eso tiene sentido el artículo 1.306 del Código Civil, que *no deriva* como premio al que prometió lícitamente, sino que *es* manifestación de la ausencia de causa en la *relación jurídica entera*, lo que obliga a que las cosas queden como estaban.

Y es por eso—porque la causa va referida a la entera relación y no a sus elementos componentes—que cabe causa ilícita aunque ambas prestaciones, vistas aisladamente, no lo sean, o no sean inmorales. Eso acontece en los contratos nominados (71) y en los innominados, sin necesidad de recurrir a distinguir entre causa y motivo. Por ejemplo, una *compraventa* de inmueble en documento privado nunca es compraventa—aunque

(70) «Se dirá, tal vez, que si no en todas, por lo menos en muchas de las hipótesis examinadas es inútil fundar la nulidad del contrato en la falta de causa cuando basta aducir la carencia de objeto. A mi juicio este expediente simplifica con exceso la cuestión. En el caso, por ejemplo, de pérdida anterior o simultánea de la cosa vendida, que la promesa del vendedor sea nula, no significa, sin más, que también haya de serlo la del comprador. Esto es efectivamente lo que sucede, pero la nulidad total del contrato sólo se explica en virtud del carácter interdependiente de las dos promesas, que obedece, según antes procuré demostrar, a que el resultado que cada parte persigue se obtiene precisamente mediante el cumplimiento de la promesa que le ha hecho la otra» (*loc. cit.*, pág. 661, nota 15).

(71) Que DE LA CÁMARA llama típicos—esto es, regulados directamente por la ley—, como si los otros no tuvieran que serlo también, aunque su tipicidad lo sea social.

las partes así lo quieran y se lo crean—, pues ese contrato celebrado no responde a la causa del tipo; pero, porque responde a la acusa genérica de los contratos, opera la correspondiente conversión (art. 1.279 del Código Civil), que siempre responde a facilitar el logro de la intención práctica de las partes, y, finalmente, cumplido el trámite—en este caso, llenarse la forma—, se accede al tipo legal, surgiendo la compraventa. He aquí un caso de ilicitud causal en contrato con causa legalmente tipificada, que DE LA CÁMARA ve como imposible (72).

Es, como reconoce DE LA CÁMARA, innecesario recurrir a separar causa y motivo—no porque no sea imprescindible en ciertos casos: cuando el motivo, exteriorizado, acredita que el contrato concreto no sirve para lo que fue socialmente pensado—, pues el motivo no importa; sólo interesa la causa. Por eso puede DE LA CÁMARA escribir, exactamente igual que BETTI, que «si el móvil se incorpora como condicionante a la declaración de voluntad», cesa su irrelevancia (73). Pero que sea innecesario separarlos no autoriza a confundirlos.

«De la existencia y licitud de la causa depende la valoración misma del contrato, pero no sucede necesariamente lo mismo si la causa es falsa» (74). Yo habría escrito que, en ese caso, también surge la nulidad, que es lo que dice el artículo 1.276 del Código Civil, pues el precepto que contempla la hipótesis de simulación «sabe» que cabe una apariencia negocial—sin causa—que es nula, pero que sirve para ocultar otro negocio, que puede ser válido por tener causa (75).

* * *

(72) Estoy consciente que la doctrina corriente circunscribe el artículo 1.279 al artículo 1.280. con olvido de que el primero se refiere a escritura *u otra forma especial* para la eficacia, mientras que el artículo 1.280 sólo recoge la escritura pública. Pero éste es otro problema. *Vide* mi trabajo «Sobre el artículo 1.279 del Código Civil», *R. G. L. J.*, diciembre 1970, págs. 825 y ss.; «Forma de los contratos», *Revista Notarial*, La Plata, Buenos Aires, núm. 802, 1972, págs. 823 y ss.

(73) «En efecto, los simples *motivos individuales*, imponderables e inadvertables como tales, no se revelan a través del tenor del negocio, sino en cuanto son a él aportados expresamente, según la oportunidad del caso, bajo forma de pacto de reserva, condición, término o modo» (BETTI, *op. cit.*, pág. 146).

(74) *Loc. cit.*, pág. 665.

(75) La explicación de DE LA CÁMARA, dada en *loc. cit.*, pág. 666, nota 19, no es satisfactoria por contradictoria.

Parte de identificar la *forma negocial genérica* (esa imprescindible para que un acto sea cognoscible a otros) con la forma precisa del negocio concreto; ignora las relaciones estructurales de la voluntad agente respecto de esta forma y, además, define esa voluntad—al igual que en la vieja dogmática—como dirigida a los efectos jurídicos. Por eso pretende explicar la simulación desde el plano de la teoría de la voluntad, que no puede explicarla (cfr. VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, I, volumen 2, Barcelona para San Juan, 1973, págs. 197 y ss.). BETTI no prescinde de la voluntad como pretende DE LA CÁMARA (cfr. BETTI, *op. cit.*, págs. 126 y ss.), sino que la sitúa en su lugar adecuado. Pretender que el problema se supera argumentando que intención práctica y jurídica son lo mismo es—aparte de reclamar en

Finalmente, entiende DE LA CÁMARA que fijar la causa en la promesa de parte ayuda a comprender la estructura del negocio abstracto. Por qué sea así no lo dice, pues se limita a referir las modalidades de abstracción causal y algunas consecuencias del negocio abstracto. Qué juego pueda tener, pues, la promesa para explicar el negocio abstracto lo da por supuesto. Al menos, es lo que concluyo.

Cabría, por ello, preguntar: si es la promesa la que explica el negocio abstracto, ¿a qué se debe que todo negocio abstracto sea rigurosamente formal? ¿No será porque esa forma rigurosa expresa la conformidad con la función económico-social del tipo, presuponiéndola como es normal, que siendo síntesis de los elementos esenciales (forma y contenido), por reducción de éste a un mínimo que no permite apreciar la causa, se compensa con un refuerzo de la forma? (que no sustituye, claro es, a la causa). Específicamente, el hecho de que la causa no se exteriorice explica que se debilite la eficacia definitiva del negocio abstracto, haciéndose valer la ausencia de causa, ya en vía de defensa (excepción), ya en vía de repetición (enriquecimiento injusto) (76).

También BETTI se ha expresado con claridad. Permítaseme una larga cita: «La cuestión del carácter causal o abstracto del negocio se plantea en términos que no son siempre rectamente comprendidos. El problema no es si en el concreto negocio las partes pueden simplemente remitirse a la causa, ya que en la medida de tal criterio no tendríamos ya negocio abstracto que, en el acto de su conclusión, no pudiese transformarse en causal. Piénsese en el más típico de los negocios abstractos: el cambiario.

cualquier persona conocimientos jurídicos—desconocer la dualidad manifiesta (cfr. artículos 1.258 y 1.287 del Código Civil), que no se supera con el ejemplo del pastel. Es cierto, sí, que, por regla general, hay coincidencia, pero no siempre ocurre así. Porque «la voluntad final, dirigida a la causa como a su fin, es, la *determinación causal normal* del querer, la *intención práctica típica*. Normal, aunque no indispensable ni indefectible (pensemos en el caso de la simulación o en el de reserva mental); práctica, porque... no tiene necesidad de referirse a los efectos jurídicos ni tenerlos presentes, sino basta que se dirija, como normalmente lo hace, al resultado práctico en el que la causa del negocio se concreta. La intención práctica... es a la voluntad del acto como una voluntad fin es a la voluntad-medio en virtud de la cual actúa; como nexo lógico y psicológico entre una y otra voluntad funciona la conciencia del contenido y significado del acto. En realidad, quien tiene la plena conciencia del significado social de un acto que quiere y realiza, quiere por lo mismo, normalmente, también el que es resultado práctico del acto en el ambiente social. Y puesto que, tratándose de negocio causal, la causa se identifica con la función típica del negocio, reconocida en la síntesis de sus elementos esenciales, resulta claro que la determinación de voluntad, en cuanto dirigida a la causa, como lo está normalmente, comprende también, por lo mismo, tales elementos... en la medida en que sean eficaces e integrantes de ella» (BETTI, *op. cit.*, páginas 145-146).

Es falsa, pues, respecto de BETTI, la aseveración de DE LA CÁMARA, de que se dice que «el Derecho atiende sólo a la forma y prescinde de la voluntad como elemento integrante del negocio » (*loc. cit.*, pág. 667).

(76) Los efectos respecto de tercero creo que se explican por sí mismos.

El caso de negocios que deben necesariamente permanecer abstractos, también en concreto, es raro», y se refiere al negocio de transmisión inmobiliaria del Derecho alemán. «La cuestión es otra: la de ver si las partes pueden eliminar, separar la mención de la causa del contexto del negocio; es decir, si éste puede callar el interés típico que en cada caso determina su conclusión y ser, a pesar de ello, capaz de producir los efectos jurídicos del tipo a que pertenece. Cuando para producir tales efectos sea indiferente la causa y suficiente la forma, el negocio tiene precisamente carácter abstracto; cuando no, causal. La calificación de abstracto o de causal tiene sentido sólo frente al tipo de negocio, no ya frente al negocio concreto que las partes realizan. La posibilidad para las partes de separar la causa no es más que la consecuencia y, por tanto, el índice de la índole abstracta del negocio, como aquel para cuya eficacia es indiferente la causa y suficiente la forma.

»Ciertamente que en la práctica de la vida tampoco un negocio abstracto se presenta nunca aislado, sino encuadrado en una concreta situación de hecho. No se realiza jamás sin un fin práctico determinado, que constituye parte integrante de él y al que las partes pueden—si el Derecho no lo prohíbe—hacer mención en el negocio que concretamente concluyen, de suerte que vuelvan a hacerlo causal. Sería un error creer que en el negocio abstracto la causa sea absorbida y sustituida por la forma. No se concibe, por ejemplo, un negocio cambiario que no tenga un fin práctico, tal como garantizar el cumplimiento de una relación fundamental, satisfacerla, novarla, dar crédito, donar, etc. Todo negocio jurídico está, por su naturaleza, proyectado hacia uno de los fines típicos de la autonomía privada.

»Pero la señalada indiferencia de la causa en el negocio abstracto no significa que el Derecho no se interese en absoluto por ella y no le preste ninguna atención. También aquí se la tiene en cuenta, pero no de la misma manera que en los negocios causales. El principio general de los artículos [1.255 y 1.261 del Código Civil], contemplando la figura normal de los negocios obligatorios, que es la de los negocios causales, no encuentra plena e incondicional aplicación a los negocios abstractos, pero sí una aplicación atenuada, correspondiente al sentido de su *ratio iuris*. Respecto al negocio abstracto, la falta o deficiencia de la causa no excluye que el negocio pueda producir algún efecto, pero sí que entre las partes pueda tener el negocio un efecto definitivo e irrevocable. Mientras los negocios causales, cuando en concreto sea deficiente su causa, no pueden tampoco desplegar sus efectos jurídicos propios, los negocios abstractos, por el contrario, son, en principio, perfectamente eficaces, aun si en concreto no están enderezados a un fin práctico típico capaz de justificar la tutela jurídica. Sólo que en este caso a favor de la parte interesada en la

existencia de un fin semejante surge el poder de paralizar o remover los efectos jurídicos ya producidos en virtud de la simple observancia de la forma. La ausencia o deficiencia de la causa puede ser hecha valer, ya en vía de defensa contra la acción basada en el negocio, ya en vía de repetición, una vez que la adquisición se ha producido.

»Por consiguiente, la diferencia entre los negocios abstractos y los causales manifiesta su principal transcendencia en esto: que la causa del negocio tiene, en los negocios causales, una influencia *directa*; en los negocios abstractos, una influencia solamente *indirecta*, respecto a los efectos jurídicos del negocio.

»Por lo demás, las normas de los artículos [1.255 y 1.261 del Código Civil] no excluyen de ningún modo... sino que toleran perfectamente la *admisibilidad* de negocios abstractos en» Derecho positivo español, como también reconoce DE LA CÁMARA. «A este propósito será oportuno desarrollar la indicación ya hecha, y recordar que el negocio abstracto resulta de un procedimiento analítico de abstracción y separación, por el cual el precepto del negocio es desprendido de su causa y, por tanto, dentro del complejo de la voluntad de las partes, la apreciación del acto como vinculante en concreto (la llamada voluntad de lo declarado) viene escindida del contexto de la correlativa determinación causal, la cual es relegada entre los elementos privados de directa transcendencia jurídica. Esto, por otro lado, no significa que la abstracción de la determinación causal (llamada causa subjetiva) sea completa y absoluta, lo que estaría en flagrante contradicción con los artículos [1.255 y 1.261 del Código Civil]. El enlace originario con ella es una necesidad psicológica que el Derecho vigente no desconoce. Conforme a las reglas de dichos artículos, para que el negocio pueda producir entre las partes efectos duraderos se requiere siempre que le sirva de base un interés práctico susceptible de satisfacción en su tipicidad, un interés apto, por esta cualidad suya, para justificar de manera permanente la tutela jurídica. En la hipótesis de que no sea así, se le reserva al deudor demandado la carga de probar lo ilícito o infundado del fin práctico aducido por el acreedor, la inexistencia o la inidoneidad del título o relación fundamental que el artículo [1.277] presume. Aquí la nota de abstracción tiene carácter meramente procesal y radica en la inversión en la carga de la prueba, que se desplaza del actor al demandado.

»Bien se comprende también que la abstracción puede alcanzar un *grado* de intensidad mayor o menor. Esto depende de consideraciones de oportunidad político-legislativa que varían de uno a otro Derecho positivo y aun de uno a otro negocio. Conviene, naturalmente, tener bien diferenciada de la causa la llamada causa remota..., ya que respecto a esta última también los negocios causales se comportan como negocios

abstractos; puede decirse que la 'causa remota' no tiene sobre los efectos del negocio, aunque sea causal, más que una influencia indirecta. Es más bien raro el caso de negocios abstractos que en el acto de celebrarse no consienten a las partes referirse a la causa del concreto negocio concluido», como la *in iure cessio* o la *Auflassung*. «Pero la relatividad de la calificación de abstracto es iluminada especialmente por la llamada abstracción delegatoria, consistente en la independencia de la relación final (entre delegado y delegatario) de las dos relaciones fundamentales (apoyadas en la persona del delegante) que confluyen en ella.

»En la llamada delegación pura, o sea, la que no hace referencia a aquellas dos relaciones, la obligación que el delegado asume hacia el delegatario, o la atribución que le hace, puede llamarse abstracta respecto al delegatario, en el sentido de que frente a él son inoperantes las excepciones que pueden derivarse de las dos relaciones causales subyacentes. No pueden oponerse por el delegado las excepciones inherentes a la relación de valor entre delegatario y delegante, porque respecto al delegado tienen el carácter de excepciones *de iure tertii*. Igualmente, no pueden oponerse al delegatario las excepciones correspondientes a la relación de previsión entre delegado y delegante (salvo que no exista la relación de valor), porque el delegatario es extraño a ella; como tampoco la ausencia de una causa *dandi* o *promittendi* por parte del delegado acarrea necesariamente falta de causa *adquirendi* o *stipulandi*, respectivamente por parte del delegatario... Mientras que normalmente el título de la obligación y de la atribución se encuentra en inescindible conexión dentro de una unidad funcional, con el de la correspondiente expectativa, aquí el uno mantiene una existencia independiente de la del otro, porque la obligación es asumida, y la atribución hecha, por delegación de una tercera persona (delegante), la cual fija separadamente con el delegado y el delegatario el título respectivo. La llamada abstracción delegatoria, consistente en la independencia de la relación final, se produce por esta autónoma génesis de una y otra de las relaciones subyacentes. Pero si esta es la perspectiva que se ofrece cuando se considera la posición del delegado frente al delegatario —la relación final entre los dos, podríamos decir—, bien distinta, en cambio, se presenta cuando se considere la posición de cada uno de los dos respecto del delegante. Para cada uno de ellos, en la explícita y concorde referencia a la delegación se halla implícita una remisión a la respectiva relación causal con el delegante, ya que para los dos la delegación viene a representar internamente, no frente a la contraparte, su relación con el delegante. De por sí, la delegación no representa una función económico-social suficiente para servir de título de la obligación o de la atribución; el acuerdo sobre la ejecución de ella tiene esencialmente un valor instrumental, de medio a fin, y sirve sólo para remitir a cada una

de las partes del negocio delegatorio a la respectiva relación causal que se encuentra en su base. Desde este punto de vista, el negocio no es ya abstracto, sino causal.

»Además del fenómeno de la 'abstracción delegatoria', la relatividad de la calificación de abstracto explica también cómo la independencia del negocio de su causa puede ser mayor o menor, y como ésta, en la estimación del legislador, se atenúa cuando estén en juego normas de orden público o normas prohibitivas inderogables que con la abstracción del negocio podrían resultar eludidas. En tales situaciones, el negocio, aunque abstracto, puede ser tratado como inválido, atendiendo a la relación causal subyacente. En otras hipótesis, como en la del artículo [1.277 del Código Civil], la abstracción puede ser meramente procesal, es decir, consistir en la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de conceder precedencia a la prueba que incumbe al demandado acerca de la insubsistencia o inidoneidad de la relación causal aducida por el actor.

»En lo que respecta a la medida en que son positivamente admitidos los negocios abstractos... en nuestro Ordenamiento, por el contrario, la abstracción procesal sólo es admitida para la promesa de pago y el reconocimiento de deuda. La abstracción del negocio goza, en cambio, de gran difusión en el campo de los *títulos de crédito*, donde ha de considerarse admitida, dentro siempre de los límites establecidos por la ley...

»Estos, por principio, son abstractos si están destinados a la circulación (negociables). La obligación contenida en el título de crédito, y particularmente la obligación cambiaria, no está subordinada a la existencia y la eficacia de la relación *fundamental subyacente* que ha sido *causa* de la emisión o transmisión del título. Por lo que al poseedor del título que sea extraño a dicha relación subyacente (y extraño podría serlo el primer tomador del título) no pueden serle opuestas excepciones que se refieran a aquélla. Por el contrario, sí pueden oponérsele al poseedor del título que *sea parte* de la *relación fundamental*, pero continúan siendo excepciones inherentes a esta relación y no afectan, por tanto, a la obligación documentada en el título, sino simplemente la eluden, contraponiendo a la relación representada en el título la relación subyacente. La oponibilidad (al poseedor del título) de las excepciones derivadas de la relación fundamental no excluye, por tanto, el carácter abstracto del título en sí considerado. E, inversamente, entre las partes de la relación fundamental, el que el título sea abstracto no hace a la obligación cambiaria inmune de los defectos que impedían la aptitud de aquella relación para la tutela jurídica. En especial, la abstracción no elimina la falta de causa idónea» (BETTI, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.).

Participo, al igual que DE LA CÁMARA, de las objeciones a la teoría objetiva de la causa (aunque por otras razones), porque separa y divide el marco jurídico del marco real, sin apreciar que esa dicotomía es un absurdo imposible. Pero dudo que puedan rebatirse a los objetivistas con tesis subjetivistas, que dividen la realidad en células que actúan separadas y distintas las unas de las otras y ponen el marco jurídico a disposición de cada una de esas células.

Pero, sobre todo, creo elemental que, cuando se trata de rebatir a un autor como BETTI, debe uno acercarse a su obra, captar el pensamiento del autor y, a partir de ahí, cualquier tesis es buena si, al tiempo que rebate la teoría que combate, aduce argumentos de rigor.

Naturalmente, para enfrentar el concepto que tenga DE LA CÁMARA de la causa, habrá que esperar a que escriba no con motivo de una recensión, sino por consecuencia de ofrecernos sistematizadas sus ideas. Entonces será el momento adecuado para aceptar o rechazar, con correspondiente refutación, su teoría.

* * *

Para terminar, unas palabras sobre la concepción causal de BETTI respecto de la biología y, muy destacadamente, sobre la patología del negocio.

Toda sociedad o grupo humanos actúan sus relaciones de conformidad con ciertos criterios y directrices que son expresión de la conciencia social, esto es, de los intereses que, con carácter vinculante, predominan; intereses cuyo predominio no es, por regla general, absoluto, monopolístico. En las sociedades «abiertas» esos intereses definen lo socialmente admisible, autorizándose a los individuos a conseguir sus fines (e inventar medios para ello), siempre que los mismos, fines y medios, no estén en contradicción con aquellos criterios sociales predominantes. Naturalmente, la mayor o menor flexibilidad del carácter vinculante de los intereses sociales—frecuentemente condicionada por el momento económico-social—sustraе a la percepción directa e inmediata el efecto de control de aquellos intereses sociales (77). Pero que la percepción no sea sencilla, que la conexión entre control social y actual particular no se evidencie de modo mecánico, no significa que no exista. Implica solamente que se requiere un método distinto de conocimiento. Y, al igual que la metodología dialéctica ha manifestado ser idónea en las ciencias sociales, su beneficio

(77) Puede ser ejemplo la llamada «disciplina laboral» (mucho más rígida en las sociedades industriales avanzadas y, frecuentemente, las más «democráticas»).

se extiende al campo del Derecho—la más social de las ciencias del ramo— (78). Esta es una de las grandes aportaciones de BETTI al método—desarrollando y llevando más allá el inicial enfoque de GENY—, razón por la cual, al poder superar la antítesis causalismo subjetivo-causalismo objetivo, supone no un retroceso, sino un progreso, pues permite explicar unitariamente lo que aquellas dos teorías se manifiestan insuficientes para lograr (79).

Aquel control no opera sólo intrasocialmente, sino en las relaciones exógenas. El ejemplo de BETTI (80) acerca de los dichos de Herodot, de Alviç de Ça, coincidentes con los que nos cuenta Hannon y con los últimos hallazgos en Filipinas, son prueba suficiente del aserto.

Por ello, en cuanto la actividad humana pretende iniciarse, su posible transcendencia a la vida de relación reclama la conformidad con los criterios sociales imperantes; se exige de la actividad individual que satisfaga sus fines egoístas (móviles) de modo conforme social, confirmación social que es imperativa, por correspondencia, al superarse el marco psicológico. Esta esfera interna, por el contrario, es socialmente irrelevante, salvo que, ya desde ella, se intente atentar contra el orden social. Esto, que parece muy claro en Derecho penal, no lo ve igual la doctrina respecto del Derecho privado. Sin apreciar que existe un orden público en esta esfera, que se defiende con igual energía que en aquella (81), como reconoce el propio Código Civil, en la redacción dada al artículo 6, 4, por la Ley de 17 de mayo de 1973, n. 3, que resalta la relevancia del motivo ilícito cuando trasciende al amparo de la simulación (82), ilicitud que opera aunque no sea conocida por el actor (83); no debiendo

(78) La dialéctica, como método comprobable, es reciente. Como intuición (?) es antiquísima. La recoge GONZÁLEZ PALOMINO en el verso de BRETÓN «¿Quién es ella?» (GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Pamplona, 1964, página 14).

(79) Que LAJE (*La noción de la causa en el Derecho civil*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1957) cite a BETTI (*op. cit.*, pág. 42, nota 22) como subjetivista en «ensalada» con BARASSI, CARIOTA-FERRARA y otros no es sino el típico error de adscripción bajo la nomenclatura de «neucusalismo», que, por cierto, es denominación que sólo tiene sentido frente a CAPITANT y DABIN.

(80) *Op. cit.*, pág. 42, nota 4.

(81) Artículos 6.2 y 6.3 del Código Civil.

(82) Así parece reconocerlo AMORÓS GUARDIOLA (*Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, I, 1977, págs. 334 y ss.) cuando escribe: «El iter negocial es aquí más tortuoso o solapado, aunque esa irregularidad sea fácilmente apreciable cuando se descubre el fin práctico querido...». Para explicitar esa vía encubierta surge el fraude a la ley como técnica sancionadora (pág. 345), lo que le lleva a escribir: «¿Bastará, incluso, con que ese resultado prohibido sea sólo intentado o pretendido antes de su efectiva consecución? Entendemos que sí. . Lo importante es el propósito de las partes. .» (*loc. cit.*, pág. 347).

(83) *Ibidem*, pág. 348.

olvidarse que por ley hemos de entender así la ley formal como los criterios sociales (84).

Luego, si un acto humano se enfrenta al criterio social imperante, la sanción no debe esperarse: nunca podrá dicho acto alcanzar la intención práctica prevista; luego nunca podrá prevenir una reglamentación de intereses. Esto es, queda como acto ilícito, pero no responde a la función económico-social que debiera serle propia (85), no alcanzando nunca la categoría de negocio jurídico, salvo en una posible apariencia. La función económico-social, pues, tiene tan íntima conexión con la «biología» negocial, que en el propio alumbramiento tiene que estar presente. Y acompaña al negocio en su *iter*, reclamándole un mínimo de perfectibilidad. Si no cumple ese mínimo (cuya amplitud puede ser distinta según el interés social dominante) las sanciones (asimismo diversas) no se hacen esperar (86), pues por diversos cauces imponen un resultado práctico opuesto al perseguido (87).

Porque la función económico-social se reclama del negocio concreto de modo correspondiente y de manera constante, es obvio que la biología negocial y patología negocial se reclaman constantemente, en el sentido de que un sano proceso biológico (correspondencia entre la intención práctica y la función económico-social del tipo) excluye la patología negocial, y la ausencia de aquél o su defecto provoca la inmersión en la «enfermedad» negocial, que puede abarcar desde un simple constipado (art. 1.266. párrafo tercero), pasando por un catarro que reclama abrigarse (artículo 1.279 del Código Civil), alcanzando a una lesión que obligue a la cirugía correctora (art. 1.291 del Código Civil), cuando no hay mejor solución (art. 1.294 del Código Civil) o una inmersión que priva del oxígeno vital y exige inhalación directa para evitar el fallecimiento (art. 715 del

(84) Cfr. artículos 1.1, 7.2, 1.255, 1.258, 1.271, párrafo tercero; 1.275 y 1.278 del Código Civil. No otra cosa, en tema de interpretación, señala el artículo 3.1 del Código Civil.

(85) Riguroso y preciso, BETTI, *op. cit.*, págs. 12 y ss.

(86) Así, en un Código patrimonial, como lo es el nuestro, el artículo 50 impide lograrse jurídicamente la posible intención práctica patrimonial que pudiera perseguirse. El artículo 49, enfrentado con su redacción anterior, deja en claro que la sanción del artículo 50 no va referida a la infracción de la autoridad derivada de la patria potestad o tutela, como podría entenderse antes de la reforma de 24 de abril de 1958. Pero, incluso antes, el sentido era el mismo (aunque menos manifiesto), pues esa autoridad familiar no era sino expresión de un modo económico anacrónico que aún se defiende en el país.

(87) Si se buscaba comunicación de bienes, habrá separación (art. 50 del Código Civil); si desvinculación, encadenamiento (art. 1.002 del Código Civil), y viceversa (art. 674 del Código Civil); si se pretendía ventaja, se impide restituyendo el equilibrio (art. 1.256 del Código Civil); si había pretensión de abusar del que no puede conocer bien, se permite el «abuso» contra él (art. 1.302, proposición segunda, del Código Civil), etc.

Código Civil) o un horrible cáncer, que lleva a la tumba (art. 1.270, párrafo primero, del Código Civil).

En plan más serio, creo también que ha sido BETTI el autor que *mejor* se ha preocupado de esa patología negocial en función de la causa (88), alcanzando unas matizaciones con su capacidad de análisis que, creo, permiten como nunca ha podido verse conocer una adecuada relación entre los elementos subjetivos-objetivos del negocio y su correspondencia con los criterios sociales más o menos imperativos (89), precisando las consecuencias que de ello se derivan (90). Se podrá estar de acuerdo o no con BETTI, pero no se puede negar que su obra es modelo de consecuencia, pues no existe una sola contradicción y todo problema propio de una teoría general (ricamente matizada con numerosísimas precisiones) tiene su planteamiento y se le propone una solución armónica. No son muchos los autores de quienes pueda decirse lo mismo.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(88) *Op. cit.*, págs. 270 y ss.

(89) *Ibidem*, págs. 99 y ss., 125 y ss.; destacadamente, págs. 186 y ss.

(90) *Ibidem*. En general, el capítulo VII, págs. 270 y ss.

VIDA JURIDICA

Concesión del premio Revista Notarial- Autores extranjeros del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires

Se hace necesario destacar este galardón concedido a nuestro compañero y colaborador de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO José María Chico y Ortiz por la *Revista de Derecho Notarial de la Provincia de Buenos Aires*, en su sección de «Autores extranjeros», por el trabajo publicado en la misma sobre «La inscripción registral y el documento notarial», durante el año 1977.

Conforme al artículo 22 del reglamento que rige los premios anuales que dicha revista concede, corresponde el de «autores extranjeros» «al que haya presentado la mejor colaboración sobre temas jurídicos, publicada en cada año calendario en la sección 'Derecho comparado'». El premio consistirá, conforme al artículo 23, en una medalla de oro y diploma y en una suscripción sin cargo por el término de cinco años de *Revista Notarial*.

La Revista se siente identificada con el premio y aprovecha esta ocasión para ofrecer al autor premiado su enhorabuena. Reproducimos seguidamente, en forma literal, el acta que acredita la concesión, y en la cual figuran también como galardonados autores con nombres muy estimados en España, como son Luis Moisset de Espanés, Edgardo O. Scotti y Pascual Eduardo Alferillo, a los que extendemos la enhorabuena. Dice así:

«En la ciudad de La Plata, a los trece días del mes de julio del año mil novecientos setenta y nueve, reunidos en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires los integrantes del Jurado designado para el discernimiento del Premio Revista Notarial, Premio Revista Notarial-Autores Noveles y Premio Revista Notarial-Autores Extranjeros, correspondientes al año 1977, Dr. Ho-

racio Daniel Piombo, Notario; Dr. Tomás Diego Bernard y doctora Elvira Martha Yorio, al momento de la formación del tribunal, con la presidencia del primero de los nombrados, fueron analizados los trabajos presentados, encuadrados en la reglamentación respectiva, cuyos autores decidieron participar del concurso con sujeción a lo prescrito en el art. 4.º de la misma. El criterio preponderante para el otorgamiento de los premios fue tener especialmente en cuenta la metodología aplicada, la seriedad expositiva del contenido, la labor investigativa, el léxico jurídico empleado y con la advertencia que su discernimiento no significa en manera alguna adherir a las teorías o conclusiones sostenidas por los autores. Asimismo, respecto del Premio Revista Notarial-Autores Noveles, se consideró que tales distinciones tienen fundamentalmente el propósito de estimular y alentar a quienes exteriorizan interés por la indagación de los temas del Derecho.

Por ello, se

RESUELVE POR UNANIMIDAD

I) *Premio Revista Notarial Año 1977*: Otórgase al trabajo titulado 'Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarsfield', perteneciente al doctor Luis Moisset de Espanés, publicado en *Revista Notarial*, n.º 831.

Accésit al Premio Revista Notarial Año 1977: A los estudios titulados 'Desistimiento de la calificación registral', perteneciente al doctor Edgardo O. Scotti (h), aparecido en *Revista Notarial*, n.º 832, y 'El documento notarial y la prueba preconstituida', perteneciente a la doctora Martha Beatriz Farini, publicado en *Revista Notarial*, número 833.

II) *Premio Revista Notarial-Autores Noveles Año 1977*: Otórgase al estudio titulado 'La mora del acreedor y el curso de los intereses', perteneciente al doctor Pascual Eduardo Alferillo, aparecido en *Revista Notarial*, n.º 830.

III) *Premio Revista Notarial-Autores Extranjeros Año 1977*: Otórgase al estudio titulado 'La inscripción registral y el documento notarial', perteneciente al doctor José María Chico y Ortiz (España), aparecido en *Revista Notarial*, n.º 835.»

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 CABALETRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. AUNQUE EL ARTÍCULO 116 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO PERMITA AL REGISTRADOR RECTIFICAR, EN TODO O EN PARTE, LA CALIFICACIÓN RECURRIDA, AL EVACUAR EL INFORME QUE PRECEPTÚA EL ARTÍCULO 115 DEL MISMO, ESTO NO LE PERMITE RECTIFICAR LA NOTA EN EL SENTIDO DE AÑADIR NUEVOS DEFECTOS ANTES NO CONSTATADOS, NI A CAMBIAR SU SENTIDO CON ALTERACIÓN DE LOS TÉRMINOS CON QUE SE REDACTÓ. EN TALES CASOS NO PROCEDERÁ ENTRAR EN EL EXAMEN DE LA NOTA PRIMITIVA NI EN EL CONTENIDO DE LA NUEVA CALIFICACIÓN QUE CONSTA EN EL INFORME.

LOS REGISTRADORES, DENTRO DE LA INDEPENDENCIA CON QUE EJERCEN SU FUNCIÓN, DEBEN TENER EN CUENTA AL CALIFICAR LA DOCTRINA DEL CENTRO DIRECTIVO SOBRE ACTOS Y CONTRATOS REALIZADOS POR MUJER CASADA EN RÉGIMEN DE GANANCIALES.

Resolución de 27 de septiembre de 1978 (B. O. del E. de 14 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario recurrente don Antonio Rodríguez Adrados el 10 de octubre de 1975, don Juan Roth Hummer vende un piso a doña Lucila Prieto Sáez, mayor de edad, casada, y que comparece en la escritura en

su propio nombre y derecho, declarando que retiene en su poder el importe actual de las hipotecas que gravan el piso que adquiere, subrogándose en los derechos y obligaciones derivados de las mismas y confesando el vendedor haber recibido de la compradora el resto del precio, por lo que le otorga la más completa carta de pago.

Presentada en el Registro número 1 de los de Madrid primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del documento que antecede, por carecer el cónyuge no administrador de capacidad de adquirir bienes para la sociedad de gananciales, con evidente transgresión de los artículos 5, 59, 63, 1.315, 1.401-1.º, 1.407 y 1.441 del Código Civil. Se ha tenido en cuenta lo preceptuado en el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que los artículos 5, 63 y 1.441 que se aducen en la nota no tienen ninguna relación con el supuesto que nos ocupa; que la tesis de la nota recurrida es que la mujer casada en régimen de gananciales, no administradora de la sociedad legal, no puede adquirir por compra mientras no pruebe la pertenencia privativa del precio, y ello de manera absoluta y radical, sin que el defecto pueda subsanarse, dado que la inscripción no se suspende, sino que se deniega; que el defecto obedece a una falta de capacidad; que esta posición tan radical, desconocida por la doctrina, ha sido planteada muchas veces en recursos gubernativos, siendo siempre rechazada, pudiendo citarse como ejemplo las Resoluciones de la Dirección de 4 de mayo de 1892, 1 de noviembre de 1963 y 4 de noviembre de 1969, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967; que son numerosos los artículos del Código Civil que abonan este último criterio jurisprudencial, así el 1.392, al hablar de las ganancias o beneficios obtenidos «indistintamente» por cualquier de los cónyuges, coloca en igual situación en cuanto a adquisiciones a marido y mujer, y en igual sentido se manifiesta el artículo 1.401-1.º; que si la mujer casada en régimen de gananciales no pudiera comprar en absoluto, carecería de sentido que el artículo 1.458 le prohibiese comprar a su marido; que la Ley de 2 de mayo de 1975 persigue una mayor independencia jurídica de la mujer casada y una menor desigualdad entre marido y mujer, por lo que ha de entenderse que incluso los preceptos del Código Civil que resultan inalterados por la misma han de ser interpretados conforme a la nueva concepción, y, por tanto, restrictivamente cuando lo contraríen; que esta Ley, al redactar de nuevo los artículos 60 a 65 del Código, suprime la licencia marital, desapareciendo con ello la única limitación que antes tenían las compras de la mujer casada; también quedan suprimidas las restricciones a las mujeres casadas para prestar consentimiento, al suprimirse el artículo 1.263-3.º, por lo que la mujer casada, al poder obligarse, puede comprar (art. 1.457); que la nota calificadora se enfrenta claramente al artículo 62-1.º, que establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges; que en el ámbito hipotecario la doctrina que se ha expuesto ha sido la aplicada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogido en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que la doctrina clásica de la Dirección entendía que las adquisiciones de bienes gananciales podían inscribirse, indistintamente, a nombre del marido o a nombre de la mujer (lo que evidencia que ésta podía adquirir), y que eran las circunstancias de tales adquisiciones las que imponían el carácter ga-

nancial, no existiendo en nuestro régimen hipotecario inscripciones extendidas expresamente a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica (Resoluciones de 9 de febrero de 1917 y 11 de octubre de 1941); que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario regula las adquisiciones del marido y de la mujer sin establecer diferencias entre uno y otra, sin aludir para nada al cónyuge administrador y al no administrador de la sociedad, regulándose las adquisiciones de la esposa no administradora en el mismo plano que las del marido, aun tratándose de bienes gananciales; que si antes de la Ley de 2 de marzo de 1976, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros, las compras efectuadas por la mujer casada sin intervención del medio eran inscribibles haciendo constar en la inscripción la falta de licencia; actualmente, suprimida la licencia marital, dichas compras deben ser inscribibles sin ninguna salvedad.

Por cese de los tres titulares del Registro número 1, uno por jubilación y los otros dos por traslados, el nuevo Registrador de la Propiedad, designado, de conformidad con sus otros dos cotitulares interinos, informó que en la nota de calificación recurrida puesta por sus antecesores en el cargo se debió padecer un error al citar el artículo 5.º del Código Civil, así como otro consistente en la omisión de las palabras «por sí sola» después de la palabra «capacidad», e igualmente que los artículos 63 y 1.441 del Código tampoco están directamente infringidos y que el defecto debe ser calificado de subsanable, por lo que, en uso de la facultad que confiere el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, rectifican en parte y atenúan la calificación recurrida, quedando la nota redactada de la siguiente forma:

a) Que al no expresarse el régimen económico matrimonial de la compareciente compradora ni, en su caso, el carácter ganancial o privativo de la adquisición ni el de la parte de precio ya pagado ni el de la que se obliga a pagar la misma en los futuros vencimientos del crédito hipotecario que se subroga, faltan datos para una calificación e inscripción precisa; y

b) Que de presumirse, por tanto, que el régimen económico matrimonial es el de la sociedad legal de gananciales, según el artículo 1.315 del Código Civil, y que tales dinero y adquisición son gananciales conforme al artículo 1.407 y que su administrador y facultado para obligarlos, en principio y mientras otra cosa no se demuestre, es el marido de la compareciente, según los artículos 1.412 en relación con el 59 y 1.416, todos del mismo cuerpo legal, es necesaria la intervención del marido, como presunto cónyuge administrador, o acreditar la causa que hace innecesaria su intervención.

Y considerando el defecto subsanable, se suspende la inscripción solicitada, de la que podrá tomarse anotación preventiva si se solicitare.

Se ha cumplido lo dispuesto en la regla c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario.»

Que al rectificarse en parte la calificación ha sido necesario redactar de nuevo la nota para precisar los motivos y alcance de la misma, haciendo factible la subsanación de los defectos y la protección de los derechos de los interesados mediante la posible anotación preventiva; que la nueva redacción de la nota está admitida por diversas Resoluciones de la Dirección; entre otras, por la de 4 de noviembre de 1968; y entrando en

el fondo de la cuestión, indica que después de la reforma de 2 de mayo de 1975, según la cual puede celebrarse y modificarse las capitulaciones matrimoniales después de contraer matrimonio, la primera manifestación de un otorgante casado debe ser cuál es el régimen económico matrimonial, y en atención a la naturaleza de los bienes, privativos o gananciales, hacer constar si tiene o no la administración de los mismos, así como el carácter que quiere dar a la adquisición, y, en su caso, la regionalidad que le corresponde, que naturalmente puede determinar regímenes económicos diferentes; que en el caso de que la compareciente sea la mujer, la omisión de tales manifestaciones es un verdadero defecto de la escritura, ya que las presunciones legales indican que no es la administradora de la sociedad conyugal; que en el caso que nos ocupa la compradora ha dispuesto de bienes presumiblemente gananciales al entregar el precio obligando la misma clase de bienes para el futuro al comprometerse a pagos aplazados que, además, ha garantizado en forma real subrogándose en dos hipotecas, todo ello sin que se acredite la necesaria intervención del marido o la causa por la que no es preceptiva la misma; que el Código Civil en sus artículos 1.412 en relación con el 59, así como en el 1.416, es de una gran claridad que no necesita interpretación, al determinar la necesaria intervención del marido como presunto cónyuge administrador, o bien la necesidad de acreditar la causa por la que no es precisa; que la Ley de 2 de mayo de 1975 mantiene el sistema de unidad de dirección económica del matrimonio por el que uno solo de los cónyuges será el administrador, bien sea el marido o la mujer; que una vez suprimida la licencia marital debe entenderse derogado el artículo 94 del Reglamento Hipotecario e inaplicable la jurisprudencia a que dio origen; que admitiendo las adquisiciones de la mujer casada no administradora tendremos también que admitir las del marido cuando se haya pactado que no sea administrador, e incluso cuando haya sido privado de la administración por resolución judicial, que en el caso que estamos examinando el cónyuge administrador podrá oponerse a que se realicen los pagos aplazados con cargo a los bienes gananciales, y esto sin pedir la anulación de nada, siendo tal vez el vendedor o sus herederos o acreedores los que tengan que pedir la anulación del acto, con lo cual intervendrían terceros extraños a la relación familiar como serían los acreedores del vendedor o incluso la masa de una quiebra, y si se llegase a declarar ineficaz el acto, podría negarse a exigir responsabilidad a los funcionarios que admitieron su eficacia; que el recurrente parece sugerir la existencia de una ratificación tácita de la escritura por el esposo al referir que fue éste el que la presentó en el Registro, a lo que hay que oponer que no es admisible ni pudo tenerse en cuenta al calificar semejante forma de ratificación no cubierta por la fe pública notarial, ya que el Registro rechaza todo consentimiento inmobiliario que no se otorgue en documento público; que lo que parece demostrarse es que la falta de intervención del marido en la escritura no tiene ninguna justificación lógica por imposibilidad de hecho; que, como resumen, puede decirse que la escritura es imprecisa por falta de datos para una adecuada calificación, y que si en vista de ello se acude a las presunciones establecidas por el Código Civil la compareciente no está legitimada para los actos que realiza, siendo subsanable el defecto.

Con fecha 5 de junio de 1976 se traslada por la Secretaría de Gobierno de la Audiencia Territorial al Notario recurrente, a los efectos que pudie-

ran proceder, la nueva nota que en sustitución de la originaria se había emitido, traslado que recibe el interesado el día 7 del mismo mes y año y con fecha 10 de junio el Presidente de la Audiencia confirma esta segunda nota redactada por los nuevos Registradores, por razones análogas a las expuestas por estos funcionarios, declarando que la rectificación parcial está permitida por el artículo 116 del Reglamento Hipotecario y es recogida por la doctrina de la Dirección General en varias Resoluciones, tales como la de 1 de febrero de 1952 y la de 25 de abril de 1959; que los argumentos que se adicionan al corregir parcialmente la nota no agravan la calificación, sino que, por el contrario, la atenúan al declarar subsanable el defecto primitivamente considerado insubsanable, y que no se aducen en la nueva redacción de la nota distintas alegaciones fácticas ni sustancialmente diferentes motivaciones que pudieran haber producido la indefensión del recurrente.

El Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial manifestando que al aceptarse en el auto la sustitución de la nota originada por una nueva nota se alteran fundamentalmente las bases del debate, produciéndose la indefensión del recurrente e incurriendo además en incongruencia; que el Registrador, al amparo del artículo 116 del Reglamento Hipotecario, que le permite rectificar la nota en todo o en parte en el sentido de conformarse con la petición del recurrente, tal como prevé el párrafo 2.º del mismo artículo, lo que no puede es hacer una rectificación total consistente en sustituir la nota originaria por una nueva calificación ni hacer una rectificación parcial consistente en añadir nuevos defectos; que la litis queda definitivamente trabada con la nota del Registrador y con el suplico de interposición del recurso, y que aunque en trámite no previsto se le diera traslado al recurrente de la nueva nota, como con espíritu de justicia ha hecho el excelentísimo señor Presidente, la indefensión subsiste porque la normativa procesal del recurso gubernativo no establece forma y plazo para la impugnación de la nueva nota, que en el presente caso ha sido notificada un día 7, fallándose el siguiente día 10, sin tiempo ni posibilidad de presentar siquiera el acuse de recibo, y si el derecho de impugnación de la nueva nota se concediera al recurrente, se produciría la indefensión del Registrador; que este criterio de no señalar nuevos defectos es el mantenido expresamente por los artículos 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, por lo que si la nota originaria le parecía al Registrador insostenible, tenía que haberla retirado, conformándose con la petición del recurrente (art. 116-2.º), y presentada de nuevo en el Registro, podía haber consignado la nueva nota sin temor alguno a esa corrección disciplinaria que para evitar abusos establece el artículo 127, por ser distinto el Registrador que calificó al que tuvo que emitir su informe; que en ese sentido se manifiestan, entre otras que cita, las Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 29 de abril de 1959; que en los casos en que se ha variado la nota, la nimiedad de la alteración introducida y la falta de oposición basta para explicar la abstención de la Dirección General (Resolución de 4 de noviembre de 1968); que no ocurre así en el presente supuesto—incluso el auto presidencial la denomina nueva—, en el que la primitiva contenía un solo defecto del más desaforado y militante antifeminismo, y al que respondía la argumentación de su escrito—apartado cuarto—, mientras que la nueva contiene dos, uno el a) que ni directa ni indirectamente aparecería en la originaria y otro el b), totalmente nuevo, ya que el problema suscitado era el de la incapacidad

de la mujer, siendo indiferente la intervención del marido, porque aun con ella, en cualquiera de sus variantes, no tenía capacidad de adquirir bienes gananciales la mujer casada; por el contrario, en la nota actual la mujer casada es capaz y puede adquirir gananciales que pueden figurar a su nombre, siempre que se cumpla el requisito que en la nota primitiva no aparecía ni podía aparecer: la intervención marital; que así, pues, en la nueva nota no es que se atenúa el rigor de la primitiva—convirtiéndolo en subsanable—, sino que se consignan dos defectos distintos, aunque menos graves, pero que no por ello dejen de ser nuevos, y por eso se incluyen preceptos legales que no aparecían infringidos en la larga lista de la nota primitiva; que por todo ello se ha producido no sólo indefensión procesal del recurrente, sino también incongruencia, pues el auto confirma una nota que no fue la que se impugnó; que la nueva nota carece de virtualidad al no haber sido extendida en tiempo y forma, por lo que debe tenerse por no puesta; que no obstante, y para el caso de que se estimase legalmente extendida entra en su examen, haciendo una serie de consideraciones acerca de que no existe en la escritura las imprecisiones a que alude la letra a) de la nueva nota, por no existir disposición legal alguna que pida su constancia, y que de exigirse las circunstancias señaladas, como se hace, sólo para la mujer, y no para el marido, sigue latiendo una tesis antifeminista; en cuanto al defecto de la letra b) de ser necesaria la intervención del marido, tras apuntar la infracción del artículo 106 del Reglamento Hipotecario, por la imprecisión de que adolece, reitera toda una serie de argumentos que se contienen en otro de los recursos gubernativos que sobre esta misma materia tiene interpuesto.

Y la Dirección (1) acordó que procede:

Primero.—No entrar en el examen del contenido de la nota puesta en la escritura calificada, por haberla dejado sin efecto los tres titulares encargados del Registro de la Propiedad.

Segundo.—No examinar el contenido de la nueva nota que consta en el informe, al no estar autorizados los mencionados funcionarios para ello.

Tercero.—Que, como consecuencia de la reforma de determinados artículos del Código Civil introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, los Registradores de la Propiedad, dentro de la independencia con que ejercen la función, tengan en cuenta, al calificar los actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales, la doctrina de este Centro sobre este particular y que aparece recogida, entre otras, en las Resoluciones de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978.

El precedente acuerdo se basa en la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Cuestión previa al posible examen del fondo del recurso es la de resolver la cuestión procesal planteada por el Notario recurrente, que hace referencia a si era o no posible la rectificación de la nota en la forma realizada por los nuevos Registradores en el preceptivo informe que habían de emitir.

Las normas del Reglamento Hipotecario desarrollan la forma en que ha de resolverse el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador presuponen que es la nota recurrida con los defectos que señala la que ha de servir de base para el debate establecido y la que fija el nudo de la cuestión, y por eso de una parte el artículo 117 no permite al

(1) Vistos los artículos 116 y 117 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 1 de febrero de 1952.

recurrente plantear peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, y de otra, en el artículo 116 permite al Registrador que pueda rectificar en toda su calificación—siempre que se conforme con la petición del recurrente—o sólo en parte, con supresión de alguno de los defectos señalados, pero lo que no autoriza el mencionado precepto es que se rectifique la nota en el sentido de añadir en el informe registral nuevos defectos antes no constatados o se cambie su sentido con alteración de los términos y fundamento con que se redactó, ya que entonces se producirá la anómala situación de que se resolvería no el debate planteado, sino una cuestión distinta de la que incluso no ha llegado a tener conocimiento el recurrente por haberse redactado la nueva nota en un ulterior escrito del Registrador.

En el presente caso, aunque se pretenda mantener que se ha suavizado, fundándose en el artículo 116 del Reglamento—con una rectificación parcial—la primitiva nota, al transformarse un defecto insubsanable en dos de carácter subsanable, el examen de la misma muestra con claridad que ha habido un total cambio en su contenido, ya que la primitiva alegaba la incapacidad del cónyuge no administrador para adquirir bienes para la sociedad de gananciales, y en la nueva—redactada al emitir el informe—se exige la constancia en la escritura calificada de una serie de datos y la necesidad de la intervención del marido para el acto realizado o la justificación de la causa que haría innecesaria su intervención.

Al haber atendido los Registradores los argumentos y peticiones del Notario recurrente y admitido que los artículos 5, 63 y 1441 del Código Civil, que sirven de fundamento a la nota discutida, no se encuentran infringidos, y en consecuencia la dejan sin efecto en la forma redactada, carece de interés el entrar en su examen, dada la coincidencia de pareceres de todos los interesados en el recurso acerca de su no admisión.

De accederse a resolver el recurso en los nuevos términos planteados, resultaría que la resolución definitiva haría referencia a una nota de calificación de la que no existe constancia en la escritura calificada, con lo que se produciría una total incongruencia entre la resolución adoptada y la materia que ha sido objeto de recurso.

COMENTARIO.—I. La cuestión de fondo objeto del recurso era la de si es inscribible la compra realizada por una mujer casada sin consentimiento ni intervención de su marido, sin hacerse indicación ninguna sobre el carácter de la adquisición, ni la procedencia del precio y habiendo una parte de éste retenido para el pago de la hipoteca, subrogándose la compradora en las obligaciones derivadas de la misma. Como luego veremos, en esta cuestión de fondo no se llega a entrar, aunque el supuesto no era igual que los resueltos por otras resoluciones sobre la materia. Yo tampoco voy a comentar nada sobre la cuestión de fondo, aunque no debo ocultar mi modesto criterio contrario a la doctrina de la Dirección fraguada en el verano de 1976 para las compras con precio confesado, que posteriormente se extendió también, aunque con más temor, a las con precio aplazado (2).

(2) Mi disconformidad con la doctrina de la Dirección aumenta cuanto más la aplico y más trabajos leo en su favor. Queramos o no, descansa en el principio de solidaridad en la administración de la sociedad de gananciales que si se llega a establecer como básico puede ser malo, pero si no se tiene gran cautela en la reglamentación de cuando puede actuar excepcionando el de coadministración aún será peor. Es cierto que dicha doctrina no viene ocasionando problemas graves, ni es fácil que los ocasione merced a la galopante inflación, también lo es que puede haber contribuido a apaciguar la guerra fría de los sexos mientras se estudiaba la reforma conveniente del régimen económico del matrimonio y de

La cuestión procesal, única que fue abordada por el Centro Directivo, consiste en las consecuencias de la rectificación de la nota de calificación efectuada por el Registrador en el informe preceptivo del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, cuando tal rectificación no consista en conformarse con la petición del recurrente (art. 116-2.º) y especialmente en el supuesto de que sea distinto Registrador el informante del que puso la nota de calificación. Con la decisión del Centro Directivo en esta cuestión también estoy disconforme, aunque no puedo responder de que mi criterio sobre la cuestión de fondo no perturbe algo mi imparcial visión de la cuestión procedimental.

Aunque dicho problema deba centrarse en la interpretación de los artículos 116, 117, 118 y 127 del Reglamento, en cuanto de ellos deba deducirse el ámbito y limitaciones de la facultad del Registrador de rectificar la calificación recurrida en el momento de informar, establecida en el artículo 116, apartado 1.º; no creo que la solución de tal problema deba separarse de la cuestión referente a cuál ha de ser el Registrador al que debe pedirse el informe del artículo 115 cuando el firmante de la nota de calificación no se encuentre ya al frente del Registro en el que calificó (por muerte, jubilación, traslado, etc.). También interesa saber si la facultad de rectificar la calificación puede tener distinto sentido según que el informante sea el mismo que calificó o sea otro distinto, a pesar de que el artículo 116 identifique ambos supuestos cuando faculta para la rectificación en todo o en parte.

Las Resoluciones de 21 de noviembre de 1889 y 23 de marzo de 1926 mantuvieron que el Registrador informante debía ser el que calificó, aunque estuviese destinado en otro Registro. Se dice que el artículo 116, introducido por la reforma de 1947, considera que el informe ha de darse por el titular del Registro en el momento de emitirlo, porque sólo así tiene sentido la totalidad del nuevo precepto y porque de esta manera se posibilita una calificación más benigna en el informe, evitándose el recurso que parece ser la principal finalidad del nuevo precepto. Aunque no podemos entrar en las ventajas e inconvenientes del nuevo criterio si es que el Reglamento ha querido rectificar totalmente, y para todos los casos, el de la jurisprudencia anterior, lo cierto es que no debe estar prohibido que el Presidente de la Audiencia pida informe también, en caso de traslado, al Registrador firmante de la nota, posiblemente más conocedor del asunto y principal interesado en que su tesis prospere (3).

Aunque parezca lógico que si el Registrador informante no es el mismo que calificó, deba tener más libertad para rectificar la calificación efectuada en la nota, el apartado 1.º del artículo 116 no ha querido hacer distinciones y concede la facultad de rectificar la calificación recurrida en todo o en parte, en el informe, sea o no el mismo que la hizo. Naturalmente, de hecho, será más frecuente la rectificación si el informante es otro, porque cuando es el mismo que calificó hay más probabilidades de que la nota se mantenga y no se enmiende.

la reglamentación de la sociedad de gananciales. Pero es más difícil valorar en qué medida ha podido contribuir a acrecentar la corriente dirigida a confeccionar el instrumento público con excesiva «asepsia», cosa que estimo puede terminar en convertir en inexacta la frase de COSTA: «Notaría abierta, Juzgado cerrado».

(3) Traté incidental y brevemente esta cuestión del destinatario de la petición de informe en mi comentario a la Resolución de 10 de octubre de 1972, en el núm. 495 de esta Revista, marzo-abril de 1973, págs. 495 y ss. Allí traté también de la distinta naturaleza y efectos del informe básico (el del artículo 115) y los posteriores pedidos para mejor proveer.

Partiendo inicialmente de ser igual la facultad de rectificación en uno y otro caso conforme al Reglamento, tratemos de calibrar el ámbito y límites de tal facultad, tema básico del recurso para averiguar después las consecuencias de una rectificación no tolerada o excesiva.

II. Aunque sólo trataré de la cuestión procesal por no haber entrado la Resolución en el fondo, conviene hacer una síntesis del desarrollo del recurso.

El Registrador deniega la inscripción, estimando, por tanto, insubsanable el defecto, aunque no lo diga expresamente, por carecer el cónyuge no administrador de capacidad de adquirir bienes para la sociedad de gananciales. El Notario recurre contra la calificación suplicando que, si no se rectificase la calificación, se dicte auto revocando la nota y ordenando la inscripción de conformidad con la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario (4). Por cese de los tres titulares del Registro, un nuevo titular emite el informe preceptivo, en el que, después de disculpar lo que, en su opinión, eran meros errores de la nota, rectifica en parte y atenúa la calificación redactando nueva nota, en la cual el probable defecto de falta de intervención del marido se estima subsanable, si bien este defecto único se completa con otro apartado—a)—en el que se acusa al documento de no contener ciertos datos para una calificación precisa (acaso favorable si estos datos destruyeran las presunciones en que se basa el defecto fundamental y presumible). A continuación se hace una defensa de la nueva calificación, en mi opinión, muy convincente.

El Presidente de la Audiencia traslada al recurrente la nueva nota, a los efectos que pudieran proceder, y cinco días después (tres después de recibir el recurrente dicho traslado) dicta Auto de 10 de junio de 1976 confirmando la nota de suspensión, considerando que la rectificación parcial es posible, que la calificación no se agravaba, sino que se atenuaba y que no se aducían distintas alegaciones fácticas ni, sustancialmente, diferentes motivaciones que pudieran producir indefensión.

El Notario apela, impugnando el Auto (aunque no muy directamente) por confirmar una nota que era improcedente, ya que la rectificación producía indefensión y podía producir incongruencia. Califica el defecto de la nota primitiva como del más desaforado y militante antifeminismo y afirma que en la segunda sigue latiendo la tesis antifeminista. En cuanto a la cuestión de fondo, salvo estas acusaciones, apenas hay alegaciones en el resultando correspondiente y sí una remisión a los argumentos de otros recursos del mismo Notario, sin que resulte seguro si la remisión la hacía éste o la Dirección para no alargar el resultando. La argumentación sobre la cuestión procesal sí es muy completa, aunque la comparación de ambas notas, para diferenciarlas exageradamente, y las alegaciones de indefensión, también exageradas, no resulten totalmente convincentes (5). Pero la Dirección estaba convencida de antemano en el momento de resolver, harta de dictar resoluciones favorables a las compras efectuadas por mujeres casadas sin intervención de sus maridos y sin indicaciones sobre la naturaleza de la adquisición. Y no consideró nece-

(4) Aunque de la Resolución no resulte, parece ser que la petición del recurrente se orientaba hacia la regla 1.ª del artículo 95, aunque en un pasaje del escrito confesaba no tener gran empeño en que se realizase de conformidad con dicha regla o con la 2.ª del mismo artículo del Reglamento.

(5) Especialmente debe considerarse poco sincera la alegación de indefensión después de un escrito de recurso como el presentado por el recurrente que sería sin duda acertado extracto de su magnífica monografía sobre el tema que agota todo cuanto quepa decir a favor de las compras por mujeres casadas sin intervención del marido.

sario insistir, aunque en el caso existiese un hecho antes no contemplado: la mujer compradora asumía la deuda hipotecaria, reteniendo la parte de precio necesaria para su pago. De los cinco considerando que sirven de base a los tres acuerdos de la resolución, así como del grave descuido de no revocar el Auto y la nota o las notas, trataremos más adelante.

III. Normas reglamentarias, doctrina y jurisprudencia aplicables

a) *El Reglamento*, en el artículo 116, apartado 1.º, permite al Registrador que en el informe rectifique la calificación recurrida en todo o en parte. Admite, pues, una rectificación total o parcial, pero no aclara en qué puede consistir una y otra. Es frecuente entender que la total consiste en conformarse con la petición del recurrente, reconociendo que no existe el defecto o ninguno de los defectos expresados en la nota de calificación, y que la parcial consiste en reconocer que alguno o algunos de los defectos expresados no lo son o que son subsanables en vez de insubsanables como se dijo. Pero la casuística es tanta que el artículo 116 es notoriamente insuficiente para aclarar todos los problemas de la rectificación de la nota, que, en principio y sin que el apartado 1.º del mismo se oponga a ello, tanto puede ser en favor del recurrente, suavizándola, como en su contra, endureciéndola, bien con defectos nuevos o bien robusteciendo los anteriores con nuevos preceptos legales o alegaciones más completas. Lo único seguro es que el allanamiento o conformidad con la petición del recurrente, aunque el conseguirle fuese la principal finalidad del precepto, no agota ni mucho menos, las posibilidades de la rectificación de la calificación (6).

Si tratamos de completar el artículo 116 con el 117 cabría pensar que toda rectificación contra recurrente (*reformatio in pejus*) está excluida por no poder ser discutidas en el recurso las cuestiones basadas en otros motivos de suspensión o denegación. Pero creo que reconducir el texto del 117 a esta conclusión no solamente le fuerza (véase su texto literal), sino que le aleja de su finalidad primordial, que es cortar de raíz las peticiones del recurrente que le conduzcan a los cerros de Ubeda o que estén basadas en documentos no presentados en tiempo y forma. Luego veremos cómo la jurisprudencia registral interpretativa de este precepto se centra principalmente en esto último.

Por fin encontramos el enigmático artículo 127, que nos llevaría mucho tiempo descifrar, pero si tenemos en cuenta que decía lo mismo el

(6) La calificación se suaviza tanto si se reconoce que el defecto no existe como si de insubsanable se convierte en subsanable. Aunque la interpretación literal y lógica relacionando el primer apartado con los restantes no es muy clara, opino

— Que rectificación en el sentido de ampliación, desarrollo y mejora de la nota tiene que haber siempre en el informe. Si éste tuviese que ser idéntico a la nota sobraría. La nota ha de ser breve, sintética y en ocasiones redactada con urgencia; el informe estudiado, meditado y convincente.

— El conformarse con la petición del recurrente, único supuesto de rectificación cuyas consecuencias regula el Reglamento (art. 116, apartados 2.º y 3.º), es uno de los múltiples supuestos de rectificación total o parcial que, en principio, admite el apartado 1.º y no debe ser identificado con la rectificación total. Tanto la rectificación total como la parcial puede consistir en suavizar la calificación o en endurecerla.

— Por mucho que queramos sacar de quicio la jurisprudencia sobre la rectificación, que luego expondremos, la rectificación parcial puede consistir tanto en reducir defectos como el convertirlos de insubsanables en subsanables.

— Nunca puede estimarse que se incluyen en el informe defectos nuevos cuando lo que se hace únicamente es desarrollar, completar o fundamentar mejor los indicados en la nota. Hay que tener en cuenta también que muchas veces en la nota se exponen y numeran como varios defectos lo que únicamente son varios motivos, argumentos o enfoques legales de la denegación o suspensión. Por otra parte, en muchas ocasiones el hablar de defectos obedece a exigencias de los textos legales, aunque en realidad no se trate de verdaderos defectos, sino de obstáculos para la inscripción.

Reglamento de 1915 (art. 132), en el que no existía el actual 116, no sería extraño que, introducido éste, deba interpretarse aquél en el sentido de que el Registrador deba incluir todos los motivos en el informe si omitió alguno en la nota en el supuesto de recurso (pues dicho precepto es valdiero, en parte, aunque no exista recurso).

La mayor parte del texto del artículo 127 del Reglamento parece estar referido a la calificación fuera del recurso gubernativo; pero los pasajes en los que se permite alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior si se acordare la inscripción en el recurso y en los que se prevé la corrección disciplinaria si procediere, parecen referirse al supuesto de una calificación con alegación de defectos distintos de los revocados en un recurso que a su vez son objeto de nuevo recurso.

Tampoco resulta fácil la coordinación de todos los preceptos reseñados con el artículo 118-2.º, en el que se establece el requisito de la congruencia del Auto con las pretensiones deducidas. Gran parte de las dificultades que presentan estos preceptos para extraer de ellos una doctrina clara sobre el ámbito de la rectificación de la calificación en el informe y sobre las consecuencias que deben acarrear los diversos tipos de rectificaciones distintas de la plena conformidad con la petición del recurrente, derivan de no haberse adaptado los artículos 117, 118, 123 y 124 a la reforma que introdujo el 116. El artículo 116 fue una aplicación del principio de economía procesal al que tan frecuentemente acude el Centro Directivo para evitar actuaciones y recursos innecesarios. Partiendo de este principio introdujo la paralización del recurso en el supuesto de que el Registrador se allane al informar transformando todo lo actuado anteriormente en un recurso de reposición.

Pero el artículo 116 se quedó a medio camino en la aplicación del principio de economía procesal. Paralelamente al allanamiento del Registrador debió regular lo necesario para que en la rectificación consistente en desistir éste de algún defecto o de transformar en subsanable lo insubsanable, a través de un traslado del informe, fuese inducido el recurrente al desistimiento del recurso, que en todo momento permite y desea el artículo 131 del Reglamento, terminando así el recurso.

Aún más: inspirándose en el mismo principio debió incluirse la normativa apropiada para que en caso de rectificación agravatoria de la calificación, añadiendo defectos nuevos y distintos, mediante un traslado de la rectificación para réplica con advertencia de que la resolución se dictaría habida cuenta de la rectificación efectuada entrando en los defectos nuevos, fuese evitado el absurdo de seguir el recurso hasta el final limitándole a los defectos y las cuestiones primitivas y permitirse luego, conforme al artículo 127, que el Registrador deniegue o suspenda en base de los defectos nuevos dando ocasión a otro largo recurso.

El Presidente de la Audiencia, en nuestro caso, fue consciente de las ventajas del principio de economía procesal y dio traslado de la nueva nota al recurrente, a los efectos que pudieran proceder, fundamentalmente para facilitar el desistimiento del recurrente conforme al artículo 131. Pero no encontró apoyo reglamentario suficiente para señalar un plazo para impugnar la nueva nota, aunque luego dictó su resolución sobre ella e incluso conforme con ella.

Además de la incompleta incorporación del principio de economía procesal, adolece la normativa reglamentaria de una excesiva complacencia con el contrario de congruencia, en los artículos 117 y 118. Este principio

nunca debe ser justificación para una resolución injusta o improcedente, como no lo debe ser ni siquiera en la jurisdicción contenciosa. Menos debe serlo en el recurso gubernativo, en el que no hay controversia entre partes, sino la búsqueda de una calificación efectuada por órgano más cualificado y con más completa información sobre el caso, y en donde, invariable la *quaestio facti* (el documento presentado), debe, en cambio, dotarse de la mayor libertad de movimientos al Presidente de la Audiencia y a la Dirección para el enfoque y fundamentación de Derecho (*quaestio juris*).

Los informes del Registrador y del Notario y los informes para mejor proveer son meros elementos o datos orientados a una mejor calificación del órgano superior. Los hechos, de antemano fijados, pueden y deben ser libremente encajados en la norma jurídica aplicable por el órgano calificador superior (Presidente y Dirección), y vemos cuántas veces el Centro Directivo se ve obligado a mejorar el enfoque de la *quaestio juris* efectuado por Registrador y recurrente, sin que por ello se entienda vulnerado el artículo 118 del Reglamento.

Por lo mismo no procede exagerar el juego de la indefensión en el recurso gubernativo. El Notario recurrente la alegó un tanto abusivamente, casi en los términos patéticos de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (7).

b) *La doctrina* no nos aclara gran cosa la cuestión de la rectificación de la calificación, requisitos de ésta y consecuencias de la rectificación que no consista en el allanamiento. Sabemos cómo la dominante encuadra el recurso gubernativo, igual que la calificación, de la que es una mera incidencia, en la jurisdicción voluntaria y no en la contenciosa, porque en él no hay contienda entre partes. De este encuadramiento debemos deducir que el Presidente de la Audiencia y la Dirección más que resolver una controversia conforme a alegaciones de parte, están reproduciendo la calificación con más elementos de juicio. Escritos e informes no son sino elementos conducentes a una calificación nueva y más autorizada.

Roca (8), por cualificado ejemplo, estudia el artículo 117 del Reglamento y reseña la jurisprudencia registral que le aclara e interpreta cuando está tratando del escrito de interposición del recurso, y no hace referencia al mismo al tratar de los informes, donde se limita a exponer el 116, subrayando la palabra rectificar, indicando que la regulación del supuesto de conformarse el Registrador con la petición del recurrente implica una especie de recurso de reposición indirecto y en ningún mo-

(7) Nos referimos al apartado en el que ALONSO MARTÍNEZ, apuntando los peligros de no dar intervención en el sumario al inculpado, nos describe cómo al compás que adelanta éste se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, y el procesado, cuando llegado el plenario quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado.

No podemos detenernos en el problema de la indefensión en el proceso civil ni en el principio de inalterabilidad del *petitum*. Pero sí debemos dejar constancia de que en el recurso gubernativo aún debe tratarse con más cautela el tema de la indefensión, no sólo por tratarse de jurisdicción voluntaria (artículos 1.811 y 1.818 de la Ley de Enjuiciamiento), sino por quedar siempre a salvo la posibilidad de acudir a los Tribunales para salvaguardar los derechos e intereses que pudiesen haber resultado lesionados por la calificación.

Con esto no queremos restar importancia a la necesidad de que toda indefensión debe ser evitada, pero sí destacar cómo en el caso concreto se abusó de la indefensión porque la cuestión planteada era tan notoria, conocida y estaba tan en candelero entre Notarios y Registradores que el recurrente tenía todas las cartas en la mano y menos que nadie podía alegar indefensión cuando era autor de la más completa monografía sobre el tema.

(8) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., II, págs. 299 y ss.

mento resulta de su exposición que tal conformidad sea la única rectificación posible. Trata de pasada el problema del Registrador que debe informar y una muy breve referencia a la doctrina de la Resolución de 19 de noviembre de 1952. Al estudiar el artículo 119, no añade ningún otro supuesto de paralización ni exclusión de la decisión sobre el fondo al regulado por el precepto.

CAMY (9) interpreta la facultad de rectificar en términos muy restrictivos, que justificarian la tesis que ha prevalecido en la resolución. Dice que el Registrador podrá en el informe rectificar la calificación en todo o en parte, pero esta rectificación sólo podrá referirse a una conformidad total o parcial con lo solicitado por el recurrente, no pudiendo modificarla, ampliarla o adicionarla con nuevos defectos, ya que entonces se produciría una indefensión del recurrente, alterándose los fundamentos y bases del debate. Deduce esta interpretación tan restrictiva de las Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 29 de abril de 1959; pero ya veremos que ninguna de ellas autoriza aseveraciones tan tajantes. También restringe la facultad de rectificar diciendo que en su forma total (de conformidad total con recurrente) sólo procede en el informe inicial y no durante la apelación.

Cuando CAMY trata del artículo 127 del Reglamento parece referirse solamente a la rectificación, modificación o reforma de la calificación hecha fuera de recurso y no durante él. No distingue según sea el mismo o distinto Registrador, pero sí el que la reforma consista en alegar nuevos defectos o, por el contrario, estimar que no existen total o parcialmente los atribuidos en la anterior o que éstos son de menor intensidad (subsanales y no insubsanables). No obstante, en otro pasaje prevé la posibilidad de que el auto presidencial sea disconforme con la postura de las dos partes, estimando un defecto subsanable cuando la nota le calificaba de subsanable y el recurrente defendía que no existía defecto. Yo estimo que este caso, tan frecuente como aquellos en que el Centro Directivo aplica el principio de economía procesal, nos demuestra que tanto el Presidente como el Centro Directivo se mueven, en el recurso gubernativo, con mucha holgura y pueden encontrar dentro de la *quaesitio juris* soluciones, preceptos y argumentaciones no vistos ni alegados por el Registrador ni el recurrente y sin que por ello haya de traerse a colación ni la indefensión de éste, ni la alteración de los fundamentos y bases del debate, ni la incongruencia.

CHICO y BONILLA (10) estiman que la rectificación de la calificación admitida por el artículo 116, 1.º, no es tan amplia como parece y reproduce el texto del considerando de la Resolución de 1 de febrero de 1952, que luego analizaremos, añadiendo que el propio Reglamento establece reglas tendentes a evitar que el término rectificar pueda entenderse en el sentido de agravación de la nota: los artículos 117 y 127. Refiriéndose al primero afirma que limitando la actuación del Registrador llega también a poner coto a la actividad del recurrente ordenando cuál ha de ser el objeto de los debates y discusiones. Veremos luego cómo la jurisprudencia invierte el sentido que CHICO y BONILLA dan al artículo 117 del Reglamento.

SANZ (11) dice que el Registrador informante puede adoptar tres po-

(9) BUENAVENTURA CAMY.

(10) JOSÉ M.º CHICO y ORTIZ y JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA. *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., vol. I, págs. 413 y ss.

(11) ANGEL SANZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, vol. II, págs. 196 y ss.

siciones: rectificar la calificación en todo o en parte, oponerse a la personalidad del recurrente sin entrar en el fondo y emitir dictamen.

Pero en ningún momento se deduce de su exposición que la primera de las tres posiciones se deba identificar con el conformarse con la petición del recurrente, que regulan los apartados 2.º y 3.º del artículo 116, aunque es cierto que no llega a abordar el problema de la posibilidad y las consecuencias de la rectificación *in pejus* (endurecimiento de la calificación por transformación del defecto subsanable en insubsanable o por adición de defectos nuevos y distintos).

c) *La jurisprudencia*. Roca reseña como *jurisprudencia registral* interpretativa del artículo 117 del Reglamento siete resoluciones. De ellas, cuatro (las de 3 de diciembre de 1938, 9 de febrero de 1943, 25 de mayo de 1962 (12) y 14 de febrero de 1965) se refieren clara y exclusivamente a la prohibición de hacer pronunciamientos sobre peticiones del recurrente basadas en documentos no presentados en tiempo y forma. En las otras tres, la doctrina es menos concluyente y muy variada:

La Resolución de 10 de enero de 1939, después de 11 interminables resultandos y siete densos considerandos (las cuestiones básicas hacían referencia a la vecindad foral y a la inscripción como requisito previo del otorgamiento del acto dispositivo), en los que se entra en todas las múltiples cuestiones de fondo planteadas, se añade en un considerando final intrascendente, pues se confirma la nota denegatoria, que no procede resolver sobre la necesidad de licencia marital de una de las señoras otorgantes por no haber sido objeto de la nota de calificación.

En la de 10 de agosto de 1939, el Registrador denegó una partición hecha por el viudo y el padre de la causante, por adjudicarse al viudo en plena propiedad fincas propias de la difunta, sin que obste la pretendida vigencia de la presunción muciana en Mallorca. En el informe afirma que el recurrente sabía la existencia de una reclamación judicial de una hermana de la finada sobre declaración de reservables de las fincas, resultando este carácter por razón de procedencia de los asientos registrales. El Presidente de la Audiencia confirma la nota, manteniendo que las fincas son reservables, y la Dirección afirma que la reclamación judicial existente carece de importancia porque en el recurso únicamente procede discutir los problemas planteados en la calificación y que hayan podido ser examinados por las partes, pero no se abstiene de decidir sobre el fondo, ni siquiera en este punto, no incluido en la nota, por cuanto afirma que no se dan las circunstancias para que el Registrador deba tener en cuenta, en la calificación, el carácter reservable de los bienes, y que por la variabilidad de las personas de los reservatarios y por la posibilidad de que la reserva no actúe, no procedería denegar, aunque el referido defecto hubiese sido incluido en la nota calificadora.

La Resolución de 18 de junio de 1960 trató de la denegación de una venta por aparecer el piso vendido inscrito a favor de persona distinta del vendedor por causa de un error de la inscripción (se confundió un piso con otro, en parte por error del título; después de advertido el error, el Registrador mantuvo su nota por estimarla correcta, a pesar de todo,

(12) En ésta si se afirma que en el recurso gubernativo no pueden discutirse más cuestiones que las relacionadas directa o indirectamente con la calificación hecha. Innecesario insistir en que la cuestión de si era inscribible una escritura de compra con dinero ganancial por mujer casada sin intervención del marido estaba relacionada *directamente* con la nota originaria.

y el Presidente de la Audiencia y la Dirección estiman que debió subsanarse el error en vez de continuar el recurso) (13).

De la jurisprudencia registral recogida resulta que no cabe negar que en ocasiones la Dirección se ha abstenido de entrar en defectos nuevos añadidos en el informe, pero no es suficiente para estimar que no hay más rectificación lícita que la de conformarse con las peticiones del recurrente. En todo caso, lo que debe estimarse casi insólito es dejar de decidir sobre el fondo sólo porque el Registrador rectifique la nota en el informe, sin estarse en el supuesto del artículo 116, 2.º La Dirección ha decidido sobre el fondo, incluso entrando en los temas nuevos aparecidos en el informe, aun tratándose de una rectificación *in pejus*.

El Notario recurrente, para demostrar que el Registrador no puede poner defectos nuevos en el informe, cita las Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 29 de abril de 1959. Es curioso que ambas son las que el Presidente de la Audiencia había tenido en cuenta para confirmar la admisión de la rectificación parcial. Veamos quién podía alegarlas a su favor con mayor razón.

La Resolución de 1 de febrero de 1952, única incluida en el Vistos, trató de una venta efectuada por dos administradores nombrados por un testador de bienes adjudicados en usufructo a un hijo y en nuda propiedad a los nietos. El Registrador al pie del documento expresó que no se practicaba operación porque hacía falta autorización judicial para que fuese inscribible la venta, y en el informe estimó dicha nota como simplemente informativa y la explicó diciendo que la facultad de los administradores había terminado al fallecer el heredero usufructuario, y que aunque subsistiese tenía que completarse con la autorización judicial, como habían interpretado los mismos administradores. El Presidente de la Audiencia entendió que las facultades para vender de los administradores subsistían; pero la Dirección revocó el auto y declaró no inscribible la escritura por entender terminadas dichas facultades y subsistente, en cambio, una prohibición de enajenar que también contenía el testamento (14). Los considerandos referentes a la cuestión que nos interesa dicen que la sustitución de una nota firmada al pie del título (que no puede nunca ser simplemente informativa, sino de calificación) por otra más completa redactada al emitir el informe equivale a una reforma de la calificación, y si bien el Registrador puede rectificar el juicio en todo o en parte y conformarse con la petición del recurrente, no puede modificar, ampliar o adicionar con nuevos defectos la calificación mientras no se decida el recurso, porque se provocaría la indefensión del recurrente y alteraría los fundamentos y las bases del debate.

(13) Una Resolución de 9 de marzo de 1942 dijo que, presentados de nuevo los títulos, el Registrador podrá mantener o modificar la calificación anterior, y si la Ley y la Jurisprudencia permiten variar la calificación hecha, si se esuma justo, con mayor motivo podrá formularse libremente cuando no implique rectificación de criterio por recaer sobre escritura no calificada anteriormente. Se trataba de una serie de ventas hechas por un usufructuario de disposición al que se había impuesto la obligación ciertas misas con el precio, estimando el Registrador al calificar una de las ventas que con las anteriores había suficiente para pagar tales misas.

(14) El testador había concedido a los administradores facultad de vender determinados bienes de la herencia en caso de conveniencia o necesidad, y dichos bienes fueron adjudicados como se dice en el texto. Imponía también el testador una prohibición de gravar y vender hasta que los nietos, nudos propietarios, hijos del heredero usufructuario, llegasen a la mayor edad, dejando a salvo las expresadas ventas efectuadas por los administradores en caso de conveniencia o necesidad, cuyos precios debían invertirse en valores seguros. La Dirección entendió que las facultades de los administradores y el nombramiento de éstos sólo pretendió apartar al hijo usufructuario de la administración de los bienes en beneficio de los nietos nudo propietarios, propietarios plenos al momento de realizarse la venta objeto del recurso.

Vemos cómo la doctrina se recoge casi igual en el segundo considerando de la resolución que nos ocupa, sin tener en cuenta que en la de 1952 se trataba del mismo Registrador y de una nota tan incompleta e inexpresiva que puede, efectivamente, producir indefensión el completarla con la indicación de los defectos.

El supuesto no era igual y, por otra parte, debemos tener en cuenta que los considerandos referentes a la ampliación de la nota resultaron, en definitiva, inocuos e inoperantes porque la Dirección dio la razón al Registrador declarando no inscribible la escritura por las razones alegadas en la nota y en su aclaración del informe, y ello contra el parecer del Presidente de la Audiencia; contrario todo a nuestro caso.

La otra Resolución citada por el Presidente de la Audiencia y por el Notario recurrente al apelar es la de 29 de abril de 1959. La cuestión de fondo planteada en la misma era una cláusula de sustitución fideicomisaria de dudosa interpretación (15). El Registrador denegó una solicitud de determinados herederos interesados, en la que pedían que se hiciese constar en el Registro que ciertos bienes de la herencia habían quedado libres de las sustituciones establecidas por el causante. La nota denegatoria era suficientemente expresiva de que la denegación procedía de entender el Registrador que, en determinados eventos aún posibles, debía actuar la sustitución a favor de un cuñado del testador con cuya voluntad no se contaba. En el informe, hecho por Registrador distinto, se amplía la nota añadiéndola un nuevo párrafo, más bien aclaratorio, y a continuación se entra en un complicado estudio de la discutida normativa de los hijos puestos en condición y sus varias modalidades. El Presidente de la Audiencia dio la razón al Registrador, pero la Dirección revoca el auto y la nota por entender que no podía producirse ya sustitución a favor del cuñado. A pesar de que en los resultandos se transcriben literalmente la primitiva nota y el párrafo que el Registrador agrega en uso del derecho reconocido en el artículo 116 del Reglamento, y a pesar de que el primer considerando repite la doctrina de la Resolución de 1 de febrero de 1952, según la cual el Registrador no puede agregar nuevos motivos que agraven la calificación, porque implicaría indefensión del recurrente y alteración de los fundamentos del debate, lo cierto es que tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección, aunque en sentido contrario, entran en la cuestión de fondo y no resulta fácil saber si en los considerandos de uno y otra se tiene en cuenta sólo la primera nota o también el párrafo agregado como adición por el Registrador informante. Por otra parte, el considerando relativo a nuevos motivos que agraven la calificación acaso estaba un tanto fuera de lugar porque la nota era casi más expresiva del reparo concreto que el Registrador podía poner a la solicitud de eliminar del Registro las cláusulas de sustitución. Igual que en nuestro caso, en la nota nueva no existía nuevo defecto. Y se en-

(15) El testador había nombrado herederos a sus sobrinos S. y R. con sustitución compendiosa entre ellos para caso de no proceder la preferente vulgar de cada uno en sus descendientes legítimos o naturales, pero añadiendo que si ambos o alguno de sus expresados sobrinos no llegasen a ser herederos o siéndolo no dejaren uno ni otro hijos o descendientes, uno o más, que llegasen a alcanzar la edad de veinticinco años, sustituye en la herencia a un cuñado. El Registrador denegó la solicitud con nota en la que decía que el fallecimiento de uno de los dos sobrinos del testador dejando hijos mayores de veinticinco años—circunstancias que efectivamente ya se daban—no es suficiente para la extinción de todas las sustituciones establecidas, porque caso de que los hijos de S. premurieran a R. se daría el acrecimiento a favor de ésta, y caso de morir sin hijos heredaría el cuñado del testador que no interviene. En el informe hecho por el Registrador distinto se agrega a la calificación, al amparo del artículo 116, un párrafo por el que se deniega porque hasta el fallecimiento de doña R. no se pueden determinar quiénes serán los adquirentes en virtud del fideicomiso y habrá de otorgarse escritura pública.

tró en el fondo con razón porque no podía acordarse acceder a la solicitud, si el Centro Directivo no la encontraba procedente, sólo por la circunstancia de que una dudosa alteración de la calificación pudiese ocasionar indefensión al recurrente.

Frente a las resoluciones reseñadas, que vemos no ser muy decisivas para excluir la facultad de rectificar la nota en contra del recurrente, y menos para justificar el no entrar en el fondo por causa de tal rectificación, el Registrador afirma que la nueva redacción de la nota está admitida por diversas resoluciones, y entre ellas, la de 4 de noviembre de 1968. En el caso que ésta resolvió, el Registrador reconoce en el informe que por la premura con que tuvo que extender la nota no incluyó en uno de los defectos cierta cláusula del documento que incurría en él y tampoco había indicado el alcance de la calificación y la naturaleza de cada defecto, y por todo ello la redacta nuevamente, al amparo del artículo 116 del Reglamento. En la nueva nota se hace una más detallada exposición de los defectos, que ahora se separan, numeran y califican. La resolución, sin considerar nada respecto a los cambios de la nota, revoca parcialmente el auto apelado y confirma tres de los defectos, sin indicar si la confirmación ha de referirse a la nota primitiva o a la resultante del informe, sentando implícitamente la doctrina de que una nueva redacción de la nota en el informe, aunque contenga ampliación de los defectos o agravación de la calificación, no siempre ha de producir indefensión que justifique reducir el ámbito del fallo a la nota primitiva (16).

La Resolución de 16 de diciembre de 1955 negó personalidad al Registrador que calificó para apelar cuando el que le ha sustituido en el Registro se conforma con la petición del recurrente, porque sólo el titular de la Oficina es el llamado a formalizar alzada. Esta doctrina demuestra que no es muy segura la afirmación del segundo considerando de la resolución que comento de ser la nota recurrida, con los defectos que señala, la que ha de servir de base para el debate y la que fija el nudo de la cuestión.

La Resolución de 19 de noviembre de 1952, que en cuanto al fondo trató de la necesidad de que el heredero o el albacea hagan entrega del legado sin que el legatario pueda ocupar por sí la cosa legada, contiene un considerando en el que se afirma que la tramitación del recurso no se halla ajustada a lo prevenido en los artículos 115 y siguientes del Reglamento porque fue pedido informe al Notario autorizante, quien sólo debe emitirlo cuando no sea recurrente, y se ordenó al Registrador, con vista del redactado por el fedatario, que ampliara el suyo. Afirma también que la decisión presidencial carece de la claridad y precisión exigidas por el artículo 118 del Reglamento. Pero ni el exceso de informes, ni la falta de claridad del auto impidieron al Centro directivo entrar en el fondo del asunto y dictar resolución acordando confirmar el auto apelado y declarar que la escritura no era inscribible.

Si comparamos la escueta nota de calificación con el resultando dedicado al informe del Registrador resulta difícil, como en tantos casos, precisar si se añaden nuevos defectos o simplemente se argumenta, perfecciona y matiza el defecto de la nota. Por ello no encontramos tan

(16) La nota inicial decía solamente «No admitida la inscripción...», sin indicación de la naturaleza de los defectos. En la nota modificada del informe se decía «Denegada la inscripción .», y al final de la misma se calificaban de subsanables los defectos 1 y 2, y de insubsanables los defectos 3 y 4.

antirreglamentario como parece que el Presidente diese oportunidades de réplica y dúplica teniendo en cuenta que el artículo 124 le permite acordar para mejor proveer que se unan al expediente los informes que contribuyan al mayor esclarecimiento de las peticiones formuladas, sin restringir en ningún sentido las personas a las que pueden pedirse estos informes, por cuanto las Juntas del Colegio de Registradores y de Decanos de los Colegios Notariales mencionados en el apartado 2.º del artículo lo son en el concepto de destinatarios excepcionales de la petición de informe.

De todas maneras, aunque el Centro Directivo estimó exceso de informes, no se abstuvo de resolver, entendiendo a nuestro juicio con razón, que el apartado segundo del artículo 119 agota los supuestos en los que cabe abstenerse de decidir sobre el fondo.

No sé si existirán otras Resoluciones más que las citadas en que se hayan recogido considerandos que vengán a perfilar más los límites en que debe moverse la rectificación o alteración en el informe de la calificación reflejada en la nota. En las citadas, los considerandos en los que se restringe la posibilidad de añadir nuevos defectos y de alterar el sentido de los términos y el fundamento de la nota hemos visto que son un tanto puestos incidentalmente y con escasa trascendencia en el fallo de la resolución.

Y es que, ciertamente, en el recurso gubernativo no procede exagerar la indefensión del recurrente frente a las alegaciones del informe.

El Registrador, cuando suspende o deniega la inscripción, debe fundamentar su decisión incluyendo en la nota todos los defectos si hubiese encontrado más de uno. Pero una interpretación lógica de los artículos 117, 118-2.º, 123 y 127 del Reglamento debe conducir a estimar más importante que la Resolución de la Dirección acierte en lo fundamental y en las pretensiones básicas diciendo si la inscripción debe practicarse, suspenderse o denegarse, que el sacrificar este acierto e incluso su posibilidad a una congruencia formalista con las alegaciones contradictorias no siempre fáciles de casar. El escrito de recurso no debe limitarse a impugnar escuetamente el texto de la nota, sino que debe contener la argumentación completa del rechazo del defecto, aunque haya sido imperfectamente apuntado, porque tiene que contar con que el informe va a ser más completo y meditado que la nota y porque sabe que el Presidente puede renovar la calificación dando la razón al Registrador en su decisión básica (el denegar o el suspender), aunque el motivo o motivos haya sufrido a lo largo del recurso alteración no sustancial en las motivaciones de la *questio juris*. Esto, que sucede en la misma jurisdicción contenciosa, en la que el principio de congruencia de demanda y sentencia y el *juxta allegata et probata* nunca deben servir de pretexto para la sentencia injusta, debe darse aún más en el recurso gubernativo, en el que no hay una verdadera controversia entre partes, sino más bien una nueva calificación por órgano de calificación superior y con mayor información sobre el caso, en la que no debe permanecer inmutable el razonamiento y fundamentación *de jure* y en el que en cambio la *questio facti* es inmutable: el documento calificado igual e inmutable (art. 117 del Reglamento). Igual ocurre en la apelación; apelante y Presidente de la Audiencia no son dos partes enfrentadas ante la Dirección General, sino que ésta es órgano de calificación aún más cualificado y que debe hacer la calificación definitiva del documento presentado.

IV. Después de este recorrido por el Reglamento, la doctrina y la ju-

risprudencia, tan poco fructífero, debemos enfrentarnos con los cinco considerandos y con los tres puntos de lo acordado por la Dirección.

El primer considerando, previendo ya que no va a ser posible el examen del fondo, se limita a describir la cuestión procesal planteada.

El segundo y fundamental, agrupando los artículos 116 y 117 del Reglamento, de un lado, y los considerando que ya vimos de las resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 29 de abril de 1959, de otro, y haciendo ciertas suposiciones respecto a los preceptos reglamentarios citados y ciertas mejoras en los considerandos dichos, completa una doctrina sobre la rectificación permitida al Registrador en el informe aparentemente correcta, pero, en mi opinión, excesivamente rigurosa, al identificar la adición de defectos nuevos y distintos con la mera alteración de los términos y fundamento con que se redactó la nota. Hubiese sido, por lo menos, conveniente completar este edificio doctrinal con el criterio de la Resolución de 25 de mayo de 1962, que, aunque pensando en el comportamiento del recurrente, dijo que en el recurso no pueden discutirse más cuestiones que las relacionadas directa o indirectamente con la calificación hecha. En nuestra exposición anterior han quedado expuestas opiniones sobre los inconvenientes de una interpretación excesivamente estricta de la facultad de rectificación de la calificación en el informe (17).

Pero aun en el caso de que la doctrina del considerando segundo fuese correcta en sus términos tan absolutos, no podemos estar conformes con los tres siguientes considerandos.

No es exacto que en la primera nota hubiese un defecto y en la segunda dos. En ambas había un defecto único calificado primero de insubsanable y luego de subsanable; lo que se añadía en la segunda nota era una oportunidad de justificar que no existía ni siquiera un defecto si se daban ciertas circunstancias que acaso existían, pero que no había por qué presumir.

Tampoco es exacto que el Registrador de la segunda nota dejase sin efecto la primera; lo único que hace es rectificarla—suavizándola—, cambiando el defecto insubsanable en subsanable y matizando los preceptos del Código Civil de los que se debía deducir su normativa sobre compras por mujer casada sin intervención del marido. No se comprende muy bien que cuando el Notario alega indefensión, y precisamente en ésta se basa el considerando segundo para rechazar la rectificación realizada, se diga luego que había coincidencia de pareceres entre el Notario y el Registrador y que éste había atendido los argumentos y peticiones del Notario.

Prueba de que el cuarto considerando contenía ciertas afirmaciones un

(17) El considerando segundo mantiene una tesis muy restrictiva respecto a la rectificación de la calificación en el informe. Parece entender que la rectificación total implica necesariamente conformidad con la petición del recurrente y la parcial necesariamente retirada de alguno o algunos de los defectos señalados. Dice que en cambio no se pueden añadir nuevos defectos antes no constatados o cambiar el sentido de la nota con alteración de los términos o fundamentos con que se redactó. Nada de esto resulta del texto mismo del 116. Se pretende justificar esta tesis restrictiva en base al paralelismo con la imposibilidad de que el recurrente plantee peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Pero no creo que deba hacerse tal paralelismo.

De todas maneras, aunque forzando el texto de los artículos 116 y 117 se llegue a entender que toda alteración de la nota en el informe ha de estimarse como no hecha a los efectos del recurso, lo que no debe concluirse de ninguna manera es que el recurso deba quedar sin resolución porque la nota se ha dejado sin efecto y la rectificación ha de estimarse como no hecha. Hay cierto sofisma en esta solución, y para comprender que roza el absurdo basta pensar que con ella el Registrador puede conseguir que el recurso fracase con sólo introducir alteraciones en la nota o que, por el contrario, cualquier aclaración en la nota puede conducir a dar la razón al recurrente sin tenerla. La tesis es, sin duda, exagerada.

tanto gratuitas es el quinto y último, que da por *ultima ratio* del no entrar en la cuestión de fondo la de que de accederse a resolver el recurso en los términos de la nueva nota se incurriría en vicio de incongruencia en oposición a los artículos 118 y 123 del Reglamento, que exigen que tanto el Auto como la Resolución sean congruentes con las pretensiones deducidas en el procedimiento. Pero a este quinto considerando cabe oponer que dichos preceptos valoran más que esa misma congruencia la necesidad de que uno y otra en su respectivo momento ordenen, denieguen o suspendan la inscripción, salvo el caso del artículo siguiente. (Cuando el Presidente de la Audiencia estime la excepción de falta de personalidad del recurrente)

V. Los puntos primero y segundo de lo acordado

En completa correlación con el considerando cuarto, el punto primero del Acuerdo de la Dirección decide no entrar en el examen del contenido de la primera nota por haberla dejado sin efecto los tres titulares encargados del Registro. No entrar en el contenido de la primera nota era correcto, pero no por haberla dejado sin efecto los nuevos titulares, sino porque habiendo dictado el Presidente Auto concorde con la calificación de la segunda nota, sobre ésta debía versar la apelación.

El punto segundo del acuerdo es al que encontramos menos justificación. Cualquiera que fuese la extralimitación cometida por los Registradores en el informe, aunque fuese cierto que habían añadido defectos, la consecuencia de la extralimitación no debió nunca ser la abstención de resolver el problema planteado. Pero además había una circunstancia que dejaba la extralimitación del Registrador al rectificar la nota totalmente superada por el desarrollo del recurso. El Presidente había dictado Auto declarando que la escritura no era inscribible por defecto subsanable. Sobre ello debía versar la apelación.

Al no acordar la Dirección nada más respecto a la apelación interpuesta (18), deja ésta sin resolver, el Auto del Presidente que había confirmado la segunda nota sin revocar y sin aceder tampoco a lo pedido por el apelante. Creo que hubo cierto descuido en todo esto, aunque el último considerando afirme que el recurso era de imposible resolución en los términos planteados por consecuencia del cambio de nota hecha por el registrador. Tal afirmación acaso pudiera haberla hecho el Presidente, pero como éste resolvió el recurso declarando no inscribible el documento por defecto subsanable y contra el Auto se apeló por el recurrente, el Centro Directivo debía necesariamente estimar la apelación entrando en el fondo del asunto y revocar el Auto y la nota (o las notas), si es que no había lugar, por la naturaleza del recurso gubernativo, a anular todo lo actuado a partir del informe que se estima improcedente y originador de indefensión (19). Existiendo un Auto dando la razón al Registrador informante, que era quien debía hacer lo necesario para la efectividad del mismo Auto que, después de entrar en el fondo, había declarado no inscribible el documento por defecto subsanable; era obligado revocar «explícitamente» el Auto y las notas.

(18) Puesto que el tercer punto del acuerdo es una mera admonición de destinatario impreciso y de la que trataremos más adelante.

(19) Por otra parte, lo que estimo descuido de la Resolución no podía tener graves consecuencias porque el Registrador al dictarse ya sabía el criterio y la doctrina del Centro Directivo y el recurso en la realidad fue a efectos puramente doctrinales desde antes de la comparecencia de la escritura.

VI. *El punto tercero de lo acordado*

El apartado tercero del acuerdo-fallo de la Resolución dice que procede que los Registradores tengan en cuenta la doctrina del Centro Directivo sobre actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de ganancias recogida, entre otras, en las Resoluciones de 8 de febrero de 1977 (el *Boletín Oficial* dice enero por error) y 4 de mayo de 1978.

No es fácil abordar el tema del valor de las Resoluciones de la Dirección fuera del caso para el que se dictan. Los tratadistas son cautos en esta materia y también lo es la misma Dirección General, que conoce perfectamente lo espinoso que son todos los temas que rozan la teoría de las fuentes del Derecho. Por ello solamente diremos que tan inexacto es afirmar que las Resoluciones carecen de todo valor fuera de su caso como mantener que los Registradores están vinculados al calificar por cualquier considerando de una Resolución cuyo supuesto de hecho difícilmente será idéntico. Por ello no es fácil comprender el sentido de este punto tercero del acuerdo, cuando menos insólito. Acaso la única explicación sea un malhumor derivado de estimar pertinacia de los Registradores en promover recursos sobre una cuestión decidida, lo que no era más que demostración de que hay un rico casuismo en esto de las compras efectuadas por mujeres casadas compareciendo solas. Sea como sea nos mostramos disconformes con el apartado porque lo cierto es que parece una admonición que se concreta en el Registrador autor del informe, lo que es a todas luces injusto y en cuestiones de Derecho nunca es bueno apartarse del tercer precepto del mismo según Justiniano: *suum cuique tribuere*.

En efecto: Será criticable el descuido o precipitación con que actuaron los autores de la primera nota denegatoria; será dudosa la cuestión del Registrador a quien corresponde informar en el recurso en el supuesto de traslado; serán discutibles los márgenes dentro de los cuales el artículo 116 del Reglamento permite al Registrador rectificar la nota en todo o en parte en el informe, y también lo será si en el caso concreto la primera calificación se dulcificaba o se endurecía; será discutible la conducta a seguir por el Presidente de la Audiencia ante una rectificación de la calificación según las características de la misma y acaso criticable la premura en dictar Auto favorable a la calificación rectificada, una vez que había decidido dar traslado de la rectificación al Notario recurrente; también lo será la actitud de éste colocándose en trance de excepción dilatoria al apelar, despreciando el nuevo planteamiento de fondo y colocando su línea defensiva en la rectificación de la nota y en la indefensión que le había producido. Y, por último, será discutible la doctrina de la Dirección no sólo por abstenerse de decidir sobre el fondo a la vista de un informe de los más certeramente orientados, y cuando el supuesto de hecho era en este recurso el más idóneo para un planteamiento general del problema, sino también por haber trastocado este recurso respecto a otros parecidos posteriores resueltos antes.

Lo único difícilmente criticable y totalmente indiscutible es la actitud del Registrador al que se pidió informe. Este no podía defender una nota ajena con la que estaba disconforme, aunque sólo fuera en cuanto a la naturaleza del defecto acusado por su antecesor. Si estimaba que era subsanable, mediante una ratificación del marido o una justificación de circunstancias que hiciera innecesaria tal ratificación, no debía de ninguna

manera mantener la nota de denegación ni un momento más. Pero menos aún podía retirar la nota conformándose con la petición del recurrente (con la que estaba aún más disconforme), como el Notario inexplicablemente pretende. Este, acaso partiendo de una interpretación caprichosa del artículo 127 del Reglamento, quiere que el Registrador se allane a la pretensión del recurrente, que éste gane el recurso y aquél se reserve su calificación para una nueva presentación del documento en la cual redactaría su nota de suspensión. Con esta solución, la peor de todas, el Reglamento queda malparado porque si la primera nota denegaba por defecto insubsanable y el recurrente solicita que se declare inscribible el documento por no existir defecto, no se comprende cómo el nuevo Registrador pueda conformarse con la petición del recurrente sin dar acto seguido cumplimiento al artículo 116, 2.º, y practicar la inscripción del documento desglosado como el precepto ordena.

Pero el tercer punto del Acuerdo es criticable desde una perspectiva más trascendental. Ya se trate de una admonición al Registrador del caso, injusta por lo que dijimos en cuanto a las fechas, o de una advertencia a los Registradores en general por su supuesta pertinacia en suscitar recursos sobre lo mismo; este tercer punto no tiene en cuenta que cada una de las seis resoluciones dictadas sobre el tema de las compras por mujer casada recayeron sobre supuestos distintos y nos atreveríamos a pronosticar que si el legislador de la reforma del régimen económico matrimonial no acierta en el enfoque de este tema, aún surgirán supuestos nuevos, pues la casuística de motivaciones por las que las mujeres comparecen solas es muy grande.

El final del tercer mandato o acuerdo de la Dirección ordena tener en cuenta, al calificar los actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales, la doctrina recogida en Resoluciones de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978. ¿Por qué se citan estas dos solamente, aunque a título de ejemplo? ¿Cabe decir que hay una doctrina uniforme y reiterada sobre compras de inmuebles por mujer casada sin intervención ni consentimiento del marido? Creo que la primera pregunta debe contestarse observando que la primera de ellas trata de una compra con precio confesado recibido y la segunda de una compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria. Pero ni estos dos supuestos agotan todas las posibilidades del riquísimo espectro de compras por mujeres casadas ni la reiterada doctrina de la Dirección puede estimarse uniforme, precisamente por la amplitud de ese espectro.

La *Resolución de 8 de febrero de 1977* (Notario señor Adrados contra Registro 7 de Madrid) contempló la compra de un piso con precio confesado recibido. El Registrador suspende por no justificarse la procedencia del dinero, para considerar la adquisición parafernial ni resultar ser la mujer administradora de la sociedad de gananciales, faltando, por tanto, el consentimiento del marido administrador. El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y la Dirección revoca el Auto.

Resolución de 11 de febrero de 1977. Notario de Barcelona señor Rolán contra Registrador de Manresa. También precio confesado, finca rústica. El Registrador deniega por falta de cumplimiento de los artículos 1.412 y 63 del Código. El Presidente de la Audiencia, siguiendo al Notario recurrente, dice que no hay defecto insubsanable porque el negocio no es nulo, sino factible de subsanación por el consentimiento del marido y por

ello cabe aplicar el artículo 94 del Reglamento. La Dirección revoca el Auto y afirma que la escritura es inscribible y la compra válida.

Resolución de 26 de febrero de 1977. Notario de Vigo señor Solano contra Registrador número 2 de Vigo. Dos fincas y precio pagado. La escritura solicita aplicación del artículo 94 del Reglamento. El Registrador deniega la inscripción por aplicación de los artículos 59 y 1.412 del Código y por ser ya inoperante el citado 94, que se refería exclusivamente a la licencia marital. El Presidente, conforme con estos razonamientos del Registrador, estima, no obstante, que el defecto es subsanable por asentimiento posterior del marido. El Notario no apeló, pero a pesar de ello la Dirección no admite la apelación del Registrador, que insiste en la insubsanabilidad por no existir defecto de ninguna clase, considerando las Resoluciones anteriores, cuya doctrina resume. (¿Se olvida de que, además de no admitir la apelación, debía revocarse el Auto presidencial?) (20).

La *Resolución de 4 de mayo de 1978*, primera en la que aparece el precio aplazado y acaba con el «suspense» en que, para este caso, nos tenían las anteriores (en las que siempre se destacaba que el precio estaba ya entregado), presenta, no obstante, particularidades tan especiales que hacen de ella una Resolución inapta para dar por resuelto el caso del precio aplazado. Notario de Barcelona señor Baus contra el Registro núm. 3 de Barcelona. Se trata de un piso y el precio aplazado garantizado con condición resolutoria. La esposa compradora afirma estar separada de hecho hace más de veinticinco años, que por ello no hay ganancias y que el precio se ha pagado en parte y se pagará en el resto con dinero parafernial. El Registrador suspende por no acreditarse la procedencia parafernial del precio (pensando naturalmente que la finca debía hacerse parafernial en tal supuesto) y por el artículo 1.416. El Presidente de la Audiencia revoca la nota porque inscribiendo la compra y la finca a favor de la compradora no se prejuzga la naturaleza de la adquisición y la Dirección se limita a confirmar el Auto presidencial sin aclarar tampoco mucho la naturaleza de la adquisición ni la atribución de la obligación de pago del precio aplazado.

A continuación viene la *Resolución de 27 de septiembre de 1978* que estamos comentando y que presentaba la especial particularidad de que la mujer compradora, sin hacer la menor indicación sobre la procedencia del precio ni sobre la forma en que se deseaba el asiento, retenía parte del mismo para atender la carga hipotecaria, en cuya obligación personal también se subrogaba.

Por último, hay una *Resolución de 22 de noviembre de 1978* de Registro Mercantil, en la que se viene aplicar la reiterada y uniforme doctrina de todas las anteriores. Se trata de la aportación a una sociedad mercantil hecha por mujer casada. Nuevamente el señor Adrados contra el Registro Mercantil de Madrid. La esposa suscribe 50 acciones y desembolsa en dinero su total importe. El Registrador suspende por no justificarse ni la procedencia del dinero ni que la aportante es administradora de la sociedad conyugal. La Dirección revoca el Acuerdo y la nota.

T. C. G.

(20) Vemos cómo no es preciso salirse de las Resoluciones sobre compras por mujeres casadas para ver cómo el principio de economía procesal prevalece muchas veces sobre el de congruencia en las Resoluciones de la Dirección. En estos dos casos el Notario no pretendía tanto como la Dirección le concedió. Esto nos recuerda el problema, pendiente de resolver, de la escritura de compra por mujer casada sola en que en la misma escritura queda reservada al marido la acción de impugnar la venta conforme a la Ley.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LO NO INSCRITO NO PERJUDICA AL TITULAR INSCRITO. APLICACION DEL ARTICULO 32 DE LA LEY HIPOTECARIA A SUPUESTO DE EXCESO DE CABIDA NO INSCRITO. LA SUPLICA DE CONDENA DE CANCELACION DE UNA INSCRIPCION EN UNA DEMANDA CONTRADICTORIA DEL DOMINIO NO EQUIVALE A LA DEMANDA DE NULIDAD O CANCELACION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Gabriel Ibarra Ibarra formuló demanda contra don Jesús Callejero Cobeta y doña Carmen Martínez Gómez y contra el Ayuntamiento de Calatayud, suplicando se dictara sentencia por la que se declarara: 1.º) Que don Gabriel Ibarra adquirió por escritura pública una finca el día 26 de junio de 1970, con la descripción que señalaba y, concretamente, con la cabida de dos hectáreas, 71 áreas y 25 centiáreas. 2.º) Que de dicha finca, el citado señor Ibarra segregó una porción de 5.700 metros cuadrados y que fue donada al Estado para la construcción de la Casa Cuartel de la Guardia Civil por escritura de 13 de septiembre de 1972, quedando una porción con la extensión superficial de 21.425 metros cuadrados y los linderos que señalaba. 3.º Que, por tanto, don Gabriel Ibarra es el único que tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente del Ministerio de la Vivienda por la expropiación de la finca descrita en el apartado anterior, que es la señalada como 6A del plano del INUR (Instituto Nacional Urbanización). 4.º) Que se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y, en consecuencia, al Ayuntamiento de Calatayud que dé de baja del inventario de bienes municipales la finca descrita en uno de los hechos de la demanda (número 19.667 del Registro de

la Propiedad de Calatayud) y que cancele la inscripción primera de la referida finca 19.667.

Los demandados, don Jesús Callejero y su esposa, se oponen a la demanda alegando que la superficie inscrita en el Registro a favor del actor era únicamente 57 áreas y 21 centiáreas, por lo que, al haber donado al Estado 57 áreas, sólo le quedan 21 metros cuadrados, haciendo constar que ya se opusieron en su día al actor en el expediente de dominio tramitado para inscribir el exceso de cabida, que terminó por auto judicial desestimatorio, y es que el actor se atribuía un exceso de superficie que en realidad correspondía a la finca colindante de los demandados, ignorando por qué el Ministerio de la Vivienda había llegado a la conclusión de que la finca en cuestión era del actor, cuando la prueba fundamental es la certificación del Registro de la Propiedad, de la que resultaban únicamente esos 21 metros cuadrados a su nombre.

Por su parte, el Ayuntamiento de Calatayud también se opone a la demanda, insistiendo en que el Ministerio de la Vivienda no es quien puede atribuir o quitar propiedades, y que el Ayuntamiento tiene inscrita en el Registro de la Propiedad la finca cuya inscripción el actor pretende se le condene a cancelar.

El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud dictó sentencia desestimando la demanda, siendo confirmatoria la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El actor interpone recurso de casación por varios motivos, de entre los que destaca, a efectos hipotecarios, el primero, en el que denuncia interpretación errónea de los artículos 38 y 32 de la Ley Hipotecaria y concordante 606 del Código Civil, señalando que la sentencia recurrida basaba la desestimación de la demanda en que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, reiterando el texto del artículo 606 del Código Civil, impedía que pudiera quedar perjudicado el título de dominio del Ayuntamiento, por no estar inscrito el del recurrente al haberse denegado la inscripción de la mayor cabida, entrando así en juego el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Frente a esto, el recurrente entiende que su finca estaba inscrita desde 1970 con unos linderos, dentro de los cuales existían 5.721 metros cuadrados o los que sean, y que el Ayuntamiento aparece como titular registral con posterioridad a esa fecha. Y añade que la sentencia recurrida consume la errónea interpretación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria al decir que no puede aceptarse la pretensión deducida por el actor por cuanto que no ha interpuesto previamente o a la vez demanda de cancelación de la inscripción municipal cuando tal petición figura con el número cuarto del suplico de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, resolviendo las cuestiones planteadas en los motivos del recurso del modo siguiente:

«Considerando que amparado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa, el segundo de los motivos del recurso, de examen previo a su anterior, dado el vicio denunciado, de incongruente a la recurrida sentencia, y aparte los defectos formales de que adolece es que siendo el fallo desestimatorio de la demanda de cuyas peticiones se absuelve a los demandados, sin que el fundamento de dicho fallo lo sea por excepciones no alegadas, sino en razón al que constituye

fondo del asunto, carece de razón de decir que la sentencia no sea congruente porque dicha desestimación y correspondiente absolución no se haga en relación a cada una de las peticiones formuladas por separado en el suplico de la demanda, cual se razona en el motivo, pues como tiene reiteradamente declarado la doctrina de esta Sala, se ha de entender que estas sentencias resuelven todas y cada una de las cuestiones debatidas en la litis y reflejadas en el *petitum* de la demanda, por lo que dicho motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando que el tercero de los motivos, al denunciar por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de derecho en la apreciación de la prueba, no cita precepto alguno infringido por lo que incurre en la falta de claridad y precisión que sanciona el número cuarto del artículo 1.729 de dicha Ley, como causa de inadmisión que en este trámite lo es de desestimación.»

«Considerando que el primero de los motivos del recurso, por igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea de los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria y concordante 606 del Código Civil, mas para ello no hace el recurrente sino supuesto de la cuestión, puesto que en relación a la primera de dichas infracciones, frente a la declaración que hace la sentencia de no constar inscrito en el Registro de la Propiedad el título del recurrente, se afirma que lo está desde 8 de julio de 1970, así como respecto a la segunda y en cuanto la recurrida sentencia hace aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la citada Ley Hipotecaria, sobre prohibición de ejercitar acciones contradictorias del dominio inscrito sin que previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, se alega “que tal petición figura con el número cuatro del suplico de la demanda”, cuando en dicho apartado lo que se pide es la condena “al Ayuntamiento de Calatayud que dé de baja del inventario de bienes municipales la finca descrita en el hecho quinto de esta demanda y que cancele la inscripción de la referida finca 19.667”, cosa bien distinta, puesto que está presuponiendo el éxito de la acción contradictoria del dominio ejercitada, que trata se ejecute por el propio demandado; por lo que el motivo ha de ser desestimado.»

COMENTARIO.—Aunque las declaraciones de esta sentencia a propósito de los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria son muy breves y concisas, las estimamos suficientes para deducir las siguientes sugerencias o consideraciones:

1.º) Se trata de un supuesto en que se plantea si debe darse o no valor al exceso de cabida no inscrito que el demandante alega está incluido dentro de los linderos de su finca inscrita, frente a la inscripción primera que el Ayuntamiento demandado tiene a su favor. Pues bien, la sentencia estima que no ha habido interpretación errónea del artículo 32 de la Ley Hipotecaria por parte de la sentencia de la Audiencia, pues no constaba inscrito el exceso de cabida, con la consecuencia de que no podía perjudicar al título inscrito del demandado. En nuestra opinión, esta interpretación, que aparece más o menos veladamente en la sentencia del Supremo, confirma la idea de que los excesos de cabida han de ser tomados más en serio de lo que lo hace algún sector doctrinal. Queremos referirnos, en primer lugar, a SANZ FERNÁNDEZ, que al plantearse el problema de si es aplicable a la inscripción de excesos de cabida practicados con-

forme al apartado C) del artículo 298 del Reglamento Hipotecario la limitación de efectos respecto a terceros durante dos años prevista en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, dice que, aunque en principio es aplicable, «este precepto es indiferente en este caso, ya que la medida superficial, como dato de hecho de la inscripción, no está protegida por la fe pública ni durante los dos años, ni después». Por su parte, Roca Sastre, aunque no llega a una posición tan tajante, se aproxima en alguna medida a Sanz Fernández, al preguntarse si tiene motivación seria aplicar la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria a los excesos de cabida.

Por nuestra parte, ya dijimos en otra ocasión (en nuestro trabajo «Dos distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral», número 522 de esta Revista, pág. 1.034) que «el derecho sin la base física de la superficie podría quedar en cero», que es aplicable a tales inscripciones la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria y que «no hay razón para que la superficie inscrita no beneficie al titular registral frente a quien no tiene título inscrito de su finca». Pues bien, el caso de la presente sentencia confirma nuestra posición desde la perspectiva inversa, es decir, que frente a un tercero con título inscrito no cabe alegar la existencia de una mayor superficie que excede de la que tiene inscrita quien acciona y que por ello no puede perjudicar a tercero.

2.ª El emparejamiento del artículo 32 de la Ley Hipotecaria con el 38 de la misma produce dos tipos de consecuencias: a) En primer lugar, se hace salir el artículo 32 de la ley del asfixiante marco que para él representa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues ya no se ve en él una simple aplicación de este último, en todo caso, como quiere la tesis monista del tercero, representada por Roca Sastre, sino que la relación del artículo 32 con el 38, sobre todo con el párrafo segundo de éste, permite interpretar que frente al tercero del artículo 32 que inscribió (prescindiendo de los otros requisitos del art. 34), no puede prevalecer el título no inscrito de quien accionó contra él sin demandar previamente o a la vez la nulidad o cancelación del título inscrito de aquél. Desde esta perspectiva no interesan esos otros requisitos del artículo 34, pues se está en el ámbito exclusivo de los artículos 32 y 38, tal como se plantea en este caso, en que frente al título inscrito del Ayuntamiento, que carecía de los requisitos de onerosidad y previa inscripción (pues se trataba de inscripción primera), es inoponible el título del que no inscribió. b) En segundo lugar, el referido emparejamiento permite ver con más amplitud la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que no sólo se refiere a la presunción de existencia y exactitud del derecho inscrito, sino también a la presunción de integridad consistente en que lo no inscrito se presume que no existe frente a lo que está inscrito. Esta aplicación de la presunción de integridad al principio de legitimación del artículo 38 de la ley, resulta también de la exposición de motivos de la reforma hipotecaria de 1944.

3.ª La sentencia interpreta con cierta rigidez el requisito del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, consistente en que al ejercitar una acción contradictoria del dominio inscrito debe demandarse previamente o a la vez la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Advertimos que empleamos aquí la expresión «con cierta rigidez», no con carácter peyorativo, pues la rigidez en la interpretación de ciertos preceptos puede también ser síntoma de seriedad en la aplica-

ción de las leyes; lo que queremos significar es que el Tribunal Supremo no ha seguido en esta ocasión el criterio de otras sentencias, que, en expresión de LACRUZ, «han tratado de atenuar al máximo la exigencia del artículo 38.2.º, que no se halla plenamente justificada y ocasiona decisiones contrarias a la equidad». Incluso afirma LACRUZ que en varias ocasiones se ha declarado «ser suficiente que la acción ejercitada lleve consigo como resultado la nulidad o cancelación de la inscripción, sin que sea necesaria la petición formal y expresa de la misma». Pues bien, en este caso, el Tribunal Supremo sigue precisamente la postura contraria: según la sentencia, no es suficiente que en el suplico de la demanda se haya solicitado la condena a que el demandado otorgue la cancelación de su inscripción, «puesto que está presuponiendo el éxito de la acción contradictoria del dominio ejercitada, que trata se ejecute por el propio demandado». Aunque la sentencia no ha sido muy explícita respecto a lo que haya querido decir, parece puede interpretarse que no es suficiente plantear la cancelación de la inscripción contradictoria como «un resultado» de la acción principal ejercitada, sino que debe plantearse como «requisito» previo o simultáneo de tal acción, para lo cual es necesario que se plantee de modo directo la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción, lo que supondrá el estudio en el pleito de la validez o no de dicha inscripción frente a la fórmula de solicitud de condena, en que la cancelación aparece efectivamente como un «resultado» de la acción principal ejercitada contradictoria del dominio inscrito del demandado.

Vistas así las cosas, nada tenemos que objetar a esta interpretación del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues una excesiva flexibilidad en este punto puede hacer inútil la previsión legal contenida en dicho párrafo, y, en cambio, la rigidez interpretativa, en casos como el presente, proporciona una mayor seguridad jurídica a quien confía en su propio título inscrito.

•

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA: CANCELACION DE DICHA ANOTACION. PLANTEAMIENTO POR EL RECURRENTE DE ASPECTOS HIPOTECARIOS DE PRIORIDAD Y DE FE PUBLICA, QUE EL TRIBUNAL SUPREMO DESESTIMA SIN ENTRAR EN EL FONDO DE LOS PROBLEMAS, POR VICIOS FORMALES DEL RECURSO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Federico García Germán presentó demanda contra los hermanos López Noblejas y contra don Emiliano Fernández Fernández y otros, fundándola en que el actor había adquirido por compra a los hermanos López Noblejas dos fincas, que posteriormente agrupó y que no se inscribieron en su día a nombre del actor porque hubo que esperar a que previamente se inscribiese el título de los transmitentes consistente en una cesación de proindiviso; en que con posterioridad a la escritura pública de compra y agrupación, pero antes de la inscripción, don Emiliano Fernández Fernández y los otros demandados interpusieron contra los hermanos López Noblejas una demanda de mayor cuantía, cuyo contenido exacto desconoce el actor, pero parece que con tal demanda dichos señores pretendían que los hermanos López Noblejas les entregaran el 40 ó 50 por 100 de las fincas a ellos adjudicadas en virtud de la

conmutación de la capellanía colectiva familiar que constituyó el título de adquisición de los bienes por estos señores, en base a un documento privado suscrito por ambas partes, en el que el señor Fernández y otros se obligaron a sufragar los gastos e impuestos de la desvinculación a cambio de que los señores López Noblejas cedieran el 40 ó 50 por 100 de los bienes adjudicados al redimirse la capellanía, y que si fuera válida tal obligación entrañaría un derecho personal del señor Fernández y otros para obtener el cumplimiento de lo prevenido, pero no entraña un título traslativo del dominio de unos bienes que no habían sido adquiridos por los señores López Noblejas, ni podían haber sido individualizados. Por todo lo cual fue improcedente la anotación preventiva de demanda ordenada por providencia del Juzgado y practicada en el Registro de la Propiedad, suplicando se dictara sentencia declarando no ajustada a Derecho la providencia del Juzgado y, en todo caso, declarando que la anotación preventiva de demanda no goza de prioridad de rango ni produce la cancelación de la inscripción de dominio del actor, efectuada con posterioridad a dicha anotación, pero en base a una escritura pública de fecha anterior.

Los hermanos señores López Noblejas, en su contestación, están conformes en que la acción que se ejercitó contra ellos era personal y que en nada debía afectar a la adquisición del actor, al que fueron vendidas las fincas libres de cargas y gravámenes.

Los otros demandados se oponen a la demanda, alegando que la anotación preventiva que en su día se practicó en el Registro a su favor era procedente, pues no se refería a un simple y mero derecho personal, sino tendente a la obtención de una participación de las fincas, tratándose de un supuesto ordinario de preferencia de rango registral de la anotación de demanda sobre el título de compra del actor, presentado a inscripción cuando aquélla estaba ya practicada en el Registro.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda y declarando no ajustada a Derecho la providencia del Juzgado número 22 de dicha capital, que acordó dicha anotación, y ordenando, en consecuencia, la cancelación de la misma, así como las menciones de tal gravamen existentes en posteriores inscripciones del actor.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó, en parte, la sentencia del Juzgado, entendiendo que la providencia judicial fue ajustada a Derecho, pero ordena la cancelación y extinción de la expresada anotación preventiva de demanda, que quedará sin efecto con todas sus consecuencias jurídicas, y de consiguiente no gozará de prioridad de rango ni preferencia para producir la cancelación de la inscripción de dominio extendida a favor del actor.

El demandante interpone recurso de casación por varios motivos, entre ellos, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 34 y 17 de la Ley Hipotecaria y 198 de su Reglamento y de la doctrina legal integrada por el principio general de Derecho *prior tempore potior jure*, entendiendo que se había violado el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque el actor no era tercero hipotecario al haber adquirido de mala fe, y el artículo 17 de la Ley y 198 de su Reglamento y el principio general de Derecho citado que consagra el principio registral de prioridad, porque no se ha observado lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 198 citado, que contempla el procedimiento de los incidentes

como adecuado para resolver el problema de prioridad que plantean las anotaciones de demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, examinando todos sus motivos del siguiente modo:

«Considerando que los tres primeros motivos, al amparo, respectivamente, de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1.692, denuncian la incongruencia del fallo recurrido con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, añadiéndose que el mismo fallo no contiene declaración sobre una de aquéllas y que, además, contiene disposiciones contradictorias; motivos que están formulados con olvido de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.720, por cuanto que el primero y tercero omiten la cita del precepto infringido, y el segundo, si bien alega la vulneración del artículo 359, tampoco precisa el concepto de la pretendida infracción, esto es, si lo ha sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida; por lo que teniendo en cuenta lo prevenido en el artículo 1.729, apartado cuarto, como todos los mencionados, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que las causas de inadmisión quedan convertidas en de desestimación una vez llegados a esta fase procesal, según constante doctrina de esta Sala, dichos motivos tienen que perecer.»

«Considerando que en el motivo cuarto estima la parte recurrente que en la apreciación de las pruebas ha habido error de Derecho y error de hecho; motivo en cuya formulación se olvida igualmente lo mandado en el referido artículo 1.720, en este caso, lo prevenido en su segundo párrafo, según el cual si fueran dos o más los fundamentos del recurso se expresarán en párrafos separados y numerados, por lo que debieron formularse en motivos independientes el relativo al supuesto error de Derecho y el concerniente al pretendido error de hecho, ambos en la valoración de las pruebas, errores que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial se refieren a causas de casación distintas y obedecen a fundamentos diferentes, y como, por otro lado, no se invocan normas valorativas de prueba que hayan sido conculcadas y cuya transgresión fuese determinante del error de Derecho alegado, también debe rechazarse este motivo, habida cuenta lo preceptuado en el citado artículo 1.729, apartado cuatro, la doctrina legal recordada en el considerando precedente, y, además, que el mismo se consagra principalmente al desarrollo de materias de Derecho hipotecario, ajenas en absoluto al ámbito del número séptimo del artículo 1.692 de la ley procesal, a cuyo amparo se formula el motivo.»

«Considerando que también es uniforme doctrina jurisprudencial que se falta a la precisión y claridad exigidas por el primer párrafo del citado artículo 1.720 respecto del concepto de la infracción aducida, cuando simultáneamente y con referencia a la misma norma jurídica se invoca más de un concepto de la pretendida infracción; vicio en el que incurre el motivo quinto y último, que alega la violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 17 y 34 de la Ley Hipotecaria, del 198 de su Reglamento y de cierta doctrina legal; por lo que, en aplicación del repetido artículo 1.729, número cuarto, y de la doctrina jurisprudencial indicada en el considerando primero, ha de desestimarse también este motivo, aparte de que el mismo se apoya en la supuesta aceptación

de los precedentes, anteriormente rechazados; imponiéndose, en definitiva, declarar no haber lugar al recurso con la condena en costas preceptuada en el artículo 1.748 de la ley de enjuiciar.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO DE APARCERIA: PROCEDE EL DESAHUCIO POR EXTINCION DEL PLAZO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1978).

Los herederos del arrendador demandan el desahucio del aparcerero por fin del plazo contractual; pero aquél se opone, alegando que el contrato no es de aparcería, sino de arrendamiento. El Juez número 1 de Murcia apreció falta de legitimación en los actores y desestimó la demanda; pero la Audiencia de Albacete estimó la apelación, declarando extinguido el plazo contractual.

No prospera el recurso de revisión. Conforme declara la sentencia recurrida, del examen de la prueba practicada se desprende que el contrato, soporte del pleito, es de los regulados en los artículos 43 al 50 del vigente Reglamento de 1959. El documento citado por el recurrente, que es un aval de conducta a los efectos de petición de crédito, no puede hacer prevalecer las pruebas del recurrente sobre las del actor. Además, en el último motivo se alega la inaplicación de diversos artículos del Código y del Reglamento de Arrendamientos que no han sido materia del proceso, y el recurrente hace supuesto de la cuestión al mencionar un último grupo de preceptos relativos a la aparcería.

DESAHUCIO: EL CONTRATO DE 1971 TIENE FUERZA NOTORIA Y EXTINGUE EL CONTRATO ANTERIOR DE 1966, POR LO QUE NO PROCEDE EL DESAHUCIO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1978).

Transcurridos los seis años del arrendamiento, el arrendatario sólo entrega tres fincas de las varias arrendadas, sin que hubiera ejercitado respecto a éstas su derecho de prórroga por otros seis en forma legal, según el actor, por lo que éste demanda el desahucio. El Juez de Carrión de los Condes y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda, dando lugar al desahucio.

Triunfa el recurso de revisión, interpuesto por el demandado. Al terminar en 1972 el plazo contractual, las partes hicieron un pacto verbal, reconocido por ambos, por el que el objeto arrendado se redujo en tres fincas y el precio sufrió una reducción proporcional, situación que siguió durante dos años, percibiendo la propiedad la renta establecida, y, sin embargo, entabló la demanda por extinción del contrato, sin que

diera importancia al pacto verbal, que, según ella, no tenía más carácter que el de una simple novación modicativa, insuficiente para producir la extinción del contrato, lo que fue acogido en Primera Instancia. No obstante, este segundo contrato contiene dos modificaciones importantes del anterior, como son los relativos a la cosa y al precio, elementos fundamentales de todo arrendamiento, y se celebró justo cuando vencía el tiempo para el ejercicio del derecho de prórroga que se concede al arrendatario, que no lo ejercitó, ya que era innecesario por existir el nuevo convenio, ya que la doctrina jurisprudencial reiterada permite afirmar la existencia de la novación extintiva cuando así resulta de los hechos realizados por las partes (Sentencia de 1 de diciembre de 1951) o sea manifiesta la acorde voluntad contractual de novar (Sentencia de 3 de octubre de 1953), sobre todo en el caso de incompatibilidad entre las obligaciones, prevista en el artículo 1.204 del Código, si existe de modo manifiesto (Sentencia de 20 de abril de 1942, entre otras) incompatibilidad evidente cuando aumenta o disminuye el precio antes estipulado (Sentencia de 1 de marzo de 1927) o se varían la obligación contraída o las condiciones principales de la misma (Sentencia de 9 de abril de 1947), exigencias que, sin duda, ocurren en el supuesto que se examina, en el que hubo indiscutible ánimo novatorio extintivo, confirmado con la actitud del arrendador, que percibió las rentas fijadas en el segundo contrato durante tres años y no entabló la demanda de desahucio hasta 1975, sin que hubiera constancia previa de ninguna reclamación amistosa previa. En consecuencia, procede reconocer la plena vigencia del contrato de 1971, que extinguió por novación el anterior de 1966, debiéndose revocar la sentencia de Primera Instancia y desestimar la demanda de desahucio interpuesta.

EXTINCION DE CONTRATO: NO SE HA DEMOSTRADO LA PROCEDENCIA DE LA PRORROGA DEL NUEVO CONTRATO QUE SE PRETENDE HABER REALIZADO ENTRE LAS PARTES (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1978).

Con un año de antelación al vencimiento del contrato, los arrendatarios notificaron su deseo de prorrogar el contrato a los arrendadores. Al llegar el término de esta prórroga, los propietarios quisieron recuperar la posesión y se opusieron los arrendatarios, por lo que se estableció demanda de desahucio ante el Juzgado número 3 de Málaga. Este declaró resuelto el contrato y la Audiencia de Granada confirmó la sentencia.

No tuvo éxito el recurso de revisión. Los demandados recurrentes alegan que en 1969 se concertó un nuevo arrendamiento y no una simple prórroga del contrato de 1963, que quedó extinguido, por lo que al vencer los seis años de aquél procede una nueva prórroga, sin que se precise notificación escrita, bastando que sea personal, según el Reglamento, y siendo evidente el acuerdo de prórroga entre las partes. Pero según la Sala, no se invoca la norma referente a valoración de la prueba que se haya infringido por la sentencia y, además, lo que intenta la parte recurrente es que se pondere de nuevo el material probatorio aportado a los autos, olvidando que este recurso de revisión no es una tercera Instancia.

RETRACTO DE FINCA RUSTICA: LOS ACTORES NO TENIAN LA CUALIDAD DE APARCEROS AL TENER LUGAR LA TRANSMISION DE LA FINCA, Y UNO DE ELLOS NI SIQUIERA HABIA SIDO APARCE-RO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1978).

Vendida la finca arrendada sin notificar a los arrendatarios dicha transmisión, éstos se enteran de la misma y ejercitan la acción de retracto. El Juez de Peñarroya-Pueblonuevo estimó la demanda y dio lugar al retracto, pero la Audiencia Territorial la revocó.

El recurso de revisión no triunfa. La sentencia recurrida se basa para la desestimación de la demanda en dos hechos fundamentales: haber sido extinguida la aparcería que había existido sobre la finca objeto del retracto y ser uno de los demandantes ajeno a dicha relación de aparcería. El artículo 44 del Reglamento dice que son los pactos entre las partes la norma fundamental para regular las aparcerías en cuanto no se opongan a las normas del Reglamento, y como en este caso no se estableció el plazo de duración, éste hubo de ser el mínimo que señala el artículo 49, es decir, el necesario para una rotación o ciclo de cultivo, el cual vendrá impuesto por la índole del cultivo o aprovechamiento, y la que nos ocupa se concertó exclusivamente para la siembra de cereales, por lo que el contrato finalizó en septiembre de 1973, ya que en julio o agosto de ese año concluyó la recolección de la cosecha de 1972, siendo necesario para que pueda válidamente concretarse la prórroga de las aparcerías que así se pacte expresamente, pues no se admite la prórroga tácita. Por otra parte, el derecho de opción que el aparcero tiene entre abandonar el cultivo de la finca o continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación se propone aquí como cuestión nueva que no puede admitirse en el recurso. También ha quedado demostrado que los recurrentes en la fecha en que se produjo la transmisión onerosa de la finca no eran aparceros de la misma, lo que les invalida para ejercitar con éxito la acción de retracto esgrimida en la demanda.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NOVADO EL PRIMITIVO CONTRATO Y NO SOLICITADA LA PRORROGA DEL NUEVO, PROCEDE LA ACCION DE DESHAUCIO EJERCITADA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1978).

Al extinguirse el contrato primitivo, los arrendatarios dirigieron a la actora cartas indicativas del deseo de prorrogar por seis años el contrato, pero los arendadores les requirieron para hacerles saber su voluntad de cultivar y explotar directamente las parcelas arrendadas. La actora accedió a prorrogar el contrato por seis años en lo que afectaba a sus parcelas, y al llegar al término de la prórroga solicitó la entrega de los colonos, los cuales se negaron, a pesar de que en la cláusula segunda del pacto por el que se prorrogó el arrendamiento se hacía alusión a que los arrendatarios abandonarían la finca pasados otros seis años sin necesidad de requerimiento previo ni reclamación judicial. El Juez número 1 de Málaga estimó la demanda declarando que el contrato de 1963 fue extinguido y novado por el de 1969 y este último procede declararlo extinguido por ex-

piración del plazo y no haberse solicitado legalmente su prórroga. Confirmó la anterior doctrina la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de revisión. Se alega error de derecho, pero se incurre en el defecto formal de no citar norma alguna valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida, frente a la terminante afirmación de la sentencia de primera instancia que hace suya la recurrida de que no aparece probado en autos la prórroga contractual que se pretende, se limita a manifestar que entiende que en autos se han practicado pruebas que deben llevar al Juzgador a considerarla suficientemente acreditada, basando la creencia en meras conjeturas y deducciones obtenidas del contraste de los dos contratos celebrados, de la existencia de una expropiación de terrenos y de unas negociaciones que mediaron entre las partes, insuficientes por sí solas y por el procedimiento que utiliza para justificar el error que se denuncia.

DESAHUCIO: PROCEDE PORQUE, INDEPENDIENTEMENTE DE CUAL SEA EL APROVECHAMIENTO PRINCIPAL DE LA FINCA, SE HAN AGOTADO TODAS LAS POSIBILIDADES DE PRORROGA DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1978).

Ante el Juzgado de San Fernando se solicita el desahucio de una finca arrendada, de aprovechamiento pecuario, cuya arrendataria pretendía que era de aprovechamiento agrícola y que la duración era de seis años y no de tres, como pretendía la actora, accediendo el Juez a dicho desahucio y confirmándolo la Audiencia.

No admite la revisión el Tribunal Supremo. El Juez de Primera Instancia llega a la conclusión de que la situación posesoria de la arrendataria se origina en un contrato de 1944 que, por convenios sucesivos, vino prorrogándose hasta que la actora como arrendadora ejercita la presente acción de desahucio por expiración de plazo y, si bien se discute en el proceso cual sea el aprovechamiento principal, pecuario o agrícola, el Juez afirma ser irrelevante cual sea éste, ya que si fuese agrícola se habrían agotado igualmente todas las posibilidades de prórroga, que autoriza el artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940. Hecha por el Tribunal *a quo* la declaración de tratarse de una novación puramente modificativa, no puede la parte sin más argüir que es extintiva, cuando no se ha demostrado aparezca una expresa voluntad de las partes en tal sentido y, por el contrario, las partes quisieron mantener aquel contrato mediante prórroga del mismo, siendo el que ha venido regulando la relación arrendataria que justifica la posesión de la demanda en relación a la finca que tenía a título de arrendataria.

DESAHUCIO: LA CONCENTRACION PARCELARIA SUPONE ALTERACION DE LA FINCA ARRENDADA, AL SIGNIFICAR NOVACION DEL CONTRATO POR ALTERACION DE LA COSA OBJETO DEL MISMO (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1978).

Ante el Juzgado de Peñaranda de Bracamonte se solicita el desahucio del arrendatario por haber concluido el plazo contractual del arrenda-

miento de la finca que había sido adjudicada por el Servicio de Concentración Parcelaria, en sustitución de las primitivamente arrendadas por el padre de los actores. El Juez no admite la demanda, pero la Audiencia de Valladolid dio lugar al desahucio.

Triunfa el recurso de revisión. El demandado tomó en arrendamiento dos fincas rústicas en 1968, falleciendo en 1970 el padre de la demandante y, realizándose la Concentración Parcelaria en 1973 fueron reemplazadas las dos fincas que eran objeto del arrendamiento por una sola, que les fue entregada, la cual vino desde entonces cultivando el demandado. La única cuestión que plantea el recurso es si el contrato celebrado en 1973 ha producido o no la novación extintiva del de 1968 y a este respecto es de destacar que la nota esencial de la novación la constituye la sustitución de una relación obligatoria por otra, siendo requisito esencial la intención —*animus novandi*— de los contratantes de dar por extinguido el contrato primitivo, decisión ésta que han de declarar expresamente las partes como condición indispensable para que la novación se produzca, pero este requisito no se ha de exigir de forma rígida que impida poder precisar la verdadera intención de las partes a través de los distintos medios probatorios. Como este Tribunal ha declarado, no es preciso que la voluntad de novar conste de modo terminante en el caso de incompatibilidad de dos obligaciones, porque si ésta existe de modo manifiesto tal circunstancia basta para impedir el cumplimiento de la primera. Se evidencia la incompatibilidad entre ambas obligaciones cuando se varía la obligación contraída o sus condiciones principales, como ocurre en este caso en que fueron alterados los dos objetos esenciales del arrendamiento, como son el objeto y la renta, pues en el primer caso se trataba de dos fincas y, en el actual, de una y había también variado la renta, alteraciones éstas que se hicieron con el indudable propósito de extinguir la primera relación arrendaticia sin que pueda estimarse que tales alteraciones dimanaran de un evento ajeno a la voluntad de las partes, como es la concentración parcelaria, porque en lugar de limitarse a señalar la porción de finca dentro de la adjudicada a los arrendadores que corresponde al arrendatario o rescindirlo si la sustitución no le convenía, arrendador y arrendatario convinieron un nuevo contrato que extingue el anterior, por incompatibilidad entre sus elementos reales. Procede reconocer la vigencia del contrato de 1973, que extingue el anterior de 1968 por novación del mismo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: ANTES DE LA NOVACION DEL CONTRATO, ESTE ERA ESPECIALMENTE PROTEGIDO, PERO EL NUEVO CAMBIA ESE CARACTER Y PROCEDE LA PRORROGA DEL MISMO, COMO PRETENDE EL DEMANDADO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1978).

Transcurridos cuarenta y cinco años desde el primitivo contrato se intentó por la propiedad que el colono entregase la finca, por no tener derecho a nuevas prórrogas; al no conseguirlo amistosamente, se entabla demanda ante el Juzgado de Hellín, que es estimada por éste, así como, en alzada, por la Audiencia de Albacete.

El demandado consigue la revisión de estas sentencias. Arrendada la finca en 1929 por renta inferior a cuarenta quintales métricos de trigo, se

trataba de arrendamiento especialmente protegido y en tal situación continuó, a pesar de los aumentos de renta, cuya cuantía no sobrepasa este límite, hasta que en 8 de noviembre de 1974, en virtud de juicio sobre revisión de renta, fue elevada a veinticinco mil pesetas anuales, equivalentes a noventa y dos quintales de trigo. Ejercitado el desahucio por el actor por entender que, al haber dejado de ser arrendamiento especialmente protegido, la duración había excedido en mucho los doce años de vigencia y prórroga que la Ley concede, tanto el Juez como la Audiencia estimaron el desahucio por entender que el contrato era el mismo, pero, al exceder el nuevamente pactado de los cuarenta quintales, los contratos son incompatibles entre sí, por estar sujetos a distinta regulación en cuanto a duración y prórroga legal, produciéndose una novación extintiva, y al no declararlo así la sentencia recurrida ha incidido en la infracción denunciada en el recurso, procediendo la estimación del mismo sin necesidad de entrar en el examen del segundo motivo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: UNO DE LOS COPROPIETARIOS POR SI SOLO PUEDE ENTABLAR LA ACCION DE DESAHUCIO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD. EL CULTIVO DIRECTO EN LOS ARRENDAMIENTOS NO ESPECIALMENTE PROTEGIDOS NO IMPLICA QUE SEA PERSONAL, BASTANDO QUE EL PROPIETARIO ASUMA LOS RIESGOS TOTALES DE LA EMPRESA AGRARIA (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1978).

El arrendatario expresó su deseo de prorrogar el contrato, pero el arrendador dijo que no se avenía a la prórroga por no haber satisfecho las cuotas de la Seguridad Social, no estando, por tanto, al corriente en el pago de las rentas y porque se proponía cultivarla directamente, requiriendo que no atendió el arrendatario, que siguió en el cultivo de la finca. Fallecido el arrendador, uno de sus herederos entabló el procedimiento, pidiendo la resolución del contrato. El Juez de Cuenca declaró resuelto el contrato y la Audiencia lo confirmó.

No prospera el recurso de revisión. Aunque no conste la anuencia de los otros copropietarios, la jurisprudencia tiene declarado que cualquiera de los coherederos está legitimado para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, como es la de resolución de arrendamiento sin que para ello sea preciso la representación voluntaria de los demás, pudiendo incluso asumir la obligación de cultivo directo sin que sea preciso que la asuman cada uno de los herederos por separado, todo lo cual evidencia la legitimación del heredero demandante, que acciona en nombre propio y en el de sus hermanos. Por otra parte, la notificación hecha por el arrendador fallecido, asumiendo el compromiso del cultivo directo beneficia a los herederos, dispensados de reproducirla en su propio nombre, máxime que tal proposición la hizo el arrendador en un acto conciliatorio hecho en 1970, anunciando el cultivo directo por sí y por sus hijos, teniendo en cuenta, según la sentencia recurrida que el arrendamiento no tenía el carácter de protegido y, por tanto, rige la doctrina del artículo 11 del Reglamento, que define la explotación directa como aquella en que el propietario de la tierra asume los riesgos totales de la empresa agraria sufragando los gastos a que la misma dé lugar, pero sin que tenga que

realizar personalmente las operaciones de laboreo y cultivo. Por último, el simple hecho de pedir la declaración de herederos, máxime si va seguida de la realización de las operaciones particionales, como acontece en el caso de la litis, supone la adición de herencia e igual valor de aceptación tácita reviste el ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos, pues la simple demanda comporta la asunción de la cualidad de heredero, en tanto que es acto de titularidad o señorío y la consiguiente adquisición de la posesión real a efectos de desahucio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: DADO EL NOMBRE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y ENTREGADOS LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA SU FUNCIONAMIENTO, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO DE LOCAL DE NEGOCIO, COMO PRETENDEN LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1978).

Arrendada una industria de garaje por dos años y no hecha entrega de la misma al finalizar el plazo, se demanda el desahucio del arrendatario. Tanto el Juez número 1 de Almería como la Audiencia de Granada desestimaron la demanda, con base en los argumentos del demandado de tratarse de arrendamiento de local y no de industria.

Triunfa el recurso de casación. Las dos instancias afirman que el contrato era de arrendamiento de local con algunos elementos que, por sí solos eran insuficientes para el funcionamiento de la referida industria, habiendo sido el arrendatario quien con consentimiento de la propiedad instaló los medios y útiles indispensables para que pudiera existir una industria propiamente dicha. El contrato de 1973, sin embargo, habla de arrendamiento de industria en su encabezamiento, denominación que mantiene en todas las cláusulas del mismo, haciéndose en él una relación del material, utensilios y maquinaria que se entrega al arrendatario, todo lo cual pone de relieve por sí solo y sin necesidad de ulterior procedimiento interpretativo que lo convenido por los contratantes fue un arrendamiento de industria no sólo por lo que dicen, sino porque así se concretó con la entrega de los elementos que, en contra de lo afirmado por los jueces de instancia, son suficientes para evidenciar que lo arrendado no fue un puro y simple local, sino un negocio en marcha cuya catalogación jurídica no puede depender de la importancia de la industria ni del número de elementos de que conste, con tal que sirva para dar aquella configuración.

RECLAMACION DE CANTIDAD: PROCEDE LA RECLAMACION DE LA RENTA DEJADA DE PAGAR POR EL ARRENDATARIO QUE RESCINDE UNILATERALMENTE EL CONTRATO. LA CANTIDAD SERA LA QUE CORRESPONDA A LAS MENSUALIDADES PENDIENTES, CONFORME A LA QUE VENIA PAGANDO ANTERIORMENTE (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1978).

El contrato era de un año de duración, pero la arrendataria dirigió una carta a la propietaria antes de esa fecha, notificándole su deseo de rescin-

dir unilateralmente el contrato a los ocho meses, sin que quisiera pagar los restantes meses que quedaban de contrato, por lo que la propiedad demandó en juicio de menor cuantía las 405.000 pesetas que le adeudaba aquélla. El demandado alegó que el contrato era por tiempo indefinido y la renta de 10.000 en lugar de las 90.000 que decía la actora y opuso demanda reconvenzional, ya que la actora había autorizado obras de transformación del local «que no afectasen a la estructura ni pusieran en peligro su edificación» y aumentó la renta con este motivo, sin que se pudieran realizar las obras por las condiciones tan estrictas impuestas en el contrato, por lo que había pagado de más aquellos meses la diferencia entre las 10.000 y las 90.000 mensuales, cantidad que reclamaba a la actora. El Juzgado número 6 de Barcelona estimó parcialmente la demanda, condenando a la otra parte a pagar 45.000 pesetas, absolviendo al demandado de la mayor suma reclamada y desestimó la reconvencción. La Audiencia revocó en parte la sentencia anterior y condenó a pagar 400.000 pesetas con sus intereses legales desde la interpelación judicial, confirmando la sentencia en sus restantes pronunciamientos.

No prospera el recurso de casación. Los argumentos utilizados por el recurrente se basan en supuestos distintos a los de la sentencia recurrida, que han de ser aceptados porque no se impugnan eficazmente entre las que figuran que la hoy recurrente entregó en el mismo acto de contratar 180.000 como fianza de dos mensualidades, no habiendo negado la certeza de que estuvo abonando la renta de 90.000 desde la firma del contrato, subsistiendo la eficacia de la cláusula por la que se autoriza a traspasar o subarrendar sin limitación de tiempo a la arrendataria, todo lo cual ha de determinar prevezaleza la interpretación contractual efectuada por la Sala de instancia por no ser absurda, ilógica ni inverosímil, como ha declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA PROHIBICION DE DEDICAR LOS PISOS A OTRA ACTIVIDAD QUE NO SEA LA VIVENDA, CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS, PROVOCA LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO HECHO POR UNO DE LO PROPIETARIOS QUE NO HABIA OBTENIDO EL PERMISO DE LA COMUNIDAD PARA REALIZAR ESTE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1978).

En los Estatutos de la comunidad de propietarios se hizo constar que los pisos han de dedicarse a viviendas. El propietario de uno de ellos pidió autorización a la comunidad para arrendar a una sociedad, a la que se opuso aquélla, reunida en Junta general. Negándose el propietario a entablar la acción para dejar el piso libre, es la comunidad quien lo hace, pidiendo la resolución del arrendamiento. El Juez número 1 de Zaragoza desestimó la demanda y la Audiencia lo confirmó.

Tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. Consta en los Estatutos de Propiedad Horizontal, inscritos en el Registro, que los pisos han de dedicarse a viviendas, sin que se hayan modificado por la escritura de 1968, que los adaptó a la Ley de Propiedad Horizontal y la comunidad de propietarios, en consecuencia, negó autorización para arrendar el piso para oficina. Está claro que el contrato se hizo para una actividad

no permitida en los Estatutos de la comunidad, incurriendo con ello en la prohibición del párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal sin que contra ello pueda prevalecer la tesis mantenida en la sentencia recurrida de que dentro del vocablo «vivienda» estaban incluidas las oficinas, según la Ley de 1947, vigente cuando los Estatutos fueron aprobados. La equiparación de las oficinas a viviendas de esta Ley no altera la naturaleza de las cosas y, además, esta equiparación se hace tan sólo a efectos arrendaticios, sin extender sus consecuencias a supuestos diferentes, como los derivados de la propiedad horizontal y mucho menos a los que se relacionan con el examen de las cláusulas comprendidas en los Estatutos, tanto más que la Ley no decía que las oficinas fuesen viviendas, sino que se reputarían como tales. De prevalecer la interpretación de los recurrentes habrían de asimilarse a viviendas no sólo las oficinas, sino también los almacenes o depósitos, lo que implicaría una interpretación contraria a la lógica que por ser absurda habría de rechazarse. Con el cambio de uso convenido en el arrendamiento se ocasionan a los distintos propietarios unos mayores gastos y molestias que sin autorización expresa no tienen por qué soportar, al no hallarse, como aquí sucede, permitido en el clausulado estatutario. Los actos coetáneos y posteriores del contratante sirven para interpretar la verdadera intención de los mismos, según el artículo 1.282 del Código Civil, y éstos son claros en cuanto a la actitud de la comunidad respecto al arrendamiento debatido en el pleito.

C. R. R.

V. SUCESIONES

*ADOPCION. PACTO SUCESORIO. DERECHOS SUCESORIOS «AB INTES-
TATO» DEL ADOPTADO. IRRETROACTIVIDAD. LEY DE 24 DE ABRIL
DE 1958: ARTICULOS 172 A 180 DEL CODIGO CIVIL. LEY DE 4 DE
JULIO DE 1970: DISPOSICION TRANSITORIA (SENTENCIA DE 22 DE DI-
CIEMBRE DE 1978).*

Para que una disposición legal tenga efectividad sobre situaciones creadas al amparo de la legislación anterior es indispensable que expresamente así lo declare.

Es la iniciativa y voluntad de los particulares las que han de decidir la adaptación de la adopción anterior a la Ley de 4 de julio de 1970.

Hechos.—Doña C. F. G., de vecindad civil aragonesa, hija de la demandante, apelada y recurrida doña C. G. S., falleció *ab intestato* el 7 de abril de 1970 en estado de casada con el demandado, apelante y recurrente don A. M. G., quien contrajo ulteriores nupcias, habiendo dejado una hija adoptada por el matrimonio el 26 de febrero de 1969, a la que los adoptantes instituyeron heredera en una tercera parte de su respectiva herencia en la escritura de adopción, la también demandada, apelante y recurrente P. M. F.

La madre de dicha causante, doña C. G. S., postula la nulidad del auto de 22 de marzo de 1971 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza por el que se declaró heredera *ab intestato* de su hija doña C. F. G.

a la adoptada por ésta doña P. M. F., sin perjuicio de los derechos del cónyuge supérstite A. M. G., y solicita asimismo que se declare herederas de dicha C. F. G. a la propia actora en las dos terceras partes y a la hija adoptiva en la tercera parte restante, esta última conforme a la escritura de adopción, sin perjuicio del derecho de viudedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza estima la demanda y declara radicalmente nulo el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma población, por el que se había declarado heredera *ab intestato* de la causante C. F. G. a su hija adoptiva P. M. F. en la totalidad de la herencia, sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder al viudo, así como declara que las herederas *ab intestato* de dicha causante son la hija adoptiva de la misma en cuanto a una tercera parte de la herencia y la madre de la propia causante en cuanto a los otros dos tercios de la herencia, sin perjuicio del derecho de usufructo viudal que sobre la totalidad de la misma herencia correspondía al viudo, por su condición de aragonés. Confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza e interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas y Martínez, declara no haber lugar al mismo, en base a las siguientes consideraciones:

Que el único motivo del recurso, formulado con base en el número primero del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye a la sentencia de instancia violación, por inaplicación, de la Disposición Transitoria de la Ley de 4 de julio de 1970, que modificó los artículos 172 a 180 del Código Civil, por entender que tal disposición crea una situación jurídica retroactiva que no puede desconocerse, mas al argumentar así olvida el expreso y concluyente mandato del artículo 3.º del propio Código Civil, que niega efecto retroactivo a todas las leyes, a menos que ellas dispusiesen lo contrario, corroborado por la constante y uniforme doctrina jurisprudencial interpretativa de dicho precepto legal, según la cual es indispensable, para que una disposición legal tenga efectividad sobre situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, que expresamente así lo declare, y en el orden civil, al amparo de tal principio de irretroactividad, se mantiene el respeto de los derechos creados o adquiridos con anterioridad, y haciendo aplicación de lo expuesto al caso debatido en la litis originaria del presente recurso, la inaplicación de la referida Disposición Transitoria viene impuesta por los propios hechos básicos de la demanda, los que han sido acreditados y plenamente reconocidos por las partes, pues se trata de una adopción llevada a efecto mediante escritura pública de 26 de febrero de 1969, por el recurrente y su esposa, habiendo fallecido ésta en 7 de abril de 1970, de lo que se deduce que el acto jurídico de dicha adopción, en cuya escritura ambos cónyuges instituían a la niña adoptada, heredera en una tercera parte de sus bienes, agotó sus efectos, con relación a la adoptante, en la fecha del fallecimiento de ésta, en cuyo momento se abrió la sucesión hereditaria intestada de la misma, siendo la madre de la causante, de estado viuda, la única heredera legitimaria, ante la ausencia de descendientes legítimos y, por tanto, ha de sucederla en los dos tercios de la herencia, dado que del otro tercio había dispuesto en favor de la adoptada, y este derecho fue adquirido por la recurrida desde el mismo día de la muerte de su hija, pues de los actos realizados por ella, desde entonces, necesariamente suponen la aceptación tácita de la herencia, que ha de

retrotraerse a la referida fecha, conforme dispone el artículo 989 del Código Civil, desde la cual se transmitieron los derechos de la fallecida, según indica el artículo 657 de dicho ordenamiento sustantivo, como acertadamente expresa la sentencia recurrida, y estando en ese momento regulada la adopción por los artículos 172 y siguientes del mencionado Código, según la redacción dada a los mismos por la Ley de 24 de abril de 1958, cuyo artículo 174 establece la irrevocabilidad de los derechos de lo adoptado en la herencia de adoptante establecidos en la escritura de adopción, en modo alguno pudo estarlo la que es objeto de la litis por la Ley de 4 de julio de 1970, promulgada meses más tarde del fallecimiento de la adoptante que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, no tiene efectos retroactivos.

Que la conclusión anteriormente deducida viene también determinada por los propios términos de la Disposición Transitoria de la citada Ley de 1970, pues de ellos claramente se advierte que no contiene norma imperativa alguna en orden a la eficacia de dicha Ley con relación a las adopciones llevadas a efecto con arreglo al ordenamiento jurídico anterior, sino solamente una facultad o autorización para que los interesados puedan expresar su voluntad de acogerse a la nueva normativa, al decir «podrán» ser acomodadas a sus disposiciones las adopciones anteriores, o sea, que es la iniciativa y voluntad de los particulares las que han de decidir tal adaptación habiendo de cumplirse el requisito de la acomodación a las nuevas normas de dicha Ley, lo que supone, aparte de cumplirse en los adoptantes las exigencias que para la adopción plena requiere el artículo 178, según la redacción dada el mismo por la nueva Ley, la expresión de voluntad de los mismos de querer someterse a la regulación que ésta establece, al modificar los artículos 172 a 180 del Código Civil, y este requisito no puede cumplirse en el caso de autos, por lo que respecta a la adoptante, por su fallecimiento ocurrido con anterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la referida Ley, reformadora de la normativa hasta entonces de aplicación en materia de adopción.

COMENTARIO.—Tres posibles criterios caben acerca de la cuestión planteada en este litigio. El primero, que podemos llamar de retroactividad en grado máximo, consistente en reconocer que los derechos sucesorios del adoptado arrancan o se retrotraen, en cuanto sean más favorables al mismo, a la fecha de la escritura de adopción con independencia de cual sea la fecha de la muerte del adoptante, es el punto de vista acogido por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, al declarar en el auto correspondiente «que si bien la adopción fue concertada con anterioridad a la vigencia de la reforma introducida por la Ley de 4 de julio de 1970, al reunir los requisitos que el artículo 178 en su nueva redacción exige, deben aplicarse sus preceptos, pues, como en la exposición de motivos se deduce, no se restringe para el futuro la aplicabilidad de la ley y la acomodación que la Disposición Transitoria previene debe entenderse innecesaria». El segundo criterio, que puede entenderse como retroactividad de grado medio, consiste en atender para la retroacción a efectos favorables al adoptado, no a la fecha de la escritura de adopción—es decir no se retrotraen hasta esa fecha—, sino a la fecha del fallecimiento del adoptante; de suerte que sólo se producirá tal retroactividad cuando el fallecimiento del adoptante haya tenido lugar bajo la vigencia de la nueva ley, que en este caso sería la de 4 de julio de 1970. Este criterio parece desprenderse del primer con-

siderando, al decir «que el acto jurídico de dicha adopción, en cuya escritura ambos cónyuges instituían a la niña adoptada heredera en una tercera parte de sus bienes, agotó sus efectos, con relación a la adoptante, en la fecha del fallecimiento de ésta, en cuyo momento se abrió la sucesión intestada de la misma». Por el contrario, del segundo considerando resulta un tercer criterio, que es el mantenido por el Juzgado número 2 y por la Audiencia, consistente en admitir únicamente la retroactividad cuando por las partes hubiese instado y obtenido la acomodación de la adopción anteriormente realizada a la regulada por la Ley de 4 de julio de 1970 como adopción plena, dándose los requisitos y presupuestos que la misma establece (retroactividad de grado mínimo).

PARTICIPACION. SU COMPLEMENTO. FARMACIA. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL. BIEN GANANCIAL. PRESUNCIONES. ARTICULOS 333, 1.056, 1.057, 1.069, 1.075, 1.077, 1.401-1.º Y 1.407 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1979).

Las farmacias son locales de negocio, ejerciéndose en ellas una función mercantil. Procede la partición complementaria y no la rescisión, tanto para añadir los bienes omitidos como para rectificar la valoración de los ya incluidos.

Discutido si debe incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal y en la participación hereditaria el negocio de farmacia existente al fallecimiento del marido emprendido en base al título universitario de farmacéutica obtenido por la esposa después de los correspondientes estudios cursados durante el matrimonio, se resuelve la cuestión afirmativamente por el Tribunal Supremo, declarando, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, conforme a las siguientes consideraciones.

«Considerando que razones de orden y sistema imponen la necesidad de comenzar el examen de los distintos motivos que integran el recurso por el segundo de ellos, dado que por afectar a la competencia, por razón de la materia, de los juzgadores de instancia la resolución sobre el mismo —que aun cuando se trate de una cuestión nueva, no planteada en el período expositivo del pleito, ha de resolverse de oficio por tratarse de cuestión de orden público—adquiere prioridad sobre el que le antecede, ya que la jurisdicción es requisito esencial para la validez del proceso, y en este motivo se denuncia, amparado en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción, en concepto de violación, de los artículos 51 y 53, número primero, de la misma, por entender que los juzgadores de instancia se han excedido en el ejercicio de su jurisdicción, conociendo y resolviendo un asunto que no es de su competencia cual es el de rechazar la aplicación al caso debatido de los preceptos de carácter administrativo invocados por la demandada, hoy recurrente, en relación con las Oficinas de Farmacia, motivo que necesariamente ha de perecer, dado que lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad e intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades inherentes al mismo, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica

de una farmacia y si, en el presente caso, se trata o no de un bien ganancial, sin que por ello haya habido, como la recurrente afirma, interpretación alguna con relación a dichas disposiciones administrativas, limitándose la sentencia impugnada a manifestar la falta de aplicación de las mismas a una cuestión que, como la objeto del pleito, es de carácter marcadamente civil y, por tanto, resulta clara y manifiesta la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la cuestión planteada, en aplicación precisamente de los artículos de la Ley Procesal Civil que, como infringidos, se citan y que han sido observados por los juzgadores de instancia, quienes al conocer de dicha cuestión no han incurrido en el exceso de jurisdicción que la parte recurrente les atribuye.»

«Considerando que en el primero de los motivos del recurso, acogido al número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se arguye infracción, por violación, de los artículos 333 y 1.401 del Código Civil, por estimar que el establecimiento farmacéutico objeto de la litis no es un bien patrimonial, comprendido entre los que el primero de dichos artículos señala, sino que se trata solamente de una Oficina de Farmacia, perteneciente a la recurrente doña Esperanza Trigo por derivar tal pertenencia del título académico que, como farmacéutica, le acredita para realizar en ella las funciones propias de tal establecimiento farmacéutico, pero al argumentar de esta manera olvida que las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964, al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, una actividad comercial, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia, así como en adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de Comercio en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el artículo 325 del mismo, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esta actividad comercial a las personas que se hallen en posesión del correspondiente título haga perder el carácter de mercantil a la función que las mismas ejercen, por lo que, en aplicación de lo expuesto al caso objeto del presente recurso, es visto que la Sala sentenciadora de instancia no ha violado los artículos que como infringidos se citan, por cuanto en la palabra genérica de bienes a que el artículo 333 del Código Civil se refiere se comprenden todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorporeales, susceptibles de adquisición y transmisión, y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico, entendido como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recurrida expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dicho local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad comercial, no existiendo tampoco violación del artículo 1.401 del mencionado Cuerpo legal, por cuanto en el caso presente lo que la recurrente aportó al negocio de farmacia existente al fallecimiento de su esposo fue el título universitario de farmacéutica, que a ella sólo pertenece y que es intransferible, el cual, obtenido después de cursar los correspondientes estudios durante el matrimonio, la capacitaba para, como titular de una Oficina de Farmacia, ejercer sus funciones y actividad comercial respecto al negocio que constituye la base económica de la misma y que

tiene un indiscutible carácter de bien ganancial, conforme al número primero del artículo 1401 del Código Civil, y como tal ha de incluirse en las operaciones particionales en litigio, porque, referido a la fecha en que la recurrente obtuvo su título universitario y comenzó a regentar la farmacia —diez años después de contraído el matrimonio con el causante—, la adquisición de ésta no se produjo con dinero privativo de aquélla, sino que lo fue a costa del caudal común matrimonial, o al menos así hay que deducirlo en base de la presunción legal del artículo 1.407 del Código Civil, que reputa gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, razones éstas que determinan la desestimación del motivo.»

«Considerando que también es desestimable el motivo tercero, basado en el número tercero del ya citado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites, a causa de infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma, al estimar que la sentencia recurrida, en cuanto ordena la inclusión como ganancial del dinero existente a la fecha del fallecimiento del causante, cifrada en la cantidad líquida de doscientas veintiséis mil cuatrocientas veintitrés pesetas con ochenta y tres céntimos, incurre en incongruencia por otorgar más de lo pedido, ya que el actor, hoy recurrido, no pidió cantidad alguna determinada, sino que se limitó a solicitar se incluyese como ganancial el metálico quedado al fallecimiento de aquél, con lo que viene a desconocer lo que verdaderamente constituye la incongruencia a que el citado artículo trescientos cincuenta y nueve se refiere, y que en toda sentencia viene determinada por la debida correlación que ha de existir entre la parte dispositiva de la misma y la pretensión o pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, guardando sustancial acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que tenga su base la pretensión, sin ampliar la decisión a otros extremos no instados ni controvertidos, y estos requisitos se cumplen en la sentencia impugnada, pues al concretar la cantidad del metálico existente al tiempo del indicado fallecimiento, que desconociendo entonces su cuantía en la demanda se solicitaba, para ser incluida como bien ganancial, no concede más de lo pedido, pues se limitó a especificar lo que la prueba a este efecto practicada acredita ser la suma en tal concepto solicitada.»

«Considerando que para que pueda alegarse la infracción del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil, por no existir entre el hecho demostrado y el que se pretende deducir el enlace preciso y directo que las reglas del criterio humano requieren, es de todo punto necesario que en la sentencia impugnada y por el Tribunal *a quo* se haya acudido a la prueba de presunciones que el artículo mil doscientos quince del mencionado Código sustantivo admite, y en el caso objeto del recurso para señalar cuál es la cantidad en metálico existente al fallecimiento de causante de los litigantes, la Sala sentenciadora de instancia no acude a la vía presuncional, sino que lo deduce como probado del conjunto de prueba, según declara expresamente en el considerando quinto de su sentencia, por lo que ha de ser desestimado el motivo cuarto que, fundamentado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción, por violación, del mencionado artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil.»

«Considerando que en el motivo quinto que, al amparo del número segundo del tan citado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Pro-

cesal Civil, se formula, alega la parte recurrente la infracción, también por violación, como los anteriores, del artículo trescientos cincuenta y nueve de dicha ley y de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que cita, por manifestar que la sentencia recurrida agrava, en perjuicio de la recurrente, la dictada en Primera Instancia, no habiendo recurrido de ésta, ni adherido a la apelación, el actor recurrido, lo que implica vicio de incongruencia; mas sabido es que ésta ha de existir entre las pretensiones deducidas en el periodo expositivo del pleito y lo resuelto en la sentencia, y que esa agravación o *reformatio in pejus* que se denuncia ha de resultar del examen comparativo de la parte dispositiva de la sentencia de apelación con la de la de primer grado, pues de esa manera podrá ponerse de manifiesto la existencia o no de ese exceso en el ejercicio de las facultades decisorias que el Tribunal de apelación competen para resolver exclusivamente lo que haya sido objeto del recurso, sin entrar a decidir sobre extremos contra los que no se recurrió en tiempo y forma, y de ese examen comparativo claramente se advierte la coincidencia en lo sustancial de los fallos de ambas sentencias, y así lo reconoce la propia parte recurrente, la que basa únicamente este motivo en la supuesta discordancia que dice existir entre la argumentación y fundamentos de una y otra sentencia para llegar a una misma conclusión, olvidando así que el recurso de casación se da contra el fallo de las sentencias y no contra los considerandos de las mismas cuando no son premisas determinantes del fallo, lo que obliga a desestimar el motivo.»

«Considerando que, al amparo del número primero del repetidamente mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el sexto de los motivos violación del artículo mil setenta y nueve del Código Civil, al no citarse en la sentencia recurrida, motivo que, como los anteriores, ha de ser desestimado, habida cuenta de que aun cuando ciertamente no se le menciona, sin embargo, no cabe decir haya habido inaplicación de la norma en él contenida, pues no obstante hacer alusión al perjuicio en las legítimas de los hijos del finado, don M G., claramente se dice en el penúltimo considerando de dicha sentencia—al que el fallo de la misma se remite para llevar a efecto una nueva valoración de los bienes relictos—que ‘es procedente respetar la partición en sí misma considerada’, estableciendo a continuación la forma a realizar las operaciones complementarias para proceder a esa valoración, sin que en ningún momento se diga haya de darse lugar a la rescisión de la partición que, aunque solicitada en la demanda, se declaró por el Juzgado no haber lugar a la misma, pronunciamiento que quedó firme al no haber recurrido en apelación el demandante.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria que los anteriores ha de merecer el séptimo y último de los motivos del recurso, formulado, como el anterior, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, en el que se acusa infracción del artículo mil setenta y cinco, por interpretación errónea, y de los artículos mil setenta y siete, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete, por violación, todos del Código Civil, pues en cuanto al primero de ellos no se cita en la sentencia recurrida, por lo que no ha podido ser interpretado errónea ni acertadamente, haciéndose alusión a él solamente en el segundo considerando de la misma para expresar el supuesto en que la partición hecha por el testador puede ser impugnada, que lo es únicamente por causa de lesión, y para con base en él confirmar el pronunciamiento desestimatorio

contenido en la sentencia de primer grado, con relación a la solicitud de rescisión deducida en la demanda, y por lo que se refiere al artículo mil setenta y siete, es mencionado por la Sala de instancia para hacer constar el contenido del mismo, pero sin hacer aplicación de él, por no ser aplicable éste, sino el mil setenta y nueve, al caso debatido; no siendo tampoco de aplicación el artículo mil cincuenta y seis, que, como infringido, también se cita, siéndolo únicamente el mil cincuenta y siete, el cual tampoco ha sido violado, puesto que, en todo caso, le afecta lo dispuesto en el artículo mil setenta y nueve, que la sentencia tiene en cuenta para conforme a él se hagan las operaciones complementarias, no sólo para incluir en la partición los bienes gananciales a que anteriormente se ha hecho mención, sino también para llevar a efecto las rectificaciones necesarias en la valoración de los incluidos, por ser inferiores a los reales, según declara la resolución impugnada, pues, contrariamente a lo que la parte recurrente manifiesta, no sólo procede la partición adicional o complementaria cuando no se han incluido en la primeramente practicada determinados bienes de la herencia, sino también cuando la omisión alcance a valoraciones o cuando las efectuadas en el cuaderno particional redunden en perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes, pues es lógico que toda valoración mal realizada, y que por ello ocasione ese perjuicio, supone en sí una falta u omisión de un valor, aunque lo sea parcialmente, y que necesita ser corregida o rectificada, y esta necesidad de corregir la valoración mal hecha la reconoce la doctrina jurisprudencial al interpretar el mencionado artículo mil setenta y nueve, proclamando, como expresamente declara la Sentencia de esta Sala de diecisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, la necesidad o conveniencia de mantener las operaciones divisorias en cuanto sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes.»

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

EL ACTO ADMINISTRATIVO, ENCRUCIJADA DE PROBLEMAS TOPI- COS.—CARACTER INSTRUMENTAL DEL CONCEPTO.—CONTESTA- CION A UNA CONSULTA.

I. ANTECEDENTES

1. La Compañía Telefónica Nacional de España solicita de la Dirección General de Trabajo autorización para el traslado forzoso del personal de su centro de Reus (Tarragona) para cuando se llevase a efecto la integración del servicio interurbano en la red automática provincial.

2. La Dirección General resolvió accediendo a la petición mediante Resolución el 18 de octubre de 1973.

3. La Compañía Telefónica Nacional de España solicitó entonces aclaración sobre algunas de las condiciones contenidas en la Resolución, el 20 del mismo mes.

4. La Dirección contesta a la consulta el 12 de diciembre.

5. La CTNE interpone recurso de alzada ante el ministro de Trabajo, por entender que se ha hecho una interpretación extensiva de la citada Resolución, el 29 de diciembre.

6. El 12 de julio de 1974 el ministro resuelve desestimando el recurso.

7. La CTNE interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que dicta Sentencia declarándolo inadmisibile.

II. LA SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1979

(Presidente: Sr. D. Félix FERNÁNDEZ TEJEDOR)

En la Sentencia se llega a la estimación de la causa de inadmisibilidad del recurso formulada por el Abogado del Estado, en base a los siguientes Considerandos:

Considerando que para resolver sobre la cuestión previa—de carácter adjetivo excluyente de todas las demás que pudieran afectar al contenido sustantivo de la demanda—, y opuesta por el Abogado del Estado al am-

paro del artículo 82, c), de la Ley Jurisdiccional, como causa de inadmisibilidad, es obligada una referencia a la doctrina jurisprudencial expuesta sin vacilación por esta Sala al exigir como presupuesto de la acción contencioso-administrativa ante esta Jurisdicción la existencia de un acto impugnabile que reúna las condiciones y requisitos que la Ley Jurisdiccional exige en sus artículos 1.º y 37 a 40.

Considerando que es de esencia del acto administrativo—concepto básico del sistema y Ordenamiento Jurídico de la Administración Pública—constituir una especie de acto jurídico emanado de un órgano administrativo en manifestación de voluntad creadora de una situación jurídica—Sentencias de 5 y 17 de diciembre de 1974 y 20 de mayo de 1977—. Estas notas excluyen de aquel concepto cualquier otra declaración o manifestación que aunque provenga de Organos administrativos no sea por sí misma creadora o modificadora de situaciones jurídicas, es decir, carezca de efectos imperativos o decisorios. Así, no pueden merecer el calificativo de actos impugnables los dictámenes e informes, manifestaciones de juicio, que siendo meros actos de trámite provienen normalmente de Organos consultivos, ni tampoco las contestaciones a consultas de los administrados. Aunque éstas provengan de Organos decisorios, por su propia naturaleza carecen de los elementos esenciales definitorios de una resolución y, por tanto, de la trascendencia creativa consustancial del acto administrativo propiamente dicho.

Considerando que la acción impugnatoria ejercitada en este proceso por la Compañía Telefónica Nacional de España tuvo virtualmente por objeto único la respuesta dada por la Dirección General de Trabajo en comunicación de fecha 12 de diciembre de 1974 a la consulta formulada por aquella entidad sobre la interpretación que debería darse a determinados puntos de una anterior Resolución de dicho Centro Directivo de fecha 18 de octubre del mismo año. Así se deduce del contenido del escrito de la Compañía Telefónica de fecha 29 de diciembre que puso en marcha el mecanismo impugnatorio en vía administrativa. En él únicamente se refuta la interpretación extensiva que en los términos aclaratorios solicitados hace aquella comunicación de la Dirección General de Trabajo de su Resolución anterior, respondiendo a la consulta dirigida en relación a determinados extremos de la Resolución. Es, pues, la respuesta a dicha consulta, y no la Resolución que la motivó, lo que verdaderamente fue objeto de impugnación. Y así habría de entenderse de todas formas, ya que en la fecha en que la Compañía Telefónica formuló su escrito—29 de diciembre de 1973—había transcurrido con exceso el plazo para recurrir en alzada contra el único acto impugnabile por su naturaleza, la Resolución de 18 de octubre, notificada el 7 de noviembre, según espontánea manifestación de aquella entidad.

Considerando que las anteriores premisas justifican plenamente la alegación de inadmisibilidad de este recurso, formulada por el Abogado del Estado, al amparo del artículo 82, c), de la Ley de la Jurisdicción. No es objetable la procedencia de esta inadmisibilidad tanto por la expuesta evidencia de la tesis de no impugnabilidad de los actos que como las consultas carecen de las notas esenciales del acto administrativo típico, como por la consecuencia también de inimpugnabilidad que se extendería a cualquier acto de la Administración, que en este caso forzosamente había de ser confirmatorio de otro anterior firme y consentido.

Considerando que no se advierte la concurrencia de ninguno de los motivos que según el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción pudiese justificar condena en costas.

III. COMENTARIO

1. *Planteamiento. El concepto de acto administrativo básico para el Derecho Administrativo*

La Sentencia comentada dice expresamente que el concepto—acto administrativo—es «básico para el sistema y ordenamiento jurídico de la Administración». Aparte la importancia de traer, una vez más, la idea de ordenamiento una Sentencia del más Alto Tribunal del Estado, debe destacarse en todo su sentido la afirmación de la importancia del concepto. Y ello, precisamente, porque en la sentencia se va a producir, una vez más, una manipulación de la categoría con fines muy concretos: declarar inadmisibles el recurso.

La importancia del acto administrativo, dentro del Ordenamiento de la Administración, aunque no debe de sobrevalorarse (1), es desde luego evidente en tanto en cuanto que en su conceptualización van a incidir (y su conceptualización va a determinar también) los problemas tópicos de esta rama del Derecho. El acto administrativo viene a ser la encrucijada de los temas *claves del Derecho de la Administración* y de los estudiosos de otras ramas del Derecho (en realidad, todas) colindantes (2).

Efectivamente, si partimos de la, aparentemente, simple definición del artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (3), si conceptuamos el acto administrativo como *acto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo*, se advierte que, aparte la idea acumulativa de que no basta sólo uno de los calificativos (*de sujeto a*), estamos ante un círculo vicioso, porque (y repito que con independencia del carácter acumulativo antes visto) la definición del Derecho Administrativo se hace precisamente en referencia a la Administración, y viceversa, la conceptualización de la Administración precisa del Derecho Administrativo: será Derecho Administrativo el que regula la Administración (que a su vez se puede entender, fundamentalmente, en dos sentidos: Administración como sujeto y Administración como función). Y será Administración aquel sujeto regulado por el Derecho Administrativo o aquella función regulada por tal Derecho. Lo dicho se plantea nada más cruzar el dintel y dar los primeros pasos en el ámbito del Derecho de la Administración. Y lo dicho, por supuesto, requiere más de una matización (...) (4).

(1) Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. Cuando llaman la atención sobre la excesiva obsesión al respecto al decir que:

«En nuestro Derecho positivo (por lo demás nos permitimos creer que en todos) el acto administrativo es una institución más del Derecho Administrativo, no “la” institución por excelencia, que tenga que resumir las peculiaridades de este Derecho.» *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1974, 1.ª ed.

(2) Buen ejemplo de lo señalado en el texto es el desarrollo que hace del tema J. L. VILLAR PALASÍ en sus *Apuntes*, II, Madrid, 1977.

(3) Que dice en su primer apartado que:

«La J. C.-A. conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo.»

(4) Lo dicho está presente en cualquiera de los manuales, cursos o tratados al uso (que no hará falta citar).

Debe añadirse que la idea de acto administrativo no sólo pone en juego el Derecho aplicable, sino incluso la Jurisdicción competente; lo que hace complicar aún más las cosas. Y digo complicar no sólo desde el punto de vista de la impugnación (5), sino conceptualmente también, ya que no han faltado intentos de conceptualizar al Derecho Administrativo como el Derecho que se aplica por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa (6), lo que no deja de ser una tautología e incluso una inexactitud. Dicho lo anterior, se advierte con claridad que la complicación incide, se concentra, en el propio concepto de acto por dos lados, que acaban uniéndose. Por un lado, porque se dirá (concepto de acto como fin) que sólo serán actos administrativos los impugnables; y precisamente impugnables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Por el otro lado, que se une con el anterior, se utilizará (concepto de acto como medio) la categoría para conseguir incluir (o excluir) determinados actos en (de) el control contencioso-administrativo. La sentencia comentada es buen ejemplo de lo que acabo de decir, como tendremos ocasión de ver.

Antes unas breves y esquemáticas consideraciones que nos sirvan para ir centrando la problemática.

2. *Actos administrativos frente a actos que no son de la (o de) Administración*

Aunque la Ley de la Jurisdicción, en su artículo 1.º, precisa lo que entiende por Administración (como sujeto) (7) en términos más generales, y desde la perspectiva que proporciona el análisis de los problemas desde arriba de (y no desde) textos concretos. Considerando en su conjunto el Ordenamiento Jurídico, se advierte que la problemática del concepto de acto queda disminuida cuando estamos ante uno que es de la Administración y de Administración.

Los problemas se plantean cuando se produce una desconexión entre los dos aspectos de lo que es Administración. ¿Son actos administrativos los que aun no procediendo de la Administración son de Administración? ¿Qué debe entenderse por administrar? ¿Se aplica el Derecho Administrativo? Lo dicho, si miramos hacia tales supuestos; pero también si miramos a los opuestos se pueden hacer las mismas preguntas. ¿Son administrativos los actos que aun (si) procediendo de la Administración no son de Administración?... etc. Preguntas todas que si recordamos la definición de que se ha partido vienen a conectar todos los problemas con el concepto mismo de Derecho Administrativo.

(5) Al tema ya se ha referido más de una vez esta Revista. La más cercana referencia la constituye aquel curioso supuesto de la S. T. S. de 8 de noviembre del 78, que comenté en el número 531, y que daba lugar a verdaderos malabarismos mentales de los Jueces al afrontar el problema.

En una posición crítica en relación con la existencia de la dualidad de jurisdicciones para la Administración, *vid* la bibliografía que se citaba en la nota 1, a la que habría que añadir el agudo trabajo de J. BERMEJO en la R. A. P., 83, sobre «El enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración en relación con los bienes demaniales».

(6) Una de las críticas más expresivas en J. L. VILLAR PALASÍ *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, págs. 50 y ss.

(7) Epígrafe 2:

«Se entenderá por Administración Pública

a) La Administración del Estado en sus diversos grados; b) las Entidades que integran la Administración Local, y c) las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local.»

Ejemplos de la problemática son los temas de organización y policía en sede parlamentaria o judicial. ¿Derecho Político? ¿Acaso Administrativo? Piénsese en los funcionarios del Tribunal de Garantías Constitucionales (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1936), en las sanciones impuestas por las Audiencias Territoriales a procuradores (8).

Ejemplo de la problemática es también todo el tema del ejercicio de funciones administrativas no ya por poderes públicos, sino por simples particulares o corporaciones sectoriales de intereses privados: colegios profesionales... Concesionarios de servicios públicos... Tema de los vicarios de la Administración (9).

Ejemplos de la problemática son también las funciones públicas (aparentemente no administrativas) que realiza la Administración; aparte la *arbitral* (10), la potestad *reglamentaria*. Y el tema de la Función Política o de Gobierno (11). Con referencia concreta a la potestad reglamentaria baste delinear sus aspectos más significativos (12): el dato de que distintos de los Reglamentos son los Decretos con valor de Ley, en tanto que tengan dicho valor y desde que lo tengan; el tema de la potestad reglamentaria como una constante en la historia del Derecho Administrativo, que viene a poner en evidencia lo teórico de determinadas concepciones de la división de poderes; el hecho de la regulación, siempre por el Derecho Administrativo, de los Reglamentos, aunque éstos contengan una regulación que no sea Derecho Administrativo; el problema del criterio para distinguir los Reglamentos de los (o otros) actos administrativos, y en definitiva si los Reglamentos son o no actos administrativos (lo que no viene sino a quedarse en el ámbito administrativo, por cuanto, al respecto, no cabe aplicar otro Derecho, salvo que éste sea Administrativo-Constitucional), con las importantes consecuencias interpretativas que pueden resultar de la alternativa (13).

Ejemplo de la problemática es, también, el ejercicio de funciones privadas por la Administración. Quizá sea éste el ámbito más conflictivo, en tanto (aparte la doctrina de los actos reparables) la propia razón de ser del Derecho Administrativo postula tal posibilidad: que la Administración como persona, que puede estar sometida alternativamente al Derecho Público o al Privado (14). Aquí el problema, con todas las consecuencias, será saber cuándo el acto es administrativo y cuándo privado de la Administración, lo que viene reduplicado desde un punto de vista sociológico, por el hecho de que lo público o privado del Derecho a aplicar no coincide numerosas veces con la naturaleza de la actuación, lo que a su

(8) Sólo por citar algunos ejemplos. Sobre los mismos, A. GUAITA en «El concepto de acto administrativo», *REDA*, 7, 532, donde rectifica alguna de sus posiciones anteriores.

(9) Sobre dicho tema puede señalarse el clarificador trabajo de F. LLISSET en el número 80 de la *RAP*.

(10) La terminología es de J. R. PARADA (*RAP*, 52 y 55), y hace alusión a aquellos supuestos en los que la Administración ejerce prerrogativas de Derecho Público, estando al margen de la relación jurídica del caso (derecho de réplica, etc.).

(11) Sobre el tema los estudios monográficos de J. L. CARRO en la *RAP*, 53, y de M. BAENA: *Actos políticos del Gobierno*, Madrid, 1978.

(12) Quedaron de manifiesto en el comentario a la S. T. S. de 21 de febrero del 79 en esta Revista, número 533, págs 961 y ss.

(13) Así en la pág. 968 del número de esta Revista, citado en la nota anterior.

(14) Sobre el tema, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., páginas 42 y ss y 252 y ss., donde se contienen las debidas matizaciones a la rigurosa afirmación que hago arriba en el texto.

vez obliga a acudir (de uevo de rebote) al Ordenamiento Jurídico, en busca de una calificación (15).

En conexión con lo anterior está el tema de la contratación administrativa, donde también se plantea el problema de determinar cuándo el contrato es o no administrativo. Pero, aparte lo que se acaba de decir, y partiendo de que el contrato sea administrativo, aquí de nuevo los temas fundamentales del Derecho Administrativo vienen a plantearse, y precisamente teniendo el acto como encrucijada, una vez más. Me refiero al tema de la posibilidad del contrato administrativo en cuanto contrato, que viene a enriquecer la otra problemática, análoga a la del Reglamento, que se sintetiza en, primero, encontrar el criterio para distinguir los actos y los contratos (ya que aun regulados por el Derecho Administrativo los dos, las regulaciones son diferentes), y segundo, ver si (a pesar de la distinta regulación) acto y contrato administrativo tienen la misma naturaleza. Pues bien, precisamente, el enriquecimiento de la problemática viene a derivarse de ese segundo aspecto que se ha señalado. Pero vayamos por partes: ¿cabe la autonomía de la voluntad en los denominados contratos administrativos? ¿Hay igualdad entre las partes? En definitiva, ¿puede hablarse de contrato o mejor no estaríamos ante un simple acto-condición? Baste decir que la posibilidad del contrato administrativo resulta hoy patente, después de la simple constatación de que los argumentos utilizados en contra de dicha posibilidad han venido partiendo de una serie de perjuicios, de tópicos, del Derecho civil, a cuyo servicio ha venido estando la Teoría General del Derecho (16).

Tenemos, con lo dicho, contestada la pregunta de la posibilidad del contrato. Queda contestar a la otra. Sirvan para ello las expresivas palabras de A. GUAITA, que además ponen de manifiesto con gran naturalidad las conexiones de los problemas planteados. Dice:

«Para negar lógicamente que el contrato administrativo sea un acto administrativo es necesario haber negado antes que sea verdaderamente un contrato *administrativo*, sujeto al Derecho Administrativo, es decir, hay que haber afirmado antes que los llamados contratos administrativos son, a pesar del nombre, contratos civiles..., pero aun en dicha hipótesis los contratos *administrativos* no serían actos administrativos no por ser contratos, sino por no ser administrativos» (17).

3. Actos administrativos frente a inactividad de la Administración

Si hasta ahora hemos ido viendo que la determinación del concepto de acto administrativo encierra dificultades evidentes, y que en la operación van implicadas temáticas más generales, ahora, ante el fenómeno de la inactividad de la Administración, la visión no puede ser más clarificadora.

Efectivamente, si hay algo claro en el concepto de *acto* administrativo, es precisamente el que *es acto, que implica una actuación*. Podremos

(15) Por seguir con la misma cita de la nota anterior, E. GARCÍA DE ENTERRÍA., págs. 239 y siguientes y 46 y ss.

(16) Así, por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO «La institución contractual en Derecho Administrativo», en *El Derecho privado en la génesis del administrativo*, Sevilla, 1960.

(17) Cit., pág. 542.

discutir qué es la Administración, cuándo se aplica el Derecho Administrativo, si es competente un juez de primera instancia; pero lo que sí parece evidente es que cuando se nos dice acto administrativo se nos está dando a entender actividad. Pues bien, la claridad de lo dicho conectada con el dato de existencia de actos sin que la Administración haya actuado revela, una vez más, que los conceptos jurídicos no son más que eso, conceptos jurídicos, medios, instrumentos intelectuales, para conseguir determinados efectos o consecuencias en el, o desde el, Ordenamiento.

Veamos brevemente cómo opera el fenómeno en el supuesto del epígrafe:

La Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, la que controla, en términos normales, a la Administración, tiene carácter revisor en tanto en cuanto que sólo entra en funciones cuando haya algún *acto administrativo* fue revisar. Esta Jurisdicción, o mejor, estos órganos de la Jurisdicción, tienen una «*función revisora*» (18) de lo previamente actuado. De aquí el problema de la inactividad de la Administración; de aquí que cuando la Administración permanezca inactiva, y consiguientemente no pueda hablarse de acto administrativo, no pueda acudir al juez para que dicte sentencia condenatoria de la Administración (19).

Lo dicho hace muchos (el concepto es relativo) años no era de gran (suficiente; el concepto también es relativo) preocupación. Antes el ideal era que la sociedad «fuera por libre», que la Administración (del Estado y el Estado en su sentido más amplio) (20) se limitase a garantizar dicho libre desenvolvimiento. Antes lo preocupante era que la Administración actuase, y de ahí que toda actuación de la Administración, o de las Administraciones, se mirase (si se permite la expresión) con lupa: la menor ilegalidad en la actuación (Derecho Administrativo como garantizador de libertades formales) provocaría una reacción beatificada por la legalidad.

Hoy el problema adquiere graves proporciones, porque la Administración (y con ella «su» Derecho, el Administrativo) ha invadido (entrado) en prácticamente todas las parcelas (polígonos, etc ...) del Derecho. La actividad de las Administraciones Públicas (que se puede resumir en dos direcciones: modulación y prestación) hoy en el número de materias y en intensidad es mayor (mucho mayor; el concepto también es relativo) que antes (21).

Pues bien, la solución arbitrada para el caso de inactividad de la Administración ha sido la de dar carácter de acto a lo que no es en modo alguno acto, sino todo lo contrario: inactividad.

Surge así (ya en el Derecho Administrativo que pudiera denominarse clásico) la doctrina del *silencio*, que postula que ante la inactividad hay actividad, hay acto. Que postula que aunque hay un simple hecho (precisamente inactividad) hay acto (actividad a efectos del Derecho). Postulado que desemboca en: entender que se dijo *NO* (silencio negativo) a efectos exclusivamente procesales, o que *SI* a todos los efectos (silencio positivo) (22). Pero, en definitiva, un postulado que pone de manifiesto que

(18) Sobre el tema R. C. D. I, núm. 531, pág. 493, y las remisiones y bibliografía allí registradas.

(19) Un planteamiento general del tema en esta misma Revista, núm. 524, pág. 130.

(20) Estado en sentido amplio, que incluirá todas las Administraciones Públicas de la comunidad.

(21) Un planteamiento general también puede encontrarse en esta Revista, núm. 529, págs. 1327 y siguientes.

(22) Sobre el valor de uno y otro silencio en esta misma Revista, núm. 524, págs. 131 y ss, y las referencias que se hacen.

el concepto de acto administrativo, incluso en su más claro significado, también queda relativizado e instrumentalizado en función de determinadas consecuencias que se quieren alcanzar. Y postulado que, en sus consecuencias alcanzadas, no es suficiente para que pueda hablarse de Justicia material, ya que no deja de ser una técnica formal. (Lo veremos a continuación.)

4. Acto administrativo frente a actividad material de la Administración

Uno de los principios que informan el sistema de actuación de la Administración es (art. 100 de la LPA) el de que «no iniciará ninguna actuación material que limite los derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la DECISION de que le (la) sirva de fundamento jurídico». Los actos administrativos, así, van a adquirir un especial significado, que F. GARRIDO FALLA ha expresado con gran claridad. Significado que tiene una doble vertiente: de una parte, viene a ejecutar *o concretar la ley*; de otra parte, se convierte en *condición previa de toda operación material* realizada por la Administración Pública (23). Pues bien, si miramos hacia esa segunda vertiente, se advierte que las ejecuciones materiales de los actos administrativos ya dejan de considerarse actos administrativos. Aparte la importancia del principio, en cuanto pudiera conectarse con el tema de la motivación, lo que queda subrayado es que distinto del Ordenamiento son los actos y que distinto de los actos son las actuaciones materiales para la ejecución del acto: el criterio de lo jurídico juega para distinguir los actos de lo que son simples actuaciones *no jurídicas*.

No obstante, una vez más, debe quedar claro lo relativo de la afirmación, en tanto que es fácilmente advertible la existencia de actos de ejecución de actos administrativos (según este criterio ahora utilizado: claros) que son jurídicos, por cuanto implican una ejecución por medios precisamente jurídicos (24). Y, aparte lo dicho, que cualquier actuación (o inactividad) de la Administración puede tener efectos jurídicos. (Tema de la responsabilidad.) (25) Es más, incidiendo en esto último, lo que queda claro es que no sólo importa que la Administración *actúe* con la cobertura del Ordenamiento jurídico (principio de legalidad), sino que *actúe* (materialmente) con efectividad, haciendo funcionar (y bien) sus servicios públicos (en sentido amplio); caso de que a pesar de la legalidad del servicio (en el sentido de posibilitar la existencia del mismo) éste funcionase anormalmente, la responsabilidad entrará de nuevo en juego.

Lo anterior también lleva a otro tipo de consideraciones, y son, simplemente, las que derivan del tema de la obligatoriedad de la prestación (del servicio, una vez más: en sentido amplio). Efectivamente, si lo que interesa al particular es obtener una prestación de la Administración (y recuérdese lo dicho en el epígrafe anterior) la única manera de poder obtenerla por medios jurídicos es por través de los jueces, salvo que la Administración Pública, antes, haya optado por acceder a la prestación,

(23) F. GARRIDO FALLA: *Tratado*, I, Madrid, 1970, 5ª ed., pág. 401.

(24) Así, por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la L. P. A.*, Madrid, 1977.

(25) Así en mis comentarios a las Sentencias de Responsabilidad por el mal estado de las carreteras y a la de 8 de noviembre de 1978 en esta misma Revista, núms. 529 y 531.

espontánea o provocadamente (petición y recurso). Y como sólo se puede acceder a los jueces cuando existe un acto que revisar, el problema es conseguir tal acto. ¿Cómo? Según la teoría clásica del silencio, provocando una actividad de la Administración que no deja de ser una inactividad *FORMAL* (determinada por el transcurso de un plazo, a partir de, y) en virtud de la *petición* dirigida a la propia Administración. No obstante, de inmediato se advierte cómo la ficción del silencio no deja de ser insuficiente, porque el positivo (ficción que deja de serlo a efectos jurídicos) tiene un campo muy limitado cuando de particulares se trata (26), y el negativo no resuelve nada (materialmente) en tanto que el juez entenderá legal el acto (ficticio) de denegación cuando la Administración no tuviese la obligación de dictarlo, por no tener la obligación de realizar la actuación material pretendida o, en otra perspectiva, no tener el ciudadano derecho (libertad material) a dicha prestación (27).

Desde la situación contraria, es decir, desde la óptica de que se trata no ya de provocar una actuación de la Administración o poderes públicos, sino de detenerla, la idea de acto administrativo de nuevo ha venido a relativizarse, apareciendo donde a primera vista no era detectable. Me estoy refiriendo al tema de la llamada coacción directa o inmediata. En este tema la doctrina se ha esforzado en hacer aparecer un acto administrativo a efectos de conseguir y posibilitar el acceso al juez contencioso-administrativo. Aquí (al igual que en el caso de inactividad material, donde se ha intentado superar el concepto estricto de acto administrativo, incluso al margen de la teoría del silencio) (28) se destaca que ante la alternativa de considerar posible una excepción al artículo 100 de la LPA (coacción directamente legitimada por el Ordenamiento sin previo acto) o con el mismo Ordenamiento (caso de que no esté legitimado), que daría lugar a la vía de hecho, se opta por entender que existe un *acto administrativo* (sí) revisable ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (29).

En definitiva, el acto administrativo aparece y desaparece en supuestos de distinto significado con fines instrumentales. Y ello en los dos sentidos que quedaron expuestos al final del primer epígrafe (el concepto de acto administrativo como medio y como fin).

5. *Acto administrativo frente a actos no negociales de la Administración*

La relatividad del concepto de acto administrativo no deja de aparecer en una nueva categoría de la Teoría General del Derecho, como es el negocio jurídico. Efectivamente, si antes veíamos cómo se contraponía a acto administrativo en sentido estricto, la actividad material de la Administración, es decir, la actividad no jurídica, en contraposición al acto jurídico que la servía de fundamento, ahora se puntualiza que acto administrativo en sentido estricto es sólo aquel que puede dar lugar a dicha

(26) Basta leer el artículo 95 de la L. P. A.

(27) Un planteamiento general, por ejemplo, el que se hizo en el núm. 529 de esta Revista, páginas 1327 y ss.

En relación con el artículo 53 de la Constitución, por ejemplo, F. GARRIDO FALLA en su comentario al mismo, *REDA*, 21, y M. BASSOLS, *RAP*, 87.

(28) Así, A. NIETO, por ejemplo, en *RAP*, 37.

(29) Buen exponente en este orden de ideas es J. L. CARRO, *REDA*, 15 (siendo de resaltar las referencias que a la doctrina alemana más reciente y a E. GARCÍA DE ENTERRÍA contiene).

En el mismo sentido, A. GUATTA, cit., págs. 545 y ss.

actividad material. Es decir, se relaciona el acto administrativo con sus consecuencias, estableciéndose que sólo será acto en sentido propio el que pueda originar la ejecución forzosa, o lo que es lo mismo, los actos administrativos ejecutorios. Quedarían, así, otros actos, que no serían administrativos en su más estricto sentido, por no legitimar operaciones materiales de la Administración frente a los particulares.

Cabría, no obstante, puntualizar lo que se acaba de decir, en el sentido de incluir, sin esfuerzo, dentro de la categoría aquellos actos que, aun no siendo susceptibles de ejecución forzosa, por no imponer ninguna conducta al administrado, sin embargo sí producen efectos en su esfera jurídica. Es decir, que aunque no sean susceptibles de imponerse al particular mediante una ejecución frente a dicho particular, sí legitimen al particular a realizar determinada actividad. Sería el caso de las concesiones e incluso de las más simples licencias (30).

Pues bien, esta concepción estricta de acto administrativo (31) llevará a prescindir de los actos de simple conocimiento o de complejo conocimiento (juicio), los cuales no implican una declaración de voluntad (ni siquiera de deseo) que dé lugar a una regla de conducta. Serían los supuestos de los actos de control (rendimiento de cuentas, actos de intervención por la Intervención General del Estado) los informes y dictámenes (84, 87, LPA), los actos de comunicación (arts. 78 y ss., LPA) y los actos de información (arts. 33 y 62, LPA).

En relación con estos actos cabría señalar que, aparte los que puedan tener *carácter interno* a la organización administrativa (y, por tanto, eficacia indirecta sobre los particulares, dado su carácter reflexivo), los aludidos actos normalmente estarán integrados en el procedimiento que desembocará en la resolución que sea del caso y que en la mayoría de los casos será un acto administrativo negocial. *Carácter de trámite* de los actos a que nos referimos, que como simplemente preparatorios del definitivo, que en cuanto integrantes de la manera de proceder de la Administración para acabar consiguiendo un acto negocial, no son directamente impugnables, sino sólo como causa de la invalidez del acto definitivo y cuando tal acto definitivo ya se haya producido. Esta es la idea que interesa dejar bien registrada: que aunque se denominen actos a los de trámite y se les clasifique como tales, en contraposición a los definitivos no son susceptibles de impugnación independiente, a no ser que adquieran respecto del procedimiento el carácter de definitivos por impedir su continuación, aunque sí tengan importancia sus defectos en todo caso para valorar la legalidad del acto en que culmina el procedimiento.

La Sentencia de que se parte para las consideraciones que estamos haciendo es bien expresiva en este sentido cuando dice, en su segundo Considerando, que:

«Así, no pueden merecer el calificativo de actos *impugnables* los dictámenes e informes, manifestaciones de juicio que, siendo *meros actos de trámite*, provienen normalmente de órganos consultivos.»

Es decir, aunque sí califica a los de trámite como actos administrativos, los califica llegando al calificativo final de inimpugnables. Advuértase,

(30) Aparte supuestos intermedios Sobre el tema puede verse la bibliografía que recogía en el número 528 de esta Revista, págs. 1043 y ss

(31) La sostiene, por ejemplo, J. L. VILLAR PALASÍ: *Apuntes*, cits., págs. 20 y ss.

en este sentido, que la Ley resulta clara en su manejo para llegar a tal conclusión, ya que expresamente dice lo expuesto (art. 113 LPA y 37 LJ).

El problema se plantea con los actos de información (a los administrados), en tanto que su carácter de trámite, en cuanto integrados en una cadena procedimental y precisamente no al final, es oscuro. Efectivamente, cuando se hace una consulta a la Administración se produce una petición, instancia, etc... que origina un procedimiento; pero el acto de información resulta al final de dicho procedimiento y dirigido, como último de la cadena que lleva al mismo al particular. Desde el punto de vista procedimental, por tanto, habría que considerar a tales actos de información como resoluciones, como actos que no son de trámite (o tramitación). De aquí que el problema en relación con su impugnabilidad se haya planteado en términos distintos a los actos de trámite propiamente dichos, por la sencilla razón de que no estarían excluidas expresamente de impugnación por la Ley (LPA, LJ; antes lo vimos), al menos en referencia al acto en sí mismo considerado. Problema aparte sería el de la legitimación para poder recurrirlos, lo que también podría contestarse en análogo sentido, al poder haber interés directo (32).

De lo anterior que en la Jurisprudencia pueda detectarse una manipulación del calificativo (de trámite o definitivo) o, lo que es lo mismo, desde el criterio de procedimiento, del sustantivo (no resolución o resolución). La finalidad bien clara: conseguir la conclusión de que tales actos no son impugnables.

Ejemplos de lo dicho serían las Sentencias del Supremo de 23 de abril de 1975 y 27 de octubre de 1976, entre otras muchas, pero éstas referidas precisamente a la resolución de consultas. Según estas, Sentencias la resolución sería un acto de trámite.

En la Sentencia que sirve de base a las consideraciones que estamos haciendo también resulta la idea apuntada, aunque operando sobre el sustantivo. Dice (también, segundo Considerando) que:

«Tampoco merecen el calificativo de actos impugnables... las contestaciones a consultas de los administrados (porque) aunque éstas provengan de órganos decisorios por su propia naturaleza carecen de los elementos esenciales definitorios de una resolución...»

6. En concreto, los actos que responden a consultas

Acabamos de ver cómo la Jurisprudencia utiliza alternativamente (con una finalidad distinta a la que en principio sugiere la categoría) el término «resolución».

El tema, que llevaría demasiado lejos, es el de qué debe entenderse por resolución (33). Al respecto baste apuntar que, además de hacer referencia al procedimiento, el término resolución conecta con la idea de acto administrativo negocial, en el sentido antes apuntado: cuando se habla de resolución se viene a pensar en actos que inciden sobre las relaciones jurídicas, constituyéndolas, modificándolas o extinguiéndolas, e

(32) Lo veremos en el epígrafe siguiente

(33) Por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ en sus comentarios, cit., recoge las distintas decisiones de la jurisprudencia sobre el tema, págs. 554 y ss. (incluidas notas)

incluso, en un sentido algo más amplio (recuérdese lo dicho antes), simplemente levantando límites al ejercicio de derechos preexistentes.

Pues bien, partiendo de la idea anterior, el problema que se plantea es ver hasta qué punto los actos de información son o no resolución en esta dirección. Y prescindiendo de matices, en términos generales, la pregunta a la que habrá que responder es si la contestación a una consulta vincula o no, es decir, produce efectos que sean jurídicamente relevantes. Y al mismo tiempo, y en conexión con lo acabado de decir, hasta qué punto puede considerarse que dichas contestaciones de la Administración a los ciudadanos constituyen declaraciones de voluntad trascendentes desde un punto de vista jurídico.

El que la respuesta a una consulta no sea una declaración de voluntad, sino simplemente de juicio, parece en principio difícil de negar. No obstante, se advierte que, en determinados supuestos, la Administración está haciendo algo más que informar sobre los datos que suscitaban dudas. En estos casos, pudiera decirse que efectivamente se contesta a la consulta formulada, pero que la contestación *no es buena*, e incluso que además puede ser *algo más que una simple contestación*.

La relatividad, por lo dicho, de la terminología que se emplee debe quedar de manifiesto cuando la Administración, aunque califique de consulta a una actuación, está imponiendo determinada conducta al ciudadano consultante. Así se ha venido a reconocer en la Jurisprudencia, que ha venido insistiendo en que la calificación utilizada por la Administración no debe desvirtuar la naturaleza (verdadera) de las cosas. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1975 (presidente, Suárez Manteola), en la que al recogerse la Jurisprudencia anteriormente recaída, dice que sólo puede entenderse existe una verdadera consulta cuando se ejerza por las Administraciones la función consultiva, pero...

«siempre que no desnaturalicen su verdadero carácter de origen para establecer pronunciamientos que constituyan terminantes declaraciones de Derecho».

Lo anterior, creo, resulta evidente en determinados supuestos; precisamente en los que la Administración no se ha limitado a contestar a una consulta. Pero el problema se plantea respecto de las contestaciones, que aun siendo eso: simples respuestas a consultas, sin embargo, no se tienen por buenas. Es decir, aquellas contestaciones que aparezcan contradichas mediante otro análisis (y consiguientes respuestas) de la misma pregunta formulada.

Lo dicho postula un doble sentido en la actuación del consultante: una actuación, la que está de acuerdo con la respuesta en la consulta que se formuló; otra actuación, la que está en desacuerdo, la que se aparta, hace caso omiso a los términos de la consulta formulada.

Analicemos el primer supuesto. Cuando el ciudadano tiene dudas y con la conciencia de sus limitaciones, humildemente, acude al poder público (Administración) para clarificar sus ideas y, en consecuencia, saber actuar bien, y luego actúa tal y como se le indicó, el problema se planteará cuando un nuevo análisis de la Administración lleva a otra conclusión de la ofrecida por vía de información y a ese particular (por ejem-

plo) se le sanciona, por haber actuado mal. Pues bien, la tesis de que la resolución de consultas no tiene efectos jurídicos trascendentes viene a significar ni más ni menos el que la sanción (por seguir con el ejemplo) está bien puesta, que la respuesta a la consulta no vincula a la Administración. No obstante, una matización al respecto en seguida se impone, porque evidentemente una cosa es el carácter vinculante de la respuesta inicial y otra, bien distinta, que dicha respuesta carezca de relevancia jurídica. Relevancia jurídica tiene en tanto que *puede originar responsabilidad de la Administración por el mal (anormal) funcionamiento de un servicio público*. Como lo es el de informar. Precisemos aún más: ¿siempre se producirá responsabilidad en el supuesto que estamos analizando? El tema conectaría con el del derecho del particular a pedir consultas y el deber de la Administración de resolverlas, porque se podría decir que si el particular no tiene por qué preguntar, resultaría anómalo hacer responder (patrimonialmente) a la Administración cuando, toda servicial, se presta a resolver la duda, pero se equivoca. No se trata de seguir por este camino; baste resaltar que al presupuesto de que se parte habría que analizarlo caso por caso (por ejemplo, en materia de urbanismo la respuesta sería afirmativa del derecho del administrado y de la responsabilidad; entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1978) (34)., pero que en el contexto actual una interpretación favorable a la posibilidad de responsabilidad debe ser tenida en cuenta para dicho análisis (35).

Lo que se dejó dicho debe quedar también matizado en un nuevo sentido, y es el de la *posibilidad de consultas vinculante* para la Administración. Me refiero a un supuesto concreto, como lo son las respuestas a las consultas en materia fiscal (36). Pues bien, si en este supuesto (que pongo como ejemplo) el Derecho positivo da carácter vinculante a la contestación de la Administración, obligando, por tanto, a que actos administrativos posteriores no puedan prescindir de dicha contestación, se está diciendo que las consultas pueden originar resoluciones en su sentido más estricto. Queda de nuevo relativizado el tema, por cuanto, a pesar de ser tan consultas como las otras, las que se producen en materia fiscal las contestaciones vinculan, y queda claro, por tanto, que la naturaleza intrínseca de cualquier respuesta no excluye necesariamente los efectos vinculantes. ¿Por qué en unos casos lo uno y en otros lo contrario? Como digo, no por la naturaleza de las cosas, sino por criterios de política jurídica, que podrían hacerse valer en muchas más respuestas. Lo que quiero subrayar ahora es que, partiendo del principio que parece consagrado en nuestra jurisprudencia de que en principio no hay efectos vinculantes, la utilización de la categoría «respuesta a consulta» también se hace con evidentes intenciones finalistas: conseguir la conclusión de que no queda vinculada la Administración. En este último sentido es bien

(34) En esta sentencia (Ponente: BOTELLA), después de resaltarse el carácter no vinculante de la simple consulta informativa, se añade que ello es

«sin perjuicio de la responsabilidad de indemnizar las costas del proyecto y demás que procedieren

Si la licencia pretendida conforme a previa información facilitada se denegase a tenor de datos o criterios normativos distintos de los señalados en la referencia previamente proporcionada».

(35) A mí, por lo menos, me parece evidente que así lo exige «la realidad social de nuestro tiempo» (3, 1, del Código Civil).

(36) Sobre este tema puede verse el trabajo de J. MEXÍA ALGAR en *Estudios de Derecho Tributario*, II, Madrid, 1979, donde además se hace una conexión entre las consultas y el derecho de petición.

expresiva toda la problemática suscitada en relación con la naturaleza jurídica de la «aprobación de avances y anteproyectos parciales de planes de urbanismo» (37).

La otra actividad del ciudadano en relación con la consulta contestada sería la de hacer caso omiso de los términos (todos o alguno) en que se le informó. La relación de este aspecto del tema con el anteriormente visto no reviste especial agudeza. Efectivamente, el hecho de postularse que la respuesta a una consulta por la Administración no la vincula determina la conclusión de que daría igual que el interesado actuase de una o de otra forma, porque las consecuencias de su actitud serían iguales tanto si hizo la consulta como si no la hizo. Por tanto, para el caso de la sentencia objeto del comentario hubiera dado igual que la CTNE hubiese preguntado como si no. Es más, daría lo mismo que hubiera actuado (todavía no lo hizo) de una manera congruente con la respuesta a su duda, como si no. Y, quede dicho, esta posibilidad de ignorar la información proporcionada por la Administración se ha subrayado en la Jurisprudencia. Sirvan de ejemplo las Sentencias de 23 de abril de 1975, de 20 de junio de 1977 y 7 de febrero de 1978.

¿Para qué sirve entonces la consulta a la Administración? La respuesta sería, para los casos en que la consulta está en los supuestos generales (no vinculación), que... simplemente para conocer los criterios de los administrados en un momento determinado y, en consecuencia, poder actuar con algunas garantías, que, como queda dicho, no serían las de garantizar una posterior actuación congruente con lo informado, aunque debiera decirse que, en todo caso que existiese (lo que sería fácil de conseguir con una interpretación extensiva del concepto) servicio público de información, sí se garantizaría una indemnización por responsabilidad (objetiva) en el funcionamiento (anormal) de la Administración. El hecho de que el ciudadano (o en el caso de la sentencia, la CTNE) hubiese actuado en consecuencia con la norma marcada (aunque sólo fuese como juicio, al respecto) creo que induce a procurar la última conclusión apuntada.

Ahora bien, si todo lo anterior se da por sentado, si la respuesta a las consultas no vinculan a la Administración, ni tampoco inciden en las consecuencias de una actuación distinta de la propuesta al responder, por el ciudadano, resultará que es indiferente jurídicamente para el consultante «romper» el acto de la Administración; sí puede, y ello no tiene gravedad alguna para él desde el punto de vista jurídico, apartarse de la información proporcionada, no tendrá interés en conseguir una sentencia en la que se diga que la información era mala. Pero esto, una vez más, queda relativizado, en tanto que, en general, pudiera ya decirse que al conseguir una sentencia ya se ha conseguido vincular a la Administración para el futuro.

Y aunque se argumentase que el interés acabado de ver sería inutilizable, en tanto exige una petición de principio y en cuanto, de llevarse a sus últimas consecuencias, obligaría a concluir que toda actividad o inactividad de la Administración sería justiciable, lo que sí resulta anómalo es observar cómo el Ordenamiento jurídico para casos análogos admite la posibilidad de impugnación. Piénsese en los reglamentos que interpre-

(37) Al respecto pueden verse las Sentencias de 6 de diciembre del 75 y 8 de julio del 77, como ejemplo de lo que digo.

tan disposiciones legales: a nadie se le ocurriría pensar que constituyen una interpretación auténtica de la Ley (al menos hoy día) (38). *Piénsese, sobre todo, en los contratos administrativos*: artículos concretos de la Ley y del Reglamento de contratos permiten la impugnación de los actos administrativos dictados en virtud de la potestad interpretativa que tiene la Administración (RCE, núms. 50 y 54). Efectivamente, pudiera decirse que son casos distintos. Pero ¿hasta qué punto? ¿Hasta qué punto el hecho de que lo que se interprete sea una norma o un contrato desvirtúa una conclusión análoga en materia de interpretación de actos? Recuérdesse el tema de hasta qué punto los reglamentos y los contratos no son sino especificación de un género más amplio del que también son especificación los actos administrativos. ¿Hasta qué punto el hecho de interpretar por las vías antes vistas está implicando una labor distinta de aquella en la que se interpreta a petición del propio interesado? Desde luego, aunque se pudiera contestar, la contestación no deja de ofrecer reparos. Concluyendo con lo anterior, se advierte la conexión del tema de la legitimación para recurrir o, lo que es lo mismo, del interés directo con la naturaleza de las informaciones a consultas. Cabría ya sólo añadir que en la sentencia comentada se utiliza el argumento del acto confirmatorio para llegar a la inadmisibilidad del recurso como un argumento complementario al de la naturaleza del supuesto. No voy a entrar en este tipo de argumento (39); sí creo que merezca la pena recoger los pronunciamientos más significativos del Tribunal Supremo a partir de la fecha del trabajo sobre el tema de A. NIETO (40), con la escueta finalidad de subrayar simplemente la relatividad con que se manejan la categoría de acto administrativo y sus distintos calificativos.

7. Algunas Sentencias: Terminología a discreción

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1975 (IV, Suárez Manteola, cuarto Considerando de los aceptados de la apelada):

«no cabe invocar el acuerdo... en cuanto en el mismo se limitó a dar una información... careciendo de las notas de los artículos 1.º y 37 de la Ley de la Jurisdicción, comulgando con la naturaleza de un *simple* acto interlocutorio de *trámite*, informativo, que no se puede configurar como un acto administrativo *propio*—STS 18 marzo 1961—de los que únicamente se derivan situaciones jurídicas o derechos subjetivos que no pueden desconocerse con posterioridad por otros actos...»

(38) Sobre el tema, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 81

(39) Ver, por ejemplo, el resumen de jurisprudencia de J. GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la L. J.*, Madrid, 1978, págs. 610 y ss.

(40) En la REDA, 8, donde se recogen las sentencias más significativas recaídas hasta 1974 (inclusive), y donde se llama la atención de la disparidad de posiciones de la doctrina (que incluye a los actos que estudiamos entre los actos administrativos) y la jurisprudencia (que, según señala A. NIETO, llega a entender incluso que hay inexistencia de acto), con las siguientes palabras.

«El Tribunal Supremo—abandonado, por así decirlo, a sus fuerzas—ha adoptado aquí una postura radicalmente contraria a la doctrinal, sin que hasta la fecha (en lo que nos es conocido) se haya realizado por ninguna de las dos partes el más mínimo intento de aproximación, y ni siquiera de explicación, de un divorcio tan escandaloso.»

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1975 (misma Sala y ponente, cuarto Considerando) se hace un resumen de la doctrina jurisprudencial; dice que la:

«Jurisprudencia *ad exemplum*, en Sentencias de 18 de marzo, 13 de mayo, 31 de octubre y 22 de noviembre de 1967; 5 de abril de 1968; 29 de abril y 9 de mayo de 1970; 15 de febrero de 1971; 28 de enero de 1973, etc. , viene declarando de que 'con arreglo al artículo 1.º de la Ley de esta Jurisdicción, sólo caben recursos contencioso-administrativos contra los actos de la Administración Pública que se originen por pretensiones de los administrados (pero que) la simple formulación de una duda o consulta por ellas no será material de la función revisora, ya que faltará siempre el objeto del recurso o acto administrativo que revisar, puesto que la misión de un parecer o interpretación de la Administración *no constituirá nunca un acto administrativo*'».

Esta Sentencia, según vemos, no se limita a decir que exista un acto administrativo, pero que tal acto sea *impropio*. En esta sentencia se llega a decir que ni siquiera hay acto administrativo. Para declarar inadmisibile el recurso se acude a la fórmula de negar (arts. 1 y 37 LJ) la existencia de objeto del recurso.

No obstante, en la misma Sentencia, y en razón de la Jurisprudencia que tiene en cuenta también, se encuentra una interpretación de los artículos 1.º y 37 LJ, en el sentido de entender que de los actos de que hablan son los que:

«establezcan una situación jurídica del consultante.
Resuelvan una situación jurídica individualizada.
Sean resoluciones ejecutorias.
Declaren situaciones de derecho y causen estado».

Lo que llama la atención es que esa idea de crear una situación administrativa individualizada se justifique en el hecho de ser recurribles los actos:

«La contestación informativa.. no constituye acto administrativo que establezca la situación *administrativa del consultante, por no ser los mismos recurribles.*»

Evidentemente, no puede dejar de chocar ese intercambio entre motivo y conclusión, pero creo que da a entender una conexión implícita entre objeto impugnabile y legitimación.

Aparte las *Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 27 de febrero de 1976* (IV, Botella), que no revisten especial interés, resalta por su claridad la *de 8 de mayo de 1976* (IV, Gabaldón, en el primer Considerando aceptado de la apelada), en la que se dice:

«El acto municipal.., *aunque de naturaleza administrativa*, porque procede del Ente municipal, y es, en lo objetivo, de neta significación administrativa, *no es, sin embargo, impugnabile*, pues pertenece a la clase de los actos de información de los particulares... y un acto de información, en cuanto carente de contenido decisivo, no son objeto propio de impugnación.»

La claridad de esta Sentencia yo la veo en el hecho de partir de un criterio doctrinal del acto administrativo, para admitir que los de información son actos de naturaleza administrativa, aunque pertenezcan a una clase de actos inferior.

En el dato de la *simplicidad* de la consulta *incidirá la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1976* (III, Jiménez Asenjo, en el Considerando segundo), para sostener que de no haber sido una *simple consulta* la pretensión, la solución pudiera haber sido distinta. En esta Sentencia se calificará también al acto como *de trámite*.

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1979* (III, Contreras, Considerandos segundo y tercero) se utilizará el giro «resolución que cause estado».

De mayor importancia es la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1977* (IV, Medina, al recibir el cuarto Considerando de la apelada), que dice:

«Las contestaciones que da la Administración a consultas que se formulan carecen de la naturaleza de *verdaderos* actos administrativos y no producen ningún efecto nuevo en Derecho de carácter vinculante, como tiene señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de esta Sala de 15 de febrero de 1971 y 25 y 29 de enero de 1973.»

Como vemos, no se llega a negar que sean actos administrativos; pero al igual que antes se había dicho que eran de una clase distinta, ahora se dice que *no llegan a ser verdaderos actos*. ¿Son actos administrativos de mentira? En definitiva, se está queriendo dejar claro que, a pesar del concepto de acto que parece desprenderse del artículo 1.º LJ, tal concepto debe quedar matizado.

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1978* (III, Vacas Medina, primer Considerando) se dirá que:

«no son actos administrativos *recurribles* por constituir, en definitiva, mera respuesta a una consulta . respuesta que, redactada como está en términos generales, *no decidía el fondo* de ningún asunto concreto».

Por su parte, otra de *7 de febrero de 1978* (IV, Botella), al aceptar los Considerandos de la apelada, vuelve a insistir en la idea de tener que «establecer el acto una situación administrativa»,

«resolver sobre una situación jurídica individualizada, declarar situaciones de derecho» (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1967, 31 de octubre de 1967 y 22 de noviembre de 1967), aunque añadiendo (STS 31 octubre 1967) que:

«Esta jurisdicción carece de facultades para hacer pronunciamientos meramente declarativos y declaraciones de futuro preventivas o de reconocimiento de derechos expectantes, porque la misión de los Tribunales de esta Jurisdicción consiste en decidir los litigios que se les sometan, siendo impropio y extraño que se soliciten declaraciones de principios o doctrinarios.»

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Considerando propio, subraya la idea de que:

«si bien todo acto de la Administración Pública está sujeto a Derecho, no todos son impugnables *en juicio revisor*».

La Sentencia de 18 de marzo de 1978 (IV, Martín del Burgo, cuarto Considerando), por su parte, vendrá a decir que:

«Los actos en los que la Administración se limita a *dar su opinión* sobre un determinado extremo no participan de la *sustancia de la que se nutre* el verdadero acto administrativo, según tiene reconocido la Jurisprudencia (SS 28 noviembre 1954, 30 noviembre 1963, 17 junio 1966).»

Se sigue, por tanto, en la línea de considerar que los actos de información, si bien son actos sujetos al Derecho Administrativo (y según esto serían administrativos), no obstante no son los verdaderos actos administrativos; en la expresiva elocuencia de la Sentencia últimamente vista: «no participan de la sustancia de que se nutren los verdaderos».

Pues bien, salvo aquellos supuestos que veíamos en los que se afirmaba la inexistencia de acto para concluir la inexistencia de objeto del proceso, y en la línea de entender que aunque se pueda hablar de actos, los de información no lo son de verdad (a los efectos que lo son los verdaderos), precisamente está la Sentencia base del comentario. Efectivamente, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (segundo Considerando): los actos de información

«por su propia naturaleza carecen de los elementos esenciales definitorios de una *resolución* y, por tanto, de la trascendencia creativa consustancial del *acto administrativo propiamente dicho*».

El acto de información sería un acto administrativo impropiaamente dicho; no sería una resolución, entendida ésta como acto de trascendencia creativa. Sobre esta idea el principio del Considerando señala:

«Que es de la esencia del acto administrativo—constituir una especie de acto jurídico emanado de órgano de la Administración *en manifestación de voluntad creadora de una situación jurídica*», «con efectos imperativos o decisorios».

Por demás (cuarto Considerando):

«Las consultas carecen de las notas esenciales del *acto administrativo típico*.»

Los actos de información, según lo dicho, serán, por tanto, administrativos en un sentido amplio, pero no lo serán en un sentido estricto (a todos los efectos), en tanto sigan siendo simples consultas, *porque no serán verdaderos, propios, típicos* actos administrativos. Relatividad, por tanto, del concepto acto y flexibilidad del mismo para poder compaginar el sentido amplio recogido en la doctrina y en el artículo 1.º LJ con el carácter *revisor* del proceso contencioso-administrativo y los límites que la legitimación implica, todo ello sobre el criterio del carácter (o no) negocial del supuesto, que no es sino una parcela del problema del concepto del acto administrativo.

J. G. S.

III. Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

INTERPOSICION DE RECURSO DE ALZADA FUERA DE PLAZO POR SER DIA HABIL EL JUEVES SANTO A EFECTOS ADMINISTRATIVOS, AUNQUE SEA INHABIL A EFECTOS JUDICIALES. POR ELLO NO SE ENTRA EN EL PROBLEMA DE LIQUIDACION DE PRESTAMO HIPOTECARIO CONCEDIDO ANTES DE LA CALIFICACION PROVISIONAL DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (RESOLUCIÓN DE 15 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid primera copia de una escritura pública de préstamo hipotecario concertado entre la Caja Postal de Ahorros y la Sociedad «Superation, S. A.», practicándose por dicha Abogacía, a la vista del citado documento, liquidación por el concepto de «préstamo», número 12 de la Tarifa. Notificada dicha liquidación, se interpuso, en tiempo y forma, por la Entidad contribuyente reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Madrid, alegando que debía haberse aplicado la exención del número 63 del artículo 65 del Texto Refundido, ya que se trataba de un préstamo con destino a la construcción de Viviendas de Protección Oficial.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, porque para la aplicación de la exención pretendida era requisito previo inexcusable el haber obtenido la calificación provisional de Viviendas de Protección Oficial antes de concertar el préstamo, lo que no ocurría en este caso.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Económico-Administrativo Central desestima el recurso de alzada interpuesto por la entidad contribuyente, por haberse interpuesto fuera de plazo, y sin entrar, por tanto, en el fondo, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que entre el 20 de marzo de 1975 y el 9 de abril del mismo año (fechas de notificación del acuerdo y de interposición del recurso de alzada, respectivamente) existen dieciséis días hábiles, salvo que se considere inhábil el día de Jueves Santo, situado este año en el día 27 de marzo.»

«Considerando que siendo esencial para ponderar la temporalidad o extemporaneidad del presente recurso la consideración de hábil o inhábil de dicho día de Jueves Santo, a los efectos de ser o no computado dentro del plazo, es preciso recordar que este Tribunal, en Resolución de 18 de febrero de 1969, tiene sentado que el día de Jueves Santo, por ser hábil hasta las dos de la tarde—conforme al Decreto de 23 de diciembre de 1957—, debe ser computado en el improrrogable plazo de los quince días, ya que el artículo 71-2 del Reglamento procesal excluye de tal cómputo a los días feriados, y es indudable que, a tenor del citado Decreto, no puede estimarse que el día de Jueves Santo tenga esa consideración.»

«Considerando que en esta misma línea, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de noviembre de 1970, declaró que el artículo 1 del Decreto de 23 de diciembre de 1957 determina con toda claridad cuáles son los días inhábiles a efectos administrativos, judiciales, académicos, mercantiles y laborales, precisando que el Jueves Santo solamente lo es a partir de las dos de la tarde, y que la Orden complementaria de la Presidencia del Gobierno de 29 de marzo de 1958 dispone que los días de Jueves y Viernes Santo son inhábiles en su integridad, pero exclusivamente a efectos *judiciales* y para el *protesto notarial de letras de cambio*, razón por la cual, sin poder admitirse en modo alguno confusión conceptual entre Administración y Jurisdicción, el referido día de Jueves Santo es hábil *a efectos administrativos* hasta las dos de la tarde, añadiendo que los Tribunales económico-administrativos son esencialmente *Organos de reclamación de la Administración fiscal* y que, por tanto, hallándose abiertas hasta dicha hora las Oficinas públicas es posible presentar escritos, reclamaciones y recursos con absoluta validez, concluyéndose así—según afirmación del propio Tribunal Supremo—el viejo problema fronterizo de las semifestividades, con exacto sentido de las verdaderas posibilidades del administrado, sin relativismos ni discriminaciones horarias incompatibles con el principio de la indivisibilidad del día como unidad cronológica para la computación de plazos que se cuenten por ella.»

En el mismo día 15 de enero de 1976 se dictó otra resolución idéntica en asunto similar motivado por el recurso de otro contribuyente, interpuesto igualmente fuera de plazo.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION SOLICITANDO SE DECLARE EXENCION DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES, ANULANDO LA LIQUIDACION PRACTICADA, EN BASE A LA APORTACION DE CERTIFICACION DE COPLACO SOBRE SITUACION DE LA FINCA EN POLIGONO DE NUEVA URBANIZACION, EXTREMO DESCONOCIDO POR EL CONTRIBUYENTE: SE DESESTIMA EL RECURSO POR IMPROCEDENTE (RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Una vez girada la correspondiente liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por la Abogacía del Estado de Madrid, de una escritura de compra de una vivienda incluida en la parcela número 30 de la Ciudad Parque Aluche, de Madrid, y pagada la misma, se presentó escrito ante el Tribunal Central por el interesado interponiendo recurso extraordinario de revisión, en el que se solicita se anule la liqui-

dación practicada y se declare la exención del Impuesto, así como la devolución de las cantidades ingresadas, en base a que con posterioridad a la liquidación fue entregada certificación de «Coplaco», ignorada por el comprador y que acredita que la vivienda adquirida está situada en polígono de nueva urbanización, por lo que de haberla conocido habría solicitado en su momento la oportuna exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Económico-Administrativo Central desestima el recurso por lo siguiente:

«Considerando que el recurso extraordinario de revisión constituye un remedio extraordinario y excepcional que no puede ser ejercido más que en base de las causas taxativamente señaladas, y en efecto, el promovido se ampara en la segunda, que contempla el artículo 136 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959 y el citado artículo 171, 1, de la Ley General Tributaria, a cuyo tenor dicha impugnación procederá cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución de la reclamación, ignorados al dictarse o de imposible aportación entonces al expediente, o, como precisa aquél, 'que después de adoptado el acuerdo o resolución aparezcan documentos decisivos, siempre que tales documentos hubiesen permanecido ignorados por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la resolución'».

«Considerando que, como se deduce de lo que antecede, uno de los requisitos precisos es que después de adoptado el acuerdo haya aparecido el documento, lo que exige que el documento en que se funde el recurso ha de ser de fecha anterior a la del acto de gestión—en el presente caso—objeto de revisión, según la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1963, que dice que 'éstos—los documentos—han de existir cuando el acuerdo o resolución se adopte, sin que puedan servir de base los que se produzcan con posterioridad', criterio también mantenido por la jurisprudencia del mencionado Tribunal, en relación a precepto análogo, aunque no similar, del recurso extraordinario de revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa y en la civil, y entre otras, en la Sentencia de 20 de marzo de 1963, 'por lo que habrán de entenderse inoperantes los documentos de producción posterior', circunstancia ésta que concurre en el presente caso, en que el documento aparece expedido en 19 de abril de 1971, es decir, con posterioridad a la fecha de 4 de enero de 1971, en que se practicó la liquidación objeto del presente recurso extraordinario.»

«Considerando que, en segundo lugar, si se estimase que el documento en que se funda el recurso era de fecha anterior a la liquidación practicada, sería por obrar en una Oficina Pública y, por tanto, pudo desde la misma fecha solicitarse y adquirirse la certificación ahora traída a las actuaciones, de conformidad con el criterio mantenido en la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1962, y como dice la de la misma Sala y fecha 10 de diciembre de 1966, 'los datos que corrobora obraban en el correspondiente archivo y no son novedades de existencia o *nova facta*', y aunque se alega que constituyen novedades de conocimiento o *nova reperta*, este extremo, el mero desconocimiento de su existencia, no puede asimilarse al requisito exigido en el Reglamento Procesal de haber permanecido ignorado por fuerza mayor y tampoco se acredita el conocimiento por aparición o entrega del documento, ni la

fecha en que tuvo lugar ésta, lo que, además de obligar a desestimar el recurso extraordinario de revisión por improcedente, impediría incluso su admisión, al no poderse apreciar que fue presentado dentro del plazo reglamentario de tres meses contados desde el día de su descubrimiento.»

En la misma fecha, 21 de enero de 1976, se dicta otra resolución idéntica a la anterior, con motivo del recurso extraordinario de revisión interpuesto por otro interesado.

PRESTAMO HIPOTECARIO SOBRE BUQUE: EL PROBLEMA DE SI ESTA O NO SUJETO AL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y DE SI ES BIEN MUEBLE O INMUEBLE, A EFECTOS DE SU RELACION CON EL IMPUESTO DE TRAFICO DE EMPRESAS (RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Se presenta en la Oficina Liquidadora de Orgaz una escritura otorgada en Mora (Toledo) el 12 de junio de 1974, por la que el Banco Europeo de Negocios, S. A., y el Banco Popular Español, S. A., concedieron un crédito a la Sociedad «Pescanova, S. A.», por un importe de 102.551.248 pesetas, en garantía del cual y de las prestaciones accesorias para intereses, costas y gastos que se pactaban, dicha Sociedad «Pescanova, S. A.», constituyó hipoteca a favor de los Bancos mencionados sobre un buque en construcción.

Dicha Oficina Liquidadora practicó la liquidación por el concepto de «Préstamo» a cargo de «Pescanova, S. A.», con una deuda tributaria de 2.253.917 pesetas.

Notificada la anterior liquidación a «Pescanova, S. A.», ésta interpuso reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Toledo solicitando la anulación de tal liquidación, y simultáneamente, la suspensión del acto administrativo impugnado, alegando la exención del número 78 del artículo 65 del Texto Refundido, en relación con el artículo 18 de la Ley de 23 de diciembre de 1961, porque si bien el préstamo se había materializado en escritura pública de fecha 12 de junio de 1974, la realidad es que fue otorgado con anterioridad, pues fue convenido con fecha 21 de enero de 1971, motivo por el cual se encontraba dentro del plazo de diez años previsto en aquella ley. La Oficina Liquidadora expidió informe contrario a la exención pretendida, ya planteada en el momento de la presentación del documento a liquidación, interpretando que no era aplicable la exención del número 78 del artículo 65 por haber transcurrido más de los diez años previstos en la Ley de 23 de diciembre de 1961 cuando se formalizó el préstamo en escritura pública. Sin embargo, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Toledo estimó la reclamación, pero no por aplicación de la exención del número 78 del artículo 65, alegada por el interesado, sino por entender que el préstamo hipotecario sobre buque es acto no sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por estarlo al de Tráfico de Empresas, al ser bien mueble y ser aplicable la no sujeción del artículo 62 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones.

Notificado el anterior acuerdo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, este Centro Directivo interpuso recurso extraordinario de al-

zada, entendiendo que el préstamo hipotecario sobre buque está sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por ser el buque bien inmueble a efectos de la hipoteca, y que no cabía aplicar la exención del número 78 del artículo 65 del Texto Refundido, porque el contrato se había otorgado fuera de los diez años previstos en el artículo 18 de la Ley de 23 de diciembre de 1961.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Económico-Administrativo Central estima el recurso interpuesto por la Dirección General, confirmando la plena validez de la liquidación practicada por la Oficina Liquidadora de Orgaz, destacando lo siguiente:

«Considerando que establecida así (en el art. 146 del Reglamento de Registro Mercantil) la definición de buque y su estructura como algo especial y *sui generis*, de características y significado eminentemente jurídicos, no puede extrañar en absoluto que su incardinación dentro de la categoría de las cosas «muebles» o «inmuebles» tenga también una especial faceta, puesto que si bien tradicionalmente el buque ha sido considerado, en Derecho, como una cosa mueble, también es cierto que siempre se ha reconocido al mismo, al propio tiempo, un carácter de bien inmueble en algunos aspectos, hasta el punto de aplicársele instituciones jurídicas propias de esta última categoría de bienes, razón por la cual el Código de Comercio español, en su artículo 585, proclama la condición de bien mueble del buque, pero con reservas y restricciones para dejar abierta la posibilidad permanente de que en determinados supuestos tenga carácter inmobiliario. De este modo, la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893, en su artículo 1.º, después de posibilitar la hipoteca de los buques mercantes, afirmó: 'para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio', con lo cual queda perfectamente sentado que, en principio, el carácter de inmueble gravitará siempre sobre el buque en todos los aspectos y en todos los campos que exija la constitución, modificación, cancelación, etc., del derecho real de hipoteca (más allá de los puros efectos del Derecho mercantil sustantivo), pues se trata de una ficción legal articulada para que no se perturbe la armonía del sistema jurídico universal con normas contradictorias que afecten a conceptos básicos de su esquema.»

«Considerando que por ello, dentro del complejo ámbito del Derecho mercantil, el buque, tanto en su concepto (distinto del técnico o del vulgar) como en su naturaleza esencial (como cosa ni simple ni compuesta, sino compleja y abigarrada) y en las formalidades para adquirir la propiedad del mismo (documento escrito con inscripción en el Registro Mercantil, según la exigencia del art. 575 del Código de Comercio), se dibuja tradicional y constantemente como algo *sui generis*, especialidad que se prolonga al clasificársele, en principio, como cosa mueble también *sui generis*, razón por la cual transmuta su tipificación a los efectos de poder ser gravado con hipoteca, pues en tal supuesto—y para todos los aspectos que tal derecho real de garantía lleva anejos como secuela jurídica—ha de ser considerado como cosa inmueble sin ninguna reserva y de manera constante e invariable.»

«Considerando que sentado lo anterior se hace preciso estudiar seguidamente si, a efectos tributarios o fiscales en general, el buque tiene también un tratamiento paralelo al que ha merecido en el campo del

Derecho mercantil y del Derecho hipotecario, y en este sentido se ha de destacar, en primer lugar, que en el aspecto impositivo y cuando se trata de hechos imponible vinculados con un acto o negocio jurídico, la calificación del mismo ha de hacerse de acuerdo con los criterios que rijan en la rama jurídica de que se trate, pues no otra cosa significa lo que proclama el artículo 25-2 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y el artículo 7-1 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967. Por ello, no le es dable al intérprete del Derecho tributario ni a la Oficina gestora, en su caso, apartarse, en este supuesto, del encuadre jurídico que se atribuya al hecho imponible en el campo correspondiente del Derecho de que se trate, ni de la calificación que merezca en él un negocio, un elemento del mismo, un bien o un sujeto jurídico que pueda intervenir en su realización o en su perfeccionamiento.»

«Considerando que en este mismo sentido se destaca el artículo 10 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al sentar la afirmación de que los bienes y su calificación, como mobiliarios o inmobiliarios, se remite al Código Civil o, en su defecto, al Derecho administrativo, y tal remisión no puede entenderse rígida y exclusivamente ceñida a los artículos 333 a 337 de aquel texto legal, pues si otras leyes especiales—completando la regulación civil de esta materia—proclaman una tipificación especial de un bien concreto, habrá de entenderse que llenando y supliendo al Código Civil en este punto, son también vocadas a colmar el precepto tributario de referencia. Por ello, la Ley de Hipoteca Naval, la Ley Hipotecaria, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, etc., en este extremo concreto, tienen que entenderse como mencionadas por el artículo 10 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, pues dicho artículo (a diferencia de lo que señalaba el art. 46-2, del derogado Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 7 de noviembre de 1947) alude al Código Civil genéricamente y no concretamente al título I del Libro Segundo de dicho Cuerpo legal, con lo cual se reafirma el criterio, sustentado aquí, de que cualquier norma de contenido y materia civil que se pronuncie sobre este punto concreto de la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, uso o aplicación, se encuentra comprendida también esa genérica llamada al Código Civil, pues es notorio—por otro lado—que nuestro primer Cuerpo legal civil se ha visto completado y complementado por multitud de normas a lo largo de su vigencia.»

«Considerando que la naturaleza jurídica del buque como bien inmueble a efectos de Derecho real de hipoteca y a efectos del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales (más allá y por encima de su consideración jurídica de cosa mueble *sui generis*, consagrada en el art. 585 del Código de Comercio), se acredita además con la propia Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, pues en su artículo 12, al tratar de los bienes muebles que puedan ser objeto de hipoteca de tal índole, silencia a los buques, con lo cual se pone de manifiesto con gran vigor (pues es absurdo pensar en un olvido negligente del legislador) la idea de que el régimen de estos bienes como inmuebles se mantiene con todas sus consecuencias en el ámbito de la ficción jurídica iniciada por la Ley de Hipoteca Naval de 1893. De este modo,

es indudable que el buque queda jurídicamente configurado como inmueble y como mueble (aunque sea muy especial) simultáneamente, según que se contemple como gravado o no con hipoteca, y ello con todas sus consecuencias, tanto en el campo civil, mercantil o hipotecario, como en el campo fiscal, sin que repugne a ello la consideración de los principios básicos del Derecho, puesto que se trata de una artificiosidad concreta que en nada altera o trastoca al esquema esencial de las instituciones concurrentes sobre tal bien en un momento determinado.»

«Considerando que sobre la base de lo anteriormente concluido, se ha de indicar ahora que el artículo 62 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967 proclama que no estarán sujetas al mismo las transmisiones a título oneroso, los préstamos, fianzas, arrendamientos y pensiones cuando constituyan actos habituales de tráfico de las empresas o explotaciones transmitentes, ya sean mercantiles, agrarias, forestales, ganaderas o mixtas, *exceptuando* tan sólo a los contratos de prenda, las transmisiones de inmuebles, los arrendamientos que se constituyan sobre esta clase de bienes y los *préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, que, en todo caso, se declaran sujetos a tal Impuesto, señalando, paralelamente—y para guardar la debida correlación y congruencia—, el artículo 4 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas de 29 de diciembre de 1966, que no están sujetas a tal imposición, entre otras operaciones, las de préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, con lo cual se establece una armónica plataforma de principios legales positivos que no pueden tener fricción o choque alguno entre sí en el caso de los préstamos con garantía hipotecaria sobre los buques, pues sea cual fuere el carácter de la empresa que los otorgue y la habitualidad con que practique este tipo de operaciones dentro de sus fines sociales, lo cierto es que tales préstamos nunca pueden quedar gravados por el Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas, ya que sobre ellos gravita exclusivamente el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, por lo mismo que el buque es un bien inmueble a todos los efectos mercantiles, hipotecarios y tributarios relativos y vinculados con la constitución, modificación y extinción de dicha garantía real, argumento que todavía resalta más al considerar que el propio Texto Refundido de tal Impuesto, en su artículo 66, número 1, letra C), apartado c), concede bonificación a tales préstamos, en determinadas circunstancias, a los efectos de gravamen fiscal, y mal puede decirse que el legislador haya previsto su no sujeción al tributo cuando está regulando y previendo un supuesto de bonificación de estos contratos, lo cual, por su propia formulación, presupone la sujeción ordinaria de ellos al pago de la carga fiscal cuando no se dan las circunstancias predeterminantes de dicho beneficio. Sin que, en otro orden de ideas, repugne que, a otros efectos fiscales no relacionados con el derecho real de garantía hipotecaria, el buque tenga la consideración y el trato fiscal de bien mueble y quede sujeto a la órbita de otro Impuesto (como ocurre en el supuesto contemplado por el art. 21 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas, que sujetaría al mismo a los arrendamientos de buques), pues, una vez más, se insiste en que se trata de una ficción o construcción artificial del Derecho llevada hasta sus últimas consecuencias, pero en ese exclusivo caso y en esa conjunción de supuestos jurídicos determinantes.»

«Considerando que por todo ello se ha de entender que la Oficina Liquidadora del Registro de la Propiedad de Orgaz (Toledo), al practicar en el presente expediente la liquidación impugnada, se ha ajustado absolutamente a la más estricta legalidad, pues ha aplicado el concepto tributario exacto, liquidando como préstamo el constituido con garantía hipotecaria por el documento presentado a liquidación, calificando como inmueble el buque y sujetando a aquél, por tanto, al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, conforme al número correcto de la Tarifa y por el tipo impositivo adecuado.»

COMENTARIO.—Los argumentos de esta resolución nos parecen impecables, pero hay que reconocer que hoy día no se pueden mantener en la práctica con posibilidades de éxito por parte de las Oficinas Liquidadoras, pues se ha producido abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que mantiene la interpretación de que el buque, a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales es bien mueble incluso a efectos de liquidación de préstamo con hipoteca naval, lo que determina, por aplicación del artículo 62 del Texto Refundido, que el préstamo hipotecario sobre buque esté sujeto al Impuesto de Tráfico de Empresas y no al de Transmisiones, cuando se trate de préstamos concedidos por empresas habitualmente dedicadas a estas operaciones.

El caso de esta resolución se planteó en la Oficina Liquidadora de Orgaz en el mes de junio de 1975, fecha en la que precisamente estaba a mi cargo dicha Oficina en concepto de interino por vacante, por lo que la liquidación fue extendida por mí, después de examinar la argumentación de la entidad contribuyente, que consistía no en la consideración del buque como bien mueble y en la consiguiente no sujeción al Impuesto de Transmisiones por estar sujeto el préstamo al Impuesto de Tráfico de Empresas, sino que se solicitaba la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, conforme al número 78 del artículo 65 del Texto Refundido. Pero esta exención, que había venido siendo aplicada en la práctica a los préstamos hipotecarios como accesorios de los de construcción de buques, otorgados dentro del plazo de diez años, a que se refiere el artículo 18 de la Ley de 23 de diciembre de 1961 sobre Renovación y Protección a la Flota Pesquera, había quedado sin efecto respecto a los préstamos otorgados una vez transcurridos los diez años, como era el supuesto planteado en la Oficina Liquidadora de Orgaz. Y si el número 78 del artículo 65 del Texto Refundido preveía una exención y se solicitaba la aplicación de la misma, lo lógico era entender que se trataba de acto sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, pues la exención presupone la sujeción, y además se configuran en el número 78 citado y en el artículo 18 de la Ley de 1961 esos préstamos como accesorios de los contratos de construcción, en los que siempre cabe ver la habitualidad típica de los actos de tráfico de empresas y, sin embargo, están exentos (y, por tanto, sujetos) en Transmisiones Patrimoniales en las condiciones que marcaba ese número 78, actualmente inoperante a efectos de la exención, pero no a efectos interpretativos.

No obstante, hemos dicho que la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo es terminante en sentido contrario al que indica esta resolución. Así, las siguientes sentencias: de 27 de mayo y 15 de diciembre de 1977 y 16 de marzo y 30 de septiembre de 1978, todas ellas de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

Los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo no son convincentes.

En primer lugar, se refiere al actual artículo 4.º, número 2, del Código Civil, que dispone que las leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas, lo cual relaciona con la configuración del buque como bien inmueble en la Ley de Hipoteca Naval, que es norma excepcional, que no puede ser interpretada extensivamente ni aplicada a supuestos distintos. Pero al razonar así, no se tiene en cuenta que con la interpretación que el Tribunal Económico-Administrativo Central da no se vulnera esa normativa, pues lo que ocurre es que el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, dada su naturaleza jurídica sustantiva, va íntimamente ligado con el acto jurídico objeto de liquidación, de modo que si se trata de una *hipoteca inmobiliaria*, por definición de la Ley de Hipoteca Naval, a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales seguirá siendo una hipoteca inmobiliaria, pues no cabe que la legislación sustantiva y la fiscal vayan en este Impuesto por caminos distintos. Así se desprende del artículo 7.º del Texto Refundido. Hemos visto que ésta es la idea de la presente resolución cuando cita ese precepto y el artículo 25-2 de la Ley General Tributaria, para concluir que la calificación fiscal ha de hacerse de acuerdo con los criterios que rijan en la rama jurídica de que se trate.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo se refiere al artículo 10 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, interpretando que la remisión de dicho precepto, en cuanto a la naturaleza jurídica de los bienes, es sólo al Código Civil y, en su defecto, al Derecho administrativo, y según el Código Civil, el buque es bien mueble y no inmueble. Pero lo que no se tiene en cuenta con esta argumentación es que la configuración del buque como inmueble, a efectos de hipoteca, se hizo precisamente para acomodarlo al concepto de hipoteca que resulta del propio Código Civil, en cuyo artículo 1.874 se dice que «sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca: 1.º Los bienes inmuebles». Luego esa configuración del buque como inmueble, a efectos de hipoteca, es conforme con el concepto de hipoteca del Código Civil y con la naturaleza que dicho Código atribuye a los bienes objeto de hipoteca. Además, el propio Código Civil dice, en su artículo 2.º, número 2, que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores» y que «la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». De aquí se desprende que la Ley de Hipoteca Naval, por adaptarse al Código en lo relativo a la hipoteca, supone, desde otra perspectiva, una derogación o modificación del mismo, a los solos efectos de la hipoteca, y concretamente una modificación del artículo 335, en cuanto reputa «bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos». Después de la Ley de Hipoteca Naval, hay que entender que este artículo 335 está modificado en el sentido de que el buque es bien inmueble a efectos de hipoteca. Y es que, como dice la resolución del Tribunal Central que comentamos, cuando el artículo 10 del Texto Refundido se remite al Código Civil, se remite igualmente a todo lo que ha completado la regulación del mismo. Otra cosa—añadimos nosotros—es desconocer la eficacia derogatoria o complementaria de las leyes especiales posteriores

al Código, que han de entenderse incrustadas en el precepto correspondiente modificado o complementado.

Por último, el Tribunal Supremo, en las referidas sentencias, alude al criterio ya sustentado por la Sala 3.ª al denegar a un buque la exención fiscal del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales contenida en el artículo 65, número 40, en favor de la constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero. En primer lugar, hay que contestar que esa exención se refiere a los derechos reales en general, por lo que desde nuestra perspectiva, no habría ningún obstáculo en excluir la exención del buque respecto a los derechos reales en general, pues en cuanto objeto de ellos es bien mueble y es evidente entonces que no se aplica el número 40 del artículo 65. Y en cuanto al derecho real de hipoteca del buque, único caso en que podría plantearse la aplicación de dicha exención, hay que excluirla no porque el buque no sea inmueble a efectos de hipoteca, lo que iría en contra del artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, sino porque la inmovilización del buque, a efectos de hipoteca, impide considerarlo situado en el extranjero por el mero dato físico de estar localizado en un momento dado en mar o puerto extranjeros, pues si la hipoteca está inscrita en España y en los libros de buques del Registro Mercantil se inscriben los buques de bandera española que se hallen matriculados en España, mal puede ser significativo a efectos de la hipoteca naval el dato de la situación física, sino la situación jurídica a través del lugar de inscripción en el Registro Mercantil. Es decir, que aunque el buque sea inmueble, a efectos de hipoteca, hay que entender que no se refiere a él el número 40 del artículo 65, pues aun siendo inmueble, no puede hablarse de él como «inmueble situado en el extranjero», pues la situación, según decimos, no es relevante tratándose del buque, sino su bandera y su matriculación.

Sea de todo ello lo que fuere, y aunque personalmente nos convenza más la posición del Tribunal Central que la del Tribunal Supremo, no hay más remedio que reconocer y aconsejar, a efectos prácticos de liquidación, que mientras no se produzca un cambio jurisprudencial, lo más adecuado es atenerse a la interpretación del Tribunal Supremo.

Idéntica a la resolución que hemos comentado es la de fecha 15 de enero de 1976, motivada por la liquidación de una escritura de préstamo hipotecario sobre buque presentada en la Abogacía del Estado de Vigo.

LA COMPRAVENTA DE UN EDIFICIO EN CONSTRUCCION CON APLAZAMIENTO DE PARTE DEL PRECIO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE CONDICION SUSPENSIVA NI EL APLAZAMIENTO DE LA LIQUIDACION DEL IMPUESTO, PUES LA COMPRAVENTA SE PERFECTA POR EL CONSENTIMIENTO (RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Madrid una primera copia de la escritura por la que la Sociedad «Sofico Renta, S. A.», adquirió un edificio en construcción en Marbella, conviniéndose el pago del precio en una cantidad al contado y otra aplazada, sin que se hiciera manifestación alguna de aplazamiento con condición suspensiva de la per-

fección del contrato. Dicha Abogacía giró la correspondiente liquidación por el número 1 de la Tarifa, con un total a ingresar de 47.735.616 pesetas.

La Sociedad contribuyente promovió reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegando la condición suspensiva para el nacimiento y perfección del contrato consistente en la terminación del edificio objeto del mismo, condición implícita, aunque no se haya pactado de un modo expreso, por una correcta y legal aplicación del artículo 1.261 del Código Civil, al exigir para la existencia legal de los contratos un objeto cierto que sea materia del mismo.

El Tribunal Provincial de Madrid acordó desestimar la reclamación por no existir transmisión sujeta a condición suspensiva, sino transmisión inmediata y actual de una parcela sobre la que existe un edificio en construcción.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Central, éste lo desestima, por lo siguiente:

«Considerando que el problema de fondo que la reclamación plantea, ya que la Sociedad recurrente no impugna la procedencia en sí misma de la liquidación reclamada, pretendiendo únicamente su aplazamiento por estar afecta la compraventa gravada a una condición suspensiva constituida por la terminación del edificio en construcción que constituye su objeto, se refiere a determinar si tal supuesto de hecho de terminación de la construcción del edificio que se vende puede ser calificado como una verdadera condición suspensiva llevando implícito el aplazamiento de la liquidación, y a tales efectos es de tener en cuenta con carácter general que, con arreglo al artículo 1.445 del Código Civil, se define la compraventa como contrato consensual, perfeccionándose, según el artículo 1.450 del mismo Cuerpo legal, si el comprador y vendedor hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio del mismo, aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado, expresión de consentimiento que no puede ceder en su esencia ante factores accidentales, cuales pueden ser el aplazamiento del precio ni la especificación y entrega parcial de la cosa vendida, características ambas que para nada afectan a la perfección del contrato, sino a la forma de su consumación, y que en el orden fiscal y dado el criterio de calificación del mencionado contrato imponen la práctica de su liquidación en la forma que ha sido llevada a cabo por la Oficina de gestión, con expresa confirmación del fallo apelado y consiguiente desestimación del recurso.»

EL HECHO IMPONIBLE DE UNA TRANSMISION DE BIENES EXIGE LA CONFORMIDAD DE DOS PARTES CONSINTIENDO LA TRANSMISION, NO PUDIENDOSE GIRAR LIQUIDACION EN BASE A UNA DECLARACION UNILATERAL Y A LA PRESUNCION DE TRANSMISION RESULTANTE (RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Por la Abogacía del Estado de Valladolid se siguió expediente de investigación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, oficiándose al Ayuntamiento de dicha ciudad para que manifestara la persona o personas que hubieran solicitado la oportuna licencia para efectuar la demolición en vías de ejecución de los edificios integrantes de un colegio,

contestándose por dicha Corporación en el sentido de que «Construcciones M. S.» había solicitado tal licencia para proceder a la demolición.

Requerida dicha Sociedad por la Abogacía del Estado para que presentase los documentos referentes a la adquisición de los terrenos, la Sociedad presentó escrito haciendo constar que con fecha 13 de abril de 1971 suscribió un contrato de promesa de venta del citado colegio, cuyo original obraba en el Ministerio de la Vivienda, añadiendo que era condición para el otorgamiento de la escritura de venta que los adquirentes se comprometieran a edificar Viviendas de Protección Oficial, aparte de otros extremos, estando pendiente de obtener la calificación provisional.

La Abogacía del Estado dictó acuerdo resolutorio del expediente de investigación, en el que tenía por acreditada la existencia de una transmisión a título oneroso y por acto *inter vivos*, y como fecha de la transmisión, la de 13 de agosto de 1970, en que la Sociedad se declara propietaria de la finca ante el Excmo. Ayuntamiento de Valladolid. Además, reconocía la exención provisional del Impuesto, al amparo del número 28 del artículo 65 del Texto Refundido, pero tomando como fecha de cómputo de los tres años, la ya citada de 13 de agosto de 1970. Girada la correspondiente liquidación caucional sobre estas bases y después de un recurso de reposición que dio lugar a unas rectificaciones que ahora no interesan, la representación de la entidad contribuyente promovió reclamación económico-administrativa contra los acuerdos de la Abogacía del Estado, resolutorios del expediente de investigación y del recurso de reposición, por mostrarse disconforme con la fecha y la forma de perfeccionarse el contrato objeto de la liquidación reclamada y la falta de intención defraudatoria en orden al pago del Impuesto.

El Tribunal Provincial de Valladolid acordó desestimar la reclamación.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima, por lo siguiente:

«Considerando que la actual terminología del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales define y califica como hecho imponible para la exigencia del gravamen, la transmisión de bienes o derechos de cualquier clase, supuestos de hecho que, como su propio sentido gramatical indica, requieren necesariamente la previa existencia de dos personas, adquirente y transmitente, y la expresión formal de las mismas consintiendo expresamente la transmisión.»

«Considerando que, conforme a lo anterior, es conclusión evidente que para proceder a la liquidación del Impuesto por el concepto de transmisión de bienes o derechos de toda clase, es requisito esencial acreditar previamente en forma indubitada la conformidad de las partes interesadas, sin que en tal supuesto obsten a la exigencia del tributo los posibles defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a la validez y eficacia del documento comprensivo de tal expresión de voluntades.»

«Considerando que aplicados tales principios al presente caso y no resultando probado en las actuaciones del expediente de investigación determinantes de la liquidación reclamada, la conforme expresión de la voluntad de las partes, basándose, en definitiva, la liquidación ordenada practicar en una presunción de tal acuerdo convencional y en una declaración unilateral, carentes de toda eficacia a los efectos de acreditar la transmisión de los bienes constitutivos del hecho imponible, tal falta de

consistencia legal de tales afirmaciones impone la revocación del acuerdo apelado con la consiguiente estimación del recurso en cuanto a dicho extremo.»

«Considerando que la facultad revisora que a este Tribunal concede el artículo 46 del Reglamento Procesal, unida a las alegaciones de las partes, obligan a considerar y decidir las consecuencias fiscales derivadas de los contratos cuya existencia queda acreditada en las actuaciones del propio expediente de investigación y que hacen referencia a la promesa de venta, y venta en firme, de los terrenos cuya transmisión ha sido objeto de la liquidación reclamada, procediendo, en consecuencia, que por la Oficina Liquidadora se requiera a los interesados para la reglamentaria presentación de ambos contratos o a su presentación de oficio si figurasen unidos a las actuaciones, y una vez llevada a cabo tal presentación girar las pertinentes liquidaciones o declarar la exención con carácter provisional si se hubiera obtenido la calificación provisional de las viviendas proyectadas construir en los indicados terrenos.»

NOTA.—Esta resolución es acertada y confirma la diferenciación que procede hacer en estos Impuestos entre inexistencia y nulidad del negocio, pues mientras esta última no estenida en cuenta, en principio, a efectos de la calificación fiscal, según el artículo 7.º del Texto Refundido, sin perjuicio de la devolución de la cantidad ingresada, en cambio, la inexistencia del negocio es objeto de calificación fiscal, pues afecta nada menos que al nacimiento del hecho imponible y a la determinación de su fecha, no pudiéndose dejar estos extremos a la apreciación por vía de presunciones, como razonadamente advierte esta resolución.

COMPUTO DE LA PRESCRIPCION PARA LIQUIDAR EL IMPUESTO EN EL CASO DE TRANSMISION DE TERRENOS DECLARADA PROVISIONALMENTE EXENTA POR LA MANIFESTACION DE QUE SE PRETENDE LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL, NO TENIENDO LUGAR ESTO (RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Con fecha 21 de diciembre de 1964 se presentó en la Abogacía del Estado de Barcelona una primera copia de la escritura otorgada el 14 de noviembre anterior, por la que la Sociedad «Inmobiliaria Corinto, S. A.», adquirió una porción de terreno edificable en la Avenida de Calvo Sotelo, haciéndose constar en la escritura que dicha adquisición se realizaba con el propósito de construir sobre dicho terreno Viviendas de Protección Oficial.

La Abogacía del Estado, con fecha 8 de enero de 1965, dictó acuerdo declarando provisionalmente exenta la mencionada adquisición.

El 21 de febrero de 1973 se presentó de nuevo la citada escritura acompañada de escrito de la Sociedad compradora, en el que hacía constar que no habiendo podido acogerse al régimen especial de Viviendas de Protección y habiendo transcurrido con exceso el plazo legal de prescripción para la práctica de la liquidación correspondiente, solicitaba se declarase prescrito el derecho de la Administración, haciéndolo así constar en el documento presentado.

La Abogacía del Estado giró a cargo de la mencionada Sociedad la liquidación correspondiente, promoviéndose contra la misma reclamación económico-administrativa, alegándose prescripción para liquidar por haber transcurrido con exceso el plazo legal de cinco años fijado para la misma en el artículo 132 del Texto Refundido.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación fundándose en que el devengo del Impuesto en los supuestos de concesión previa de exención provisional, no nace hasta que se acredite en forma suficiente no haber obtenido la calificación provisional o se renuncie expresamente por el interesado al beneficio fiscal provisionalmente concedido.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que constituye antecedente indispensable para una acertada solución del problema de fondo que la reclamación plantea el de determinar la fecha en que nace el derecho de la Administración para practicar en su caso la liquidación del impuesto y desde la cual ha de comenzar a contarse el plazo de prescripción de la acción para su exigencia.»

«Considerando que a tales efectos el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 concede la exención de pago del Impuesto de Transmisiones a los contratos de promesa de venta, adquisición a título oneroso, arrendamiento y cesión gratuita de terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección oficial, añadiendo que para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad expresada y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que se obtenga la calificación provisional, y disponiendo finalmente que la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.»

«Considerando que de la redacción de tal precepto legal claramente se deduce, y así lo ha confirmado reiterada jurisprudencia, que para el reconocimiento de la exención que en el mismo se regula basta la simple manifestación de los adquirentes de los terrenos de destinar los mismos a la construcción de tal clase de viviendas, quedando condicionada su definitiva eficacia al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la legislación especial reguladora de tal clase de viviendas y a la obtención de la calificación provisional dentro del plazo de tres años.»

«Considerando que las precedentes consideraciones ponen patentemente de manifiesto la existencia de dos distintas motivaciones determinantes de la pérdida del beneficio fiscal que se viene examinando, pero exigiendo ambas como premisa común que los hechos que las sirvan de fundamento sean constitutivos de negligencia de la propia Administración o de los interesados por incumplimiento de los requisitos formales o por morosidad en el transcurso de los plazos determinantes de la caducidad del beneficio, pudiendo añadirse a las anteriores motivaciones la producida por la renuncia expresa de los beneficios llevada a cabo por los propios interesados.»

«Considerando que en orden al cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir el impuesto es de tener en cuenta que conforme al principio general de prescripción de las acciones contenido en el artícu-

lo 1.969 del Código Civil, dicho plazo se computa desde que tales acciones pudieran ejercitarse, lo que exige como necesario complemento el previo conocimiento de los llamados al ejercicio de tales acciones, principio que aplicado al supuesto de renuncia tácita del beneficio fiscal exige imperativamente para dar vida al hecho imponible y consiguiente comienzo del plazo de prescripción la comunicación expresa de la citada renuncia por parte del interesado, que en el presente caso se produjo el 21 de febrero de 1973, por lo que al girar la liquidación reclamada no había transcurrido el plazo de cinco años, no pudiendo prosperar por consiguiente la pretensión de la sociedad recurrente, que debe ser desestimada con la confirmación del fallo apelado.»

COMENTARIO.—No tenemos más remedio que hacer una fuerte crítica de la presente resolución, pues se basa en argumentos sofísticos y en una desviación de lo que resulta del número 28 del artículo 65 del Texto Refundido.

Es cierto que ocurre con alguna frecuencia que se declara en el documento que la adquisición se hace para la construcción de viviendas de protección oficial, y que luego, de buena o mala fe, ese tipo de viviendas no se construye, corriendo el peligro la Hacienda Pública de que el documento se quede sin liquidar.

Pero también es cierto que una buena organización del sistema de investigación de las Oficinas Liquidadoras del Impuesto, abriendo la oportuna ficha a tales adquisiciones y siguiéndoles la pista pasados los tres años, conduce a detectar esos casos en que no ha habido construcción de viviendas de protección oficial. Y si por falta de esa organización y del sistema de investigación pasaran los plazos de prescripción del impuesto, ello ha de atribuirse a culpa o negligencia de la propia Administración, cuya sanción consiste precisamente en la prescripción del Impuesto por transcurso del plazo.

Pues bien, si se siguiera la postura que patrocina la presente resolución, entonces no haría falta llevar fichas ni investigar, pues tarde o temprano, aun pasados muchos años, caería el documento en manos de la Administración, con la consiguiente inseguridad jurídica del contribuyente y contra el fundamento y finalidad del instituto de la prescripción.

La presente resolución entiende erróneamente que la Administración, en el caso del número 28 del artículo 65 del Texto Refundido, no puede ejercitar la acción o derecho a exigir la liquidación hasta que no conste que el interesado ha renunciado al beneficio fiscal, con lo que olvida que el propio número 28 está brindando a la Administración la posibilidad de actuar a partir del transcurso de los tres años desde que se concedió la exención provisional. Pasado ese plazo, la Abogacía del Estado o la Oficina Liquidadora en cuestión debe actuar requiriendo al interesado para que pague la liquidación caucional, que se eleva a definitiva a menos que conste que se obtuvo la Calificación Provisional de Viviendas de Protección Oficial. Por tanto, si transcurren cinco años desde que pasan los tres a que se refiere el artículo 65, número 28, sin que conste ninguna actuación por parte de la Administración, la prescripción se produce ineludiblemente, lo que se justifica por la negligencia por parte de la Hacienda Pública en instar la actuación procedente al transcurrir esos tres años. Y en el caso de que el interesado haya obtenido la Calificación Provisional en ese período, entonces la primitiva exención provisional se confirma,

pero mantiene su carácter de provisional durante todo el régimen de Viviendas de Protección Oficial, pues entonces entra el segundo grupo de condicionamientos que prevé el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido. En esta segunda fase de la exención provisional la prescripción se interrumpe y no se computa de nuevo hasta que se haya producido la correspondiente descalificación.

Nada de esto tiene en cuenta la resolución, que confunde las dos fases de la exención provisional y añade, encima, el caso de renuncia de los beneficios llevada a cabo por los propios interesados, como si fuera éste el supuesto planteado, cuando mal se puede considerar renunciado el beneficio fiscal si no ha surgido la Calificación Provisional determinante de unos beneficios y si el propio interesado solicita ante la Oficina Fiscal que se declare prescrito el derecho de la Administración, que es lo que solicitó en el escrito en cuestión, sin renunciar lógicamente al beneficio fiscal.

J. M. G.ª G.ª

LIBROS

GÜITRÓN FUENTEVILLA, J.: *Derecho Familiar*. México, 1972.

Al autor de este libro, tan de actualidad en estos momentos, en los que el legislador pone temblores en su ánimo reformista, le conocí en Madrid con motivo del II Congreso de Derecho Familiar. Es decir, después de haber yo estado en Méjico con motivo de otro Congreso. De haber sido de otro modo, la impresión que me hubiera traído de allí hubiese sido diferente: no es lo mismo conocer Méjico a «golpe de calcetín», con guías recitadores de versiones más o menos ajustadas a una realidad, que conocerlo por alguien que te lo vaya enseñando con amor y cariño, incluidos los frescos de Diego de Rivera. Aquí, en la posible correspondencia de ese itinerario mejicano de compañerismo, pude enseñarle, en la visita a la Universidad de Salamanca, la cátedra de fray LUIS DE LEÓN, el de «decíamos ayer».

GÜITRÓN FUENTEVILLA es Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y acompleja leer, en el prólogo que le hace LUIS SPOTA, su *curriculum vitae*. Creo que aquí puede bastar, al lector que no sea muy curioso, decir que el autor es el que elabora las bases para un anteproyecto de Código Familiar Federal para la República mexicana. Y, por supuesto, la publicación que comentamos es la esencia de esas bases y estudios.

El conocimiento que tuve del autor no debió ser muy intenso, pues a mí el libro que comento me ha llegado «vía satélite». Digo esto porque el profesor español RICO PÉREZ es para mí una especie de satélite que de cuando en cuando se cruza en mi camino siempre para ofrecerme algo: un libro, una publicación, una buena noticia, etc. El me dio el libro para que lo leyese y, si lo consideraba interesante, para que lo recensionase. Cuento esto no vaya a ser que esa alusión que antes hago a una visión cariñosa de la ciudad de Méjico se tome por el autor como un reto, pues si yo hago la recensión no es con el ánimo del *dot ut facias*, sino con la deportividad y objetividad que siempre me ha caracterizado. Además, mi cupo de viajes por América creo que lo estoy agotando con este «penúltimo», que me obliga la concesión de la medalla de oro por el Colegio de Escribanos de Buenos Aires.

Decíamos que el libro va prologado por LUIS SPOTA y contiene una introducción de FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Va dedicado no a un familiar—como podía darse por supuesto en una publicación de Derecho de Familia—, sino a un líder de la patria mexicana: Luis Echeverría. El prólogo responde a la idea que el prologuista tiene del autor: hombre de talento. Y es cierto que hace falta tenerlo para recibir la antorcha de

la tesis mantenida por Ciccu y sostenerla en momentos en que la evolución jurídica y la técnica habían ya decidido rechazarla. A este tema y a la forma peculiar de su defensa está destinada la introducción, en la que se hace historia de la evolución del Derecho mejicano y de la tesis que forma la base del anteproyecto, que luego se transforma en ley.

Resulta muy difícil adoptar una postura crítica frente a la tesis, ya que cuando uno contempla la labor del legislador actual se siente conmovido por esa labor de «recolección» legislativa que debe hacer para tratar de incorporar a un Código unitario todo ese conjunto de normas que han ido floreciendo y que ahora se trata de refundir. ¿Qué es mejor, un Código unitario o varios para cada materia con rasgos autónomos? Quizá la respuesta la encontremos en las páginas de este trabajo, compuesto de cuatro capítulos y una bibliografía de autores y de obras citadas. A la sistemática apuntada nos ajustamos para ofrecer el contenido sintético de esta obra.

A) *Origen y evolución de la familia.*—Retroceder en la historia de las instituciones es poder recobrar el hilo que nos ha de conducir a la visión actual de las mismas. El autor, en un alarde expositivo, peregrina sistemáticamente en busca de los orígenes y nos hace recorrer luego el camino hasta nuestros días. Sus etapas históricas están marcadas por una serie de singulares características que las van diferenciando. Arranca del estado salvaje y la promiscuidad, para luego ofrecernos esa serie de formas nuevas de la familia (consanguínea, punalúa, sindiásmica y monogámica) y desembocar en la *gens* con sus diferentes variantes.

Si las familias nómadas, la celta y la germana, marcan hitos en estas etapas históricas, también las de los pueblos orientales merecen para el autor un especial estudio. Con ello nos plantamos en la Edad Media con toda su rigidez, la apertura de la Revolución francesa, el Código napoleónico y la familia de nuestros días. Creo que resulta aleccionador cómo el autor plantea el problema de la familia actual, y dice: «Es definitivo que la familia en nuestros días está siendo objeto de una transformación motivada por una crisis, y ésta debe aprovecharse para sacudirla en sus cimientos y volverla a colocar como la piedra angular de toda organización social y estatal, pudiendo hacerlo a través de cátedras en la Universidad, Juzgados, estudios y leyes proteccionistas familiares que permitan en un momento dado la realización de los derechos subjetivos y objetivos correspondientes a la familia y sus titulares».

Quizá esta especie de llamada de atención que el autor brinda pensando en el aspecto humanístico que la familia lleva consigo, se concilie difícilmente con esa serie de corrientes modernas que llegan a ofrecer unas enormes facilidades para esas dos serias amenazas que atentan a la continuidad de la familia y a la amplitud de sus miembros. Me estoy refiriendo al divorcio y al aborto. Sería difícil pronunciarse en un sentido o en otro, pero esos llamados «divorcios administrativos» suponen—a mi humilde entender—una complicidad intencionada del funcionario que legaliza situaciones que tienen otros nombres más llamativos: concubinato, matrimonio a prueba, relaciones prematrimoniales, etc. Lo del aborto ya es harina de otro costal, pues suprimida la pena de muerte es difícil excepcionar «una condena fetal a muerte» sin más delito que el derecho a nacer. Quizá es que yo sea un retrógrado al estilo de aquellos que piensan que «hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso». Aquí se

dice en forma de refrán: lo mejor es enemigo de lo bueno o es mejor lo malo conocido que lo bueno por conocer.

B) *Denominaciones de la familia*.—En forma un tanto singular y omni-comprensiva va el autor ofreciéndonos una serie de familias con rasgos comunes, pero también diferenciados, que admiten la existencia de clases entre ellas: la familia agraria (unidad más exacta para la mejor explotación racional de la tierra), la familia ilegítima (familia fuera de la ley sin promesa solemne de fidelidad), la familia obrera o laboral (cuando el hombre se ve en la necesidad de producir bienes de satisfacción), familia de naciones (agrupadas bajo un signo de unidad e igualdad), familia patriarcal (de origen histórico) y familia *emptor* del Derecho romano.

C) *Concepto de la familia en la legislación mejicana*.—En este capítulo, el autor nos ofrece los diferentes puntos claves de la legislación mejicana, que arrancan de la Constitución de 1857 y que terminan—por lo menos en la publicación—en la institución mejicana de asistencia a la niñez en el año 1968. La exposición se acompaña de textos que obligarían a un análisis muy particular de cada uno de ellos pero que en los estrechos límites en que esta reseña se mueve se hacen inviables.

D) *Naturaleza jurídica del Derecho familiar*.—Es aquí donde el autor brinda su particular posición frente a este discutido problema, que todo estudioso del Derecho conoce adscribiéndolo al nombre de ANTONIO CICCU. Precisamente con su tesis arranca el autor en la exposición de la materia, para luego pasar a la de RUGGIERO, que defiende igualmente el «tercer grupo», situado entre el Derecho público y el privado. Para reforzar su tesis acude a la formulada por GUILLERMO CABANELLAS sobre el Derecho del trabajo, dada la gran semejanza entre ellas. Cierra las aportaciones doctrinales ofreciéndonos las corrientes socialistas en pro de la autonomía del Derecho familiar, citando el Código de Polonia y el de la URSS.

Estos preámbulos sirven para que el autor, en último extremo, exponga su teoría sobre la autonomía y nos ofrezca unas bases para el anteproyecto de Código Familiar Federal. La aportación, que el autor hace con singular fortuna y valentía, bien merece desde estas líneas la felicitación más cordial. Yo siempre he creído en la familia y en su fecunda aportación a la idea de nación, pero por estos pagos se pasean demasiadas autonomías para hacerse ilusiones diferentes.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

JACOBY, ERICH: *El campesino y la tierra en los países pobres*. Siglo XXI, editores, S. A. México, Madrid, Buenos Aires, 1975. Traducción de Narciso Zamanillo. 1.^a ed. española. Un tomo de 392 págs.

Una vez más, la FAO, como Organización para la Agricultura y la Alimentación de las Naciones Unidas, ahora en colaboración con la UNESCO, la OIT, el Banco Mundial y otras organizaciones internacionales, pone sobre el tapete estas candentes cuestiones con su convocatoria en el mes de julio de 1979, en Roma, de una Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural.

Su objeto es proporcionar la oportunidad y servir de foro a los diversos países para intercambiar información sobre sus respectivas políticas y programas de reforma agraria y desarrollo rural, analizando las distintas estrategias y recomendar programas de acción encaminados a una ejecución eficaz y ágil de estas actividades. El tema central de estudio de la Conferencia no deja lugar a dudas sobre lo que se considera más urgente por la FAO: el problema de la pobreza rural en los países en desarrollo, el cual sólo puede ser afrontado eficazmente a través de programas de reforma agraria y desarrollo rural.

La FAO, a cuyo presupuesto de trabajo contribuyen casi todos los países del mundo, con la excepción de Rusia, China y algunos otros, maneja el mayor número de programas de asistencia técnica de las Naciones Unidas. Desde un principio se concentró casi exclusivamente en el desarrollo de recursos agrícolas, y a pesar de repetidas afirmaciones de que considera el bienestar rural como principal requisito para el desarrollo agrícola, los programas enfocados hacia mejoras institucionales, como reforma agraria, crédito agrícola, cooperativas y educación, todavía son relativamente bajos. Pero esto es debido principalmente a los propios gobiernos receptores, los cuales están fascinados por los grandiosos proyectos de objetivos múltiples y, en cambio, se muestran renuentes a solicitar asistencia técnica en los campos de la reforma agraria y las mejoras socioeconómicas, y no suelen estar dispuestos a seguir las sugerencias en estos campos por medio de acciones adecuadas.

Si YVES LACOSTE, en su libro *Geografía del subdesarrollo*, que en otra ocasión hemos comentado, estudia la pobreza, en general, de los países integrantes del llamado Tercer Mundo, aquí ERICH H. JACOBY, técnico de la FAO, se ciñe al examen de esa pobreza en el ámbito concreto del sector agrario en los países subdesarrollados, enfocando las diversas cuestiones que originan la demanda y la disponibilidad de tierras en relación con la presión demográfica, la estructura de poder en el campo y los intentos de las fuerzas sociales para romper lo que llama bloqueo político al desarrollo agropecuario, estimando que los procedimientos tradicionales de la reforma agraria y la distribución de la tierra como una de sus clásicas etapas iniciales no son muy efectivas si no van acompañadas por otras transformaciones de toda índole y de ámbito muy complejo. Lo que se necesita, dice el autor, es despertar a los campesinos, aceptar los movimientos trabajadores rurales, aumentar el contacto entre las aisladas comunidades rurales y los centros administrativos y urbanos y, finalmente, una educación general y una administración honesta; éstos son los elementos esenciales en la construcción de un país.

Divide el libro en dos grandes partes, para centrar la cuestión y para esbozar los distintos programas de reforma agraria, y así lo seguiremos para su resumen y comentario.

Primera parte: Las dimensiones del problema.—Partiendo de la afirmación, quizá demasiado rotunda, de que «quien posee la tierra ejerce el poder», cree el autor que la lucha entre clases, tribus o naciones por la tierra y, dentro de esos grupos, la lucha entre poseedores y desposeídos de la tierra, formó la vida de los pueblos y determinó el modelo de sociedad. A través de milenios, opina, la historia ha expresado las ganancias de los conquistadores y las pérdidas de los derrotados, en términos de propiedad o arriendo de la tierra; los conquistadores se hicieron terratenientes y los

derrotados, arrendatarios y siervos. La tesis, como se ve, es demasiado simplista, pues incluso en tiempos del Imperio Romano ya hubo una interacción de los comerciantes a cuyas manos pasaron buen número de tierras, según reconoce el propio autor.

La urgente demanda actual de reforma agraria es una de las características significativas de una época marcada por el contraste siempre en aumento entre el atraso agrícola y el bajo nivel de subsistencia de los campesinos en los países subdesarrollados, y la agricultura industrializada y la riqueza siempre creciente de la sociedad occidental. El hecho de que la reforma agraria no sea ya popular entre algunos economistas dedicados a las teorías más de moda relativas a la productividad, es de poca importancia, según el autor: la realidad y el potencial para el desarrollo socio-económico futuro está con los campesinos del mundo en desarrollo y sus demandas de reformas agrarias.

Como *fuerzas dinámicas en el desarrollo*, entiende JACOBY que deben considerarse de modo prevalente el aumento de población y el progreso tecnológico.

Los efectos del aumento de población penetran en Todas las esferas de la vida económica y social, al desempeñar un importante papel en la relación hombre-tierra. Determinan la estructura de la comunidad, del mercado del trabajo y de las relaciones urbano-rurales; pero, sobre todo, influyen en la vida y en el trabajo del hombre, determinando el precio que recibe por su producto y el precio que debe pagar para vivir.

Para paliar el problema algunos han acudido a la fácil solución de controlar la fertilidad, no siempre admisible; para otros, la clave del crecimiento agrícola y económico, tal como ocurre en los países desarrollados, debe encontrarse en el aumento de la productividad por hombre. Por otra parte, el hecho de que el progreso económico y social en el mundo occidental se halle estrechamente asociado con la industrialización, ha convencido a muchos observadores de que el desarrollo rápido de las industrias manufactureras podría ser un medio más efectivo de hacer frente a la subutilización rampante de la fuerza de trabajo en las zonas atrasadas que tienen una relación hombre-tierra desfavorable.

Los aumentos rápidos de la población y las migraciones se presentan como problema no sólo en las zonas subdesarrolladas densamente pobladas de Asia, Iberoamérica y Africa. Un aspecto particular del problema de la población en el continente africano es la migración entre los antiguos territorios coloniales, cuyos límites artificiales han quedado como límites de los países independientes. Estos movimientos migratorios, indudablemente podrían contribuir al establecimiento de un equilibrio más racional de la población; pero en el torbellino político del Africa actual no hacen otra cosa sino aumentar la tensión y la fricción, llevando a veces hasta el genocidio.

En cuanto a los progresos tecnológicos en la agricultura, se juzgan con frecuencia sólo cuantitativamente, en términos tales como rendimiento por unidad de superficie y por hectárea de trigo, grado de mecanización del trabajo o volumen de fertilizantes; y se les analiza más científicamente en términos de rentabilidad por escala del capital y trabajo invertidos y por la sustitución de la mano de obra por el capital. Pero la transferencia de la tecnología occidental y de sus investigaciones a los países subdesarrollados beneficiará a estos países únicamente si se adaptan a sus circunstancias totalmente diferentes; por consiguiente, la ayuda técnica

para establecer institutos de investigación local en el mundo subdesarrollado sería mucho más útil que la transferencia de los resultados de otras investigaciones.

La estrategia del desarrollo, por tanto, no debiera limitarse a transferir maquinaria moderna y conocimientos técnicos a los países subdesarrollados, sino que debiera tener también por finalidad encontrar modos y medios de producir los cambios, tan urgentemente necesarios, en la actitud de la gente.

¿Cuáles son las *características fundamentales de la relación hombre-tierra*? JACOBY considera esenciales, en su afán de poner en claro la importancia de las reformas para el desarrollo económico y social de estos países, la estructura agraria, el enfrentamiento campesinos-élite y lo que llama el «credo agrario».

La estructura agraria de Iberoamérica y de extensas zonas de Asia se halla todavía marcada por sistemas de tenencias feudales, en los cuales la propiedad de la tierra se concentra en grandes haciendas pertenecientes a una pequeña élite, cuyo poder social, político y económico deriva del control de la tierra, de la fuerza de trabajo, del mercado y del gobierno, mientras la masa de la población rural vive en la pobreza y la miseria. Bajo la presión de las fuerzas comerciales y técnicas, algunas de las haciendas han sido transformadas en plantaciones modernas y en granjas altamente capitalizadas; sin embargo, las características dominantes del control feudal son tan fuertes como siempre. Casi en todas partes los campesinos son empleados por los propietarios de la tierra como fuente permanente de ingresos efectivos; en consecuencia, son considerados como parte accesoría de la tierra, más que como factor independiente de producción.

En cuanto a la confrontación de los campesinos y la élite rural, dice JACOBY que por incontables generaciones, el campesinado de casi todo el mundo ha desarrollado una especie de mecanismo psicológico defensivo y una suspicacia terca, casi virtuosa, contra toda novedad inesperada; sin embargo, en ciertos momentos de la historia, los cambios en otros sectores de la sociedad se sobrepusieron a la inercia campesina, por el deseo de un nuevo equilibrio social. En Europa estos reventones apasionados se produjeron sólo en ocasiones contadas y durante siglos la vida del campesino estuvo marcada por el estancamiento, la resignación y la indiferencia; en otras partes del mundo, las revoluciones campesinas han desempeñado un papel esencial y han contribuido a cambios más o menos radicales, especialmente en Asia e Iberoamérica, donde se combinaron a menudo con protestas violentas contra la segregación racial o nacional. Uno de los procesos más revolucionarios que están produciéndose actualmente en muchas partes del mundo subdesarrollado, especialmente en África, es la transición de la economía de subsistencia a la de mercado, que envuelve el paso del «status al contrato» e introduce valores nuevos, tales como la eficiencia del trabajo y la calidad del producto, valores que antes tenían poca importancia.

Y en cuanto al «credo agrario», lo idealiza el autor diciendo que es la fuerza impulsora que, independientemente del tiempo, del lugar y de la civilización, ha guiado directa o indirectamente la manera de pensar de los campesinos y de aquellos a quienes preocupa su suerte. No es una doctrina definible, pero refleja las esperanzas y las aspiraciones de incontables generaciones campesinas de poseer la tierra y tener seguridad en esta posesión.

Los factores internos que afectan a la relación hombre-tierra vienen determinados por una competencia dramática entre las fuerzas que protegen el *statu quo* y las que lo atacan.

Entre las primeras, JACOBY coloca la tradición y la religión, que han establecido valores y principios que guían la vida de la gente común y fortalecen las defensas del orden social existente. La convicción de que este orden ha sido establecido por fuerzas trascendentales se halla arraigada tan profundamente en el espíritu del campesino, que éste se inclina por naturaleza a someterse a las autoridades terrenales representadas por ese orden y a aceptar la estructura económica y social con sus implícitas relaciones de poder.

Como fuerzas progresistas y opuestas al *statu quo*, señala los movimientos campesinos ayudados por los migrantes rurales a las ciudades, los cuales, aunque físicamente presentes, no tienen perspectivas de ser integrados a la comunidad urbana en un futuro previsible; por tanto, permanecen ligados a sus familias y clanes de la comunidad rural.

Son *fuerzas externas* que afectan a la relación hombre-tierra las condiciones particulares socio-económicas y políticas de neocolonialismo que, a pesar de las independencias políticas, prevalecen en la mayoría de los países subdesarrollados. Es decir, circunstancias en las cuales las fuerzas exteriores aprovechan casi sin restricción su superioridad económica y a veces política en el Tercer Mundo, cuyo defectuoso marco institucional no puede contrarrestar los factores de desigualdad en la economía del subdesarrollo. Considerando que la agricultura proporciona manutención al grueso del pueblo en estos países, resulta evidente que los efectos acumulativos del neocolonialismo los siente con mayor intensidad la población campesina y que, por consiguiente, tienen gran importancia para la relación hombre-tierra.

Segunda parte: Programas de reforma agraria.—Este autor, como tantos otros, no se priva del gusto de trazar sus propios programas reformadores; todas las doctrinas son buenas y hasta estupendas en el papel; pero en la realidad suelen resultar algo muy distinto, por desgracia. Pues nos limitaremos al intento de resumir sus ideas y cada cual que opine.

Según JACOBY, entre los criterios para redistribuir la tierra en los países subdesarrollados, el primero y más importante es el tamaño de las propiedades agrarias que deben marcarse para la redistribución; esto debe determinarse sobre la base de las condiciones físicas, como el suelo, los contornos, la extensión del regadío y teniendo también en cuenta la densidad de la población, el acceso que se tiene a los mercados, el grado de absentismo de los terratenientes y los derechos de los intermediarios. El segundo criterio es el grado actual de productividad, de acuerdo a la situación general económica y social. El tercer criterio es la escala del programa de redistribución de la tierra, es decir, si debe extenderse a todo el país y ser completo o si debe estar limitado a ciertas zonas o por condiciones particulares.

En los países que sufren la miseria rural, los movimientos revolucionarios, cualesquiera que sean su origen y sus objetivos aparentes, normalmente llevarán a la lucha por las tierras, según el autor. Examina la historia moderna de la agricultura en Rusia y en los demás países socialistas de la Europa oriental, que, con la excepción de Yugoslavia, han seguido

más o menos el modelo soviético de reconstrucción agraria. Respecto a los países socialistas fuera de Europa, estudia el libro el caso de China, que es fundamentalmente una revolución agraria de dimensión gigantesca. Se inició con una redistribución primitiva de tierra y elementos de trabajo que se habían confiscado a los grandes terratenientes absentistas, pero este primer intento de distribución estuvo lejos de constituir un éxito; en la práctica, dice el autor, aumentó simplemente el número y el *status* social y económico de las propiedades de tamaño medio, mientras que los predios pequeños no recibían una parte justa de animales y aperos para el cultivo del suelo, por lo que fueron los propietarios pequeños los que se encontraron en mayores dificultades económicas. En Cuba los cambios en el modelo de distribución de la tierra después de la revolución han sido diferentes, ya que su economía se basaba en plantaciones relativamente modernas y eficientes; el mayor problema era si se daba tierra a los trabajadores sin ella, y al final se conservaron intactas las unidades eficientes de explotación, poniéndolas bajo la administración del Instituto Nacional para la Reforma Agraria (INRA). Eso es igual a cambiar de dueño, con la desventaja de que el Estado, y más si es socialista, suele ser un patrón más duro que el particular.

Las reformas en los arrendamientos son menos dramáticas que la distribución del dominio de la tierra, pero, a juicio de JACOBV, mucho más difíciles de realizar. El objetivo de toda ley de reforma en los arriendos es garantizar la seguridad en la ocupación, una compensación justa por las mejoras a la terminación del arrendamiento, rentas controladas y la supresión de condiciones gravosas en los contratos; en una palabra, alinear las condiciones de trabajo del arrendatario tan aproximadamente como sea posible, con las del propietario cultivador, de manera que la diferencia sea casi solamente el pago de una renta.

La consolidación de la tierra constituye también una reforma estructural al nivel microeconómico. Su finalidad principal es remediar la subdivisión excesiva y la fragmentación de la tierra, haciendo posible el empleo de prácticas de cultivo perfeccionadas y un nivel de vida más alto para la población agrícola. Esta consolidación o concentración no sólo tiene importancia para los países subdesarrollados, sino que suele ser objeto preferente en la política agraria en casi todo el mundo desarrollado.

La política de *asentamiento de familias* en la tierra en el contexto del desarrollo nacional constituye un proceso tradicional y vastas regiones del mundo se hallan todavía frente al desafío de extender la agricultura por medio del establecimiento de pueblos nómadas como colonos. En el contexto del desarrollo nacional, el asentamiento de familias en la tierra constituye un programa de reforma agraria especialmente apto para aliviar la presión en las zonas rurales superpobladas, al mismo tiempo que para promover una distribución más homogénea de la tierra y del trabajo.

Las actividades agrícolas colectivas y cooperativas son estudiadas como otras medidas complementarias, resaltando el autor que no son monopolio socialista como creyó, en la posguerra mundial, la literatura económica occidental, que venía a asociar la agricultura colectiva con las ideas de violencia, revolución y la explotación del campesino. El éxito de la agricultura individual en los países del Atlántico se presentaba como un ideal; pero cuando han comenzado a aparecer estudios socioeconómicos de la FAO sobre el uso común de la tierra quedaron en claro las ventajas de este tipo de agricultura en muchas partes del mundo. Por ello la agricultura co-

lectiva es un medio racional de aumentar la producción y crear una sociedad menos deprimida en los países subdesarrollados, algunos de los cuales son objeto de estudio detallado en este punto. Con ello comprueba el autor el papel que tiene esta agricultura colectiva en la reforma agraria, por sus efectos en la producción y la repercusión en las estructuras agrarias.

Los programas complementarios de reforma agraria tienen su importancia, pues, eliminadas las estructuras anticuadas, es preciso defender el nuevo módulo de distribución de la tierra, estableciendo un marco institucional que dará a los campesinos del Tercer Mundo protección e incentivos para ayudarles a vencer las inhibiciones psicológicas tradicionales, los prejuicios sociales y los tabúes persistentes. Entre estas medidas complementarias son importantes para el desarrollo el crédito agrícola, la debida regulación de las contribuciones e impuestos y la educación, aspectos que el autor contempla en diversos países.

La política agraria en Africa viene determinada por el ajuste de los sistemas tradicionales (instituciones tribales estáticas, sin contacto con el mundo) a las exigencias del progreso agrícola y del avance socioeconómico, así como por la manera de decidir, en definitiva, si este proceso dinámico debe canalizarse para todos los africanos o dejarlo que favorezca sólo a unos pocos. Esta simplificación excesiva de un proceso complicado de desarrollo ha demostrado ser altamente peligrosa en el sistema africano y ha estimulado las manipulaciones con la propiedad de la tierra, no sólo por parte de intereses comerciales foráneos, sino también por parte de los jefes tribales, tentados por la perspectiva de llegar a ser señores feudales o agricultores capitalistas. La Conferencia Mundial de Reforma Agraria de 1966 ha reconocido la importancia crucial que tiene para Africa evitar la concentración de la propiedad de la tierra, el manejo inadecuado e inexperto y el mal uso de ella que han ido marcando la historia agrícola en otros continentes. Enfatizó igualmente la urgencia de desarrollar nuevos tipos de tenencia y de cooperación que prometan aumentar la productividad del trabajo y el uso de capital y de la tecnología avanzada, a fin de que las comunidades de Africa puedan entrar al mundo moderno en armonía con su sentido de los valores y potencialidades.

El libro tiene como *apéndices* cuatro estudios de la FAO sobre: I, Asistencia técnica para financiamiento de los programas de reforma agraria; II, Redistribución de la tierra y organización de la agricultura en Israel; III, Exigencias comparativas de extensión y de servicios agrícolas entre las granjas estatales o colectivas y las propiedades campesinas individuales, y IV, Deterioro de la estratificación social en zonas rurales de Luzón Central.

Leyendo esta obra se puede captar el fruto de la experiencia del autor como técnico de la FAO en diversos países del Tercer Mundo, tanto en países socialistas como occidentales, analizando los logros y los fracasos de cada una de sus reformas en el campo. Siempre será una lección aprovechable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LACOSTE, YVES: *Geografía del subdesarrollo*. Editorial Ariel. Barcelona, Caracas, México. 3.^a ed., 1978. Un tomo de 336 págs.

Para meternos de pronto en ambiente y decirnos de qué va, el prólogo restalla como un látigo revelándonos de entrada cuáles son las dimensiones y la suerte de los países subdesarrollados: «Los dos tercios de la superficie de los continentes, los tres cuartos de la humanidad: tres mil millones de hombres, de los cuales la mitad de los menores de veinte años reciben las rentas más bajas, sufren la extrema fragilidad de la vida en medio de una proliferación espontánea, así como la amenaza constante y cada vez más acusada del hambre». Pero, sigue diciendo, el análisis no termina aquí, pues el mundo subdesarrollado se halla en vías de cambio. Y tras la gran ilusión provocada por la descolonización y las independencias surgió un juego diabólico de múltiples actores, consciente o inconscientemente manipulados, reyes y presidentes sanguinarios o corrompidos, clases dirigentes ávidas o socialismos austeros, deseosos de igualdad social, pero expuestos a los riesgos de esclerosis burocrática; y, detrás de todo esto, las maniobras de las grandes potencias, preocupadas en asegurarse los puntos estratégicos del globo, las materias primas esenciales, sosteniendo las luchas fratricidas de pueblos fanáticos que mueren en aras de ideologías engañosas, con la finalidad de que se mantengan las relaciones de fuerzas sobre las que se basa la llamada sarcásticamente «coexistencia pacífica».

En 1965 se publicó en Francia la primera edición de este libro y su autor, YVES LACOSTE, profesor de la Sorbona, lo ha reeditado ahora con un texto totalmente distinto, motivado no sólo por los evidentes cambios ocurridos a lo largo de diez años en el llamado Tercer Mundo, sino también porque ha comprendido el enorme valor político que pueden tener estos estudios aparentemente académicos; para quienes ponen en juego sus vidas en el destino de sus propios países, estas propuestas de expertos y universitarios tienen a veces resonancias mayores de lo que exigiría la equidad y el buen sentido. Por eso, el autor llega a la conclusión de que las ideas producidas por los geógrafos, más bien geopolíticos decimos nosotros, no son únicamente un saber por el saber, y piensa, en consecuencia, que es preferible y mucho más honrado manifestar su modo de ver las cosas en vez de tratar de disimular una posición partidista detrás de una pretendida objetividad científica.

En el capítulo I se estudia la *noción del subdesarrollo*, que es muy ambigua por ser muy diversas y hasta contradictorias las opiniones sobre las posibles características que lo tipifican. Para unos, son subdesarrollados los países en que los hombres no disponen de lo necesario, aunque cada vez es más difícil saber qué es lo necesario; para otros, la noción de subdesarrollo está ligada a una insuficiencia de las potencialidades productivas; por el contrario, otros estiman que los países subdesarrollados se caracterizan por una explotación muy insuficiente de los recursos existentes; con mucha frecuencia se estudia el subdesarrollo teniendo como base la evaluación de los productos nacionales por habitante y año; para algunos equivale a la supervivencia de las situaciones económicas sociales atrasadas, arcaicas, tradicionales, comparándolas con Europa antes de su revolución industrial; con frecuencia, subdesarrollo se define por la ausencia de industria o su idea se asocia a la de bloqueo económico; otros autores encuen-

tran la causa del subdesarrollo en el dualismo económico y social resultante de la falta de articulación de un sector de economía moderna y de un sector de economía tradicional, pero este último análisis está impugnado radicalmente por quienes consideran que el subdesarrollo resulta esencialmente del dominio ejercido por las potencias imperialistas sobre los países de África, Asia y América latina.

Observa LACOSTE que, a pesar de su carácter fundamental, las tesis que consideran el dominio y la explotación colonialista como la causa de la situación de subdesarrollo no sacan a la luz todas las ambigüedades ni dan respuesta al hecho del crecimiento económico y la industrialización que se observa en numerosos países del Tercer Mundo con participación activa de grandes firmas extranjeras. Sigue diciendo que las relaciones entre subdesarrollo y dominio son más complejas de lo que se piensa: Por una parte, la economía de algunos de los países industriales de la Europa occidental se encuentran cada vez más bajo el dominio de las grandes empresas norteamericanas, las cuales obtienen mayores beneficios en Europa que en el Tercer Mundo. Por otra parte, cabe preguntarse si los países «socialistas» cuya economía ya no depende de las firmas gigantes imperialistas pueden considerarse como subdesarrollados; algunos teóricos marxistas aseguran que no, pero tanto Fidel Castro como las autoridades chinas hacen referencia todavía a la persistencia de una situación de subdesarrollo y afirman su pertenencia al Tercer Mundo. Y si todas estas afirmaciones, entremezcladas unas con otras, son un problema consideradas en el marco de los Estados, la confusión y la ambigüedad son todavía mayores cuando se trata de designar unas desigualdades económicas regionales observadas en el marco interno de cada país.

En busca de un proceso de *clarificación y elaboración geográfica*, el autor trata de fijar los límites espaciales que puedan darse al Tercer Mundo, expresión ya generalmente adoptada para designar el conjunto de países subdesarrollados. Una primera delimitación puede esbozarse considerando en primer lugar el valor de los cálculos del producto nacional bruto por habitante en los diferentes países, aunque si éstos no están muy industrializados y gran parte de su población vive de actividades de relativa autosuficiencia o pequeños oficios no contabilizables, aquellos cálculos serán casi siempre defectuosos; por otra parte, es evidente que debido al acaparamiento de una gran parte de la renta nacional por una minoría privilegiada, extranjera o autóctona, algunos países cuyo producto nacional bruto por habitante presenta un valor elevado (caso de los exportadores de petróleo) pueden presentar, sin embargo, graves síntomas de miseria para gran parte de la población.

Por ello, en principio y a título provisional, puede considerarse que la mayor parte de los países del Tercer Mundo destacan por la relativa escasez de las actividades productivas de tipo moderno, que son precisamente aquellas que se toman en consideración para efectuar los cálculos estadísticos nacionales. Si se contemplan los principales indicadores del desarrollo deficiente (enfermedades masivas, analfabetismo, insuficiencia alimentaria, etc.), puede constatar, por regla general, que éstos aparecen en los Estados cuyo producto nacional bruto por habitante es inferior a mil dólares en 1970, aproximadamente; las inflaciones posteriores han variado de tal manera que la comparación de las evaluaciones de su producto nacional bruto y su crecimiento es cada vez más aleatorio.

En el libro se recoge una relación de todas las naciones del mundo

con su producto nacional bruto en 1968 y 1970, que indica el grado de desarrollo relativo de cada país. Este P. N. B. da las siguientes medias por continentes para 1970:

<i>CONTINENTE</i>	<i>P. N. B. medio en dólares</i>	<i>Población en millones habitantes</i>
Africa	200	350
América latina	560	280
Asia (excepto Japón)	150	2.000
EE. UU. y Canadá	4.660	230
Europa	1.900	740

A la vista de este diagrama se observan claramente dos masas opuestas, una que tiende a alcanzar más de 2.000 dólares por habitante y otra que en cifras medias tiene un producto nacional bruto inferior a 500 dólares por habitante. Entre estas dos masas existe una gran fosa o vacío y aquí se ve que la noción de Tercer Mundo tiene algún significado.

¿Cuáles son las *necesidades* que se sienten en los países del Tercer Mundo?

En primer lugar, la *subalimentación* o carencia de proteínas, de efectos graves y cuyo único remedio radica en el puchero. La subalimentación crónica, que a la larga es más destructiva que el hambre, se deja sentir en estas poblaciones muy numerosas. Aunque hace algunos años se obtuvieron cifras medias aceptables para el conjunto de África y América latina y algo menores, pero en el 89 por 100, para el Extremo Oriente, los resultados aparentemente apaciguadores de estos cálculos no pueden ocultar unas realidades mucho más graves. Téngase en cuenta que en la mayoría de las regiones rurales del Tercer Mundo la escasez de alimentos que precede a la cosecha y durante los periodos entre ellas es muy sensible y precisamente es la época en que deben efectuarse los trabajos más pesados aquella en que las poblaciones sufren mayor hambre. Además, por supuesto, existe una gran diferencia entre las realidades concretas del hambre y su estimación a través de cifras medias, ya que éstas se calculan para un conjunto de población, precisamente caracterizada por la existencia en ella de grandes diferencias sociales.

También el *estado sanitario* es muy deficiente, siendo preciso hallar un remedio urgente. Es cierto que aquí se han llevado a cabo considerables mejoras, consiguiendo que descienda el índice de mortalidad con terapéuticas colectivas y métodos masivos de lucha contra las epidemias; pero también es cierto que no se ha progresado contra las enfermedades no contagiosas, que precisan casi siempre para su extirpación de una mejora en las condiciones de existencia. Así el descenso de la mortalidad infantil, que exige higiene, instrucciones, alimentación suficiente y personal médico abundante ha sido con frecuencia menos marcado que el descenso de los índices brutos que puede lograrse con medios relativamente simples. Las consecuencias de esta situación sanitaria tan precaria son extremadamente graves y numerosas, incidiendo enormemente en la vida social y económica, ya que reduce la productividad de los individuos en proporciones del 30 al 60 por 100 y contribuye a toda una serie de reivindicaciones para mejorar las condiciones de vida.

Algo similar ocurre con la *educación*, pues todos los gobiernos se han lanzado, con la ayuda de la UNESCO a grandes campañas de alfabetización y han progresado también las enseñanzas secundarias y superiores. Sin embargo, debido al marcado crecimiento demográfico, aunque relativamente se haya pasado del 72 por 100 en 1950 al 50 por 100 en 1970, han aumentado las cifras absolutas de analfabetos y éstos se encuentran ahora en mayor marginación respecto a los escolarizados. La instrucción se muestra cada vez más como un factor de promoción social y la gente es consciente de las desigualdades con que aquélla se concede entre las distintas clases sociales, entre la población urbana y la rural y también entre varones y hembras en casi todos los países subdesarrollados.

A las precedentes necesidades fundamentales se añaden desde hace algunos años otras no menos apremiantes por ser *subjetivas* y que cada vez son más numerosas y potentes. Para lograr un empleo, para no tener el aspecto de un «salvaje», es necesario vestir el uniforme de la sociedad occidental: un pantalón, una camisa y unos zapatos; en las calles, los escaparates muestran numerosos géneros cuya existencia se ignoraba en la aldea y que cada vez se desean poseer más. Este proceso de formación de necesidades nuevas, estrechamente ligado a la evolución económica, social y cultural ya se inició a principios del siglo; pero a partir de la segunda guerra mundial empezó a funcionar de lleno, imponiendo las nuevas necesidades derivadas de la *American way of life* no sólo a los países europeos, sino a la mayor parte del globo. La publicidad y el cine no son las únicas causas: el automóvil, el avión, las nuevas maquinarias y armas son también factores que, en conjunto, incitan a transformaciones de los comportamientos culturales y de los modelos de consumo.

En el capítulo IV se estudia uno de los más importantes y consustanciales problemas del subdesarrollo, que es el *crecimiento demográfico*, el cual se presenta desmesurado desde que finalizó la segunda guerra mundial en los países del Tercer Mundo, hasta el punto de que en estos países se encuentran actualmente tres mil de los cuatro mil millones de seres que forman la humanidad. Este fuerte crecimiento demográfico es el resultado de un marcado descenso de los índices de mortalidad, ya que los índices de natalidad siguen manteniéndose a un nivel elevado. Esta disminución de la mortalidad data, en los países de la América latina, del período de entreguerras y se acentuó después de la segunda guerra mundial; en cambio, es mucho más reciente en Asia y África tropical. El proceso que determina la importancia del empuje demográfico se propaga progresivamente en el conjunto del Tercer Mundo y la inmensa mayoría de los países subdesarrollados se caracteriza por índices de excedente natural cada vez más altos.

Ante esto, la pregunta surge inevitable: ¿Es el crecimiento demográfico responsable, al menos en parte, del subdesarrollo? Mientras que en un país desarrollado el aumento de la población fue considerado como un fenómeno favorable y estimulante de la vida económica, el empuje demográfico de los países subdesarrollados se considera generalmente como un proceso desfavorable y una grave desventaja por estas dos razones:

— Por una parte, el aumento del efectivo de los consumidores es mucho más rápido que el de los productores.

— Por otra, los economistas señalan que el crecimiento demográfico necesita, para que se mantenga el nivel de vida, ciertas inversiones que permitan responder a las necesidades de los nuevos habitantes y propor-

cionarles medios de trabajo para cuando sean adultos. Se estima que en un país subdesarrollado, donde la capacidad de ahorro es reducida apenas si se llegan a efectuar las considerables inversiones que automáticamente exige el crecimiento y que por esta razón el aumento de las rentas por habitante es imposible o, todo lo más, muy lento, insuficiente.

Por tanto, tras hacer un extenso análisis de los anteriores argumentos, el autor concluye que el crecimiento demográfico no es la causa primordial del subdesarrollo, aunque contribuye poderosamente, sin embargo, al desarrollo de las contradicciones económicas, sociales y políticas. El número de los campesinos sin tierra y de los parados no deja de aumentar, en beneficio a corto plazo de los industriales y terratenientes, pero las tensiones sociales no dejan de extenderse. La «solución» estrictamente demográfica de limitar los nacimientos conduce al fracaso, pues su efecto inmediato es despreciable y el ineludible aumento de la población necesita la instauración de un gran esfuerzo de desarrollo. Sin embargo, termina opinando LACOSTE, es necesaria una política de limitación de la natalidad a largo plazo, aunque reconoce que no puede acometerse con eficacia sin considerables progresos económicos y sociales y cambios políticos radicales, pero no nos explica cuáles puedan ser estos cambios.

El *paro* es estudiado en el capítulo V de la obra, diciéndonos que se considera una de las características fundamentales de los países del Tercer Mundo, considerándose que el subdesarrollo y el subempleo van aparejados. El paro, en opinión del autor, es un fenómeno relativamente reciente que se ha presentado, sobre todo, a partir de la difusión de la economía moderna monetarizada. Así, nos dice, el subempleo es indisoluble de la monetarización de los intercambios y los servicios: se da esencialmente en poblaciones colocadas en obligación de gastar, pero que no encuentran el medio de ganar dinero; en un país subdesarrollado, el paro existe en función de la mayor o menor difusión de la economía monetaria; la escasez de población no lo reduce; tanto afecta a países superpoblados como a los de poca densidad.

Los economistas distinguen también una importante forma de subempleo en el paro disfrazado o subempleo oculto: los hombres que se dedican a diversos trabajos están en realidad subempleados, siendo su productividad prácticamente nula; pero este paro disfrazado no se limita a las regiones superpobladas, y por eso su noción es de momento bastante incierta. En rigor reagrupa varios fenómenos: el gran derroche de fuerzas productivas, el subempleo crónico que afecta a una parte de la población, excepto en ciertos periodos punta, el subempleo estacional que afecta a una mayor parte de los agricultores durante los tiempos muertos del año agrícola.

También señala LACOSTE que en varios países «socialistas» del Tercer Mundo, como China, Vietnam y Cuba, se encuentran, al parecer, en situación inversa: el paro se ha suprimido y deben resolverse graves problemas de escasez de mano de obra. Este hecho resultó evidente cuando en Cuba no se consiguieron en 1970 los diez millones de toneladas de azúcar propuestos por falta de brazos, y en China, donde en 1958 el intento del llamado «Gran Salto Adelante» hizo aparecer una gran escasez de mano de obra. Aunque los teóricos marxistas han considerado normal este fenómeno y los teóricos «burgueses» aceptan esta transformación dudando de su realidad, tanto unos como otros apenas han medido la amplitud

de esta vuelta de los problemas de empleo y por eso no se han estudiado a fondo las causas de este cambio.

El capítulo VI del libro contempla los *problemas agrícolas* del Tercer Mundo, de capital importancia si se piensa que es rural el 60 por 100 de la población total de la América latina y el 70 por 100 en Asia y Africa.

Los problemas que presenta la agricultura, según LACOSTE, son evidentemente muy graves, ya se trate:

— de los problemas de la producción agrícola, teniendo en cuenta las técnicas empleadas, los equipos disponibles y las condiciones denominadas naturales;

— o de los problemas agrarios, es decir, las formas de apropiación de los medios de producción, las relaciones entre los que los poseen y los que los ponen en funcionamiento, en particular el reparto de cosechas entre los que trabajan la tierra y los propietarios o comerciantes.

El papel de las condiciones naturales es fundamental, pues la mayor parte del Tercer Mundo se sitúa en la zona de los climas de tipo tropical, es decir, en unas regiones donde nunca hace frío, pero que sufren un período de sequía que puede durar varias semanas en las regiones más húmedas o la mayor parte del año en las regiones más secas. Además, una gran parte de las regiones tropicales sólo dispone de suelos relativamente pobres y frágiles y la aridez es un obstáculo difícil de superar, sobre todo cuando la duración de la estación seca varía considerablemente de un año a otro. Otra dificultad es la irregularidad de las condiciones climáticas; para unos es la sequía, para otros las inundaciones y aún más el anegamiento de campos que no pueden evacuarse antes de que se eche a perder la cosecha; todas esas dificultades naturales las sufren de forma particularmente dramática aquellos campesinos que no poseen medios suficientes para paliar tales infortunios. Ante este mundo yermo, el autor opina que en la mayoría de los países subdesarrollados, existen grandes posibilidades de aumentar el regadío, pero faltan los capitales necesarios para estas obras y las condiciones que aseguren su rentabilidad dentro de las circunstancias actuales.

El no realizar tales mejoras supone un evidente despilfarro, al subutilizarse los medios de producción existentes, y este fenómeno es masivo, complejo y absurdo a la vez. Despilfarro es también dejar que el agua se pierda en países donde ésta es una riqueza; a pesar de que se han construido algunos embalses, los territorios susceptibles de riego siguen yermos o presentan cultivos extensivos. Por último, el despilfarro se da también en los países productores de petróleo o gas natural, donde podría transformarse en abono la energía que se quema día y noche en grandes antorchas.

En cuanto a las cuestiones derivadas de las diversas formas de llevanza de la tierra, LACOSTE estudia las relaciones entre la agricultura colonial y la llamada tradicional, opinando que la colonización sirvió para destruir las estructuras agrarias tradicionales. El sistema social tradicional del Tercer Mundo, caracterizado por la importancia de las estructuras colectivas o comunitarias apenas existe ya, y a pesar de las apariencias ha dado lugar a una sociedad nueva, donde se agravan los poderes de una minoría: Esta se ha atribuido nuevos derechos y se ha apropiado de una gran parte del suelo y, tras la marcha de los colonizadores, de los que durante mucho tiempo fue colaboradora, se ha hecho heredera de sus poderes.

Acabada la época colonial, en muchos países recientemente independientes, el papel de las explotaciones ha disminuido relativamente debido en ocasiones a la salida de los colonos y a la nacionalización de sus explotaciones (como en Argelia), pero sobre todo a causa de la modernización y de la orientación hacia los mercados exteriores de un gran número de explotaciones pertenecientes a autóctonos.

En opinión del autor, la pobreza de las masas campesinas en el Tercer Mundo ha sido con mucha frecuencia la coartada social que ha permitido justificar algunos grandes programas de desarrollo efectuados a expensas de los gobiernos y de diversas organizaciones internacionales, así como obras de regadío, aumento de la mecanización, empleo de abonos y de insecticidas; pero—sigue—con frecuencia se considera que todos estos esfuerzos no han servido para nada, ya que la masa de los campesinos casi no ha experimentado mejoras: para ellos, los abonos proporcionados a precios bajos por los organismos gubernamentales todavía son demasiado caros. Sin embargo, son los medianos y grandes propietarios quienes se han beneficiado ampliamente de estos programas de desarrollo agrícola y han podido disponer de equipamientos y de suministros en unas condiciones muy interesantes.

La «revolución verde» exige gran cantidad de abonos, regadíos, insecticidas y otras condiciones que no siempre están al alcance de la mayoría de los campesinos, pero ha producido grandes esperanzas basadas en la selección de semillas cereales de gran rendimiento que han originado progresos en buen número de países subdesarrollados, los cuales no dudan en cantar victoria. Sin embargo, también tiene su reverso en los países del subdesarrollo, pues observa LACOSTE que desde el establecimiento de los métodos de la «revolución verde», con su aumento considerable de los rendimientos del suelo y de la productividad de la mano de obra, los grandes y medianos propietarios tienen gran interés en emplear material y obreros pagados por jornadas y en eliminar a sus colonos, cuyas cosechas eran muy reducidas en comparación con los progresos que pueden obtenerse mediante el regadío, los abonos y las semillas seleccionadas. El desposeimiento de colonos es tan masivo—según el autor—que en algunas regiones la «revolución verde», magnífico logro técnico, actúa socialmente a modo de bumerán: multiplica los trabajadores en paro.

Las *reformas agrarias*, aparecidas después de la segunda guerra mundial, si exceptuamos algún precedente conocido, son el medio para establecer una situación social menos absurda e injusta de la existente en el Tercer Mundo.

El autor recoge cifras demostrativas y modelos sobre estas reformas, que antes expuso su compatriota JEAN LE COZ ampliamente en el libro *Las reformas agrarias*, que ya hemos resumido y comentado en otra ocasión, lo que nos releva de repeticiones. Aquí, LACOSTE concreta que si en algunos casos las tierras de los grandes propietarios han sido confiscadas sin indemnización y en otros con abono de determinadas sumas, la variedad de estas reformas agrarias refleja la diversidad de las fuerzas y de su evolución en el seno de las múltiples formaciones sociales, pero demuestra también la diversidad de las estrategias empleadas por quienes se hallan en el poder y según sus respectivas ideologías.

El *crecimiento urbano* es uno de los fenómenos más espectaculares de los países subdesarrollados en los últimos veinte años, lo que resalta más si se recuerda que hasta la segunda guerra mundial estos países se defi-

nían por la preponderancia de la población rural. Las ciudades «millonarias» han dejado de ser un símbolo de los países más desarrollados, ya que la mitad de éstas se encuentran en los países del Tercer Mundo: Shangai cuenta con 12 millones de habitantes y Pekín supera los siete millones; Calcuta tiene siete millones y Bombay algo menos; Sao Paulo, cinco millones; México, nueve millones; El Cairo, casi la misma cifra; Seul, cinco millones; Yakarta, cinco millones; Río de Janeiro, Karachi y Teherán, unos cuatro millones, lo mismo que Saigón y Delhi; Madrás y Bangkok rebasan los tres millones. Y estas enormes aglomeraciones se hallan en vías de ver doblar sus efectivos en los próximos quince años. Si el crecimiento urbano plantea problemas difíciles en países de nivel alto, ¿qué decir de esta auténtica explosión en países menos equipados y con recursos mucho menores?

La debilidad de la *industrialización* es casi unánimemente considerada como la característica más evidente de los países del Tercer Mundo, hasta el punto que se tiende a convertir el término de subdesarrollo en un sinónimo de no industrialización. Otro fenómeno notable es que mientras durante un largo período las grandes firmas internacionales, con el fin de conservar sus exportaciones de productos manufacturados, trataron de impedir la instalación de industrias en los países del Tercer Mundo, en la actualidad han cambiado su estrategia en algunos Estados y producen *in situ* el material que en otros tiempos importaban de sus industrias de Europa o América; es lo que los economistas llaman «industrialización de sustitución de importación».

Como recapitulación de todo lo anterior, el autor hace notar que en los últimos veinte años los cambios llevados a cabo en los países del Tercer Mundo han sido mucho más importantes que en Europa y América del Norte, y que éstos se producen actualmente a un ritmo mucho más rápido que las transformaciones de la economía y de la sociedad occidental en los últimos cincuenta años. Estos cambios o transformaciones son a veces contradictorios, y así pueden considerarse positivos la reducción de la mortalidad, la «revolución verde» con aumentos en la producción agrícola y el aumento del potencial industrial.

Se considera una transformación negativa el desequilibrio entre el crecimiento demográfico y el económico, o sea, el aumento mucho más rápido del número de hombres que el de bienes de los que éstos disponen para vivir. Este factor negativo, a juicio del autor, es el más importante y nos viene a decir que el problema del subdesarrollo debe resolverse rápidamente no por razones de justicia o de caridad ni tampoco para disminuir las diferentes condiciones de vida entre los Estados (que son antiguas y durarán mucho), sino para evitar que el incremento rápido de un desequilibrio interno fundamental entre población y subsistencias conduzca a la catástrofe, ya que dicho desequilibrio no puede ser duradero.

El décimo y último capítulo del libro se dedica a explicar, según las vivencias más recientes del autor, el mapa del Tercer Mundo y de los países subdesarrollados, tanto los que «son» como los que «fueron», según las diversas explicaciones y teorías que se señalaron al principio. ¿Y cuáles son las causas de que la revolución industrial no se llevase a cabo en Asia a la vez que en Europa? Quizá—cree LACOSTE—porque la burguesía que la promovió fue una clase específicamente europea. Al trasplantarse el sistema capitalista a los países colonizados, las minorías privilegiadas asumieron, además, otros poderes exorbitantes, lo que les permitió obte-

ner tantos beneficios de los recursos del país que la gran masa de la población se encontraba privada de poder adquisitivo e imposibilitada para cualquier progreso económico o social. Sin embargo, desaparecido el colonialismo hace más de un cuarto de siglo, sigue siendo una magnífica coartada para un gran número de gobiernos de esos países tercermundistas: el aumento de la miseria, el paro y el hambre siguen imputándose a los colonialistas, y se prefiere que las masas se manifiesten contra las «intolerables injerencias extranjeras» y el imperialismo antes que desear la realización de cambios internos. Atribuir todas las dificultades de los países subdesarrollados al colonialismo o al imperialismo como fuerza exterior—acusa LACOSTE—es participar en el enmascaramiento del papel esencial que los privilegiados autóctonos han desempeñado desde la conquista colonial, desde la independencia, y que en la actualidad siguen desempeñando vigorosamente.

Así concluye este testimonio sociopolítico impresionantemente vivo de los problemas y palpitante evolución de este Tercer Mundo, que se nos muestra apasionante y digno de ser estudiado con todo interés.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LE CANNU, PAUL: *La société anonyme a directoire*. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1979, París, 398 págs.

La Sociedad Anónima francesa de corte clásico, con su Asamblea, Consejo de Administración, Presidente-Director General y Comisarios de Cuentas, tradicionales organismos de soberanía, administración-gestión, ejecución y control, fue objeto en 1966 de nueva revisión estableciéndose la posibilidad de organizarse en Asamblea, Consejo de Vigilancia y Directorio, aparte Comisarios de Cuentas. El sistema gestión-control pasaba a ser facultativo, junto al de gestión-administración; una aproximación a la versión alemana, que, a su vez, constituía el modelo de los proyectos Sanders y de la Comunidad Económica Europea.

La nueva fórmula no responde a las preocupaciones normales del derecho de sociedades: protección del ahorro y de los terceros. Tampoco constituye una revisión ordinaria de la regulación del citado fenómeno social impuesto constantemente por el dinamismo de la vida y el permanente deseo de subsanar deficiencias que el perenne funcionamiento pone de relieve. Más bien implica la tendencia hacia la armonización legislativa europea y el deseo de ensayar el sistema germano, que, con la instrumentación jurídica complementaria, parecía ser uno de los elementos fundamentales de su atractiva prosperidad económica y paz social. Aún, en el fondo del proyecto elaborado, latían intentos de reforma general de la empresa, propugnados por amplia doctrina desde 1945, que quedaron frustrados al ser juzgados inoportunos por los Cuerpos Legislativos que tamizaron el proyecto al convertirse en norma.

La estructura, vocablo cómodo y peligroso, implica construcción homogénea, sistema de fenómenos solidarios e interrelacionados en estado dinámico, un real equilibrio en movimiento. Alterar la estructura de la

Anónima abriendo la puerta a innovaciones constituye algo seductor, pero también peligroso, pues de lo experimentado se conocen las consecuencias, de lo novedoso sólo los anhelos. Y la nueva estructura, aceptada con carácter simplemente facultativo, implica cambiar las manos y parte del cerebro de las Anónimas tradicionales.

Once años después de la reforma se constata que sólo un escaso 4 por 100 de las Anónimas francesas han adoptado el nuevo sistema, aunque para enjuiciar tales cifras, de las que se deduce un relativo fracaso, hay que tener presente el diverso uso que se hace de tales sociedades en Francia y Alemania. Mientras que en ésta sólo existen unas 2.300 Sociedades Anónimas y las empresas relativamente modestas adoptan la técnica de la Limitada, en Francia ésta no está de moda y cuenta con más de 104.000 Sociedades Anónimas, de las que sólo 1.800 cotizan en Bolsa.

A la vista de ello, LE CANNU, con la minuciosidad de un artesano con taller o laboratorio exclusivo, pasa a efectuar un profundo examen de piezas y mecanismos, desde sus perspectivas estática y dinámica, coloreándolo con reflexiones interesantísimas y destacando lo que puede obtenerse, lo que no se ha alcanzado, lo no utilizado y lo dudoso o defectuoso; todo ello complementado con incursiones a temas próximos de índole social, empresarial, económica o simplemente humana. El lector se siente absorbido con la detalladísima disertación que le obliga a observaciones y meditaciones no corrientes hasta alcanzar la conclusión de la ligereza con la que actualmente juristas, en el mejor de los casos, con superficiales e insuficientes conocimientos de una empresa, por su naturaleza y sus problemas, la encuadran en sistemas societarios *prêt à porter* que pueden conducirla a la esterilidad o al fracaso. Sin adecuado diagnóstico del enfermo, la farmacopea es un juego de azar.

La Anónima, palanca del capitalismo, se halla dotada de extraordinaria plasticidad que le permite fluidas adaptaciones. La estructura social no es indiferente a las necesidades de la empresa. Baste con recordar que bastantes autores—CHAMPAUD, PAILLUSEAU, TROCHU.—inscriben el derecho de sociedades en la problemática empresarial. Desde la función de limitar la responsabilidad patrimonial y dar realce a una empresa individual a la de instrumento de fraude fiscal o la de mecanismo de encuadre de grupos de empresas, en ocasiones mastodónticos (a alguno se le han señalado más de 800 de muy diversa índole), las Sociedades Anónimas asumen la condición de *paravent* ideal, de común utilización.

Para apreciar las ventajas o inconvenientes de la nueva fórmula es interesante una leve descripción: en su versión francesa, la Sociedad de Directorio está constituida por la clásica Asamblea de Accionistas, a la que corresponde el nombramiento y remoción de los miembros del Consejo de Vigilancia, cuyo Presidente lo es también de la Asamblea. Y además de censura de cuentas, la revocación de Directores, a propuesta de dicho Consejo.

El Consejo de Vigilancia nombra al Directorio, determina su Presidente y los demás miembros con capacidad para representar a la entidad frente a terceros, sin limitaciones; controla su actuación mediante constantes informaciones, tanto en el aspecto jurídico como en el mercantil, en su más amplia acepción, reuniéndose, por lo menos, una vez al trimestre. En ciertos casos (incompatibilidad de Directores) puede asumir funciones gestoras y en otros (avales o cauciones) completa la capacidad del Directorio con la correspondiente autorización. El número de sus miembros

oscila entre 3 y 12, pudiendo ser más amplio en casos excepcionales, como determinados supuestos de fusión.

El Directorio es también órgano colegial, que actúa con simple *quorum* mayoritario. Sus miembros oscilan entre dos y cinco, pero en las sociedades de capital no superior a los 250.000 francos está permitido el Director único.

Se observan fácilmente: contracción de competencias de la Asamblea, que queda reducida esencialmente a un órgano de control superior, casi «de apelación», siendo muy remota la posibilidad de inmiscuirse en temas de gestión concreta; una inquisición constante sobre la gestión a cargo de un Consejo que hace innecesarios o superfluos los Comisarios de Cuentas, que legalmente se mantienen, y un Directorio Colegiado, con amplia autonomía. Quiere ser la plasmación de las reformas que desde muchos años venían propugnando la funcionalización y tecnificación del órgano gestor, cuya autonomía debía compensarse con la intensificación del control; la distinción de capitalistas y *managers*, y, en conjunto, una esquematización de las funciones de los respectivos órganos, la desaparición de las competencias residuarias.

Dada la citada configuración de la representación frente a terceros, son intrascendentes para éstos las posibles deficiencias de acuerdos del Directorio. Además, desde 1969, las limitaciones por razón del objeto no conciernen a dichos terceros salvo el caso en que les sea conocido el objeto social, lo que no se presume por la simple publicación de éste en un Registro público. Son las consecuencias del célebre *Arrêt Motte* y las Directivas de la CEE, además de las tendencias generales.

La nueva fórmula puede ser interesante para la empresa individual, en la que el titular o empresario puede o asumir la regencia del Directorio, con un Consejo fantasmal o inocuo, o bien señorear en este último y concentrar en el Directorio a subordinados de experiencia, competencia y confianza. También puede ser interesante para las sociedades con accionista único, en especial las del Estado u otros organismos, en las que realmente no hay Asamblea, y en Francia se orientaron en tal sentido las sociedades públicas después de la reforma de 1966, pero se ha observado con preocupación el retorno a lo tradicional: la colegialidad es incompatible con la rapidez en decisiones y actuaciones que reclaman la competencia creciente y otros factores, que prefieren el riesgo a la seguridad, exigiendo eficiencia y aceleración.

Los Grupos de Sociedades pueden utilizar el Consejo de Vigilancia bien como *relais*, bien como correa de transmisión. En muchos casos, no obstante, en que la interdependencia funciona sobre otros elementos extra-sociales bien conocidos, el Consejo puede ser el lugar apropiado para veteranos ejecutivos a los que la edad no impide prestar preciosos servicios. Además, es el punto clave en el que desembocan nebulosas influencias, en especial de índole bancaria o financiera, como lo demuestra la experiencia alemana.

En su caso, el Consejo es también el centro adecuado para la intervención obrera, que en su fórmula germana tantos resultados positivos está produciendo. Sabido es que en Alemania la «cogestión» estricta es sumamente limitada: en 1951 se estableció para empresas mineras y siderúrgicas un *Arbeitsdirektor* localizado en el *Vorstand*, aunque elegido por el *Aufsichtsrat* por mayoría de 2/3; en 1976 se ha ampliado tal sistema a las empresas de más de 2.000 productores, pero sus funciones excluyen los

aspectos propiamente capitalistas, limitándose a los laborales, campos no siempre diáfanos. El verdadero éxito de Alemania ha sido la «co-vigilancia», la presencia de productores en el *Aufsichtsrat*, Consejo de Vigilancia, lo que también, con variantes, se practica en Austria, Dinamarca, Luxemburgo y Holanda.

En Francia, como en Bélgica e Italia, los reales representantes de los obreros en la empresa son los Comités de Empresa, que, a diferencia de los Delegados de Personal o Secciones Sindicales, no tienen finalidades estrictamente reivindicativas. Aunque sus funciones teóricamente son consultivas, en algunos casos, sobre todo en Italia, tienen intenso carácter político-social. Pero los Comités representan la «co-gestión» y el ambiente francés no es muy propicio a ello. Ni los Sindicatos sienten gran entusiasmo hacia ese *sucre d'orge*, que les parece ha de servir para disminuir tensiones de la masa salarial y afianzar la dominación burguesa, ni los empresarios ven en ella más que un intento de síntesis de intereses divergentes que, en el mejor de los casos, puede conducir hacia una neutralización de posiciones y, normalmente, a la destrucción de la autoridad y la propiedad, o sea, la empresa capitalista.

El proyecto de 1966 se inclinaba a enlazar en el Consejo de Vigilancia los representantes de las Asambleas de Accionistas y Obreros, con función de estricta *surveillance*. No era el paso al «pancapitalismo» o la aceptación de las utópicas conclusiones de los Jóvenes Dirigentes, que aspiraban a reunir en Asamblea a todos los hombres interesados en la empresa (capitalistas, accionistas o financieros, trabajadores, clientes, etc.) para elegir el *leader*. La *co-surveillance* era una etapa previa a ulteriores posiciones que la experiencia determinaría, y en ello coincidía, en líneas generales, con el célebre informe Sudreau de 1975, que motivó un proyecto de ley todavía en trance de estudio.

Muchas otras digresiones son anotables en la obra de LE CANNU; de ellas acotamos, a grandes rasgos, las siguientes:

La posible naturaleza institucional de la Sociedad Anónima, en especial la de Directorio. A su juicio, el «potencial de indeterminación» de la Institución, en la configuración de HAORIÖU, permite conciliar dogmatismo jurídico y pragmatismo legislativo. Estima que los conceptos contrato e institución no son estables, seguros o consolidados; a ambos afecta el reproche de imprecisión formulado corrientemente contra la institución. El contrato se halla también en marco algo difuso, sobre todo desde la variación sustancial de la noción de orden público, antítesis o límite de la libertad contractual y la acentuada diferenciación de ésta, la autonomía de la voluntad y el individualismo. Situados en la zona del acto jurídico y, concretamente, en el del acto colectivo, tan caro a las doctrinas italiana y germana, se constata que el mismo reúne todos los trazos de la Institución de HAORIÖU, a diferencia del Acto-Regla de DUGUIT, de acentuado objetivismo, que se emplaza mejor en las esferas del derecho público que en los acuerdos fundacionales de entidades o los decisorios de sus órganos rectores.

especto a la empresa, ese *sujet de droit naissant*, analiza, en amplio recorrido, las diversas posturas doctrinales vigentes y anota que aunque no es posible considerarla persona moral y sí, en la hipótesis más próxima, patrimonio con especial afectación, no obstante la legislación francesa, como otras muchas, al permitir la subsistencia de sociedades con un solo socio posibilita, indirectamente, la utilización de esta técnica jurídica, que

fue objeto de interesantísimas ponencias en el Congreso Internacional del Notariado de Buenos Aires, 1973. Intenta aplicar a la empresa la construcción institucional, aunque admite las deformaciones tradicionalmente constatadas en el paralelismo empresa-sociedad: posibilidad de que varias empresas puedan desarrollarse bajo una misma estructura social y de que una sola pueda estar revestida, jurídicamente, por varias entidades.

La posibilidad de admitir como estructura jurídica la noción de «sistema» procedente del mundo socioeconómico donde se la considera técnica de organización. Es cierto, no obstante, que el sistema como reunión de componentes individuales es susceptible de comprender un «micro-sistema» en cada uno de ellos. El tema, incipiente y apasionante, abre unos dilatados horizontes, un panorama vastísimo que se hace más atractivo con la afirmación de que el derecho no limita la acción, sino que le permite decuplicar sus posibilidades.

Una parte muy extensa de su obra está dedicada a «El Hombre», como elemento de la estructura de la Anónima de Directorio. Aunque las funciones de gestión y control exigen indudablemente cualidades especiales, el espíritu liberal de la legislación francesa, como la de las restantes, permiten que las mismas puedan ser desempeñadas desde autodidactas extraordinarios hasta modestos legatarios de reducidos paquetes de acciones. Las causas de incapacidad o incompatibilidad son elementalísimas. Respecto a la edad, la ley francesa prevé que puedan fijar la máxima los Estatutos. De no realizarlo, rige el sistema supletorio de los sesenta y cinco años para el Directorio y los setenta para el Consejo de Vigilancia. Aparte algunos casos especiales las personas morales no pueden ejercer cargos en el Directorio, ni la Presidencia o Vicepresidencia del Consejo, pero sí desempeñar puestos en el mismo, mediante representante permanente. Los miembros del Consejo deben ser accionistas y no asalariados, lo que es posible para los Directores, generalmente destacados tecnócratas de la sociedad, órgano igualitario de apariencia monocrática que el citado informe Sudreau, siguiendo la experiencia alemana de Vorstand, propugna pueda ser unipersonal, sin atención a la cuantía del capital social. Los nombramientos, ceses, retribuciones, régimen fiscal, seguridad social, naturaleza de sus funciones, con los infinitos problemas que puedan producirse, son examinados por LE CANNU con detallismo abrumador.

Al terminar la lectura se llega a la conclusión de que el Directorio con su Control no son panaceas absolutas, pero sí manifestación de orientaciones encaminadas a racionalizar y agilizar estructuras, evitar esclerosis, inmovilismos o impases. Es un nuevo instrumento que permite entrever la evolución de la sociedad, que está dejando de ser palanca de captación de ahorros y pasa a ser un gran elemento institucional, colectivista o capitalista, anuncio de una nueva era que amanece de la que no se sabe cuál será su mediodía.

De momento, entre inquietudes y desajustes económico-sociales sólo se constata que los grandes peces se comen a los pequeños, sin que ello produzca la menor alteración social. Es una época en la que, como decía MARCEL CLÉMENT, se han sustituido los signos positivos por los negativos, a la impudicia se la llama «liberación sexual», a la subversión «contestación»; se falsean nombres y títulos, invirtiendo calidades y tendencias y hasta los obligados a la capitania no sólo conducen a la claudicación cómoda, sino que, como en la *Animal Farm* de GEORGE ORWELL, se facilitan rebeliones contra la autoridad del hombre para que puedan ser sustituidas

por el feroz despotismo de los animales más inferiores. La obra de LE CANNU, precisamente a causa de su desbordante pragmatismo, constituye un revulsivo ejercicio de observación y reflexión al que ya no están acostumbradas las actuales generaciones.

Con el convencimiento de que su lectura está desplazada en un mundo desinteresado, escéptico y hasta acobardado intelectualmente, sin preocupaciones de defender o mejorar posiciones, la mente se eleva y vuela con un recuerdo hacia aquellos que sufren la esclavitud más extensa, en espacio y tiempo, producida en la historia, la que apenas se menciona, la que ofrece ya los más depurados productos de resistencia de conciencia, de honor, de las grandes virtudes primarias; la que hace que en nuestro interior resuenen, acusadoras, las palabras de Cristo: «Por que tuve hambre y me disteis de comer; tuve sed, y me disteis de beber...»

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MINISTERIO DE HACIENDA: *Estudios de Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979.

Desde mi vertiente de «selector» de libros para que figuren en cierta biblioteca jurídica debo, en estos momentos, resaltar la gran labor pedagógica, instructiva y divulgadora que el Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda está haciendo a través de sus múltiples publicaciones. Ese «Derecho Tributario» o «Derecho Fiscal» al que con tanto temor se acercaba el estudioso tiene hoy día un conjunto importante de bibliografía que facilita enormemente el acceso a una materia que antes parecía reservada a unos pocos. Claro que todo intento y realización de divulgación lleva consigo el gran peligro de que a ella se acerque el «alérgico» al Derecho, el ajeno a la materia o el poco documentado en ella, pues entonces puede suceder, como en el campo de la medicina, que todo español «de buen brío» se considera en posesión de la verdad fiscal como seguro está en la medicina que se receta y que osadamente se atreve a tomar. Pero, en fin, al hacer el balance hay muchísimos más aspectos positivos y de ahí que desde estas líneas sea preciso destacar el elogio que merece este esfuerzo editorial que brinda posibilidades y facilita lo que es principio de todo pueblo civilizado: el acceso a la cultura.

Los dos tomos que constituyen esta obra monumental contienen mil setecientas ochenta y ocho páginas, lo cual debe frenar los impulsos del recensionista que trate de minimizar cada uno de los treinta y siete estudios que forman la obra. Treinta y siete autores y treinta y siete estudios obligan a treinta y siete recensiones y eso se hace casi imposible ante las exigencias de espacio que la Revista ofrece para estos trabajos breves que tratan de dar noticia de los libros más destacados sobre las materias de que se ocupa la misma. Optar por ofrecer una visión general de la obra tiene el gran peligro de caer en el inevitable olvido de algún trabajo y algún autor y aquí mi propósito es traerlos a todos en la horizontalidad de mi visión crítica. De ahí que quizá sea mejor ajustarse a esa sistemática que la obra ofrece y en cada parte ir ofreciendo una síntesis de su contenido y de sus autores. Confieso que otra empresa de más altos vue-

los sería superior a mis fuerzas muy mermadas, cuando de impuestos se trata, por esas sucesivas regularizaciones fiscales a que nos hemos visto sometidos.

Claro que seguir el orden expositivo de los trabajos supone caer en lo que trato de evitar y así, con el permiso de quien me ofrece esta obra para recensión, voy a sistematizar a mi manera el conjunto de los trabajos, sin distinguir si están en el tomo primero o en el segundo. Antes de entrar en materia conviene destacar el prólogo que como «delantal» (lo que va delante) precede a los estudios. Firma el mismo una autoridad en Derecho Tributario, FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, quien explica las razones que avalan la publicación de esta «agrupación de textos», ya que en la misma concurren esa especie de circunstancias que se requieren para que una obra redactada por una pluralidad de autores sea coherente, cumpla sus fines precisos y, sobre todo, tenga valores propios: a) Todos los redactores pertenecen a un mismo Cuerpo de funcionarios. b) El objeto del estudio se encuentra situado de lleno en el plano de la realidad en la que el Cuerpo de Abogados del Estado despliega sus actividades básicas. c) El móvil que ha determinado la composición de esta obra está anclado en el amor al oficio que dicho Cuerpo desarrolla. El prologuista esboza en sus notas la trayectoria histocrítica del Cuerpo, para terminar planteando esos nuevos horizontes que se han abierto a otros nuevos equipos de la Administración y que exigen una remodelación de esa triple labor—contenciosa, asesora y de gestión—que tradicionalmente han prestado los Abogados del Estado. Después de diversas consideraciones el prologuista termina centrando la idea que presiden sus notas y que justifican la existencia de la publicación: la inexcusable necesidad de potenciar la función de asesoramiento que a la Dirección General de lo Contencioso y a los Abogados del Estado corresponde dentro de la Administración de la Hacienda.

Desde mi punto de vista general la publicación que recensionamos no es más que una pública manifestación de lo que pudiéramos llamar «testimonio de un renacimiento del cultivo de la ciencia jurídica». Es una pena que esta senda marcada por este prestigioso Cuerpo—que dentro de dos años cumple los cien de su existencia—no sea imitado por otros, como el que pertenezco, ya que en el mismo hay material suficiente para formar anualmente estos testimonios con las conferencias y coloquios que se celebran en los Centros Regionales de Estudios Hipotecarios, pero mi voz no tiene poder convincente para quien puede decidir a este respecto.

Había apuntado al comienzo mi singular forma de recensionar este trabajo adoptando una sistemática y para que el lector no se alarme la idea que la va a presidir es bien sencilla: ajustarse a esa trayectoria que marca la Ley General Tributaria, pues a fin de cuentas es de ese tema y de su glosa de lo que se trata.

I. Normas tributarias

Como todo aquel que haya tenido cierta curiosidad por acercarse al sumario de la Ley General Tributaria sabe, esta Ley trata de los Principios Generales, de la Aplicación de las normas, de su ámbito de aplicación y de la interpretación. Creo que cabe incluir en esta parte los doce primeros trabajos que figuran en la publicación y con los cuales arranca la misma.

Los temas que se estudian en forma especial se inician con uno de ca-

rácter general sobre las «Directrices de la Ley General Tributaria», del que es autor SANTIAGO MARÍN MARÍN, y en el cual se tocan materias que vienen a situar el origen y alcance de dicha Ley, así como las disposiciones posteriores, pero lo importante es la clara exposición del binomio jurídico-económico que preside el hecho imponible que, desde mi posición de jurista, es totalmente rechazable. De la clasificación de los tributos y de la soberanía y autonomía fiscal se ocupa igualmente el mismo trabajo. JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA aborda el tema de «El principio de legalidad y la Ley General Tributaria», centrando el mismo en la idea del consentimiento en los impuestos por quien han de pagarlos, siendo principio de autoimposición, distinto del principio de legalidad de la actuación administrativa en materia tributaria, propia del Estado de Derecho, que es una creación muy posterior. De las distintas clases de fuentes y determinación de bases y modificación de tipos impositivos se ocupa igualmente. Sobre la materia del «poder tributario: su estructura en la Ley General de 28 de diciembre de 1963» escribe LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, que va sucesivamente formulando su estudio sobre unas etapas que marcan las ideas de soberanía, potestad legislativa en materia tributaria, poder tributario concreto y potestad de imposición, para concretar el poder tributario en las Leyes fundamentales y en la Ley General Tributaria. Un tema muy concreto relacionado con las Haciendas Locales es tratado por JESÚS RUIZ-BEATO BRAVO bajo el nombre de «La Ley General Tributaria y las Haciendas Locales. Algunas reflexiones sobre el proceso de articulación de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local». Queda vinculado el autor por ese proceso legislativo derogador de disposiciones que hacen cobrar al trabajo un importante valor jurídico de carácter histórico. La difícil cuestión de los Decretos-leyes en materia tributaria es abordada en otro especial trabajo por FERNANDO FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ MARCOS, el cual divide el mismo en una visión de carácter general y de la referencia concreta a la materia tributaria. De la posibilidad, de los diferentes tipos, de su ilegalidad y del uso y abuso de esta figura normativa se nutre el trabajo citado.

EMILIO RECODER DE CASSO expone en un meditado artículo el problema de «El control parlamentario de la legislación delegada en materia tributaria», y aunque el mismo está escrito en marzo de 1978 ofrece una singular aportación en lo que entonces era un proyecto de Constitución y que parece no haber mejorado en la misma. Sobre el también apasionante tema de «La potestad reglamentaria y la Ley General Tributaria» escribe FERNANDO DÍEZ MORENO, que ofrece una especie de modelo de sistema de potestad reglamentaria y una aplicación a la Ley General Tributaria. JOSÉ ANTONIO PIQUERAS BAUTISTA expone el tema de la «Duración de las exenciones y derechos adquiridos: el artículo 15 de la Ley General Tributaria», que le lleva a conjugar esas dos incidencias que suponen un plazo de duración y un posible respeto a los derechos adquiridos. Sobre un tema de temporalidad aporta ARMANDO DE LAS ALAS-PUMARIÑO CIMA un estudio que titula «El ámbito temporal de las Leyes Tributarias» que le dan pie para manejar ese derecho transitorio con el problema de la retroactividad o irretroactividad. También en el ámbito de la aplicación de las leyes en el espacio expone ANTONIO SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO la problemática de «El ámbito territorial de las normas fiscales», extendiendo el estudio a una serie de impuestos y contribuciones y reflejando sus conclusiones en la Ley General Tributaria. MIGUEL ARIAS CAÑETE brinda el estudio sobre «Fraude de Ley y economía de opción», comparando ambas figuras y considerando que la se-

gunda—elección de los particulares del negocio, aun exento, para el logro de sus resultados—no entraña fraude. Cierra esta primera parte el trabajo de LUIS PASTOR RIDRUEJO sobre el tema de «La interpretación tributaria ante el nuevo título preliminar del Código Civil», que supone un nuevo planteamiento de los criterios interpretativos a la luz de unas nuevas disposiciones.

II. *Los tributos*

La Ley General Tributaria se ocupa en su segunda parte de las diferentes clases de tributos de los elementos de la relación tributaria (personas, bases, deuda, pago) y de la problemática de la prescripción y las infracciones. Pues bien, dentro de ese marco pretendo encajonar los trabajos que a continuación voy citando.

FRANCISCO RODRÍGUEZ BOTÍ ofrece la singularidad del estudio sobre el tema de «La seguridad social. Cotización: régimen y naturaleza jurídica» y cita al comienzo del mismo el posible origen de la denominación, y que no me extrañaría fuera cierto, pues si las gestas de Bolívar fueron grandes, lo que de verdad impresiona son sus frases: «el sistema de gobierno más perfecto es el que engendra la mayor suma de seguridad social y la mayor suma de seguridad política». MANUEL ROMÁN ROMÁN estudia el problema de las contribuciones especiales bajo el título «Algunas consideraciones sobre la idea de las contribuciones especiales en la Ley General Tributaria y su establecimiento en la Hacienda del Estado», que termina con un apartado en el que expone el concepto y alcance de una posible contribución negativa a cargo del ente público en ciertas circunstancias. Sobre uno de los elementos personales de la relación tributaria, «El sujeto pasivo tributario», aporta un trabajo JAIME BASANTA DE LA PEÑA, en el que distingue el sujeto tributario pasivo y el responsable del tributo. También en relación con el sujeto, ANTONIO BOTELLA GARCÍA contempla un problema ligado al mismo: «La capacidad en el orden tributario» en su amplia proyección legislativa.

En el campo de las valoraciones y de una de sus posibles formas, la tasación pericial contradictoria, JESÚS GARCÍA TORRES aporta el trabajo titulado «Sobre un tema de arbitrio de tercero en derecho público: notas para una reconstrucción dogmática de la tasación pericial contradictoria», con unos exámenes previos de la figura del arbitrio de tercero en el campo del derecho privado y en el público. ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE plantea en tres etapas de su trabajo la problemática de «El interés de demora en las relaciones tributarias»: retraso en el pago, en la infracción tributaria y en la devolución de ingresos indebidos. Sobre una de las formas de extinción de la deuda tributaria por el procedimiento de compensación estudia MANUEL MARTÍN TIMÓN el problema bajo el título «La extinción de las deudas tributarias por compensación». El tema—delicado tema—de las prelaciones de créditos es abordado por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS, quien plantea el estudio en tres fases: prelación frente al tercer adquirente, frente a los titulares de derechos reales y frente a los acreedores, todo ello bajo el título genérico de «La prelación general de los créditos tributarios». JOSÉ MARÍA PABÓN DE ACUÑA, y sobre un tema de responsabilidad, ofrece un caso especial cual es el de «Las responsabilidades tributarias del sucesor en la titularidad de la empresa». Un tema montado a caballo entre el aspecto fiscal y el registral es el que brinda RAFAEL AROZAMENA POVES y que para mi singular preparación exigiría un comentario especial, pero que aquí no tiene

cabida. El trabajo se titula «Responsabilidades tributarias y prohibiciones de disponer».

Tres importantes temas sobre infracciones tributarias van casi a cerrar esta parte. El primero está escrito por JOSÉ IGNACIO OLIVARES ZARZOSA y lleva por título «Las infracciones contables en la Ley General Tributaria». El segundo se ocupa del problema de «Los criterios para la graduación de las sanciones tributarias» y lo escribe JOSÉ SERNA MASIA. Y el tercero, escrito por LUIS ARGÜELLO BERMÚDEZ, lleva por título «Las infracciones de contrabando en la Ley General Tributaria». Completan los temas de esta segunda parte lo que podríamos considerar como reverso de la medalla de la exigencia: el perdón o condonación. Lo que antes se llamaba «gracia y justicia». Lo escribe CARLOS MARTÍNEZ GONZÁLEZ y lo titula «La condonación graciable de sanciones tributarias».

III. *La gestión tributaria*

De esa serie de temas que lleva consigo la gestión tributaria y en la cual inciden los órganos que la llevan a cabo, las colaboraciones, el procedimiento, la inspección, los Jurados Tributarios, etc., se ocupa la tercera parte de la Ley General Tributaria y quizá acierte si en este epígrafe incluyo los siguientes trabajos.

JAVIER AQUILUE ORTIZ aporta el tema concreto de «La colaboración social en la gestión tributaria», que toca la problemática del deber de colaboración, de los que están exentos y de los que pueden incurrir en delito. «El secreto bancario y la administración tributaria: sus consecuencias jurídicas» es el tema elegido y desarrollado por RODRIGO ECHENIQUE GORDILLO y que va ligado con la problemática citada anteriormente. JAVIER MEXIA ALGAR abre cauce en el tema de «Las consultas tributarias» en su doble proyección del carácter informativo, acto administrativo y su consecuencia vinculante o no. ALFREDO SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL estudia el fenómeno tributario de la traslación del deber de pagar el tributo a otras personas a través de la «repercusión». Su título es «La repercusión en el Derecho Tributario español». En materia de liquidaciones y sus diferentes clases, ALEJANDRO GARCÍA-BRAGADO DALMAU elige la referente a las provisionales y aporta su trabajo con el título de «El régimen jurídico de las liquidaciones provisionales». Otro tema que me gustaría enormemente someter a una amplia recensión es el de la «Anotación preventiva de embargo ordenada por la Hacienda Pública», que en forma documentada estudia JESÚS SOLCHAGA LOITEGUI, pero en esta marcha meteórica hay que dejarlo para mejor ocasión.

Las diferentes posturas que el contribuyente puede adoptar frente a esa labor de la inspección pueden ser diversas, y precisamente de una de ellas, de la de la conformidad (resignada, diría yo, conformidad) escribe JUAN RAMÓN CALERO RODRÍGUEZ con el título «La conformidad del sujeto pasivo con las actas de inspección». La figura en trance de posible desaparición del Jurado Tributario es estudiada por PATRICIO PEMÁN MEDINA bajo el título de «Los jurados tributarios en el Derecho positivo vigente». Tres últimos puntos van a cerrar esta tercera parte. El primero se refiere a «Algunos aspectos de la devolución de ingresos indebidos en materia tributaria», que redacta JOSÉ DUFOL ABAD. El segundo es el referido a «Los órganos de la justicia administrativa tributaria», que escribe MIGUEL

VIZCAÍNO CALDERÓN, y el tercero está abordado por ANGEL SÁNCHEZ GONZÁLEZ bajo el título «La revisión de oficio por aportación de nuevas pruebas y el recurso extraordinario de revisión».

No quiero cerrar esta recensión-resumen sin hacer un merecido elogio del que figura como coordinador de esta publicación y que es el Abogado del Estado ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, que, además, escribe un trabajo y cierra la publicación con una magistral aportación de bibliografía sobre Derecho Tributario, verdadero mosaico de sugerencias para un profundo estudio de esa parte general del Derecho Tributario de donde deben arrancar todos los fundamentos del mismo. Si he dejado para el final este elogio debo confesar que ha sido en forma intencionada, pues al filo de la lectura un tanto rápida y sin la quietud que exige la materia, me fijé que el tema elegido por el coordinador era nada menos que la «demora» en la relación tributaria, y para ajustarme un poco a ella he demorado la felicitación que la publicación merece. Del interés por la demora hablaremos otro día.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PARKER, David B., y MELLOWS, Anthony R.: *The modern law of trusts* 4.^a ed. Sweet-Maxwell, Londres, 1979.

Muchos sistemas y conceptos jurídicos sólo se comprenden adecuadamente con su estudio histórico. Se ha dicho que jamás mediante un proceso lógico podría idearse algo similar al derecho inmobiliario inglés todavía profundamente imbuido en aquellas estructuras feudales que reaparecieron en Europa al término del Imperio Romano. Al evaporarse la organización militar, judicial y administrativa, al desaparecer, prácticamente, la moneda y sustituir a la economía del valor en cambio la del valor en uso, la titularidad de la tierra, el bien máspreciado, recayó política y económicamente en el rey o el «Lord Paramount», quien la cede en feudo a sus caballeros y éstos a sus vasallos en disfrute, según su respectivo *status* comprensivo de variadas prestaciones desde las de índole militar a otros servicios personales o pagos en especie. El escaso dinero obra en poder de monasterios y algunos banqueros cristianos y judíos, mayormente estos últimos a los que no estaba impedido el ejercicio del comercio más lucrativo, el de los esclavos. Los vikingos suministraban la materia prima: los «eslavos».

En este encuadre hay que situar las considerables dificultades existentes todavía en Inglaterra para la titularidad plural de la propiedad, así como el nacimiento de los «Uses» que en el siglo XVIII pasan a ser *Trusts*, instituciones que utilizando una mano fiel, un hombre de confianza, permiten alcanzar objetivos muy diversos no autorizados en forma directa por la norma.

CHESHIRE sitúa su origen en el siglo XII cuando los franciscanos, con su pobreza que impide toda titularidad, llegan a Inglaterra y a quienes el «use» les permitió disfrutar de tierras sin infringir sus reglas. Pero PARKER-MELLOWS cree que son las normas sobre manos muertas las que

impedían tal titularidad y obligaron a la estratagema, aunque el más antiguo origen del «use» es feudal y con él se trataba de eludir derechos reputados excesivos, «malos usos», de los señores. Eran tiempos ingenuos que no podían soñar en la incidencia fiscal del siglo xx, en el que en aras a una futura y quimérica igualdad social se produce una expropiación increíble, incluso de los frutos del trabajo personal, una práctica extinción de la libertad individual.

El ejemplo ilumina: Si NIGEL, al servicio de un noble, fallece con un hijo menor imposibilitado de asumir su *status*, obligaciones y disfrute de la tierra, el señor readquiere ésta hasta que alcance la mayor edad y, en ocasiones, si contrae matrimonio con la doncella designada por el señor. Pero todo puede eludirse transfiriendo NIGEL su *status* a un amigo, quien lo transmitirá al hijo de NIGEL al cumplir la edad correspondiente.

En el siglo xvi se intentan abolir estos «uses», pero, pese a ello, se desarrollan en forma tan considerable que hoy es prácticamente imposible realizar en Inglaterra una breve andadura jurídica sin tropezar con un *trust*. Se utilizan con un sinfín de propósitos: disfrute de un inmueble, proindiviso o solidariamente, por varias personas, ya que sólo una puede estar «vested» con la titularidad; en forma simultánea o sucesiva, dando lugar a vinculaciones o mayorazgos; para disfrutar de los beneficios de la titularidad quienes no pueden estar investidos de ella, como los menores; para destinar los productos de una porción patrimonial al cumplimiento específico de ciertos fines, como alimentos a amante e hijos de ella; conservación de monumentos; cuidados a animales domésticos; pensiones a empleados; atenciones de finalidades caritativas; reparación de enriquecimientos injustos y, modernamente, como perfección del capitalismo masivo, como eficacísimos instrumentos de inversión colectiva. La enunciación, como veremos, es muy limitada.

Requieren, normalmente, un estableciente o *settlor*; el hombre de confianza o *trustee* y el beneficiario *cestui que trust*, aunque en muchos casos el *trust* está impuesto por la ley y el beneficiario no es persona natural o jurídica y carece de capacidad para ejercitar derechos en relación con el *trust*. No obstante, las definiciones de COKE, UNDERHILL y LEWYN, que nuestros autores analizan exhaustivamente, coinciden esencialmente en la fórmula de constitución de determinados bienes bajo el control de una persona en beneficio de otras o de ciertas finalidades. La propiedad de los bienes está investida en el *trustee* que, normalmente, dispone de facultades para proceder judicialmente, variar inversiones, acumular beneficios o distribuirlos. El *cestui que trust* ostenta un derecho no excesivo, un *equitable interest*.

En esto se distinguen del *executor* testamentario y el administrador en los *ab intestatos* que realizan funciones propias de un *trustee*. Los sucesores carecen de todo derecho hasta que dichos «personal representatives» han liquidado la herencia y señalado el residuo correspondiente a los *next of kin*.

Los *trusts* descritos son los ordinarios, frente a los cuales aparecen los «*trusts* en el más alto sentido» no susceptibles de intervención judicial y sí de situaciones de alta política. La ficción se originó con motivo de los *royalties* percibidos por los habitantes de la Isla Banaba, en el Pacífico, por las extracciones de sus ricos yacimientos de fosfatos. Deseando aumentar el canon se construyó un *trust* en el que la Corona asumía el papel de *trustee* y para los isleños beneficiarios podía concertar nuevos y sabrosos

royalties. Pero el caso es excepcional. Los que deambulan por la vida corriente ofrecen múltiples modalidades, de entre las que destacamos las siguientes:

1) *Secret Trusts*, que, como nuestras herencias de confianza, permiten subvenir a reservadas atenciones que no pueden ser ilícitas. El fraude, sea o no fiscal, haría del instituto un *cloak o engine for fraud*, lo que no es tolerable. Pueden ser totalmente secretos o medio secretos.

2) *Express Private Trusts*, establecidos claramente por mayores de dieciocho años, capaces, verbalmente o por escrito, con los *statutory requirements*, o sea, los requisitos legales, que cuando se refieren a inmuebles acostumbran a exigir forma escrita. Requieren, para su perfección, certeza en palabras, materia y determinación de beneficiarios o finalidad. Por ello tienen clasificaciones complementarias: *executed y executory*, según requieran o no un instrumento complementario aclaratorio, y completamente e incompletamente constituidos, a los que falta algún requisito de transferencia de bienes, forma o tienen otro defecto subsanable.

3) *Discretionary Trusts* son aquellos en los que el *trustee* dispone de facultades extraordinarias: nombramiento de otros *trustee* simultáneos o sucesivos, alteración de inversiones en forma sustancial, determinación de beneficiarios, en ciertos casos, política de acumulaciones al capital sustituyendo a la de distribución de rentas, o viceversa, renuncia total o parcial de sus poderes. Las consideraciones fiscales, en muchos casos, pues debido a la presunción de fraude inmanente en el *trusts*, la Administración lo grava especialmente, hacen conveniente dotar al administrador de una amplia capacidad de maniobra.

4) *Protective Trusts*, que se utilizan para evitar efectos de una quiebra o bancarrota. Un tercero, con un derecho no condicional, sino efectivo, titular, por tanto, de un «determinable interest», pasa a ser propietario al producirse la bancarrota de los bienes que el *settlor* constituye en *trust* para sí y para sus hijos y esposa, hasta que se produzca la quiebra. En este momento, los bienes pasan automáticamente al acreedor.

De acuerdo con la *Trustee Act* de 1925, puede confiarse a un *trustee* la entrega de determinadas pensiones a una persona con la salvedad de que en el caso de que por quiebra no las pueda aplicar a su atención personal y deba percibir las un tercero, el *trustee* queda facultado para cambiar el beneficiario o alterar la finalidad del *trust*.

5) *Implied of Resulting Trusts*. Hay que distinguir los automáticos y los presuntos. Los últimos dimanar de la voluntad implícita del estableciente, mientras que en los primeros no hay realmente voluntad. Los impone la ley a la vista de una deficiente disposición.

Se producen cuando se realiza una compra a nombre de otra persona o cuando comprando varias y pagando su precio todas, el inmueble sólo puede quedar investido a nombre de una sola que pasa a ser *trustee* para las demás y en proporción a su respectiva participación en el precio.

El tema ha adquirido considerable extensión después de 1945, cuando las parejas empezaron a comprar masivamente el hogar conyugal para los dos esposos; por ello se puede decir que una importante parte de los inmuebles ingleses se hallan en régimen de *trust*.

Es digno de anotar el caso de divorcio: aunque los cónyuges puedan haber señalado una titularidad dominical o incluso haber previsto el caso de ruptura matrimonial, las Cortes disponen de amplísimas facultades para

estimarlos o no aplicables, así como de señalar cuáles son los bienes privativos, cuáles los de ambos cónyuges y su respectiva participación. Cuando ha habido préstamo, donación, mejoras, accesión y la futura participación de cada cónyuge, según las circunstancias. Se trata de un establecimiento de gananciales *a posteriori* y por arbitrio judicial.

También es anotable el caso de los *Mutual Wills* o testamentos recíprocos. Ciertamente pueden revocarse individualmente, pero en casos como la institución recíproca y para los hijos la totalidad del remanente del sobreviviente de los cónyuges, pese a la revocación, se entiende constituido un *trust* a favor de dichos hijos. Ciertas circunstancias obligan a moderar, no obstante, este criterio de la *equity*. Fallecida la esposa en 1904 y el esposo en 1924 después de haber contraído ulteriores nupcias, la Corte decidió que el *trust* se limitaba a los bienes procedentes de la esposa. En Inglaterra el matrimonio revoca automáticamente el testamento anterior.

6) *Constructive Trusts*, que no derivan de voluntad expresa o implícita, sino que se basan en una relación creada por la *equity* en interés de la conciencia. En Norteamérica se ha escrito que constituían una institución destinada a remediar los enriquecimientos injustos, pero en Inglaterra las causas pueden ser muy variadas; el concepto es elusivo y difícilísimo señalar límites: lo mismo pueden proceder de una falsedad, de una retención indebida de fondos, de falta de formalidades en una transmisión inmobiliaria, de terminación de cohabitación o matrimonio de hecho cuando las dos partes han contribuido a la mejora de un bien, a aprovecharse incluso de «conocimientos» o «técnicas» posibles a los que ejercen determinados cargos, incluso en los supuestos de *know-how*. En todo caso dan como evidente una conducta «inequitable» de la que dimana un *trust* para restablecer la alterada normalidad jurídica. En la *mortgage* el acreedor que enajena el bien dado en garantía y obtiene importe superior al de la deuda, en cuanto al exceso pasa a ser considerado *trustee* de los subsiguientes *mortgagees* y del *mortgagor* en su caso.

7) *Trust of Imperfect Obligation* son los de naturaleza híbrida o anómala que carecen de *cestui que trust*. Tienen su más diáfana expresión en los instituidos para conservación de monumentos, particularmente funerarios, alimentación vitalicia de animales domésticos y similares, aunque no faltan otros más singulares: el destinado al fomento de la caza del zorro o el de Bernard Shaw para experimentar la reforma del alfabeto inglés. Algunos rozan la normativa sobre *perpetuities*, como los establecidos por durante la vida de las tortugas u otros animales notoriamente longevos y muchos problemas pueden solventarse constituyendo una compañía cuyo objeto sea el cumplimiento de la finalidad del *trust*.

8) *Charitable Trusts*. Ocupan una parte muy importante en el tema. Están exentos, en términos generales, de las normas relativas a *perpetuities* y disfrutan de un excepcional tratamiento fiscal. Se discute lo que debe entenderse por *charitable*, llegándose a la conclusión de que sus límites constituyen un típico *case-law*. La Act de 1601 hacía un enunciado esquemático y general que ha sido ampliado y concretado, sobre todo, por la «Charities Act» de 1960, y en méritos de ella quedan incluidos indudablemente en el grupo no sólo los relativos a indigencia, sino los que tienen propósitos religiosos, educacionales o son reputados favorables para la comunidad, siempre considerada en términos generales. Cuando esta intención general de caridad es de imposible realización en la forma establecida procede la aplicación de la doctrina denominada *cy-près*, en mé-

ritos de la cual los fondos son aplicados a finalidades similares. Ello tiene especial importancia en los casos de desaparición de la institución beneficiaria, su fusión o incorporación. También en los en que por imposibilidad de cumplimiento los fondos deberían restituirse a los *settlers* y éstos, por haberse aportado en cuestaciones públicas u otra causa, son desconocidos, en vez de considerarse *bona vacantia* y corresponder a la Corona, se les da como incluidos en la doctrina *cy-près*.

9) *Unit Trusts*. Permiten al inversor individual las ventajas de la colectividad y, entre ellas, la dilución de riesgos y la dirección técnica y asidua. El fondo del *trust*, constituido con las aportaciones de los suscriptores, es invertido en valores mobiliarios y administrado por una gerencia que después de satisfacer gastos y reservarse un salario o distribuye los beneficios entre los suscriptores o los acumula al capital, según las características del *trust*. Nacidos espontáneamente, han tenido extensión extraordinaria incluso en países en cuya sistemática jurídica no encajaba la institución inglesa, y aun el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) elaboró un proyecto de ley-modelo.

En España, en momentos de auge económico, tuvieron considerable desarrollo, con regulación específica y amplio estudio doctrinal. Un orfebre de tan escasa como calificada producción, VERDERA TUELLS, le dedicó unas notas deliciosas, aludiendo al «objeto social» y al calificativo «entidad» que figuraban en la normativa, pese a lo cual el fondo no pasaba de ser un patrimonio despersonalizado en línea con la progresiva desvalorización doctrinal del concepto persona jurídica.

En la esfera inmobiliaria, aún sin regulación, hubo algún intento e incluso alguna anónima incluyó en su denominación el vocablo «Fondo», viéndose posteriormente obligada a prescindir del mismo. Se acoplaron, dentro de lo posible, a la fórmula suiza de los «Bonds de Participation». En Suiza y a través de ellos es posible participar en la propiedad inmobiliaria de diversos países. El ejemplo más destacado es el de Canadá Inmobil. Los *Swissimmobil*, típicos *Fond de placement immobilier*, tienen abundantes series.

10) *Trust y Entail*. Normalmente el *trust* es activo, impone deberes de administración y entrega, pero puede ser también simple, limitado a la última y muy próximo a nuestros fideicomisos puros, salvando posición jurídica de fideicomisarios o beneficiarios.

En ocasiones se utilizan los *trust* como *fee teils*, equivalentes a nuestras sustituciones fideicomisarias, siendo su objetivo dar estabilidad a grupos familiares. España, con escasas influencias feudales, fue maestra en vinculaciones y mayorazgos. Pero estos *family settlement* tienen también en Inglaterra las limitaciones propias de las perpetuidades, que antes de la reforma de 1964 no podían exceder de la vida de una o varias personas existentes y veintiún años, y después de dicha alteración se han señalado plazos máximos de ochenta años. A estos efectos se considera vivo el *child en ventre sa mère*, y una sentencia irlandesa—irlandesa tenía que ser—no considera asimilables las de los animales. Se admite la cláusula real «durante la vida de los hijos de S. M. Jorge V» y veintiún años más, y para tales finalidades el *trustee* puede hallarse dotado de un amplio *power of appointment* o facultad de elección de beneficiarios.

La obra, como la mayoría de las jurídicas inglesas, con su profusión desbordante de casos concretos que le dan luz, vida y color, es amena y agradable para todos los que dominan la técnica inglesa del derecho.

Dentro de una corrección exquisita, no faltan leves comentarios cáusticos o humorísticos. Comprende, naturalmente, muchas otras materias no enunciadas en los párrafos que anteceden, a las que es imposible referirse en estas breves notas, aunque sí queremos aludir, por su curiosidad, al exhaustivo análisis de la fiscalidad en relación con los *trusts*, cuya dureza se constata al mencionar que ciertos tramos de ingresos tenían un tipo de gravamen del 98 por 100, lo que parece que ha sido rectificado por el actual Gobierno conservador. Era una de las causas—que se enumeran—de exportación de los *trusts off shore*, hacia Irlanda del Norte, Islas del Canal u otros paraísos fiscales, siendo de advertir que nuestros autores detallan no sólo las causas, sino también los métodos. La actuación del *Public Trustee* en supuestos de presunta administración deficiente; las consecuencias, de variada índole, de limitaciones y acumulaciones; los tipos, clasificación y proporción de las inversiones, con la advertencia de que no todas las que se efectúan en *securities* o valores sólidos deben considerarse seguras; la ilegalidad de *trusts* con objetivos ilícitos: impedir matrimonios, separar padres e hijos...; el *standard* del celo del *trustee* en su misión, sus deberes y responsabilidades. El enunciado sería extensísimo.

La primera edición de la obra es de 1966. El hecho de que en tan breve espacio hayan aparecido otras tres es el mejor elogio que de ella puede hacerse.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núms. 140-141. Marzo-abril, Mayo-junio 1979

Los tipos proporcionales en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, por J. L. Argilés y Garcés de Marcilla, págs. 253 a 267.

La compensación de deudas y créditos tributarios, por A. García-Aranaz, págs. 267 a 275.

La infracción-sanción de contrabando, causa de incompatibilidad para la profesión de agente de aduanas, por A. Márquez, págs. 275 a 283.

Una perspectiva general sobre las subvenciones a las instituciones sin fines de lucro, por V. Bravand, páginas 283 a 309.

Principios de legalidad y de reserva legal en materia tributaria, por Ricardo Siller, págs. 309 a 337.

La suspensión de ingresos en el procedimiento económico-administrativo, por M. R. de Celis y otros, páginas 337 a 373.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1978

En el V Centenario del Notariado de Madrid, por José Valverde Madrid

y Gonzalo Fernández de Oviedo, páginas 7 a 17.

La Unificación subjetiva, por Roberto Blanquer Uberos, págs. 17 a 101.

Ante la reforma del Derecho de familia, por Manuel de la Cámara Alvarez, págs. 101 a 139.

Solemidades y formalidades de los testamentos, según doctrina del Tribunal Supremo, por José Ignacio Cano Martínez de Velasco, páginas 139 a 172.

La causa, «el interés» y la equidad en la estipulación a favor del tercero, por José Manuel Martín Bernal, págs. 172 a 195.

Antecedentes del Notariado valenciano, creación del Rey don Jaime, por Enrique Taulet y Rodríguez-Lueso, págs. 195 a 223.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero 1979

Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho español, por Ramón Bandenes Gasset, págs. 125 a 134.

De la separación culpable a la separación privada de hechos objetivos, las injurias graves o excesos en la jurisprudencia italiana, por Miguel Coca Payeras, págs. 135 a 156.

Limitaciones a la contratación entre cónyuges en el Código civil, por María de los Desamparados Núñez Boluda, págs. 157 a 181.

Marzo 1979

La Constitución española y el Derecho civil, por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 233 a 255.

La mayoría de edad de los españoles, por Eduardo Cerro, págs. 256 a 269.

Abril 1979

La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código civil español, por Diego Espín Cánovas, págs. 309 a 317.

La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros en España, por Ramón Mullerat, págs. 318 a 344.

El dolo omisivo, por Enrique Quiñero Cervantes, págs. 345 a 357.

Mayo 1979

El matrimonio y sus regímenes económicos, por Víctor Garrido de Palma, págs. 413 a 433.

La buena fe y el abuso del derecho, por Luis Martínez Calcerrada, páginas 434 a 458.

Notas en torno a las fundaciones y los establecimientos en el Código civil, por Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, págs. 458 a 485.

Junio 1979

Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales, sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario (1.ª parte), por Albala-dejo, págs. 519 a 545.

Algunos aspectos de la regulación de la sucesión «Mortis Causa» en el Código civil español que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias, por Jaime Vidal Martínez, págs. 546 a 558.

Los problemas de la reforma del contrato de trabajo en la Ley de Rela-

ciones Laborales, por Enrique Rayón Suárez, págs. 559 a 574.

La actualización de los precios de venta de las viviendas de protección oficial, por Alfredo García-Bernardo Landeta, págs. 575 a 586.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA

Num. 1. Año 1979

Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930, por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi.

La situación del Magistrado ponente, disidente del criterio de la mayoría, en cuanto a la redacción de la sentencia, por Angel Martín del Burgo y Marchán, págs. 45 a 65.

La intervención del Abogado en el procedimiento tutelar de menores, por José de los Santos Martín Ostos, págs. 65 a 81.

Aspectos de la hipoteca y de su ejecución procesal, por Tomás Muñoz Rojas, págs. 81 a 127.

Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos, por Manuel Serra Domínguez, págs. 127 a 151.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Octubre-diciembre 1978

El acceso a la propiedad de la tierra a través de los arrendamientos rústicos en el Derecho agrario español, por José Luis Algíbez Cortés, páginas 7 a 37.

Presente y futuro de los recursos forestales españoles para industrias celulósicas y de tableros, por Antonio López Balazote, págs. 37 a 61.

La agricultura contractual en España, por José Eugenio González del Barrio, págs. 61 a 91.

Notas para la construcción de un concepto sociológico de latifundio, por Manuel Pérez Yruela, págs. 91 a 105.

Notas sobre la estructura social de una comarca rural deprimida: Los Ancares de León, por Juan Manuel García Bartolomé, págs. 105 a 123.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 201. Enero-marzo 1979

El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, por Tomás-Ramón Fernández, págs. 9 a 37.

Las competencias urbanísticas metropolitanas (con especial referencia a la Comarca de Barcelona), por Francisco Lliset Borrell, págs. 37 a 57.

Observaciones complementarias sobre el visado de proyectos técnicos por Colegios profesionales, por José A. López Pellicer, págs. 57 a 73.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Abril 1979

Actividad jurídica en su fase de aplicación de la norma. La interpretación, por Manuel Novalvos y Pérez-Acevedo, págs. 330 a 346.

El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo, por Antonio Millán Garrido, págs. 346 a 352.

Núm. 416. Mayo 1979

Los medios de prueba en el proceso civil (comentarios a la reforma de L. E. C.), por Luis Muñoz Sabaté, págs. 450 a 458.

El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo,

por Antonio Millán Garrido, págs. 458 a 466.

Junio 1979

El expediente de cambio de nombre civil por el canónico, por Cayetano Rodríguez González, págs. 578 a 588.

El contrato de transporte en Portugal, por Francisco José Sánchez Ortiz, págs. 588 a 597.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 1. Enero 1979

Los derechos de la personalidad en la Constitución española, por José Manuel Martín Bernal, págs. 3 a 33.

La revocación de los hechos sucesorios en el Derecho civil especial de Aragón, por Angel Cristóbal Montes, págs. 33 a 43.

El Derecho penal hoy: ¿Reforma o desaparición?, por Federico Bello Landrove, págs. 43 a 53.

Núm. 2. Febrero 1979

El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978, por Rafael Navarro Valls, págs. 111 a 143.

La nacionalidad española de los judíos sefarditas, por Salomón Ben-sabat Benarroch, págs. 143 a 149.

La redención de penas y otros incentivos del trabajo penitenciario ante el futuro, por Federico Bello Landrove, págs. 149 a 155.

Núm. 3. Marzo 1979

Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 191 a 251.

Consideraciones sobre la reforma constitucional, por Pedro Farias García, págs. 251 a 267.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2. Abril-junio 1979

Eficacia de les normes a la tradició catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta, por Joan Egea I Fernández i Josep María Gay I Escoda, págs. 249 a 295.

Las comunidades autónomas en la Constitución Española de 1978, por Manuel Gerpe Landin, págs. 295 a 329.

Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil, por Manuel Serrat Domínguez, páginas 329 a 345.

Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte, por Miguel Angel Fernández, páginas 345 a 371.

La prueba pericial en el proceso de trabajo, por Federico Sanz Tomé, páginas 371 a 429.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero 1979

Esquema del sistema de compensación, por J. L. González-Berenguer Urrutia, págs. 13 a 23.

Administraciones especiales territo-

riales, por Francisco Chorot Nogales, págs. 23 a 39.

Preautonomía y traspaso de competencias: La Generalitat y sus funciones en materia de urbanismo, por Enric Argullol Murgadas, páginas 39 a 71.

El Plan Nacional de Desarrollo Urbano en México, por Eduardo Larrañaga Salazar, págs. 71 a 93.

Marzo-abril 1979

Aspectos registrales de las urbanizaciones, por Manuel Amorós Guardiola, págs. 13 a 55.

La suspensión del otorgamiento de licencias en el Reglamento de Planeamiento, por José Luis Castro Troncoso, págs. 55 a 73.

Régimen de las infracciones y sanciones administrativas en materia de disciplina urbanística, por José A. López Pellicer, págs. 73 a 129.

Mayo-junio 1979

El reglamento de disciplina urbanística como norma básica para la aplicabilidad del visado por razón de urbanismo, por Antonio Cano Mata, págs. 13 a 35.

El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas, por José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, págs. 35 a 111