

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIV • Noviembre-Diciembre 1978 • Núm. 529

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho» (continuación), por MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS y CALIXTO GARCÍA ARANDA 1105
- «El principio general de la subrogación real en los Derechos reales de garantía y goce», por MARÍA LUISA MARÍN PADILLA 1149

NOTAS:

- «Los *Estudios de Derecho Mercantil*, de MANUEL DE LA CÁMARA, una aportación fundamental a nuestra disciplina», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ 1205

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y TIRSO CARRETERO GARCÍA 1229

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

- 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI 1243
- 2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS 1327
- 3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ 1349

LIBROS:

- «La scienza del Diritto nell'ultimo secolo», por JOSÉ M.^a PIÑOL AGUADÉ. 1355
- «Los delitos políticos», de A. FIESTAS LOZA, por JOSÉ M.^a CHICO ORTIZ. 1361

	<i>Págs.</i>
«Fusión y escisión de Sociedades Comerciales», de JULIO C. OTAEGUI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1366
«How to invest in Real Estate», de MAURICE ALBERT UNGER, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	1370
«Causa y abstracción causal en el Derecho civil español», del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1374

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	1381
-------------------------	------

ESTUDIOS

El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho

Estudio sobre un concepto unitario del tercero hipotecario⁽³⁸⁾

(CONTINUACION)

SUMARIO (39): e) *Reglas generales de la afección negativa. Concepto.*—1) Regla general de la afección negativa en los supuestos de conexión en derivación.—2) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de conexión patrimonial. Los privilegios.—3) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de conexión *ob rem* y conexión subjetiva. Subgrupos de estos supuestos: 1.^{er} subgrupo: Supuestos de colisión de relaciones traslativas. Clasificación de estos supuestos atendiendo al derecho trasladado: a') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad. La doble venta. Distinción de las relaciones traslativas en personales y reales. Los presupuestos de la transmisión: 1'. Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad. El artículo 1.473 del Código Civil. Inciso sobre el sistema traslativo base de nuestro sistema registral: Teoría de SANZ FERNÁNDEZ y reparos a la misma..—2'. Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relación personal y relación real traslativas de la propiedad.—3'. Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relaciones personales traslativas de la propie-

(38) Iniciada la publicación de este trabajo en el número 508 de esta Revista, causas ajenas a nuestra voluntad nos han impedido continuarla al ritmo que habíamos previsto. Lo que ahora publicamos es también desarrollo del avance que presentamos en la sesión del Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura celebrada en Cáceres, el 25 de enero de 1973, y mucho nos agradecerá que sea admitido como labor de dicho Seminario.

(39) Este sumario debe ponerse en relación con el que encabeza la parte publicada en el número 508, por ser desarrollo parcial del mismo. Los límites que a la extensión de los trabajos imponen los de esta Revista, nos impiden publicar en un solo número el total desarrollo del apartado e), que encabeza este sumario.

dad.—b') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos reales limitativos de la propiedad.—c') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos personales.—2.º subgrupo: Supuestos de colisión de relaciones constitutivas.—3.º subgrupo: Supuestos de colisión de relación constitutiva y relación traslativa.—4) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de conexión mixta.—5) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de solo conexión *ob rem*.

c) REGLAS GENERALES DE LA AFECCION NEGATIVA

Como hemos dicho, la afección negativa es resultado de la conexión objetiva de relaciones jurídicas en los supuestos que hemos llamado «anormales». Formular este resultado deduciéndole de la clase de conexión y del contenido de las relaciones es el objeto de las reglas generales de la afección negativa.

Partiéndose de supuestos «anormales» de conexión objetiva de relaciones jurídicas, la regla general de la afección negativa podría limitarse a resaltar la ineficacia de la relación conexa y desdoblarse, atendiendo a la clase de conexión, en dos, como las siguientes: En los supuestos de conexión en derivación, la ineficacia de la relación determinante arrastra la ineficacia de la relación conexa; en los supuestos de conexión en colisión, la eficacia de la relación determinante implica la ineficacia de la relación conexa.

En los supuestos de conexión en derivación la relación determinante es perfectamente identificable y por ello la regla anterior relativa a estos supuestos resulta suficiente. Pero en los supuestos de conexión en colisión la identificación de la relación determinante depende de la solución que se dé a la colisión, y esta solución depende, a su vez, del contenido de las relaciones en colisión. Por ello, la regla anterior relativa a estos supuestos resulta insuficiente y hay que sustituirla por otras que precisen la relación determinante, que resuelvan la colisión.

Los ordenamientos jurídicos no suelen contener normas que puedan ser tomadas como reglas generales de la afección negativa. Y conviene formularlas doctrinalmente, porque la protección del tercero en sentido restringido es excepción de la afección negativa, y se comprenderán mejor las excepciones si se parte de las reglas que excepcionan (40).

(40) No faltan en la doctrina reglas generales decisorias de la colisión de derechos patrimoniales. A juicio de COVIELLO—*Doctrina general de Derecho civil*—, «sólo puede admitirse como concepto fundamental que si la colisión se plantea entre derechos de diversa entidad, debe prevalecer el derecho que la tiene mayor, y si el conflicto tiene lugar entre derechos de igual entidad, todos deben respetarse y ninguno debe ser enteramente sacrificado, debiendo sufrir cada uno un límite o una modalidad en su ejercicio». En GARCÍA DE HARO GOYTISOLO—*El salario como crédito privilegiado*—encontramos la siguiente ordenación, por su aplicación, de reglas

De aquí que intentemos formular las reglas generales de la afección negativa para cada uno de los grupos de supuestos de conexión de relaciones que antes hicimos (41).

1. REGLA GENERAL DE LA AFECCIÓN NEGATIVA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIÓN EN DERIVACIÓN

Puede valer la que antes hemos formulado: La ineficacia de la relación determinante arrastra la ineficacia de la relación conexas. Y puede aprovecharse también el viejo aforismo *resoluto iuris dantis, resolvitur ius concessus*, dando al verbo «resolvere» sentido tan amplio que comprenda todos los supuestos de ineficacia, inicial o sobrevenida, de las relaciones jurídicas.

En nuestro Código Civil hay algunas normas que aplican esta regla a supuestos especiales, como las siguientes:

«Cuando la donación—viene a decir el artículo 647—sea revocada por no cumplir el donatario alguna de las condiciones impuestas por el donante, quedarán nulas las enajenaciones de los bienes hechas por el donatario y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto.» La donación es la relación determinante y su ineficacia por la revocación arrastra la ineficacia de la relación conexas—la donación hecha o la hipoteca establecida por el donatario—.

«El vendedor—dice el artículo 1.520—que en virtud del retracto convencional recobre la cosa vendida, la recobrará libre de toda carga o gravamen impuesto por el comprador.» La compraventa es la relación determinante y su ineficacia por la resolución arrastra la ineficacia de la relación conexas—la carga o gravamen impuesta por el comprador—.

decisorias de la colisión de relaciones jurídicas: «1. En primer lugar, están los privilegios o prelaciones acordadas en virtud de la causa de la situación. 2. En segundo lugar, la seguridad del tráfico, a través del principio de legitimación de la apariencia, en los casos de inscripción o de posesión. 3. No existiendo razones especiales a favor de una de las relaciones, lo más justo es acordar el triunfo de la primera en el tiempo. 4. Y, por último, si no constase ésta, se optará por la ineficacia parcial de las relaciones.» Pero de estas reglas sólo son generales las 3 y 4 y únicamente deciden la colisión de relaciones de igual entidad. A nuestro juicio, son reglas generales de colisión las que resultan de los siguientes criterios: 1. En la colisión de relaciones de distinta entidad debe prevalecer la que tenga mayor entidad. 2. La colisión de relaciones de igual entidad puede decidirse: a) sufriendo cada una un límite o una modalidad en su ejercicio, o b) sacrificando la relación posterior en el tiempo. Podría bastar esta simple enunciación, pero las reglas generales de colisión de relaciones—antecedente obligado del Derecho hipotecario—tienen, a nuestro juicio, tal importancia que justifica la extensión con que las estudiamos en el texto.

(41) Véase el número 508 de esta Revista, mayo-junio 1975.

En los supuestos de los artículos mencionados la relación determinante es inicialmente eficaz y su ineficacia posterior es previsible por las partes al crearla. Son supuestos relativamente anormales, pues el modo incorporado a la donación o la condición resolutoria incorporada a la compraventa entran en estos negocios jurídicos como elemento accesorio, aunque en la transmisión de la propiedad originan situaciones que bien pueden ser consideradas como anormales (42).

Ningún artículo de nuestro Código Civil aplica la regla general de la afección negativa a supuestos en que la relación determinante es inicialmente ineficaz—inexistencia, nulidad radical—o en que siendo inicialmente eficaz su ineficacia posterior es consecuencia de la ilícita actuación, al crearla, de una de las partes—anulabilidad—o de la lesión que esta relación produce a una de las partes o a tercero—rescisión—. Son verdaderos supuestos anormales, hasta el extremo de que las causas de esta ineficacia de la relación determinante constituyen la Patología del negocio jurídico, que es la más amplia fuente de las relaciones jurídicas (43).

(42) La condición, el término y el modo son elementos accidentales o accesorios del negocio jurídico. «Se interponen—dice ROCA SASTRE—por voluntad de las partes o del disponente en la estructura del negocio jurídico», de modo que cuando se emplean quedan elevados a la categoría de requisitos de eficacia del negocio jurídico, bien para consolidarlo, bien para extinguirlo. La repercusión de estos elementos del negocio jurídico en la transmisión de la propiedad encontró fuerte resistencia en el Derecho romano, sobre todo en las transmisiones onerosas. Producida la transmisión, el adquirente es propietario y el transmitente no puede readquirir la propiedad sin otra transmisión en sentido inverso. Sin embargo, la dependencia de la adquisición de su causa, que fue imponiéndose con el predominio de la *traditio*, facilitó la repercusión del modo y de la condición resolutoria en las adquisiciones de la propiedad. La posterior ineficacia del título, proveniente de su revocación o de su resolución, deja sin efecto la transmisión y la propiedad vuelve al transmitente—*fundus inemptus, servus inemptus*, dicen varios textos del *Digesto* en la venta con condición resolutoria cumplida—. Nuestro Código Civil regula la condición resolutoria como modalidad de las obligaciones, pero su transcendencia en la transmisión de la propiedad se advierte en el artículo 1.114: «En las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerá del acontecimiento que constituya la condición.» Aunque referida la regulación de la condición resolutoria a las obligaciones y, por tanto, con efecto inter-partes, del artículo 1.114 resulta que la propiedad adquirida con condición resolutoria es resoluble, imperfecta—enferma, dice ROCA SASTRE—y, consiguientemente, no puede transmitirse definitiva, perfecta, sana—*nemo dat quod non habet*—. Como dice el citado autor, «con el cumplimiento de la condición resolutoria, el dominio del adquirente queda extinguido automáticamente, y con él los actos de transmisión o gravamen igualmente quedan automáticamente sin efecto...». Pero con todo, se echa de menos la regla de la afección negativa. Puede deducirse de la excepción del párrafo final del artículo 1.124, que protege a los terceros adquirentes por título oneroso y de buena fe en la resolución de la condición tácita en las obligaciones recíprocas, pero la deducción no resulta claramente correcta.

(43) «La inoperancia o carencia absoluta de efectos específicos de los actos o contratos inexistentes o nulos—dice ROCA SASTRE—, así como de los anulables cuando sean anulados, tiene lugar no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros, incluso en cuanto al tercer adquirente de la cosa que fue objeto de

2. REGLAS GENERALES DE LA AFECCIÓN NEGATIVA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIÓN PATRIMONIAL

Como hemos dicho, son supuestos de conexión patrimonial los de conexión de créditos comunes, los de conexión de créditos con privilegio general y los de conexión de créditos comunes y créditos con privilegio general (44).

En estos supuestos las relaciones son de igual entidad y se dirigen únicamente al patrimonio del sujeto pasivo o deudor. De aquí la simplicidad de estos supuestos, que pueden ser calificados de primarios, dentro de los de conexión en colisión. Por ello examinaremos en primer lugar las reglas de la afección negativa de estos supuestos.

En la conexión objetiva de créditos éstos coinciden en el patrimonio del sujeto pasivo o deudor, al atribuir a los sujetos activos o acreedores la facultad de extraer de este patrimonio el contenido de los créditos.

aquéllos.» «El Código Civil—añade—guarda silencio acerca de este punto, pero este silencio es elocuente, por cuanto que no establece en el caso de anulabilidad la norma que el artículo 1.295 aplica a los casos de rescisión. Además, el artículo 1.307 alude a la cosa perdida y no a la enajenada.» Conformes con la doctrina del primer párrafo transcrito, no creemos en la elocuencia del silencio de nuestro Código Civil, el cual se limita a regular los efectos inter-partes de la declaración de nulidad de los contratos—artículos 1.303 a 1.307—, y de esta regulación mal puede deducirse la trascendencia respecto de terceros de dicha declaración. La omisión de una norma como la del artículo 1.295 permite pensar que el Código Civil no establece para la anulabilidad excepción de una regla general, pero hay que decidir primero si admite esa regla general. Precisamente en la rescisión, la regla general se deduce de la excepción del artículo 1.295, pero en la anulabilidad, al no haber excepción, no se sabe cuál es la regla general. El artículo 1.307 sustituye la obligación de devolver la cosa por la del abono de su valor en caso de pérdida, lo que permite pensar que en el caso de enajenación no hay sustitución porque el perjudicado puede reivindicar la cosa de su poseedor. Pero para el artículo 1.122, «la cosa se entiende perdida cuando... no se puede recobrar», supuesto en el que puede incluirse la enajenación—y se incluye cuando la cosa es mueble, en algunos casos—. Insistimos en que el párrafo transcrito de Roca Sastre contiene la doctrina acertada, pero echamos de menos la regla legal de la afección negativa. Puede deducirse de la dependencia que tiene, en nuestro Derecho, la transmisión de su causa: el título ha de ser válido no sólo al producirse la transmisión, sino también en cualquier momento en que se pretenda que justifica la transmisión. Pero esto sólo aparece claro al profundizar en el estudio de nuestro sistema traslativo, no simplemente de la interpretación del articulado de nuestro Código Civil, en el que normas como las de los artículos 1.265 y 1.300 abonan la confusión a que lleva la omisión de una regla capital

(44) Lo son también los supuestos en que alguno de los créditos es especialmente privilegiado, en la parte del importe de éste que excede del valor del bien sobre que recae el privilegio, pues, como dice el artículo 1.928 del Código Civil, los créditos que gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

Si el patrimonio del deudor es suficiente para cubrir el importe de todos los créditos, éstos coexistirán pacíficamente. Pero si el patrimonio del deudor es insuficiente para cubrir todos los créditos, éstos pugnarán por su efectividad. Es la colisión de créditos que nuestro Código Civil regula en el Título XVII del Libro IV (45).

Esta colisión admite dos soluciones generales. Consiste una en dar el mismo trato a todos los créditos—*par conditio creditorem*—, en hacer que todos los acreedores sufran el perjuicio de la insolvencia del deudor en proporción a la cuantía de sus créditos, a prorrata. Con esta solución todos los acreedores son terceros en sentido restringido, a cada uno le perjudican los créditos de los demás. Y consiste la otra solución en establecer un orden entre los créditos atendiendo a sus fechas, dando preferencia a los antiguos sobre los modernos, en hacer que el perjuicio de la insolvencia del deudor recaiga sobre el último o sobre los últimos acreedores. Con esta solución sólo es tercero en sentido restringido el último acreedor o los últimos acreedores, sólo a éste o a éstos perjudican los créditos de los demás.

La primera solución aplica la regla *concurso partes fiunt*, que en la colisión de créditos se formula más explícitamente así: *non competit praelatio in aequali causa*. Tiene el fundamento jurídico de que siendo de la misma entidad las relaciones no hay razón para establecer diferencias en su efectividad. Además, es conforme con el concepto del patrimonio como masa unificada de bienes con la que el deudor responde de sus obligaciones—artículo 1.911 del Código Civil, que encabeza el título antes mencionado—, concepto que hace abrigar a todos los acreedores la misma esperanza en la efectividad de sus créditos. La segunda solución aplica la regla *prior tempore, mellior iure*, de escaso fundamento jurídico cuando las relaciones en colisión admiten fácil división (46).

(45) La regla también el Código de Comercio, sección V del libro IV, para cuando el deudor es comerciante. Las reglas generales son las mismas que las del Código Civil, si bien la *prior tempore, mellior iure*, tiene mayor órbita, pues se aplica también a la colisión de créditos por títulos o contratos mercantiles en que hubiese intervenido corredor o agente—artículo 916, en relación con el 913-4.º—. En el texto sólo nos referimos a la regulación del Código Civil.

46. La colisión existe desde que el patrimonio del deudor es insuficiente para cubrir el importe de todos los créditos. Pero esta colisión sólo resulta efectiva con la declaración del estado de concurso del deudor—o de quiebra si es comerciante—. Para entonces están las reglas que regulan la ejecución del patrimonio del deudor y la distribución de su importe entre los acreedores. Pero además de esta colisión general, de todos o casi todos los acreedores, pueden darse colisiones particulares al intentar varios acreedores la efectividad de sus créditos sobre el mismo bien del deudor y ser el valor de este bien inferior a la cuantía total de los créditos. Cuando los créditos de estas colisiones particulares son comunes no se aplican las reglas generales de colisión. Incide entonces la eficacia del embargo, que da preferencia al crédito que primero lo origina. De la incidencia del embargo sólo se salvan los créditos privilegiados, pero si estos créditos no tienen transcendencia real

Los Ordenamientos jurídicos adoptan la primera solución, la regla *non competit praelatio*... También la adopta nuestro Código Civil, pero conservando una peculiaridad de nuestro Derecho histórico, cuyo precedente está en una Real Cédula de Felipe IV, de 1636, sigue la segunda solución, la regla *prior tempore, mellior iure*, en la colisión de créditos que constan en escrituras públicas o por sentencias firmes de distintas fechas. Las dos reglas aparecen recogidas en los artículos 1.924-3.^a, 1.925 y 1.929-2.^a y 3.^a, que vienen a decir: «Los créditos comunes se satisfarán a prorrata, excepto si constan en escrituras públicas o por sentencias firmes de distintas fechas, pues entonces se satisfarán por el orden de éstas.

Por tanto, en el Código Civil tenemos dos reglas generales de la afección negativa para la colisión de créditos: la más general, la regla *non competi praelatio in aequali causa*, y la menos general, la regla *prior tempore, mellior iure* (47).

Pero estas reglas lo son sólo de los supuestos de colisión de créditos comunes. Los demás supuestos son excepción de estas reglas generales. El legislador estima que algunos créditos, por diversas razones, merecen ser preferidos a los demás en su efectividad sobre el patrimonio del deudor o sobre determinado bien de este patrimonio, y, consiguientemente, dotan a estos créditos de prelación sobre los demás. Resultan así los créditos especialmente privilegiados—o con privilegio especial—y los créditos simplemente privilegiados—o con privilegio general—. Los privilegios son excepciones de las reglas generales de la afección negativa, protecciones de terceros en sentido restringido. Al acreedor privilegiado le dejan de afectar los créditos comunes, de tercero en sentido restringido se convierte en tercero civil o tercero hipotecario, según la naturaleza civil o hipotecaria de la norma que le protege.

En la colisión de créditos privilegiados la ley, que crea el privilegio, suele decidir la colisión a favor del crédito que le merece mayor protección. Sigue este criterio el artículo 1.929-1.^a del Código Civil en la colisión de créditos con privilegio general—comprendidos también en este apartado—, que viene a decir: Los créditos que gocen de prefe-

sobre los bienes embargados, los acreedores privilegiados tienen que hacer valer su prelación en tercería de mejor derecho.

(47) En la colisión de créditos comunes, los que constan en escrituras públicas o por sentencias firmes, de distintas fechas, constituyen un mundo aparte. En la colisión de estos créditos rige la regla *prior tempore, mellior iure*, que no consagra un privilegio del crédito de la escritura o de la sentencia más antigua, sino una regla general de colisión, aunque de órbita reducida. Responde a un criterio que pudo adoptarse para todos los supuestos de colisión de créditos comunes y que sólo se adoptó para los que constan en dicha clase de documentos, sin duda con ánimo de favorecer la titulación auténtica.

rencia con relación a los demás bienes—es decir, excluidos los que la tienen respecto de bienes determinados—se satisfarán por el orden establecido en el artículo 1.924.

3. REGLAS GENERALES DE LA AFECCIÓN NEGATIVA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIÓN «OB REM» EN COLISIÓN Y CONEXIÓN SUBJETIVA (48)

Son los supuestos más numerosos y más variados, consecuencia de la diversidad de relaciones que en ellos pueden entrar. Para facilitar su examen los dividimos en los subgrupos siguientes:

- 1.º Supuestos de colisión de relaciones traslativas.
- 2.º Supuestos de colisión de relaciones constitutivas.
- 3.º Supuestos de colisión de relación constitutiva y relación traslativa.

Explicaremos la terminología que empleamos. La relación jurídica patrimonial se crea para dotar al sujeto activo del poder que constituye el derecho subjetivo, contenido de la relación contemplada del lado de este sujeto. El derecho subjetivo puede estar configurado en el patrimonio del sujeto pasivo, trasladándole por la relación jurídica al patrimonio del sujeto activo, o puede configurarse en la misma relación sobre la base de un derecho más amplio existente en el patrimonio del sujeto pasivo, constituyéndole y trasladándole, a la vez, por la relación al patrimonio del sujeto activo. Esta consideración permite clasificar las relaciones comprendidas en este apartado en traslativas y constitutivas, clasificación tal vez artificiosa, pero útil para catalogar los supuestos de colisión de relaciones que se dirigen a la misma cosa específica (49).

(48) La extensión de este apartado parecerá excesiva y puede entorpecer la visión de conjunto de nuestro trabajo, pero nos parece conveniente intentar una clasificación exhaustiva de los supuestos que comprende y detenernos en el examen de algunas relaciones. Además, no hemos podido eludir cuestiones que pueden parecer marginales, pero que tienen capital importancia en las soluciones de estos supuestos y no pueden ser adecuadamente expuestas en los reducidos límites de notas. Al abordar estas cuestiones nos hemos creído obligados a exponer nuestra opinión, aunque reconocemos que nada vale al lado de otras de ilustres hipotecaristas, de los que nos sentimos modestos discípulos.

(49) Esta clasificación contempla relaciones jurídicas que sirven de medio para crear situaciones que, a su vez, se destacan como relaciones jurídicas. Pueden ser llamadas «relaciones medio». La «relación fin» se aprecia especialmente cuando la situación creada es de naturaleza real, consiste en un derecho real. Pero puede apreciarse también cuando es de naturaleza personal—relación arrendaticia—. La relación que sirve de medio de creación de las relaciones reales puede ser una relación ordinaria, es decir, de contenido obligacional—Derechos latinos y Derecho

Valiéndonos de esta clasificación examinaremos separadamente los supuestos de cada subgrupo.

Subgrupo primero.—Supuestos de colisión de relaciones traslativas

Caracteriza a estos supuestos la total coincidencia en el contenido de relaciones traslativas dirigidas a una misma cosa específica. El requisito de «identidad de la prestación», exigido en la efectividad de relaciones dirigidas a cosa específica—artículo 1.166 del Código Civil—hace que en estos supuestos resulte inaplicable la regla *concurso partes fiunt*, pues la división de la cosa a que se dirigen las relaciones en colisión haría perder su identidad a ambas relaciones.

Por ello, la regla general de la afección negativa tiene que decidir, en estos supuestos, qué relación prevalece, la cual resultará relación afectante o determinante. El sujeto activo de la otra relación, totalmente afectada, es el tercero en sentido restringido.

Para situar adecuadamente estos supuestos conviene dividirlos en los siguientes:

- a') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad.
- b') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos reales limitados.
- c') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos personales.

a') *Supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad.—La doble venta de cosa corporal*

Nuestro sistema traslativo de la propiedad de cosas corporales—la propiedad por antonomasia, a que se refieren los artículos 348 y 609 del Código Civil—nos permite distinguir, abusando de la libertad de expresión, dos clases de relaciones traslativas: personales y reales.

Llamamos relación traslativa personal a la que tiene como contenido la obligación del sujeto pasivo—y correlativo derecho del sujeto activo—

suizo—, o puede ser una relación especial, es decir, sin contenido obligacional—consentimiento o *einigung* del Derecho alemán—, y puede ser bastante para crear la relación real—Derechos francés e italiano—o puede necesitar otro elemento para que surja la relación real—tradición en nuestro Derecho, inscripción en los Derechos alemán y suizo—. La relación media es de carácter personal y no se convierte en real con el otro elemento. No obstante, a la relación medio con el otro elemento constitutivo de la relación real, le llamamos—en otra clasificación que sigue en el texto—«relación traslativa real», del mismo modo que WOLFF y otros autores alemanes llaman «contrato real» al conjunto de acuerdo o *einigung* e inscripción. Nuestra terminología parecerá arbitraria, pero ayuda a sistematizar los supuestos de este apartado.

de transmitir la propiedad de una cosa—en nuestro Código Civil, la obligación de entregar una cosa para transmitir su propiedad—. Es el título de nuestro sistema traslativo. Y llamamos relación traslativa real al conjunto de la relación personal y el otro elemento de la transmisión de la propiedad de una cosa—en nuestro Código Civil la tradición—. Es el conjunto de título y tradición de nuestro sistema traslativo.

Resulta así que para facilitar el estudio de estos supuestos llamamos relación traslativa personal a parte del *iter* traslativo—el título—y relación traslativa real al *iter* traslativo completo—título y tradición—, expresiones evidentemente extrañas en nuestro Derecho pero que cumplen el cometido para que las empleamos.

La relación traslativa personal no exige presupuesto alguno pues cualquier persona, supuesta su capacidad de obrar, puede obligarse a transmitir la propiedad de una cosa. En cambio, en todo sistema traslativo de la propiedad la relación traslativa real exige, para que produzca la transmisión, que la propiedad que se transmite esté en el patrimonio del transmitente. Y el sistema traslativo del artículo 609 de nuestro Código Civil exige, además, que el transmitente tenga la posesión de la cosa, exigencia lógica ya que parte de la relación traslativa real consiste en el traslado de la posesión—tradición—. Si con algunos hipotecaristas se admite que la inscripción registral es, en algunos casos, modo de adquirir la propiedad inmueble, constituida entonces la relación traslativa real por el título y la inscripción, huelga el presupuesto de la posesión.

Los presupuestos de la transmisión no son parte del *iter* traslativo. Este puede darse sin que exista alguno de dichos presupuestos, incluso ambos. Entonces tenemos relaciones traslativas reales «vacías», que tienen los elementos de la relación traslativa real pero no producen la transmisión por la inexistencia de alguno o de ambos presupuestos (50).

(50) La preexistencia del dominio en el patrimonio del transmitente es sólo presupuesto de la transmisión, pues el dominio no entra en el «*iter*» traslativo, no se transmite directamente en nuestro Derecho. El título produce la obligación de entregar la cosa y la tradición traslada la posesión. Si el transmitente es dueño de la cosa, el título y la tradición producen la transmisión del dominio. Así considerada la preexistencia del dominio, resulta fácil admitir relaciones traslativas reales «vacías» por faltar el presupuesto del dominio en el transmitente. La preexistencia de la posesión en el *tradens* es presupuesto de la tradición, pero entra también en la tradición porque ésta consiste en el traslado de aquélla. Por tanto, podría decirse que no pueden darse relaciones traslativas reales «vacías» por falta del presupuesto de la posesión del transmitente. Sin embargo, si el traslado de la posesión se sustituye por otro acto, como la entrega de la cosa que representa a aquella cuya posesión se quiere trasladar—tradición simbólica—o el otorgamiento del título en escritura pública—tradición instrumental—, la preexistencia de la posesión en el transmitente queda reducida a presupuesto de la tradición. Cabe, pues, la posibilidad de relaciones traslativas reales vacías por falta del presupuesto de la tradición.

Partiendo de la anterior clasificación de las relaciones traslativas, distinguimos los siguientes supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad:

- 1) Supuestos de colisión de relaciones reales.
- 2) Supuestos de colisión de relación personal y relación real.
- 3) Supuestos de colisión de relaciones personales.

1) *Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad*

Partimos de la existencia de los presupuestos de propiedad y posesión en el transmitente al iniciarse la situación, es decir, al crear la primera relación. Se trata en definitiva de decidir cuál de las relaciones en colisión produce la transmisión de la propiedad, por lo que hay que dar por existentes los requisitos necesarios para que una de ellas la produzca. Prescindimos también de la mala fe del segundo adquirente, es decir, le suponemos de buena fe, porque de darse aquella circunstancia—mala fe del segundo adquirente—puede interponerse la protección del primero, con lo cual el supuesto excedería de los que aquí contemplamos, en los que no entra el de protección del tercero en sentido restringido.

Si el «modo» del sistema traslativo de nuestro Código Civil consistiera en un acto cuya ejecución agotara la posibilidad de producirlo, como ocurre con la inscripción en el sistema traslativo inmobiliario alemán, sólo podría producirse una de las que hemos llamado relaciones traslativas reales. Algo así ocurre con la tradición real, pues el traslado de la posesión material impide al *tradens* otra tradición real. Pero la llamada tradición ficticia—o algunas formas de tradición ficticia, especialmente la instrumental—es susceptible de repetición—al menos como tradición «vacía»—y no impide la tradición real. Se da así la posibilidad de colisión de relaciones traslativas reales, cuya solución divide a nuestra doctrina en la interpretación del artículo 1.473 del Código Civil.

La cuestión se reduce a la del valor relativo de las distintas formas de tradición y a la de si la inscripción es o no «modo» en la transmisión de bienes inmuebles.

Las soluciones son tres, que resumimos así:

1.^a La de MANRESA, para quien todas las formas de tradición tienen el mismo valor. Según este comentarista del Código Civil, la palabra «posesión» de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473 equivale a cualquier forma de tradición. Considera dichos párrafos como trasunto de la Ley 50, Título 5.º, de la Partida 5.^a, que interpreta así: «De acuerdo

con la doctrina de que el contrato genera la obligación, pero el derecho real sólo se adquiere con la entrega de la cosa, la citada Ley de Partidas resolvía la cuestión a favor del comprador que primero hubiese tomado posesión.» Siguen esta opinión SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS y VALLET DE GOYTISOLO (51).

2.^a La que recientemente sigue PUIG BRUTAU, a tenor de la cual el artículo 1.473 introduce la innovación de distinguir entre la entrega material y la entrega ficticia, dando a aquélla—la posesión de los párrafos 1.º y 3.º—preferencia sobre ésta. Ya MANRESA reconocía que «la Ley deliberadamente establece una gradación entre las diferentes formas de entrega admitidas, dando preferencia a la entrega material sobre la ficticia». Es de esta opinión CASTÁN TOBEÑAS. BADENES la considera dominante en la doctrina más moderna (52) (53).

(51) Añade MANRESA: «Vendida una finca a A en escritura pública y después a B, aunque se incaute éste del inmueble, la propiedad pertenece a A, primero en la tradición con arreglo al artículo 1.462, puesto que a partir del otorgamiento de la escritura, que envuelve la entrega de la cosa, el vendedor carecía ya de facultad de disponer de aquélla. Sin embargo, fuerza es reconocer que aunque ésa fuera la intención del legislador, y así queremos entenderlo en interés de los principios de justicia, el artículo 1.473 literalmente interpretado no es eso lo que dice. La posesión es sólo una forma de tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a lo que parece aludir el artículo. Y si esto es así, conviene cambiar la redacción del artículo 1.473 en la primera reforma del Código Civil, para que no se pueda sospechar siquiera que el legislador, amparando el abuso y consumando el despojo, otorga preferencia a quien en justicia puede no merecerla.» Pero si los términos del artículo 1.473 son claros, hay que entenderlos en su tenor literal, y admitir que sus autores quisieron establecer la diferencia que resulta entre la tradición real y la ficticia. Alteraron el sistema de título y tradición, pero no sin razón, pues, como el mismo MANRESA reconoce, la tradición material es prueba y signo evidente de la entrega, y hay que entender que quisieron evitar que las transmisiones clandestinas perjudicaran a terceros de buena fe, peligro que, sobre todo, vieron en la tradición instrumental del artículo 1.462.

(52) Generalmente, los civilistas que defienden esta opinión se limitan a apoyarse en la letra del artículo 1.473. CASTÁN TOBEÑAS, después de citar la opinión de MANRESA, dice: «Pero aunque ésta—la de MANRESA—sea la doctrina más racional, creemos que no es posible prescindir de la letra y del sentido del artículo 1.473, el cual, como confiesa el citado comentarista, se refiere a la posesión real, dando preferencia a ésta sobre la entrega ficticia.» Respecto de la doble venta de bienes muebles hay el precedente del artículo 1.141 del Código Civil francés, pero la doctrina francesa lo interpreta en sentido de que el segundo comprador, primero en la posesión, adquiere *a non domino*, en virtud de la regla *en fait de meubles, possession vaut titre*, lo que impide explicar con dicho precedente el artículo 1.473 de nuestro Código Civil. La explicación, que ya apunta PUIG BRUTAU, está en la publicidad de la posesión material. Los autores del Código Civil introdujeron en el sistema traslativo tradicional una innovación análoga a aquella de que partieron los autores de la Ley Hipotecaria, dando a la tradición real el valor de «modo» prevalente.

(53) No podemos pasar por alto el inciso final del párrafo 3.º, pesadilla de los intérpretes del artículo 1.473. Los últimos intentos de VALLET y de ALBADALEJO no resuelven, a nuestro juicio, la incógnita de un precepto que hoy resulta incomprensible. «Faltando la posesión—dice—pertenece a la propiedad a quien presente

3.^a Al margen de las anteriores, la de nuestros antiguos hipotecaristas, defendida por VILLARES PICO, FERNÁNDEZ ALONSO y ROAN MARTÍNEZ, entre los modernos, para quienes la inscripción es «modo» de adquirir la propiedad inmobiliaria, preferente a cualquier forma de tradición, siendo el párrafo 2.º del artículo 1.473 mera adaptación del sistema traslativo del Código Civil al seguido por la Ley Hipotecaria (54).

De estas opiniones la tercera tiene especial trascendencia en el planteamiento y solución de los supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad inmobiliaria, por lo que creemos conveniente detenernos en el examen del sistema traslativo básico de nuestro sistema registral.

Al publicarse nuestra primera Ley Hipotecaria estaba en auge en España la teoría del título y el modo (55). Los autores de dicha Ley se refieren al sistema traslativo entonces vigente con las siguientes palabras de la Exposición de Motivos: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en las cosas y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlas, sólo nacieron con la tradición, o lo que es lo mismo,

título de fecha más antigua.» Parece como si la propiedad de los bienes inmuebles, precisamente, pudiera transmitirse por sólo el título. Como esta conclusión está en flagrante contradicción con el sistema traslativo del mismo Código, hay que entender que el título de dicho inciso conlleva la tradición, es decir, que en el inciso se plantea la colisión de compraventas concertadas en escrituras públicas, resolviéndola a favor de la más antigua porque es la que produjo la tradición, de acuerdo con el artículo 1.462-2. Esta interpretación es congruente con la que se dio primero a los artículos 1.278, 1.279 y 1.280: los contratos pueden celebrarse en cualquier forma, pero cuando la ley exige documento público, como ocurre con los que tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, los contratantes que no cumplieron este requisito sólo tienen derecho a compelerse recíprocamente a cumplirlo. Hay en dichos artículos un barrunto del negocio de disposición, como distintivo del obligacional. Para los autores del Código Civil, el título traslativo de la propiedad de bienes inmuebles tenía que constar en escritura pública, que comporta la tradición. La colisión de compraventas en escrituras públicas resultaba el supuesto base, resuelto por el inciso final del párrafo 3.º del artículo 1.473. Y resultaban variantes de este supuesto: el de posesión material del segundo comprador de buena fe, resuelto por el inciso primero de dicho párrafo 3.º, y el de inscripción del título del segundo comprador, resuelto por el párrafo 2.º Pero en la interpretación de los artículos antes citados prevaleció el criterio que da mero valor *ad probationem* al documento del artículo 1.280-1.º, con lo que desapareció la diferencia entre negocio dispositivo y negocio obligacional. Todos los contratos de finalidad traslativa, cualquiera que sea su forma, pasaron a ser títulos traslativos. Los supuestos del inciso final del párrafo 3.º se multiplicaron, y la norma de dicho inciso devino incomprensible.

(54) Podríamos incluir también a LA RICA Y ARENAL, pero su opinión presenta particularidades que la separan de la de los autores citados.

(55) Así se deduce de la difusión en España de la obra de HEINECIO, último epígono germánico de la teoría. De sus *Instituciones, relaciones y elementos* se hicieron varias ediciones en nuestra Patria y el nombre de este autor «resonó constantemente»—en frase de don JERÓNIMO GONZÁLEZ—en nuestras cátedras de Derecho romano durante los dos primeros tercios del siglo pasado».

de la posesión de las cosas inmuebles.» Partiendo de esta situación legal, hacen la siguiente confesión: «Debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el proyecto en los principios generales del Derecho actual.» Y añaden: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán traspasados o constituidos, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Si estas palabras de los autores de la Ley tienen algún valor para interpretarla, hay que entenderlas en sentido de que partieron de un sistema traslativo de la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles en el que la inscripción es «modo» de adquirir, en concurrencia con la tradición y preferente a ésta, en caso de colisión. Si una venta se inscribe, «ya», es decir, sin necesidad de tradición, traspasa la propiedad al comprador. Si no se inscribe y el comprador obtiene la posesión, adquiere la propiedad, pero no respecto a otro adquirente que haya cumplido el requisito de la inscripción. En definitiva, cuando la tradición precede a la inscripción, ésta refuerza la transmisión, al impedir que surja otro adquirente excepcionado de la eficacia *erga omne* de la primera transmisión. Cuando la tradición no precede a la inscripción, ésta produce la transmisión de la propiedad, sin posible excepción a su eficacia *erga omne*. La inscripción es o no modo de adquirir, según los casos.

Así entendieron los hipotecaristas inmediatos a la publicación de dicha Ley Hipotecaria el sistema de que ésta partía. Don BIENVENIDO OLIVER decía que «la inscripción es el único modo absoluto de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos reales sobre cosas inmuebles». Y PÉREZ PUJOL, en la conocida carta que dirigió al mencionado hipotecarista, después de destacar las dos relaciones que apreciaba en la transmisión de un derecho real, la positiva, entre el transmitente y el adquirente, y la negativa, entre el adquirente y la sociedad, afirmaba que «la publicidad por medio del Registro tiene fuerza sustantiva para hacer nacer la obligación general negativa de los terceros, de los no otorgantes del acto inscrito, de los obligados por la obligación general negativa (56).

(56) Don JERÓNIMO GONZÁLEZ calificó esta misiva de «brillante alegato, acaso el más filosófico que en castellano se haya escrito en defensa del sistema adoptado

Y es que la innovación no puede ser más lógica. En la teoría del título y el modo, el «modo» responde—al menos en la transmisión de la propiedad y demás derechos reales—a la idea de la publicidad, hasta entonces plasmada en algo externo y material: la posesión. La idea de publicidad, referida a la inscripción, es básica en todos los sistemas registrales, por lo que nada más lógico que considerar la inscripción como «modo», dentro de aquella teoría, y hasta como modo preferente a la tradición, ya que tiene más publicidad y más claridad que ésta (57).

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 no recogieron en el articulado el valor de la inscripción como «modo» supletorio, bien porque entendieran que bastaba el juego del artículo 23 (hoy 32), bien porque quisieran que el sistema registral que instauraban valiera también para el caso de que el Código Civil en proyecto se decidiera por el sistema traslativo de sólo consentimiento, de sólo el contrato de finalidad traslativa, seguido por el proyecto de 1851. Pero, aunque no lo regularon, partieron del sistema traslativo que explicaron en la Exposición de Motivos, porque de lo contrario el sistema registral que intentaban instaurar resultaría prácticamente inoperante.

El Código Civil adoptó el sistema traslativo de título y tradición y no alteró la situación creada por la Ley Hipotecaria, excepto en la constitución del derecho real de hipoteca, en la que el artículo 1.875 dio a la inscripción carácter constitutivo (58). El respeto a la órbita normativa

por nuestra Ley Hipotecaria». Y aunque seguidamente advierte graves deficiencias, principalmente desde su punto de vista germanista, lo cierto es que refleja fielmente el pensamiento de los autores de la ley. La censura más certera que tal vez merezca de nuestra actual doctrina radica en la construcción de los derechos reales. Pero si no una obligación general pasiva, hay en estos derechos una dimensión que falta en los personajes y que el Registro puede crear. De aquí que PÉREZ PUJOL y don JERÓNIMO GONZÁLEZ coincidan en el valor de la inscripción, aunque lo expresen en distintos términos: para el primero puede ser modo de adquirir, para el segundo puede ser constitutiva.

(57) Para don JERÓNIMO GONZÁLEZ, los conceptos título y modo se hallan lógicamente muy distantes del principio de publicidad. Ciertamente que en la teoría a que dan nombre tan sólo son la causa remota y la causa próxima de la transmisión. Pero esto no quiere decir que en la tradición no pesara su publicidad. Cuando el título es un contrato, la única causa próxima o modo que se admite para adquirir la propiedad es la tradición, precisamente por su publicidad. Prevalece entonces el antecedente romano de la *traditio*, en la que está implícita la publicidad. Así se aprecia en los autores de nuestra primera Ley Hipotecaria, cuando dicen: «Nuestras leyes... adoptaron la diferencia entre el título y el modo y establecieron... que la propiedad y los demás derechos en las cosas... sólo nacieran con la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles.» La referencia a la teoría del título y el modo termina resaltando la publicidad de la tradición.

(58) «Nuestro Código Civil—dice Espín—no menciona expresamente la teoría del título y el modo, como, por el contrario, hizo el Código austríaco: muchos artículos hablan de título y modo, pero sin rigor técnico. Sin embargo, la doctrina señala los artículos 609 y 1.095, estimando que el Código la sigue respecto a la tradición. Queda, por tanto, descartada la teoría con otros modos de adquirir la

de la Ley Hipotecaria resulta claramente en el artículo 608 y, en lo que se refiere al sistema traslativo inmobiliario, en el artículo 1.537. Después de regular la tradición en los artículos 1.462 a 1.464, comprendidos en el Título de la compraventa, dice al artículo 1.537: «Todo lo dispuesto en este Título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria.» Hasta aplica el sistema traslativo de la Ley Hipotecaria en el artículo 1.473 que, como un eco de la Exposición de Motivos, dice: «Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores... si fuere inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.»

Pero al enunciar en el artículo 609 los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes, omitió toda referencia a la inscripción registral. Sus autores partieron también de la teoría del título y el modo, pero no hicieron alusión alguna a la innovación que en esta teoría habían introducido los autores de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, esta omisión no tiene trascendencia al resultar salvada por los artículos 608 y 1.537. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, principal iniciador de la actual tendencia germanista de nuestro Derecho Hipotecario, después de examinar los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, llegó a esta conclusión: «La inscripción del título adquisitivo transformará la situación obligacional en real, aunque en estos supuestos nada digan los artículos citados, mientras que en el de la tradición reconocerá el derecho real. Es decir, la inscripción será constitutiva o declarativa según los casos» (59).

Sin embargo, la doctrina dominante interpreta la aludida omisión como exclusión de la inscripción «modo» supletorio, como confirmación de que para el Código Civil no hay otro sistema traslativo que el de título y tradición. Pero esta interpretación topa con el grave obstáculo de que dicho sistema resulta inadecuado como base de un sistema registral de protección de tercero.

En efecto, los principios hipotecarios de protección de tercero—inoponibilidad y fe pública registral—sólo actúan respecto del presupuesto de la existencia del dominio o derecho real que se transmite en el patrimonio del transmitente, sólo producen efecto sobre este requisito, salvándole en beneficio de tercero. El favorecido por uno de estos principios—tercero hipotecario—adquiere, aunque el transmitente no fuera dueño

propiedad distintos de la enajenación voluntaria por medio de contrato.» («La transmisión de los derechos reales en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, junio 1949.)

(59) *El principio de inscripción*, uno de los primeros artículos que publicó en esta Revista—noviembre de 1925—, recogido en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. El examen de los demás trabajos de este insigne hipotecarista, especialmente su conferencia *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, demuestra que nunca rectificó la razonada conclusión que hemos recogido en el texto.

del inmueble o derecho real—adquisición *a non domino*—. En la adquisición del tercero hipotecario no se exige el presupuesto de la pertenencia al transmitente del dominio o derecho real que se transmite, pero se exigen todos los demás requisitos de la transmisión, del sistema traslativo. En el sistema de título y tradición también es presupuesto que el transmitente posea la cosa que transmite. Y este requisito de la adquisición del tercero hipotecario falta en supuestos en que es protegido por el principio de inoponibilidad—adquisición del segundo comprador en la doble venta—y falta también en supuestos en que es protegido por la fe pública registral—adquisición del que compra al titular registral la finca que otro ha adquirido por usucapión, adquisición del que compra al titular registral la finca que éste había adquirido por título falso o simulado y que siguió poseyendo el verdadero dueño—. En estos supuestos el principio de inoponibilidad o el de fe pública registral, pone al tercero hipotecario en condiciones de adquirir el inmueble o el derecho real, pero no lo adquirirá porque en la transmisión a su favor falta el presupuesto de la posesión del transmitente y no puede haber tradición. En el sistema registral francés, al segundo comprador que transcribe primero su título se le puede considerar dueño del inmueble que compró, porque ha seguido el *iter* de su sistema traslativo. Lo mismo puede decirse en el sistema alemán del tercero de la usucapión y del tercero de la adquisición por *einigung* falso o simulado. Pero en nuestro sistema, al tercero hipotecario de la doble venta, al de la usucapión y al de la adquisición por título falso o simulado, no se les puede llamar dueños del inmueble o derecho real objeto de la transmisión a su favor, porque en su adquisición no han seguido el *iter* de nuestro sistema traslativo.

Esta deficiencia de nuestro sistema traslativo no ha pasado inadvertida a nuestros hipotecaristas. Como dice LACRUZ BERDEJO, «todos los autores intentan superar la misma deficiencia, a saber: que quien inscribe su derecho resulte que no lo ha adquirido por falta de una tradición válida en el proceso traslativo». Estos intentos suponen diversas opiniones sobre el sistema traslativo que ha de servir de base a nuestro sistema registral, opiniones que conviene examinar detenidamente.

La opinión de SANZ FERNÁNDEZ sobre el sistema traslativo base de nuestro sistema registral (60).

Para SANZ el sistema traslativo base de nuestro sistema registral es el de título y tradición, sin otra variación que la tradición presunta que encuentra en la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria

(60) El estudio de las obras de SANZ, principalmente sus *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* y sus *Instituciones de Derecho hipotecario*, es imprescindible

vigente. En las transmisiones inmobiliarias del Registro existe siempre título y tradición. La inscripción nunca suple a la tradición y únicamente la convalida a través de la fe pública registral.

Así pueden resumirse los siguientes párrafos en sus Instituciones de Derecho Inmobiliario:

«La Ley Hipotecaria de 1861 no introdujo ninguna modificación en el sistema vigente sobre la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, construida sobre la clásica doctrina del título y el modo. Por ello, en nuestro sistema no se trató nunca de sustituir la tradición por la inscripción, eliminando aquélla, sino que se adicionó a los dos requisitos tradicionales la inscripción. De aquí que en Derecho español la adquisición perfecta del dominio llevará en sí tres elementos fundamentales: 1.º, el título, constitutivo del negocio jurídico dirigido a la transmisión; 2.º, la tradición, de fuerza constitutiva del derecho real, y 3.º, la inscripción, elemento declarativo siempre en lo que al derecho real en sí mismo considerado se refiere, y únicamente constitutiva a los efectos de la seguridad jurídica.»

«Consecuentemente con el procedimiento inicial seguido de añadir a la teoría del título y el modo un elemento nuevo, sin alterar las bases del Derecho civil, nuestro sistema ha dado carácter declarativo a la inscripción, como regla general.»

«Nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (arts. 1.º y 2.º de la Ley). Y siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración en un Registro en que lo que se inscribe no es precisamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a la misma.»

«El precepto que mayores dudas provoca es sin duda el artículo 1.473 del Código Civil. Pero aparte la consideración de no ser un precepto de carácter general, sino especial para un supuesto determinado, la aplicación del mismo no permite deducir la consecuencia de que la inscripción es modo de adquirir o constitutiva... La preferencia no se concede a la persona que primero inscribe su título, sino al adquirente que primero inscribe su propiedad. El artículo 1.473, en su párrafo segundo, ni cita la tradición, ni tampoco cita el título: habla de adquisición de la propiedad. Y esta adquisición habrá de regirse por las reglas generales o, lo que es lo mismo, necesitará del título y la tradición.»

para el completo conocimiento de nuestro Derecho hipotecario. A su estilo llano y fluido unía este inolvidable hipotecarista una lógica irreprochable que le evitaba caer en artificiosas construcciones. Con su fallecimiento, para nosotros siempre presente, nuestra doctrina hipotecarista perdió uno de sus más destacados valores y los autores de este trabajo un maestro y un amigo.

«La redacción actual del artículo 34 de la Ley Hipotecaria aclara suficientemente el tema. Siendo finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, es indudable que fuera de esto han de aplicarse en todo los requisitos de la adquisición: título y tradición. Por esto, el artículo 34 se refiere a los que hayan adquirido el derecho del titular inscrito, y no solamente a los que hayan contratado, redacción de alcance muy diferente. En este sentido guarda perfecta armonía el artículo 34 con el 1.473 del Código Civil, de redacción análoga.»

«La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley, implica la de haber adquirido dicha posesión con arreglo al título inscrito o, lo que es lo mismo, la de haberse efectuado la tradición. Conforme al artículo 1.462 del Código Civil, tal como lo interpreta la jurisprudencia, quien impugne la tradición instrumental sólo deberá probar que la escritura pública no tuvo tal significación porque el transmitente no estaba en la posesión real de la misma o no tenía la posibilidad de transferir las acciones reales necesarias para reivindicarla. En cambio, si el adquirente inscribe su título, deberá demostrar, además, que no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ninguna otra forma de tradición fingida eficaz. Al importante papel de la tradición instrumental se añade la presunción de tradición, que si bien no llega a constituir una forma de tradición igual en eficacia a la real, concede una protección tan enérgica que difícilmente podrá llegar a ser vencido el adquirente en virtud de escritura pública inscrita, salvo excepciones.»

«En principio la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos, pero en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición.»

«La tradición podrá hacerse en alguna de las formas admitidas en Derecho. En efecto, si el transmitente tiene la posesión de la finca, podrá tener lugar la tradición real; en los demás casos cabrá cualquier forma de tradición simbólica, y siempre tendrá aplicación la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil. Ahora bien, la tradición, para que surta plenos efectos en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere de una manera indispensable que el *tradens* sea previamente dueño de la cosa, que pueda transmitir el dominio. Mas precisamente este vicio del título, esta falta de preexistencia del dominio en el transferente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública: la tradición que no podía producir sus efectos traslativos por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función

convalidante del Registro. Pero ello no quiere decir que no exista, ni que la inscripción la reemplace, sino, simplemente, que la convalida» (61).

El sistema traslativo inmobiliario defendido por SANZ «fue—según este autor—razonado ampliamente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861» y «resulta también de la generalidad de los artículos del Código, especialmente el 609, y de la Ley Hipotecaria (arts. 1.º, 2.º, 32, 33, 34, 35 y 146)».

Disentimos de la opinión de SANZ e impugnándola hacemos a la misma los siguientes reparos:

Reparo 1.º En uno de los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, antes transcritos, la Comisión declara paladinamente el gran cambio que introduce en los principios generales de la transmisión de inmuebles. Al explicar este cambio, el inciso «para los efectos de la seguridad de un tercero» puede dar la impresión de que la inscripción sólo juega en la protección de terceros. Pero el pensamiento de sus autores se explica después con el ejemplo de la venta, en el que se parte del supuesto de que no esté inscrita ni consumada por la tradición y se sigue con los alternativos de que esa misma venta se inscriba—un supuesto—o se consuma por la tradición—otro supuesto—. Para el supuesto de que la venta se inscriba se dice: «ya traspasa al comprador el dominio respecto de todos». No se exige que la venta se haya consumado con la tradición, sino que, al contrario, con la palabra «ya» se quiso resaltar que no es necesaria la tradición, que la transmisión se produce por la venta y la inscripción.

En el sistema traslativo de la Comisión la tradición puede preceder o no preceder a la inscripción. No se prescinde de la tradición, pero tampoco se la considera necesaria. Por eso en la Comisión no se planteó el problema de la falta de tradición, como se planteó el del título nulo—artículo 33—. Partiendo de la Base 52 de LUZURIAGA, reformada por la Comisión de 1846, innovó el sistema traslativo y conservó el antiguo, dejando uno y otro a elección de los particulares. Esto es precisamente lo peculiar de nuestro sistema: inscripción voluntaria ni exclusivamente declarativa ni exclusivamente constitutiva, sino una u otra, según los casos. Del sistema antiguo se dice que «queda entre los contrayentes», porque la posibilidad de que la transmisión quede sin efecto, como consecuencia de otra efectuada por el sistema innovado, reduce de tal modo su eficacia que puede decirse que sólo es definitiva entre los contrayentes.

(61) Hemos transcrito por extensos párrafos de la citada obra porque estimamos justo exponer ampliamente las opiniones que rebatimos, aunque en el presente caso el sugestivo estilo con que están redactados acrecientan el valor de la doctrina que recogen, lo que restará valor a nuestra modesta y tal vez temeraria refutación.

El adquirente puede tener la seguridad de que su adquisición es eficaz respecto de su transmitente, que puede ejercitar las acciones dominicales frente a éste, pero no puede tener la misma seguridad respecto de otras personas porque cualquiera de ellas puede haber adquirido por el sistema innovado. Calificado el sistema antiguo con la expresión «entre partes», era lógico calificar el innovado con la expresión «respecto de terceros», o con la más larga «a efecto de la seguridad de un tercero». El tercero de esta expresión es cualquier persona que quiera adquirir *erga omnes*, respecto a todos. A esta persona le llamaron tercero porque efectivamente puede serlo respecto de otra transmisión efectuada por el sistema antiguo, pero no es necesario que surja la colisión para ofrecerle la seguridad de su adquisición con el empleo del sistema innovado.

La posición de los autores de la Ley de 1861 en el problema de la transmisión fue esencialmente práctica. De ella resultó la distinción entre transmisión *inter partes* y transmisión *erga omnes*. La iniciaron a propósito del sistema francés, que se abstienen de apreciar «cuando se limita a los mismos contrayentes» y rechazan «cuando se trata del interés de terceros». Y la aplicaron, como hemos visto, en la explicación del sistema resultante de la innovación que introdujeron. La frase «si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño—el comprador—con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción», escandaliza a algunos hipotecaristas modernos, pero en la práctica posición de sus autores significa que admitieron dos modos de adquirir la propiedad, la tradición y la inscripción, y dieron prevalencia a ésta sobre aquélla. Ante dicha posición práctica resultaba inútil exigir que la tradición precediera siempre a la inscripción, máxime habiendo manejado tanto el supuesto en que el adquirente que ha cumplido el requisito de la inscripción es un segundo comprador.

En el sistema traslativo de la Comisión la inscripción, cuando actúa como «modo» de adquirir, no es una forma de tradición, sino simplemente un acto al que el Derecho une la efectividad de la transmisión latente en el título. Dieron este valor a la inscripción por su publicidad, que es la nota que apreciaron en la tradición para resaltarla en la Exposición de Motivos: «Los romanos—dijeron—, a pesar de haber despojado el Derecho antiguo de muchas formas groseras, creyeron siempre que un acto externo, público y que pueda apreciarse por todos, debía señalar al que es dueño de la cosa inmueble.» Un acto externo, público y que puede ser apreciado por todos, es lo que los autores de la Ley de 1861 vieron en la inscripción para darle el valor que los romanos dieron a la tradición. Esta sólo es el traslado de la posesión, pero a este traslado, precisamente por su publicidad, los romanos le dieron el valor de modo de transmitir

la propiedad. De igual modo, los autores de nuestra primera Ley Hipotecaria, dieron a la inscripción, precisamente por su publicidad, valor de modo de transmitir la propiedad de los inmuebles. Respetaron la tradición, pero no la exigieron cuando la inscripción la hacía innecesaria. Y convencidos de la superioridad de la publicidad registral, dieron a la inscripción preferencia sobre la tradición (62).

Asimilar la inscripción a la tradición, viendo en aquélla una forma de ésta—tradición tabular—, conduce a negar a la inscripción la eficacia traslativa de la tradición o a subordinarla a ésta. Así puede apreciarse en VALLET DE GOYTISOLO. Distingue este autor dos vertientes o funciones de la tradición: dar efectividad a la transmisión y darle publicidad. Y partiendo de la afirmación de que la primera función es la prevalente, llega a la conclusión—en Derecho constituyente—de que la inscripción no puede ser la forma más adecuada de hacer efectiva la transmisión. «Padrá—dice—ser una más, entre las formas ficticias de tradición, pero nunca puede eliminar a las demás y deberá inclinarse siempre ante la superioridad de la entrega del señorío efectivo. La ficción puede ayudar a la realidad, pero nunca eliminarla ni borrarla.»

Pero la inscripción no es una forma de tradición, sino, al igual que la tradición, una forma de transmisión, es decir, un elemento que con el título produce la transmisión. Tradición e inscripción tienen este valor traslativo del dominio por la eficacia que les atribuye el Derecho, al que también compete precisar la superioridad de una sobre otra. Puede decirse que son formas legales de transmisión del dominio y en este aspecto de-

(62) «La tradición—dice MAINZ en su *Curso de Derecho romano*—no tiene el carácter de autenticidad que distinguía a la *mancipatio* y a la *in iure cessio* y es, además, un acto equívoco, que recibe solamente su valor traslativo de la propiedad de su elemento intencional, cuya expresión, en muchos casos, puede ser muy incierta.» La superioridad de la publicidad de la inscripción es generalmente reconocida. Pero no faltan excepciones. «Sin duda—dice VALLET—, la inscripción será la mejor manera de anunciar una hipoteca o un censo a quien vaya a comprar una finca, y el mejor aviso para quien, agazapado, espera una venta con el fin de ejercitar el retracto. Pero como forma de publicidad ante la común opinión, es mucho más perfecta la entrega y goce de la posesión efectiva.» Y lo que es más grave, este autor injerta la posesión en el principio de fe pública registral, al definir la buena fe como «la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es titular registral y puede disponer de su derecho». Entiende que la presunción del artículo 448 del Código Civil es una presunción de dominio «que, con efectos negativos, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria». «Por eso—concluye—no puede ser catalogada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir. La regla del artículo 36, que exige tal diligencia, no es excepción para el solo caso de la usucapión frente al artículo 34, sino aplicación a un caso concreto de la regla general implícita.» El entusiasmo por la posesión, que se aprecia en amplio sector de nuestra doctrina, puede poner en peligro nuestro sistema registral.

penden exclusivamente de la Ley. Esto es especialmente claro respecto de la inscripción—es o no elemento de la transmisión según qué legislación—y sólo exige explicación en cuanto a la tradición.

La palabra tradición puede emplearse en triple sentido: traslado de la tenencia de una cosa, traslado de la posesión jurídica y traslado del dominio (63). Por naturaleza la tradición es sólo el traslado de la tenencia. En los Derechos que distinguen posesión y dominio, la tradición produce también por sí misma, por su naturaleza, el traslado de la posesión. Es la forma natural de adquirir derivativamente la posesión. El Derecho se limita a admitir y regular la posesión jurídica y una vez admitida esta figura resulta inevitable su transmisión por la tradición. En cambio, para que la tradición produzca la transmisión del dominio es imprescindible que el Derecho le dé esta eficacia. Por sí misma, por propia virtud, la tradición no transmite el dominio. A diferencia de la posesión, el dominio es entidad de creación legal y consecuentemente sólo la Ley—más exactamente el Derecho objetivo—puede regular su adquisición, puede establecer la forma o las formas de su transmisión. De aquí que en Derecho romano la tradición no transmitiera la propiedad quiritaria, y que en los modernos Derechos alemán y suizo no transmita la propiedad inmobiliaria. En la *traditio* romana era esencial la *iusta causa* que, entendiéndose como el contrato de finalidad traslativa o como la intención de transmitir el dominio, constituía el elemento principal de la transmisión, siendo la tradición la forma exigida para su eficacia. Si la voluntad de las partes—*nuda pacta*—era insuficiente para transmitir el dominio, el fino sentido jurídico de los romanos no podía admitir que por el hecho de convertir al contratante adquirente en poseedor adquiriera éste el dominio. La admisión de la tradición como forma de adquirir el dominio tuvo que ser consecuencia de la valoración de su publicidad. Merced a esta valoración, la tradición pudo sustituir a las formas solemnes de la *mancipatio* y la *in iure cessio*. La publicidad es también la nota de la inscripción que algunas legislaciones modernas han considerado para sustituir a la tradición, en una evolución de la publicidad adaptada al moderno tráfico inmobiliario. En las legislaciones alemana y suiza la inscripción cumple la función de dar efectividad a la transmisión. El consentimiento traslativo del *einigung*—en Derecho alemán—o del título—en Derecho suizo—, se hace transmisión efectiva con la inscripción. A esta transmisión no se la puede llamar ficticia porque no vaya acom-

(63) Conforme a su etimología—del verbo *trado, tradis, tradere*: entregar—, originariamente tradición es sólo la entrega de una cosa, que pasa del *tradens* al *accipiens*. Es el traslado de la tenencia. La conversión, en algunos casos, de la tenencia en posesión—distinta también de la propiedad—es labor exclusiva del Derecho romano.

pañada de la posesión. Lo mismo ocurre en nuestro Derecho cuando la inscripción sustituye a la tradición: el consentimiento traslativo del título se hace transmisión efectiva con la inscripción, el adquirente es dueño efectivo, aunque carezca de la posesión y su dominio no tiene por qué ceder ante el del adquirente por título y tradición, pues en las formas de transmisión del dominio distintas de la tradición la posesión es una circunstancia intrascendente.

Reparo 2.º Tampoco encontramos acertado fundamento de la opinión de SANZ «en la generalidad de los articulados de la Ley Hipotecaria, 1.º, 2.º, 12, 32, 34, 38, 146 principalmente». A nuestro juicio, el articulado de Ley lleva a la convicción de que cuando el proceso traslativo es extrarregistralmente incompleto, lo completa la inscripción.

Son muchos los artículos de la Ley que hablan de títulos inscribibles, de inscripción de títulos, de títulos inscritos, pero lo son también los que dicen derechos inscritos, dominio y demás derechos reales inscritos—20, 38, 40 *b*, 41, 80-2.º 81, principalmente—. Y esto no sólo en la Ley vigente, de mayor influencia germanista, sino también en la de 1861. Actualmente es opinión muy extendida que en nuestro Registro se inscriben títulos y quedan inscritos derechos (64). Pero ¿cómo explicar que inscribiendo títulos aparezcan inscritos derechos reales? Únicamente con la inscripción supletoria de la tradición. Los autores de la Ley de 1861 partieron del hecho general de que la tradición precede a la inscripción, pero no ignoraban la existencia de excepciones—sobre todo en la doble venta—y no podían tolerar que estas excepciones permitieran desmontar el sistema registral. Para evitarlo complementaron la suposición de tradición con su suplencia por la inscripción. De este modo, teniendo por existente siempre el otro elemento de la transmisión, se ocuparon únicamente del título. Inscrito un título traslativo del dominio queda inscrito el dominio del adquirente. La omisión en la Ley de toda referencia a la tradición está justificada. Poco importa que la tradición no exista si el título y la inscripción producen la transmisión. El artículo 2.º de la Ley parece así copiado del sistema de transcripción. Sólo los artículos que hablan del

(64) Defienden esta opinión DUALDE, LACRUZ y LA RICA. «La inscripción—dice LA RICA y ARENAL—la produce el título no sólo en su acepción de documento, sino en su acepción de acto jurídico causal también, y en este sentido es correcto decir que nuestro Registro es de títulos. Pero el asiento de inscripción extendido en legal forma produce el derecho real pleno y eficaz *erga omne* respecto de las fincas inscritas, y en este sentido es también correcto hablar de derechos inscritos.» Como resulta del texto, también seguimos esta opinión, pero sin la limitación que establece LA RICA, como mera consecuencia de la inscripción modo supletorio. Sin dudar lo inscribiríamos la escritura de que resultara que no ha habido tradición, si de la misma resulta también la voluntad de transmitir la indiscutida propiedad del vendedor, y la inscribiríamos porque precisamente la inscripción produce la transmisión querida por los otorgantes.

dominio inscrito, de los derechos reales inscritos, revelan que, a diferencia de los Registros del sistema de transcripción, el nuestro no es un Registro de títulos (65).

La misma técnica siguieron al regular los efectos de la inscripción respecto de terceros. Si inscrito un título traslativo del dominio queda inscrito el dominio del adquirente, lo lógico era que la protección de este adquirente, en su condición de tercero, se formulara como protección del derecho inscrito. Sin embargo, los autores de la Ley encontraron más cómodo formular esta protección como protección del título inscrito frente al no inscrito y en el artículo 23 (hoy 32) dijeron: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero.» Aunque la colisión se plantea entre un derecho real no inscrito y otro inscrito, la formularon y resolvieron como colisión de títulos. Pero hay que entenderla como colisión de títulos con sus respectivos modos, como colisión de un título con tradición y otro título con inscripción, lo que, en definitiva, equivale a la colisión de un derecho real extrarregistral y otro derecho real registral.

Y lo mismo procedieron en el artículo 34. Si el principio de fe pública registral tiene su base en el derecho inscrito del transferente, lo lógico era que apoyaran en el derecho inscrito del transferente el derecho también inscrito del adquirente tercero hipotecario. Formularon con precisión la base de este principio—«... por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello»—, pero refirieron la protección al título del tercero hipotecario —«los actos y contratos (títulos) ... no se invalidarán en cuanto a tercero»—. Salvado el título del tercero de la repercusión de la nulidad o de la resolución del derecho del transferente, queda salvada la adquisición del tercero, porque aquella nulidad o resolución sólo podría repercutir en el título, no en el modo, de la adquisición del tercero (66).

(65) El artículo 2.º de la Ley Hipotecaria enumera, con criterio exhaustivo tomado del sistema de transcripción, los títulos inscribibles en nuestro Registro. Para ROCA SASTRE, las palabras de dicho artículo: «los títulos traslativos del dominio y los títulos en que se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales», aluden a la constitución, transmisión, modificación y extinción mismas, que es lo que, a su juicio, se inscribe. Pero la palabra título no tiene otras acepciones que las aludidas por LA RICA y no puede emplearse en otra que comprenda también la tradición.

(66) El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.» Partiendo de la facultad de disposición dimanante del derecho inscrito, se aseguraban, en favor de tercero, los títulos que otorgara el titular registral una vez inscritos

La redacción del artículo 34 fue radicalmente cambiada en la reforma de 1944 al adoptar una técnica más ajustada al carácter germanista del principio de fe pública registral. El artículo 34 de la Ley vigente sienta la base de este principio en términos no muy diferentes de los de la redacción anterior, pero formula la protección en los términos siguientes: «El tercero... será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho...» La nueva redacción es superior en otros aspectos a la anterior, pero en el que ahora nos ocupa rompe su anterior congruencia con el artículo 2.º y da la impresión de que lo que se inscribe es el dominio y demás derechos reales.

Esta aparente contradicción entre los artículos 2.º—se inscribe títulos— y 34—se inscribe derechos—hay que resolverla a favor del primero, por ser el precepto fundamental sobre el objeto de las inscripciones. El artículo 34 sólo regula un efecto de la inscripción y sólo en este aspecto es decisivo. Lo que inscribe el tercero del artículo 34, como el tercero del artículo 32 y el inmatriculante del artículo 205, es su título de adquisición. Se puede hablar de adquisición del tercero anterior a la inscripción cuando al presentar su título en el Registro se había completado el proceso traslativo, cuando la tradición precede a la inscripción. Pero si faltaba la tradición, el tercero no había adquirido el dominio o derecho real antes de la inscripción y no puede ser mantenido en una adquisición que no existió. En la nueva redacción del artículo 34 debió decirse: «... una vez que haya inscrito su título, será mantenido en su adquisición».

La técnica de referir al título los efectos de la inscripción la tomaron los autores de la Ley de 1861 de los regímenes de transcripción. La colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad resultaba resuelta por el distinto valor que dieron a los «modos» de adquirir que admitieron, a favor de la relación con «modo» más fuerte. Pero como el modo más fuerte es la inscripción, atendieron únicamente a los títulos para decidir la colisión a favor del inscrito, o lo que es lo mismo, para postergar al no inscrito—inoponibilidad—. La regla del artículo 23, aplicable a la colisión de todos los títulos inscribibles, resultaba sumamente cómoda y los autores de la Ley renunciaron a regular con precisión lo verdaderamente genuino de nuestro sistema registral: su sistema traslativo. En el artículo 23 acogieron el principio de inoponibilidad como fórmula, como forma de expresión, pero en el fondo es el principio de inscripción el que resuelve la colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad o constitutivas o traslativas de derechos reales que impliquen posesión. Puede conservarse la técnica formal de la Ley de 1861 y admitir que en virtud del artículo 32 de la Ley vigente rige en nuestro sistema el principio de inoponibilidad con la amplia extensión que resulta del tenor literal de dicho artículo, pero sin olvidar que el análisis de los supuestos

principales descubre que es el principio de inscripción, la inscripción modo supletorio, el que los resuelve.

No somos los únicos en reducir el campo del principio de inoponibilidad en nuestro sistema. NÚÑEZ LAGOS, su primer paladín en la última revisión de ideas hipotecarias, lo reduce a los supuestos en que una de las relaciones en colisión es de servidumbre o de hipoteca. El artículo 32 protege al tercero inscrito—tercero interno en la nomenclatura de NÚÑEZ LAGOS—contra los títulos no inscritos de servidumbres no aparentes y de hipotecas—para dicho autor la inscripción de hipoteca no es constitutiva—. Califica estas situaciones de «tercero frente al actor de mejor derecho» y también de «tercero frente a las acciones confesoria e hipotecaria». El que apoyándose en un título no inscrito ejercita una de estas acciones contra el titular registral de un derecho real contradictorio, encontrará en el Registro un valladar insuperable que defiende al tercero inscrito, al que bastará alegar que el título del ejercitante no está inscrito. El supuesto tipo es el del titular de una servidumbre no aparente cuyo título no inscribió, que intenta hacer valer su derecho contra quien con posterioridad al establecimiento de la servidumbre adquirió la finca gravada por acto o contrato *inter vivos*—oneroso o gratuito—que inscribió en el Registro—aunque la inscripción sea de inmatriculación—. «El derecho real—dice NÚÑEZ LAGOS—sigue a la cosa como la sombra al cuerpo y, por tanto, afecta a todo sucesor (67) *in re*.» La servidumbre, en el supuesto tipo, existía antes de la transmisión de la finca y, en consecuencia, el adquirente del predio gravado es el *reus adversus realem actionem*, el perjudicado por la acción confesoria, el tercer poseedor. Si este *reus adversus* inscribe su título de adquisición «queda a salvo—dice NÚÑEZ LAGOS—de toda eficacia real de acción o derecho no inscrito. Frente a las embestidas de los derechos reales extrarregistrales, la inscripción, como ha dicho GONZÁLEZ PALOMINO, es burladero. El tercero interno, que fuera del Registro es un sucesor y está afectado por cualquier acción real, en el Registro queda ileso. Pero ileso de las acciones reales extrarregistrales, no de aquellas que deban su origen a títulos inscritos y consten expresamente en el Registro» (68).

(67) El artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria dice: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.» Partiendo de la facultad de disposición dimanante del derecho inscrito, asegura el derecho inscrito del tercero. La nueva redacción responde a un cambio de técnica y sus términos no pueden ser extendidos más allá de la órbita del precepto.

(68) *El Registro de la Propiedad Español*. Memoria presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Latino (Buenos Aires, octubre 1948). Posiblemente constituya la más valiosa aportación de su autor a nuestro Derecho hipotecario. Publicada en esta Revista, marzo y mayo de 1949.

De esta breve referencia al concepto que NÚÑEZ LAGOS tiene del tercero del artículo 32, resulta que para el ilustre hipotecarista el principio de inoponibilidad no es aplicable a la colisión de relaciones traslativas de la propiedad. «Frente a la acción reivindicatoria—dice—el sistema registral español no tiene más que un baluarte: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.» El segundo comprador que inscribió su título no encuentra contra la acción reivindicatoria—o la mera declarativa del dominio—del primer comprador la protección que el artículo 32 le ofrece contra las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas. ¿Por qué esta diferencia? Porque, a juicio de dicho autor, el artículo 33 limita al artículo 32, excluyendo de la órbita de éste la acción reivindicatoria, que es acogida, en distintas condiciones, por el artículo 34, que a su vez limita al artículo 33. TIRSO CARRETERO ha impugnado, a nuestro juicio acertadamente, la interpretación que NÚÑEZ LAGOS da al artículo 33 y sostiene que el principio de inoponibilidad rige en nuestro sistema con la extensión que aparece formulada en el artículo 32 (69). Pero de la opinión de NÚÑEZ LAGOS nos interesa resaltar que excluye del ámbito del principio de inoponibilidad la colisión de relaciones traslativas regidas en su creación por el sistema de título y tradición, con lo que, por distinto camino, viene a coincidir con nuestra limitación del principio de inoponibilidad por el principio de inscripción.

(69) Según NÚÑEZ LAGOS—trabajo citado—, en la comisión redactora del proyecto de Ley Hipotecaria de 1961 se planteó la cuestión de si había que aclarar o no que la acción reivindicatoria quedaba inmune de la eficacia enervante del artículo 23, aduciendo los sostenedores de la opinión afirmativa el precedente del artículo 442 del Código Civil austríaco de 1 de junio de 1811. Prosperó la opinión afirmativa y se introdujo el artículo 33 como límite del artículo 23. Le rebatía TIRSO CARRETERO: «Si la inscripción en el Registro austríaco tenía el valor de *traditio* y protegía frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, pero no contra la reivindicatoria, esta reivindicatoria sobre la que se está discutiendo no puede ser la del primer adquirente no inscrito frente al segundo inscrito, porque en el sistema austríaco el primer adquirente, al faltarle el modo, no es dueño, luego no puede tener reivindicatoria. Tenía que tratarse de otro supuesto de reivindicación, porque para los legisladores de 1861 el caso de la doble enajenación por títulos contradictorios provenientes de un mismo titular no ofrecía duda y estaba claramente regulado por el precepto sobre el cual ya se había discutido bastante en torno a la base 52. Por eso GÓMEZ DE LA SERNA decía que no había que aclarar nada. No había que aclarar nada porque nadie pensaba en excluir la acción reivindicatoria del *versus dominus*, si bien nadie dudaba tampoco que el primer comprador (adquirente) no inscrito no tenía reivindicatoria contra el segundo que inscribió, precisamente porque eso disponía el artículo 23 y ésa era la norma fundamental que pretendía instalar la Ley Hipotecaria, por no llegar a la inscripción como modo del artículo 431 del Código austríaco (*Retorno al Código Civil*, publicado en esta Revista, enero 1965). Conformes con la refutación, creemos que en el pensamiento de los autores de la ley estaba que el primer adquirente que no inscribió no tenía acción contra el segundo que inscribió porque la inscripción era modo superior a la tradición.

Reparo 3.º Tampoco encontramos acertado fundamento de la opinión de SANZ en el articulado del Código Civil, especialmente en los artículos 609, 1.095 y 1.473, alegados por dicho hipotecarista.

Por el contrario, de los artículos 609 y 1.473 resultan dos técnicas en la transmisión del dominio, la de la tradición y la de la inscripción. «El párrafo 2.º del artículo 609—dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ—sanciona la técnica de la tradición romana... Podrán discutirse las formas de tradición y sus clases: natural, real, simbólica, presunta, ficticia, *longa manu, constitutum possessorio*..., pero cuando no exista los problemas se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones. La inscripción del título adquisitivo, sin embargo, transformará la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los preceptos citados nada digan.» Y en apoyo de esta afirmación se remite, por nota, al artículo 1.473, sin comentarlo (70).

El artículo 1.473 recuerda el ejemplo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, sólo que referido a varias ventas de una cosa. Comienza planteando el supuesto como mera colisión de compraventas: «Si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores (en la Exposición de Motivos: una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición...), y a continuación lo desdobra en otros dos, principalmente, añadiendo la inscripción en uno y la posesión en otro.» «Si fuere inmueble—dice el párrafo 2.º—, pertenecerá la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro» (en la Exposición de Motivos: si se inscribe, ya traspasa el dominio al comprador respecto a todos). «Cuando no haya inscripción—dice el párrafo 3.º—pertenecerá la propiedad al que de buena fe sea primero en la posesión» (en la Exposición de Motivos: si no se inscribe, aunque el comprador obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción).

La interpretación correcta del párrafo 2.º del artículo 1.473 es precisamente la más sencilla, la que da a sus términos el significado adecuado para que el precepto resuelva el problema que plantea. Hay que leer el párrafo 2.º como si dijera: Si una misma cosa inmueble se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al comprador que antes haya inscrito su compraventa en el Registro. La palabra «adquirente» de dicho párrafo no tiene otro significado que el de sujeto activo de un contrato de finalidad traslativa de la propiedad. Y el antecedente del pronombre «la», lo que ha de inscribir el comprador que adquiere la propiedad, es la cosa inmueble. Sólo con esta interpretación el sentido del párrafo 2.º del artículo 1.473 resulta siempre aceptable y

(70) «Principio de inscripción», párrafo, en parte, ya citado.

congruente con el párrafo 3.º, cualquiera que sea la interpretación de éste. Cuando el primer comprador es primero en la posesión y el segundo comprador primero en la inscripción, antes que ésta se practique, el segundo comprador no es verdaderamente adquirente, no ha adquirido la propiedad de la cosa y, por tanto, no puede inscribir la propiedad.

Para SANZ, el adquirente de dicho párrafo 2.º es un comprador que ya ha adquirido la propiedad y lo que este adquirente inscribe, el antecedente del pronombre «la», es la propiedad. «El problema—dice—se plantea entre dos adquirentes de la propiedad.» Pero para admitir la colisión de propiedades sobre la misma cosa hay que admitir la propiedad relativa, al menos en sentido de una propiedad que se extingue a la aparición de otra adquirida del mismo transmitente, lo que sólo es posible interpretando la palabra «posesión» del párrafo 3.º como tradición real, y SANZ la interpreta como tradición, como cualquier clase de tradición, lo que impide ver en el párrafo 2.º más de un adquirente.

Partiendo de la máxima concesión a la teoría de SANZ—que los compradores son adquirentes y que la escritura pública es siempre tradición—el supuesto tipo del párrafo 2.º se plantearía como colisión de dos adquirentes, el primero de los cuales tiene la propiedad que ha adquirido por título y tradición, y el segundo sólo tiene título y tradición instrumental, pero inscribe su título. Evidentemente, el párrafo 2.º resuelve la colisión a favor del segundo adquirente. Pero ¿cómo este adquirente ha podido adquirir la propiedad por título y tradición si el transmitente no tenía la posesión? A juicio de SANZ, porque la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil no exige la posesión del transmitente. «La tradición—afirma—podrá hacerse en alguna de las formas admitidas en Derecho. En efecto, si el transmitente tiene la posesión de la finca, podrá tener lugar la tradición real; en los demás casos cabrá cualquier forma de tradición simbólica, y siempre tendrá aplicación la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil.»

Esta interpretación del artículo 1.462 predomina en la práctica notarial. Como dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «La tradición presunta del artículo 1.462 ha sido utilizada sin reparo en los formularios notariales, a lo más, los fedatarios precavidos, sin meterse en profundidades sobre la existencia o no de la *vacua possessio*, se contentan con estampar una cláusula de estilo: “El adquirente toma posesión en el hecho de firmar esta escritura”, u otra análoga» (71).

(71) «La tradición de fincas en los instrumentos públicos», conferencia de 11 de enero de 1943 incluida en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. En Derecho constituyente rechaza la sustitución de la tradición por la inscripción. Pero en nuestro Derecho constituido sigue pensando que la inscripción puede transformar la situación obligacional en real. Lo demuestra el siguiente párrafo: «El Notario no puede desestimar la técnica de la tradición fundándose en que el asiento

«El Notario—dice también el ilustre Maestro—no puede desestimar la técnica de la tradición.» «A pesar de la avasalladora influencia del Código Civil francés sobre los juristas españoles, nuestra tradicional doctrina se mantuvo incólume... Ahora bien, se ha omitido la reglamentación, o se encuentra desperdigada, sin unidad, en el Código Civil, de esta fundamental institución—la tradición—y los autores españoles de más renombre, ofuscados por el paralelismo entre la obligación de entregar la cosa vendida, que los artículos 1.462 y siguientes regulan, al estilo francés, y la tradición propiamente dicha, tampoco sientan con claridad las bases de este modo de adquirir la propiedad.»

Afortunadamente, en nuestra última doctrina se advierte el tratamiento de la tradición en su primitiva concepción de transmisión de la posesión, lo que sin duda ayudará a la mejor comprensión de la tradición como técnica de transmisión de la propiedad. Creyéndolo así transcribimos los siguientes párrafos de MARTÍN PÉREZ:

«La tradición es la entrega de una cosa para trasladar a quien la recibe la posesión de la misma (S. de 8 de abril de 1926). La tradición, que es transmisión de la posesión, puede servir para obtener otros fines jurídicos, singularmente la transmisión de la propiedad y derechos reales, por consecuencia de ciertos contratos (art. 609 del Código Civil).»

«Aun ciñendo el estudio a la tradición misma, con independencia de las funciones que, normal pero marginalmente, cumple, no es institución de fácil comprensión o acorde entendimiento por la doctrina, en cuanto que en ella se reflejan necesariamente las cuestiones fundamentales controvertidas en materia de posesión.»

«La controversia u oposición dominante es siempre la del hecho y el derecho en la posesión. De esta oposición surge un tratamiento de la tradición que parece conducir a la ruptura de su concepto unitario, con el reconocimiento de dos especies de tradición, de naturaleza y requisitos distintos: a) De un lado, la tradición o entrega efectiva (*Tathandlungen*) o acto real (*Realakte*), encaminado a obtener un resultado de hecho, al que se enlazan luego los efectos jurídicos. No, por tanto, negocio jurídico (WOLFF), ni exigencia de capacidad negocial (WESTERMANN). Su realización, como afirma en nuestra doctrina G. VALDECASAS, no presupone la capacidad legal de las partes, es suficiente la capacidad natural de querer. b) De otro lado, la tradición o adquisición derivativa por acuerdo (*Einigung*), cuando el adquirente se encuentra ya en situación de ejer-

registrar cubrirá los puntos vulnerables: 1.º, porque las escrituras tienen un período de vida entre su firma y su inscripción; 2.º, porque son muchos los instrumentos que han de quedar fuera del Registro por falta de previa inscripción, por abandono del adquirente o por defectos subsanables o insubsanables, y 3.º, porque un número considerable de parcelas no pueden ingresar en los libros hipotecarios sin gastos extraordinarios y diligencias inacabables.»

citar su poder sobre la cosa. Esta situación es generalmente entendida por los autores alemanes como simple posibilidad, no ya como ejercicio efectivo del poder. Sólo cuando existe una simple posibilidad nace la posesión del acuerdo; cuando el poder se encuentra ya en ejercicio la adquisición ha sido originaria, aunque no deja de surtir alguna eficacia el acuerdo. En nuestra doctrina, en cambio, G. VALDECASAS trata como casos de transmisión por simple acuerdo o convenio tanto los referidos a una posibilidad de ejercicio, que aún no ha sido efectivo (*traditio longa manu*), como los de tradición *brevi manu*, en que el adquirente ya tenía la cosa en su poder. El acuerdo de tradición, a diferencia de la entrega material—acto real—, es un negocio jurídico propiamente dicho, un contrato, dice WOLFF, opinión que comparten GIERKE, HEK, PLANCE-BROADMANN, WESTERMANN, etc. Por consiguiente, dice este último, tal supuesto está sometido a las reglas sobre la declaración de voluntad. En especial, se requiere la capacidad de obrar de las partes (G. VALDECASAS).»

«Una gran diferencia resulta, por tanto, de naturaleza y requisitos para ambas formas de tradición, diferencia que ya a primera vista parece excesiva si se piensa que la eficacia y finalidad es en ambas la misma e idéntico el esquema del acto. Pero el abismo entre las dos formas empieza a reducirse si se considera que: a) La tradición por entrega efectiva requiere las voluntades concordes del que transmite y el que adquiere. Un acuerdo, pues, es necesario en cualquier forma de tradición (BARASSI prefiere llamarle concordancia); precisamente por él la tradición existe, en lugar de considerarse la entrega efectiva como la combinación de dos actos independientes: un abandono de la posesión de la cosa—por parte del poseedor anterior—y una subsiguiente aprehensión unilateral—por parte del nuevo—. La adquisición de la posesión se justificaría también por esta construcción, pero no los efectos que a la tradición se ligan y que, aun siendo limitados, encuentran su única explicación en el reconocimiento de una derivación de la nueva posesión desde la antigua, a través de un acto de transmisión. b) La posesión que se entiende transmitida por acuerdo requiere también efectividad. Sin el hecho no se transmite la posesión; la intención no sería suficiente si no llevase consigo la realización (FUNAIOLI). Como presupuestos de la efectividad lógicamente se exigen: 1.º En el transmitente, la realidad de su señorío posesorio. Aun en las formas más típicas, admitidas por el Derecho positivo, de la llamada tradición ficticia, su eficacia se entiende condicionada a la exigencia de aquella realidad. 2.º En el adquirente, la realidad o posibilidad de ejercicio, a su vez, del señorío de hecho. La eficacia del acuerdo de tradición se alcanza y reconoce bien porque el adquirente tenía ya realmente poder de hecho sobre la cosa (en alguno de los casos que G. VALDECASAS señala), bien porque se encuentra con posibilidad de ejercitarlo

(supuesto al que únicamente atienden VON THUR y WOLFF sobre la base del parágrafo 854-2 del B. G. B.)»

«Resulta, por tanto, que la transmisión posesoria, cuando se produce por entrega efectiva, no puede prescindir de la concordancia de voluntades, y cuando se pretenda realizada por simple acuerdo o convenio presupone la existencia de una situación de hecho que valga como señorío posesorio. En uno y otro caso la voluntad opera, pero no es por sí bastante para producir la transmisión. La voluntad, parece, siempre habrá de referirse y dirigirse a un resultado de hecho. Por esta referencia se unifica el concepto de tradición» (72).

En los párrafos transcritos, MARTÍN PÉREZ se refiere a la tradición misma en el solo sentido de traslado de la posesión, y recoge una construcción inspirada principalmente en la doctrina alemana. En nuestro Derecho, el artículo 609 del Código Civil parece aludir a la tradición en el mismo sentido, viendo en ciertos contratos únicamente la causa de la tradición. Pero al regularla entre las obligaciones del vendedor, la doctrina más generalizada la considera en el único aspecto de cumplimiento de la obligación de entregar, con lo que resulta aún más confusa esta institución. Se subestima el acuerdo traditorio—pese a presumirlo el artículo 1.462-2 y recogerlo expresamente el artículo 1.463—que queda embebido en la voluntad contractual, con lo que la tradición queda reducida a simple peripecia del contrato.

Pero a los fines de este trabajo es el otro elemento de la tradición—el traslado de la posesión—el que principalmente nos interesa, y de las conclusiones a que llega MARTÍN PÉREZ recogemos la afirmación de que toda tradición «presupone la existencia de una situación de hecho que valga como señorío posesorio». Llamando posesión a esta situación puede afirmarse más brevemente que toda tradición exige en el *tradens* la posesión que quiere transmitir al *accipiens*. Esta posesión puede ser

(72) *Derechos reales. I. Doctrinas generales: La posesión.* Trata la tradición como adquisición derivativa de la posesión principalmente. En el tratamiento como modo de adquirir la propiedad, la dirección que NÚÑEZ LAGOS llama hispano-bolonesa reduce la tradición al hecho material de ejecución de un contrato. «La tradición—dice dicho autor—no es un negocio jurídico, ni siquiera un acto material autónomo, es simplemente una consecuencia de un contrato obligacional (art. 609 del Código Civil), una peripecia del cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa.» Opuesta es la posición que siguió DE DIEGO al definir la tradición como «modo de adquirir el dominio, derivativo y singular, consistente en la transmisión de la posesión de una cosa de una persona a otra, ambas capaces, con intento en ambas de que la última se haga propietaria». Como posible posición intermedia apuntamos que para nuestro Código Civil no basta que la tradición se haga con intención de transmitir la propiedad, sino que tiene que ser consecuencia de un contrato; pero tampoco se reduce a un acto material, sino que precisa la intención de transmitir la posesión. Por eso la tradición que transmite la propiedad no siempre coincide con el cumplimiento de la obligación de entregar, pudiendo darse aquélla sin cumplirse completamente ésta.

inmediata—ejercida por el transmitente, su representante o un servidor de la posesión—o mediata—ejercida por un mediador que a su vez es poseedor—. Si el transmitente tiene la posesión inmediata y la transmite al adquirente, tenemos la tradición real. Si teniendo la posesión inmediata transmite la posesión mediata, quedando como mediador posesorio del adquirente—*constituto posesorio*—o si teniendo la posesión mediata transmite esta posesión, tenemos la tradición ficticia, en la que cabe que el adquirente tuviera ya la posesión como mediador de la posesión del transmitente—*traditio brevi manu*—. La posesión mediata explica la mayoría de los supuestos de tradición ficticia (73).

El presupuesto de la posesión del *tradens* no admite excepciones, que irían contra la naturaleza de la tradición. Hay casos en los que parece faltar, como cuando el transmitente es un despojado de la posesión que transmite dentro del año siguiente al despojo, y cuando el transmitente es el heredero del poseedor que no ha entrado en posesión de la cosa que transmite. Se salvan estos supuestos entendiendo que el poseedor despojado conserva la posesión durante el año siguiente al despojo, que tiene una posesión incorporal, y que el heredero adquiere sin *corpus* ni *animus*, *ministerio legis*, la posesión que tenía su causante, que tiene una posesión civilísima. La doctrina discute si estas situaciones son o no posesión, pero en todo caso arrancan de una posesión anterior, tienen su base fáctica en la posesión anterior, por lo que no es arbitrariedad doctrinal o legislativa considerarlas y tratarlas como posesión (74) (75).

(73) «El concepto de posesión mediata—dice ESPÍN—ha sido recibido por buena parte de la doctrina española, a partir de la traducción y anotación del *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS. KIPP y WOLFF, por los profesores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que estiman que esta doble graduación de la posesión, inmediata y mediata, está establecida en el Derecho español a base del artículo 432, en relación con el 430 .» La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recibido esta distinción, que aplica con frecuencia en los últimos años para justificar la posesión del que no tiene en su poder material o de hecho la cosa de que se trata... La posición jurisprudencial viene a reconocer, en todo caso, de modo rotundo, la tendencia a la espiritualización de la posesión, por virtud de la cual, no obstante verse privado el poseedor de la tenencia material o de hecho de la cosa poseída, conserva la posesión. Esta posesión, espiritualizada en cuanto concurre con otra posesión de mero hecho o tenencia de la cosa, no resulta anulada, sino que, por el contrario, vienen ambas compatibilizadas a través de una gradación posesoria, en que, junto al poseedor superior, existe un poseedor inferior (*Manual de Derecho Civil*, 3.ª edición).

(74) La posesión incorporal del despojado se deduce del artículo 460-4.º del Código Civil: «La posesión puede perderse... por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.» «Despréndese de este precepto—dice G. VALDECASAS—que antes de cumplir el año la nueva posesión no extingue la antigua. Existen, por consiguiente, dos posesiones, la antigua y la nueva, de las cuales la primera desaparece tan pronto como la segunda ha durado un año.» En nuestra reciente doctrina predomina la opinión de que es verdadera posesión, aunque limitada. «La eficacia de la posesión mantenida—dice MARTÍN PÉREZ—es, naturalmente, limitada. Los efectos pose-

Partiendo de que estas situaciones son posesión, puede decirse que el propietario de una cosa que quiere transmitir su propiedad por título y tradición, ha de tener la posesión inmediata, o la posesión mediata, o la incorporal del despojado, o la civilísima de heredero. Incluso las formas más espiritualizadas de tradición exigen alguna de estas posesiones, pues

sorios de la relación directa con la cosa se producen en la posesión nueva. Pero cualquier otro efecto que no requiera esta relación se da para la posesión conservada. G. VALDECASAS señala acertadamente que si el plazo de la usucapión se cumple dentro del año del despojo, el poseedor despojado habrá adquirido la propiedad, puesto que no se considera interrumpida su prescripción (art. 1.944 del Código Civil). No se trata, pues, de una posesión ficticia y vacía de contenido, sino realmente conservada, aunque limitada.» En la doctrina italiana, DUSI, BONFANTE y MONTEL niegan que sea una posesión. Resta sólo un derecho a la posesión (DUSI, BONFANTE), una posibilidad jurídica de recuperar la posesión (MONTEL). «Opiniones éstas—dice MARTÍN PÉREZ—ceñidas a una concepción estricta de la posesión como hecho, y éste en entendimiento naturalista.»

(75) La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero, sin interrupción y desde la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (art. 440 del Código Civil). «Esta disposición—dice MARTÍN PÉREZ—se considera generalmente—frente a la concepción romana—como el producto de una evolución que arranca de la germánica *Geivere*. En ésta confluirían los aspectos de hecho y de derecho en el poder sobre las cosas, y tal fusión haría que la transmisión hereditaria por la *saisine* alcanzara también el aspecto de señorío de hecho, correspondiente a la romana *possessio*.» En la concepción romana, la posesión civilísima del heredero se justifica con la subrogación en los efectos jurídicos de la posesión. «Como el heredero—dice ROCA SASTRE—se subroga en la misma posición jurídica de su causante, pasan a él los correspondientes derechos, consecuencias y efectos jurídicos derivados de la posesión, ya que por constituir materia jurídica forman parte del *ius* del difunto.» La acción del heredero por el despojo producido después de la muerte del causante y antes de la efectiva toma de posesión, el mismo autor la considera de lógica admisión; el heredero debe poder reaccionar con el interdicto de recobrar, pues fallecido el causante, la ley mantiene el *statu quo* hereditario. Sobre la naturaleza de esta posesión dice MARTÍN PÉREZ: «La posesión reconocida al heredero sin efectiva aprehensión carece de *corpus* y *animus*, se halla desvinculada de sus normales presupuestos genéticos. Se califica por ello de fingida, artificial o anómala. Generalmente, se considera que la ley opera con una ficción: estimar como existente la situación de hecho posesoria. Pero actualmente, relegando el recurso de la ficción, se pretende encontrar una explicación naturalista. Algunos autores, al no hallarla fácilmente, si desechan la ficción, aceptan la anomalía. La ley no ha de fingir que existe una situación de hecho posesoria, pero crea una posesión sin sus normales presupuestos. Una anomalía útil, necesaria si se quiere, pero anomalía (BARASSI).» Rechazando esta posición, conviene evitar otra puramente naturalista del hecho posesorio. «Es éste—dice MARTÍN PÉREZ—un hecho real, pero la realidad jurídica no es una con la realidad natural (FUNAIOLI). El hecho posesorio es un hecho para la ley y surge cuando cumple las condiciones que ésta predetermina. En consecuencia, a veces no constituye hecho posesorio—al que se enlazan las consecuencias jurídicas—, poderes efectivos sobre la cosa que la ley desvaloriza (actuaciones por tolerancia, en dependencia, sobre cosas fuera del comercio, etc.), mientras que, por el contrario, puede aquélla reconocer posesión—efectos jurídicos, situación jurídica de poseedor—aunque falte un hecho posesorio, en sentido naturalista. En definitiva, la calificación más acertada de esta posesión tal vez sea la de ‘posesión incorporal’, que le aplica G. VALDECASAS.» «Posesión incorporal nos indica una verdadera posesión, aunque carente de materialización sobre su objeto. Una posesión que produce todos sus efectos, salvo aquellos que presuponen necesariamente un señorío de hecho (PÉREZ Y ALGUER).»

tales formas no suprimen la tradición, sólo la facilitan. Y no puede haber tradición sin una posesión que pueda transmitirse.

Hechas las anteriores consideraciones sobre la tradición, volvemos al párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil, que dice: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario.»

Para MANRESA este precepto establece una tradición simbólica con precedentes en las Partidas. «La tradición—dice—podía ser verdadera o real y fingida... La tradición fingida podía ser de varias clases. Era simbólica cuando para realizar la entrega se valían las partes de un signo o símbolo que representaba la cosa que se iba a entregar... No dudamos en calificar también de simbólica la entrega de la cosa que se supone verificada por el otorgamiento de la escritura, según el artículo 1.462 del Código Civil. Esta forma de tradición tiene precedentes en la Ley 8.ª, Título 30, de la Partida 3.ª, que dice: Dando algún ome a otro heredamiento, u otra cosa cualquiera apoderándole de las cartas que por tal ovo, o haciendo otra de nuevo e dandogela, gana la posesión, maguer no le apodere de la cosa dada corporalmente.»

Según esta opinión la tradición del párrafo segundo del artículo 1.462 sería una *traditio cartae*, a la que sería aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1889, que MANRESA recoge así de ALCUBILLA: «la tradición simbólica, como todas las ficciones legales de igual índole, debe responder a la virtualidad del derecho que se atribuye el que la realiza, por cuya razón, cuando es notorio que el vendedor no estaba en posesión de la cosa que representaba la escritura de venta que entregó a los compradores, lo es también que no se infringe dicha Ley de Partidas al estimar que el vendedor, en tal caso, no ha cumplido la obligación de entregar la cosa vendida».

Para otros autores más modernos, el párrafo 2.º del artículo 1.462 establece una *traditio per cartam*, que es la etapa final, en nuestro Derecho, del *constitutum possessorium* que regulaba la Ley 9.ª, Título 30, de la Partida 3.ª (76). Según don JERÓNIMO GONZÁLEZ, «la práctica nota-

(76) «Enagenan—dice esta ley—los omes los unos a los otros sus heredamientos a las vegadas a tal pleyto, que retienen para sí en toda su vida el usufructo dellos; o después que los han enagenado, antes de que apoderen dellos a aquellos a quienes los enagenaron, arriéndalos a los compradores. E en cualquiera destos casos dezimos que gana la posesión de la cosa aquel a quien es enagenada: e aún ha el señorío dellas, bien assí como si fuesse apoderado corporalmente della. Esso mismo sería si aquel que enagenare la cosa dixere: otorgo que de aquí adelante tengo la posesión della en vuestro nombre.» Resalta don JERÓNIMO GONZÁLEZ el constituto posesorio abstracto del último inciso, «sin prueba ni alegación de la causa (arriendo, depósito, comodato, sociedad, etc.) por la que yo, antiguo dueño, sigo en la tenencia.» Y resalta también que en los modelos de cartas o escrituras

rial del siglo XIX y las disposiciones del Código Civil español no tienen sus inmediatos antecedentes en la *traditio cartae*: El desenvolvimiento del documento público y la distinción de la escritura matriz, destinada a la autenticación de la prueba y constancia de las relaciones jurídicas, frente a la primera copia, instrumento enfocado al tráfico jurídico y a la ejecución procesal, no se prestan a la cristalización de los derechos adquiridos ni a la incorporación de facultades en los testimonios notariales expedidos. La entrega de la copia, su tradición material para perfeccionar la cesión de derechos o su pignoración directa, desaparecen absorbidos por el *constitutum possessorium*» (77). Y según NÚÑEZ LAGOS: «Al lado de la transmisión de propiedad con reserva del usufructo, en la que hay tradición sin entrega alguna porque el *corpus* queda en manos del *tradens*, se colocó la transmisión con reserva del derecho de arrendamiento (ni más ni menos que nuestras escrituras con pacto de retro) o con reserva de algún otro derecho real o personal, y finalmente sin reserva de derecho alguno, *animo retinere possessionem*, quedando el transmitente en precario. La *traditio* se hizo posible en todo caso mera voluntad—*missio in vacuam possessionem*—, sin actuación ninguna sobre la cosa. Fue un pacto. Se recogió en los documentos (*traditio per cartam, per epistolam*). Cuando el pacto no fue expreso, se sobrentendió, como *naturalia negotia*, en toda clase de contratos en el Derecho francés, y en las escrituras públicas en el Derecho español (art. 1.452)» (78).

Encuadrada la tradición instrumental del artículo 1.462 en la *traditio per cartam*, la exigencia de la posesión en el transmitente es igualmente evidente, porque implica un *constituto posesorio* y éste exige, por naturaleza, que el *tradens* continúe en la posesión que ya tenía, aunque con la correspondiente *interversio possessionis*.

Nuestro Tribunal Supremo, que en algunas sentencias calificó de tradición simbólica la instrumental del artículo 1.462, exige decididamente la posesión del transmitente, doctrina reiteradísima que MARTÍN PÉREZ recoge así: «Para que el otorgamiento de la escritura signifique tradición es preciso que el vendedor transmitente posea real y efectiva-

que contiene el título XVIII de la partida 3.^a, se prefiere, cuando no hay tradición real, conceder al comprador «libre y llenero poder para entrar en la tenencia de aquella cosa sobredicha que le vendió, sin otorgamiento del Juez o de otra persona cualquiera». En los formularios de los siglos XV a XVIII, la fórmula del libre y llenero poder para entrar en la tenencia se acumula a la del *constituto posesorio*, y en ocasiones a la de la *traditio cartae*. Así, en el *Tratado de las escrituras y contratos públicos*, de ANTONIO ARGÜELLES—Madrid, 1651—: «... y le doy poder cumplido, según se requiere, para que por su autoridad o de la justicia, tome y aprehenda la posesión della, y la venda, enagene y disponga a su elección, y desde luego la doy por tomada, y por posesión real le entrego esta escritura y en el entretanto que no la tomare me constituyo en su inquilino »

(77) *La transmisión de fincas en los instrumentos públicos.*

(78) *Hechos y derechos en el documento público.*

mente la finca que vende (SS. de 12 de abril de 1890, 10 de noviembre de 1903, 29 de mayo de 1906, 10 de febrero de 1909, 24 de noviembre de 1914, 25 de noviembre de 1917, 25 de octubre de 1924, 9 de enero de 1941, etc.). Pues de otro modo falta la real existencia de una posesión que pueda transmitirse. La presunción de tradición, entonces, tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otra persona posee la cosa enajenada (S. de 22 de marzo de 1930), pues es combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica (S. de 25 de abril de 1949)» (79).

De todo lo cual resulta la inadmisibilidad de esta proposición de SANZ: «Siempre tendrá aplicación la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil.» Esta tradición tendrá lugar cuando el transmitente tenga la posesión de la cosa, alguna posesión. Cuando no tenga posesión alguna no podrá transmitir su propiedad por título y tradición. Esta laguna de todo sistema traslativo basado en la tradición es lógica consecuencia de la naturaleza de ésta.

La transcrita proposición de SANZ no encaja, a nuestro juicio, en la lógica de este hipotecarista, que, en la Comisión redactora del Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, le llevó a oponerse a la solución del artículo 36 porque falta la tradición del tercero, al estar la posesión en el usucapiente, y que, en la *Revista de Derecho Privado*, le hizo contestar a PELAYO HORE que el *verus dominus* inscrito no puede ser despojado de su dominio por la posterior inscripción de un título falso porque falta la tradición del adquirente de este título, al estar la posesión en el *verus dominus*. Como explicación de la desviación que a su lógica supone la transcrita proposición, encontramos una nota en las Instituciones de Derecho Hipotecario en la que transcribe el conocido pasaje de don JERÓNIMO GONZÁLEZ donde este autor clasifica en cinco rúbricas «los variadísimos sucedáneos de entrega, determinados por la particularidad de la posesión inmediata (real) de la cosa transferida: 1.ª El adquirente se halla en la tenencia (*traditio brevi manu*). 2.ª El transferente continúa detentando la cosa (*constitutum possessorium*). 3.ª La cosa se halla en poder de un tercero unido al propietario por vínculos que nadie pone en duda. 4.ª El tercer poseedor no se halla en una relación clara y conocida con el dueño que transfiere. 5.ª Entrega por

(79) ROCA SASTRE formula así la misma doctrina: «El Tribunal Supremo tiene declarado que la tradición ficta o la instrumental admitida por el artículo 1.462, si bien implica la presunción *iuris tantum* de la entrega posesoria del *tradens* al *accipiens*, ello necesariamente requiere que el primero se halle en la posesión efectiva de la cosa objeto del contrato de finalidad traslativa, pues si no tiene tal posesión jurídica no podrá ésta hacer tránsito al segundo.» Los calificativos de real y efectiva, aplicados a la posesión del *tradens*, proceden de las sentencias más antiguas, rectificadas por las modernas, que admiten esa posesión como mediata.

medio de servidores de la posesión (criados, dependientes) del *tradens*, del *accipiens* o de un tercer poseedor, y transmisión de un copropietario a otro». Y seguidamente dice SANZ: «A mi juicio, estos cinco casos deben considerarse como posibilidad de entregar la posesión y, por tanto, en todos ellos la tradición instrumental producirá la transmisión del dominio. Es cierto que en algún supuesto, especialmente en el cuarto, la tradición, como dice el mismo autor, se desvanece, y si no concedemos al cesionario el papel de un representante en cosa propia (*procurator in rem suam*), concluimos por sancionar la transmisión de las acciones características del dominio por el solo consentimiento de los interesados. Mas aparte de que así ocurre en algunas formas clásicas de tradición fingida (*longa manu*, *brevi manu*, *constitutum possessorium*), debe tenerse en cuenta que la tradición instrumental produce este efecto como derivación de la formulación pública del contrato, de la escritura pública, y no del consentimiento contractual.»

La explicación de SANZ no nos parece convincente. En el supuesto cuarto de la clasificación de don JERÓNIMO GONZÁLEZ no es posible la tradición, no puede considerarse como posibilidad de entregar la posesión. Por ello no es equiparable a los de tradición ficticia. Esta facilita una tradición siempre posible. La doctrina reciente califica de supuestos de «entrega efectiva no necesaria» los de *traditio longa manu*, *traditio brevi manu* y *constitutum possessorium*. Para G. VALDECASAS en la *traditio longa manu* la posesión se transmite por simple acuerdo o convenio, pero según MARTÍN PÉREZ no parece que falte una entrega real, si bien en las condiciones adecuadas a la naturaleza de la cosa y a un entendimiento flexible del *corpus* posesorio. La *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium* se explican como supuestos de *interversio possessionis*, como cambio del concepto de la posesión del adquirente—en la *traditio brevi manu*—o del transmitente—en el *constitutum possessorium*—, pero también se afirma que en ambos supuestos hay transmisión de la posesión mediata. La misma doctrina califica de «tradición atenuada» los supuestos que en la doctrina tradicional se consideraban de tradición simbólica o fingida—instrumental del artículo 1.462, entrega de llaves del artículo 1.463, acuerdo o conformidad del artículo 1.463—. «Estas formas de tradición—dice BARASSI—no son simbólicas, sino atenuadas, porque con ellas se consigue el efectivo ingreso del adquirente en la posesión de la cosa, con medios que se la aseguran.» «El recurrir—dice RUGGIERO—como la doctrina antigua y sobre todo la medieval hacían, a la idea de una tradición fingida y simbólica, era provocado por el concepto excesivamente materialista del *corpus* posesorio.» «Mientras

más se espiritualiza el concepto del *corpus* posesorio—dice MARTÍN PÉREZ—, menos dificultades habrá para admitir formas inmateriales de tradición que sirven para procurar, sin embargo, el ejercicio del poder de hecho.»

De este superficial repaso de opiniones doctrinales se deduce que las formas de tradición comprendidas en la amplia rúbrica de *traditio ficta* son siempre formas de trasladar la posesión, en algunos casos de una posesión muy espiritualizada, pero posesión. Y que no puede hablarse de tradición cuando el transferente carece en absoluto de posesión, cuando es un tercero quien posee la cosa en nombre propio. La Ley puede derivar la transmisión de la propiedad de la formulación pública del contrato traslativo, pero, aparte de que no fue éste el propósito de los autores del artículo 1.462, no podrá decirse que esa formulación es una forma de tradición, si efectivamente no traslada la posesión. SANZ llama tradición al otorgamiento de la escritura, en este caso, pero otros autores, como URIARTE BERASATEGUI y LACRUZ BERDEJO, lógicamente prescinden de esta vana denominación.

Lo que sí puede afirmarse, rectificando la proposición de SANZ, es que «siempre tendrá aplicación la tradición presunta del artículo 1.462 del Código Civil», la presunción de tradición instrumental que el Tribunal Supremo ha visto en dicho precepto. Al establecer la tradición instrumental del artículo 1.452, los autores del Código Civil, por influencia del constituto posesorio, admitieron una excepción: el otorgamiento de la escritura no equivaldrá a la entrega de la cosa si así resulta o se deduce claramente de la misma escritura. Y el Tribunal Supremo ha aprovechado esta excepción para ver en el párrafo 2.º del artículo 1.462 una presunción *iuris tantum* de tradición. La presunción debería limitarse a la tradición, es decir, al acuerdo traditorio, pero el Tribunal Supremo la ha extendido a la posesión del transmitente, con la cual el otorgamiento de la escritura tiene el valor de la siguiente doble presunción: que el transmitente tenía, en el momento del otorgamiento, la posesión de la cosa y que ha habido acuerdo de los otorgantes de trasladar esta posesión al adquirente (80).

(80) La jurisprudencia ha proclamado reiteradamente el carácter *iuris tantum* de esta presunción. Sin embargo, según la sentencia de 30 de septiembre de 1964 —que se apoya en las de 25 de abril de 1949 y 25 de marzo de 1952—, la tradición instrumental del artículo 1.462-2 se verifica cuando no resulte con claridad contrariada en la propia escritura, ya que el precepto no establece una presunción *iuris tantum* rebatible por cualquier medio, puesto que sólo puede oponerse que de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario. De consolidarse esta doctrina habrá que entenderla sólo aplicable al acuerdo traditorio, a la segunda parte que hemos visto en la presunción, pero no a la posesión, a la primera parte de la presunción. Esta presunción de posesión del *tradens* es *iuris tantum* por

El desarrollo de esta presunción hay que entenderlo así: Si al otorgamiento de la escritura el vendedor tenía la posesión de la cosa vendida y de la escritura nada resulta ni se deduce en contra de la tradición, el otorgamiento es tradición—tradición instrumental—, el comprador «gana la posesión, maguer no le apodere el vendedor de la cosa dada corporalmente». Si al otorgamiento de la escritura el vendedor no tenía posesión alguna de la cosa vendida, aunque de la escritura nada resulte ni se deduzca en contra de la tradición, el otorgamiento no es tradición, si bien mientras no se pruebe que el vendedor no tenía la posesión, el comprador será considerado propietario de la cosa, como si en su adquisición hubiera tradición—tradición presunta—.

La tradición presunta no es, pues, tradición, no traslada posesión alguna. El párrafo 2.º del artículo 1.462 no cubre la apuntada laguna. Por eso don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que consideró acertada «la introducción, en los textos legales traducidos del Código napoleónico, de una tradición presunta que acerca los dos sistemas», no aprobaba la actuación de los Notarios que se limitan a descansar en la tradición de dicho precepto, ni siquiera la de los «más precavidos que, sin meterse en profundidades sobre la existencia o no de la *vacua possessio* se limitan a estampar una cláusula de estilo». Si se quiere que la escritura transmita la propiedad de la cosa vendida, hay que partir de la posesión, de alguna posesión, del vendedor.

Reparo 4.º La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no implica presunción de tradición y, por tanto, no refuerza la presunción del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil.

Dicha presunción posesoria es consecuencia del principio de legitimación, y éste lo es únicamente de la inscripción, abstracción hecha de los antecedentes de ésta. La inscripción de dominio atribuye al titular registral una presunción de posesión *ex novo*, es decir, independiente de todo antecedente posesorio y de toda idea de tradición. Por tanto, la presunción posesoria del artículo 38 no puede relacionarse con la presunción traditoria del artículo 1.462. Aquélla se produce y actúa con independencia de ésta, y por ello la presunción posesoria se da también en las inscripciones practicadas mediante títulos ajenos al sistema traslativo de título y tradición, como las de inmuebles adquiridos por herencia o legado, las de inmatriculación por certificación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria o por expediente de dominio, las de escrituras de extinción

naturaleza. La tradición instrumental del artículo 1.462-2 podrá ser atacada siempre con la prueba de que el transmitente no tenía posesión alguna al otorgar la escritura.

de comunidad, etc. El titular registral tiene a su favor la presunción de posesión porque es titular registral, no porque se presume que ha adquirido la posesión por la tradición instrumental del artículo 1.462 o por cualquier otra forma de tradición. El carácter abstracto, en sentido de derivar únicamente de la inscripción, del principio de legitimación, impide conectar la presunción posesoria del artículo 38 con cualquier antecedente de la inscripción o de la transmisión inscrita.

Aun en el supuesto más favorable de que el transmitente tuviera inscrito a su nombre el dominio que transmite, la presunción posesoria a favor de éste en nada apoyaría la tesis de que la presunción posesoria a favor del adquirente implica una presunción de tradición. Podría pensarse que la presunción posesoria pasa, en este caso, del transmitente al adquirente, que hay tradición de la presunción posesoria y que esta presunción implica presunción de tradición de la posesión. Pero la presunción posesoria del adquirente y la del transmitente son distintas e independientes, como nacidas de hechos distintos: las respectivas inscripciones. La inscripción del transmitente y su presunción posesoria se extinguen por la inscripción del adquirente—artículo 76 de la Ley Hipotecaria—, y esta inscripción produce una nueva presunción posesoria. Ni en la Ley Hipotecaria, ni en su Reglamento, se descubre el menor indicio de transmisión de la presunción posesoria.

La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no produce, pues, efecto alguno que trascienda a la tradición, no refuerza la presunción traditoria del artículo 1.462 del Código Civil. La tradición y la inscripción son entidades distintas, y si bien la inscripción puede sustituir a la tradición como modo de transmitir el dominio, porque para la efectividad de la transmisión basta la publicidad de la inscripción, no puede presumir la tradición porque ésta es algo más que publicidad, es también traslado de la posesión. Al derivar de la presunción de posesión una presunción de tradición, se subordina la inscripción a la tradición, se hace depender de la tradición el efecto traslativo de la inscripción, error que ya hemos combatido.

Reparo 5.º El principio de fe pública registral es totalmente ajeno a la tradición y, por tanto, nunca convalida la tradición presunta del artículo 1.462 del Código Civil.

«Siendo—dice SANZ—finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición *a non domino* el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño, es indudable que fuera de esto han de cumplirse en todo lo demás los requisitos de una adquisición perfecta (título y tradición).»

Partiendo de la primera afirmación contenida en el párrafo transcrito resulta difícil admitir que, como también afirma SANZ, «la inscripción, en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición».

SANZ lo explica así: ««La tradición, para que surta plenos efectos en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere de una manera indispensable que el *tradens* sea dueño de la cosa, que pueda transmitir el dominio. En caso contrario no se producen estos efectos. Mas precisamente este defecto del título, esta falta de preexistencia del derecho del transmitente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública... Pero esto no quiere decir que la tradición no exista, ni que la inscripción la reemplace, sino, simplemente, que la convalida.»

Conviene puntualizar:

Cuando el transmitente es un poseedor no propietario, la escritura pública es tradición—tradición instrumental—, traslada la posesión al adquirente. Pero esta tradición no transmite la propiedad por faltar ésta al transmitente. Si el adquirente de buena fe inscribe su título oneroso, adquiere la propiedad porque la fe pública subsana la falta de propiedad del transmitente. Entonces la tradición produce un efecto que no producía antes de la inscripción. La tradición era perfecta antes de la inscripción, pero usando de cierta libertad en la expresión para explicar el nuevo efecto de la tradición, se puede decir que la inscripción, a través de la fe pública registral, convalida la tradición. Ahora bien, se trata únicamente de una cómoda expresión, pues en realidad la fe pública registral no actúa sobre la tradición, sino sobre el presupuesto de la transmisión.

Cuando el transmitente no es poseedor, sea o no propietario, la escritura pública no es tradición, no traslada posesión alguna por no tenerla el transmitente. Tampoco traslada la propiedad, aunque el adquirente sea considerado provisionalmente como dueño—tradición presunta—. Si el adquirente de buena fe inscribe su título oneroso, la fe pública registral en nada altera la situación anterior a la inscripción porque no actúa, no puede actuar, sobre la falta de posesión del transmitente, no le convierte en poseedor, no transforma en presunción *iuris et de iure* la presunción *iuris tantum* de tradición, no transmuta la tradición presunta en tradición efectiva. En este caso no puede decirse en modo alguno que la inscripción, a través de la fe pública registral, convalida la tradición.

No pasó inadvertido a SANZ este resultado, pues reiteradamente se refiere a la tradición presunta. Pero entusiasta mantenedor de la vigencia exclusiva en nuestro actual Derecho del sistema traslativo de título y tradición, apuntó, más que mantuvo, una solución para llenar la laguna

normativa de dicho sistema, aprovechando la confusa redacción del apartado 2.º del artículo 1.462. Respecto a otros civilistas tiene el mérito de conservar intacto el sistema traslativo que defiende.

No obstante los reparos que preceden, justo es reconocer el innegable mérito de la teoría de SANZ. Es en la práctica, sobre todo en la notarial, la más seguida y sirve de punto de arranque a otras que también rechazan la inscripción como modo supletorio de la tradición.

(Continuará)

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS
Notario y Registrador de la Propiedad

CALIXTO GARCÍA ARANDA
Registrador de la Propiedad

El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce^(*)

SUMARIO: EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACIÓN REAL EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y GOCE: A) *La subrogación real en la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones. Problemas que presenta.*—B) *La subrogación real en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 17 de junio de 1955).*—C) *La subrogación real en el derecho de usufructo sobre cosa siniestrada o expropiada (arts. 518, 519 y 489 Código Civil): a) ¿Puede darse la subrogación real en los mismos casos antes dichos, pero respecto a servidumbres y en los derechos reales de uso y habitación?*—D) *La subrogación real en el derecho real de censo (arts. 1.626 y 1.627 Código Civil).*—E) *La subrogación real establecida en el contrato de depósito (artículo 1.778 Código Civil) y en el hallazgo (arts. 615 y 616 Código civil).*—EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO AGRARIO Y EN EL DERECHO URBANÍSTICO: A) *Naturaleza jurídica de la concentración parcelaria y reparcelación urbana.*—B) *Aplicación de la subrogación real en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y en la Ley del Suelo y Reglamento de Reparcelaciones del Suelo afectados por Planes de Ordenación Urbana. ¿A qué derechos es aplicable este principio general?: a) Las servidumbres. b) Los arrendamientos.*—C) *La subrogación real y la publicidad registral en la Ley de Concentración Parcelaria y Reglamento de Reparcelación del Suelo.*

A) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LAS INDEMNIZACIONES: PROBLEMAS QUE PRESENTA.

Una de las mayores conquistas del principio de subrogación real la ha constituido la extensión, el traslado de los derechos reales de garantía y goce, a las indemnizaciones debidas por razón de los bienes originalmente objeto de estos derechos. Como toda innovación de importancia, fue objeto de grandes debates por parte de la doctrina española y extran-

(*) V. mi trabajo «La formación del concepto de subrogación real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, núm. 510.

jera. Pero antes que fuera admitida y establecida en la legislación de cada país, fue la jurisprudencia la primera en aplicarla por su especialísima situación más en contacto con la realidad y las necesidades de la vida.

La aplicación, por otro lado, de la subrogación real en las indemnizaciones debidas por razón de los bienes gravados con derechos reales, era completamente nueva y sin precedentes legales de ninguna clase. La subrogación real fue aplicada, desde un principio, aun sin tener conciencia del fenómeno, e incluso rechazándola la mayoría de la doctrina al principio. De esta extensión y del fenómeno que por primera vez se presentó, surgieron una serie de problemas, que iré exponiendo a continuación.

El problema se planteó, por primera vez, con carácter legislativo a partir de 1850 en España, Francia, Italia, Bélgica y en toda Europa. Era principio de Derecho Común que cuando el bien objeto de derechos reales desaparecía, por las causas que fueran, el derecho se extinguía a su vez; pero la realidad presentaba otro aspecto. Dada la importancia que venían teniendo los contratos de seguros, cuando un bien gravado con hipoteca perecía por un incendio, p. ej., el acreedor hipotecario y los privilegiados veían perderse su derecho cuando en realidad el deudor recibía una indemnización por la pérdida de la cosa. La situación era injusta y no dejó de llamar la atención, acudiéndose mediante contratos a establecer en una cláusula que el acreedor hipotecario y privilegiado ejercerían su derecho de crédito sobre la indemnización recibida por el deudor. De tal manera llegaron a prodigarse estas cláusulas que se les llamaron de *estilo o de subrogación de indemnizaciones*.

La situación, por tanto, en la vida práctica, era en contra del Derecho Común, la conservación y extensión del derecho real a las indemnizaciones, a pesar de la destrucción del bien. Los primeros debates en los diferentes cuerpos legislativos se presentaron con ocasión de unas sentencias en las que se admitió el principio de subrogación real, mientras que en otras fue rechazado (1). Pero el problema ya estaba planteado en los tribunales y después sería admitido, con el apoyo de la legislación, en los países citados.

(1) *Rechazándola*: S. de la Corte Suprema francesa de 12 de marzo de 1877, que rechazó la subrogación real en la indemnización debida por el Estado por la destrucción de un edificio con el fin de fortificar París; S. de la Corte Suprema de 2 de agosto de 1880, rechazando la extensión a los portadores de *warrants*; S. de la Cámara de Apelaciones de 20 de diciembre de 1859 (S. 1860.1 23); S. de la Corte de Grenoble de 27 de febrero de 1834 (S. 1834.2.467); S. de la Corte de París de 11 de marzo de 1852 (D. 1855.2.251); S. de la Corte Suprema de 28 de junio de 1831 (S. 31.1.291); S. de la Corte de Bourges de 13 de febrero de 1839 (v. Rep. Dalloz, *contrat de mariage*, núm. 809).

Admitiéndola: S. de la Corte de Colma de 25 de agosto de 1826; S. del Tribu-

De todas las sentencias llama la atención la llamada Sentencia Pinel de 28 junio 1831 que, en casación, rechazó la aplicación de la subrogación real admitida en la Sentencia apelada de Rouen de 27 diciembre 1828 (2). En esta sentencia se presentan y debaten los problemas que surgirán de la extensión de hipotecas y privilegios a las indemnizaciones. Dado el interés de esta sentencia, expondremos sus considerandos seguidamente.

El asunto era el siguiente: Por un documento (acta) de 28 abril 1813, el señor Pinel se reconoce deudor del señor Duthuit de una suma de 15.000 francos, en garantía de la cual, hipoteca un establecimiento de hilatura hidráulica explotada por él, junto con «*les brisoirs, carderies, béllys, métiers à filet*, etc.», es decir, generalmente todos los objetos unidos a la fábrica para su explotación. Tanto el inmueble, como los objetos considerados inmuebles por destino se aseguran en distintas compañías de seguros.

Más tarde se incendia el edificio y poco después el señor Pinel quiebra, por lo cual los acreedores se unen y nombran un síndico. Este, en sus funciones, retribuye su parte a los acreedores hipotecarios sin que se opongan los acreedores quirografarios; pero el señor Duthuit, más que una parte de su crédito, pide el ejercicio de sus derechos hipotecarios sobre las indemnizaciones debida por los objetos considerados inmuebles por destino, afectos a su deuda. Ante esta petición sin precedentes, el síndico se opone, por lo que se acude al Tribunal de Rouen, que sentenció así: «*Considerando*: que es constante que la obligación se extingue, que la hipoteca queda sin efectos por la pérdida de la cosa; pero que es igualmente cierto que si un deudor tiene ciertos derechos o acciones con relación a esta cosa, está obligado a cederlos a su acreedor y que la hipoteca sigue cada porción de los inmuebles afectados, en cualquier mano que pasen. *Considerando* que el inmueble ficticio había sido hipotecado, como el inmueble real, al señor Duthuit; que uno y otro habían sido asegurados en caso de incendio, anteriormente al acta de 28 abril 1823, y que el acreedor debía haber tenido en consideración este derecho de indemnización, si la desgracia prevista llegara a acaecer; que el señor Pinel no tendría fundamento para rechazar al señor Duthuit su derecho sobre el dinero debido por el seguro real, con el pretexto de que éste es

nal civil de Rouen con cierta reserva, y la Corte de Rouen el 27 de diciembre de 1828, admitían la subrogación real de la indemnidad del seguro por el inmueble hipotecado (Colmer. S. 28.2.17 y Rouen S. 30.2.163); S. de la Corte de Grenoble de 25 de agosto de 1826 (S. 1826, p. 281); S. de la Corte de Aix de 6 de enero de 1890 (S. 90-2-88), confirmada por la Corte Suprema en casación el 5 de enero de 1891 (S. 91.1.102 y D. 91.1.486), que decidió subrogar a los valores dotales la indemnización debida por el Notario responsable.

(2) S. de la Corte de Rouen de 27 de diciembre de 1828, v. *Rep. de Juris. Prud.*, Dalloz; v. *Assurances*, núm. 84, pág. 348.

un mueble y que los muebles no pueden ser hipotecados, puesto que, por la hipoteca convencional consentida en el contrato auténtico de 28 abril de 1823, ha sido declarado, como garantía de esta hipoteca, que el inmueble ficticio estaba asegurado, lo cual era una cesión de los derechos del deudor a favor de su acreedor, si se presentaba el caso. *Considerando* que antiguamente en Normandía las rentas constituidas eran inmuebles y susceptibles de hipoteca y que el acreedor que tenía una hipoteca sobre una renta de esta naturaleza tenía derecho a llevar una oposición a manos del deudor de dicha renta, a fin de que si éste quería reembolsar el capital, como estaba facultado, fue obligado contestar al oponente o al reembolso, para defender allí su crédito. *Considerando* que el señor Lémasson (síndico), con las facultades con que él trató, no tiene más derechos que el señor Pinel, y que lo mismo que no se ha discutido a los acreedores hipotecarios sus derechos sobre el dinero proveniente por razón del seguro del inmueble real, la discusión planteada relativa a los fondos provenientes del seguro del inmueble ficticio debe ser descartada por la misma razón de justicia y equidad, ya que los principios son los mismos en ambos casos.»

La sentencia dio lugar a muchas polémicas y fue rechazada por la doctrina. CRÉMIEUX se pregunta: ¿Se puede decir que el precio del seguro subroga al inmueble que lo representa, de manera que la hipoteca pasa sobre este precio y debe, por tanto, producir sobre él los mismos efectos? No, dice, porque el seguro es una suma de dinero dada en caso de incendio por el asegurador al asegurado, en compensación a la suma que el asegurado ha pagado al asegurador; por tanto, el seguro no representa al bien, sino a las primas. Además, en este caso, el dinero es una cosa puramente mobiliaria y, por tanto, no susceptible de hipoteca. También, sigue diciendo CRÉMIEUX, desde el punto de vista de la equidad, la causa de los acreedores quirografarios es más beneficiosa, porque cada año, la prima del seguro es tomada de las rentas, es decir, de lo que pertenece a los acreedores quirografarios y sería injusto que lo que ellos han pagado enriquezca a los acreedores hipotecarios. En esta sentencia, prosigue, se invoca al principio *subrogatum sapit...* para pretender que la indemnización reemplaza al inmueble o su precio; pero la diferencia es muy grande entre precio e indemnización, porque en el primer caso la hipoteca subsiste, puesto que el inmueble subsiste también. Pero aquí el inmueble ha perecido, el acreedor hipotecario no tiene más que preferencia, no tiene derecho más que al reembolso inmediato; no puede tratar en virtud de su hipoteca que ha dejado de existir; y es precisamente por esto, por lo que él tiene derecho a exigir el pago inmediato. En materia de seguro marítimo, todos los autores están de acuerdo en que el crédito privilegiado sobre el navío pierde su derecho de preferencia sobre la suma que

constituye la indemnización del seguro; luego con más razón debe ser así en el seguro terrestre.

Por su parte CHAUVEAU, abogado defensor, responde: Nosotros pensamos demostrar que el precio del seguro representa al inmueble, de tal manera que los derechos de los acreedores hipotecarios continúan sobre la indemnización del seguro. El deudor que constituye una hipoteca, toma frente al acreedor la obligación de conservar la cosa hipotecada, y para conseguir este fin y dar más garantía a los acreedores, el deudor asegura su propiedad. Es, pues, en nombre de éste por lo que se establece la obligación. Si no ocurriera así, los acreedores quirografarios se beneficiarían por el incendio en perjuicio de los hipotecarios y privilegiados.

Como puede observarse, los problemas que más adelante dividirán a la doctrina están aquí planteados. El precio del seguro ¿es un accesorio del inmueble?, ¿es su representante?, ¿es el inmueble mismo?, ¿o, por el contrario, la indemnización representa a las primas pagadas? Y respecto al crédito hipotecario, ¿se extiende el derecho sobre la indemnización tal como existía sobre el inmueble, o, por el contrario, el derecho de hipoteca se extingue al desaparecer el bien hipotecado?, ¿surge otro derecho en su lugar?

Vistas las discusiones a que dio lugar esta sentencia de Rouen, la Corte Suprema decidió rechazar formalmente el principio de subrogación real de la siguiente manera: *Considerando* ... 2.º que no hay ninguna Ley que afecte la suma asegurada, en caso de pérdida del inmueble perecido por incendio a los acreedores, cuyos derechos estaban inscritos sobre este inmueble, con preferencia a los acreedores quirografarios del asegurado; que no se puede inducir esta preferencia de que la hipoteca seguía al inmueble y afectaba el precio a los acreedores, según el rango de sus inscripciones, puesto que, de una parte, la hipoteca se ha extinguido por la pérdida de la cosa; que, de otra parte, la suma asegurada no es un precio de venta, sino el producto del contrato de seguro, sin el cual no sería debida; que incluso ésta—la suma asegurada—no es susceptible de hipoteca, puesto que los bienes inmuebles y sus accesorios considerados inmuebles son los únicos susceptibles y que ella no ha recibido de la ley ninguna de estas características; que no se les puede hacer resultar de que, según el artículo 1.303 del Código Civil, el deudor de la cosa perecida está obligado, si hay derechos reales con relación a esta cosa, de cederlas a su acreedor. *Considerando* que este artículo es extraño a las hipotecas e inaplicable a la suma asegurada que es debida a causa de las primas pagadas por el asegurado por el precio del seguro y por los riesgos corridos por el asegurador; que se puede todavía menos inferir esta preferencia de que el acto de hipoteca de los inmuebles asegurados haga mención del seguro, puesto que la suma asegurada no es

susceptible de hipoteca, y que la cesión de derechos del asegurado, si resultaba de esta mención, no tendría efecto, en perjuicio de terceros, más que cuando hubiera sido señalada por el asegurador o cuando éste lo hubiera aceptado documentalmente. *Considerando* que finalmente, en menosprecio de estos principios, la sentencia recurrida decide que la suma del seguro, en caso de pérdida del inmueble de que se trata, pertenece a los acreedores que estaban inscritos sobre este inmueble, con preferencia a los acreedores quirografarios del asegurado; que esto viola formalmente los artículos del Código Civil arriba indicados (3).

En Europa se hacía sentir la necesidad de una reforma a este respecto, por lo que se encomendó, a partir de 1850, la reforma a Comisiones especiales. El primer texto legal que apareció fue la Ley belga de 16 de diciembre de 1851, en cuyo artículo 10 se estableció la extensión de la hipoteca a toda clase de indemnizaciones. Esta reforma fue seguida en Francia, a través de la Ley de 28 mayo 1858, artículo 10, que establece que los portadores de recibos o *warrants* tendrán sobre las indemnizaciones de seguros debidos en caso de siniestro, los mismos derechos y privilegios que sobre las mercancías aseguradas; Ley de 3 mayo 1841, artículo 18, que los acreedores hipotecarios y privilegiados subrogan la indemnización debida por la expropiación de la cosa gravada. Pero la más importante y de carácter general fue la Ley de 1 febrero 1889, artículo 2, que decía: «*las indemnizaciones debidas por seguros de incendios, mortandad de bestias, granizada u otros riesgos, son atribuidas, sin necesidad de delegación expresa, a los acreedores privilegiados e hipotecarios según su rango*». Con esta Ley la evolución quedó definitivamente consagrada en Francia, en la que pronto aparecieron otras leyes especiales en igual sentido: Ley de 1906, artículo 5, y Ley de 1913, artículo 10: en caso de siniestro, los portadores de *warrants* tienen sobre las indemnizaciones del seguro, los mismos derechos y privilegios que sobre los productos asegurados; Ley de 31 mayo 1924, que regula la hipoteca de aeronaves y el Registro de inmatriculación, en la que se estableció que la gran fragilidad de éstas requería la extensión de la hipoteca; Ley de 11 octubre 1940, artículo 35, sobre indemnizaciones debidas por hechos de guerra; Ley de 13 julio 1930, artículo 37, los derechos del arrendador sobre las indemnizaciones debidas por el arrendatario o vecino a consecuencia de un incendio; Ley de 28 octubre 1946, artículo 35, sobre las indemnizaciones de evicción concedidas al propietario de un

(3) BONNECASE. Julien: *Suplement de droit civil de D. Bandry-Lacantinerie*, III, págs. 705-709. Pero a pesar de las dudas que más bien por escrúpulos técnicos plantearon y rechazaron la subrogación real, la jurisprudencia no iba a tardar en entrar definitiva y francamente en el reconocimiento de la subrogación real, esta vez con el apoyo de los textos legales.

inmueble destruido por hecho de guerra; Ley de 19 febrero 1949, que toca la cuestión en materia marítima; artículo 192 del Código de Comercio que considera como accesorios del navío... las sumas e indemnizaciones debidas al propietario por destrucción, averías y salvamento del navío (art. 191, 1, 2, 3, etc.).

En Italia, como en los demás países europeos, la necesidad de una reforma hipotecaria era patente (1844-1850). En los debates parlamentarios llevados a cabo y anteriores a la redacción del artículo 1.951 del antiguo Código Civil, el ministro PISSANELLI (4), al referirse al proyecto del libro II del Código Civil dijo: «La hipoteca como el privilegio, no alcanza sólo al inmueble con sus accesorios considerados inmuebles, sino que, según el proyecto, alcanza ahora a la suma debida por los aseguradores por la pérdida o deterioro del inmueble asegurado y por la debida a causa de expropiación forzosa por utilidad pública o por causa de una servidumbre constituida por la Ley»; «que es un hecho, que menoscabado el valor de la cosa, la entidad de la garantía hipotecaria engendra en los créditos hipotecarios y privilegiados una expansión natural del derecho de hipoteca sobre la indemnización, que ocupa el lugar del valor mismo.» Sin embargo, el miembro de la Comisión, PRECERUTTI, seguido de CHIESI, proponía abolir este artículo, lo cual no aceptó la Comisión. Otro miembro, NIUTTA, defendió la extensión diciendo: «que el precio pagado por el asegurador ocupa, en definitiva, el lugar de la cosa misma vinculada a la seguridad del crédito»; «que era justo pues en caso contrario nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto de los acreedores quirografarios».

En Francia, refiriéndose al artículo 2, Ley de 1886 (5), LABICHE dice, que consiste en asimilar de pleno derecho la indemnización pagada por la compañía de seguros al precio de los objetos asegurados sobre los que existían ya privilegios, ya hipotecas. En la Cámara de Diputados, MAUNOURY defendió que, «estas indemnizaciones serían consideradas como la representación del objeto siniestrado, con el mismo título que el precio de venta de este objeto». En estos debates parlamentarios, es curioso observar cómo se pone de manifiesto continuamente el principio de equidad que informa la reforma; la necesidad de regular legislativamente una situación que de hecho ya estaba establecida en la práctica por acuerdos entre las partes y el carácter excepcional del principio que viola principios de Derecho Común hasta ahora absolutos. Por otra parte, las expresiones usadas son más o menos las siguientes: suma vincu-

(4) PASSARELLI, Santoro: «La subrogazione reale», en *Riv. Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1926, págs. 109 y ss.

(5) BAUDRY-LACANTINIERE: *Precis de Droit civil*, París, 1925, t. III, números 280 y ss.

lada al pago, indemnizaciones afectas al pago, expansión de medios de satisfacción, etc.

El artículo 2.020, 2.º, del Código Civil italiano establecía que «la hipoteca se extingue: ... 2.º con la destrucción del inmueble gravado, salvo los derechos resultantes del artículo 1.951». En la actualidad este artículo 1.951 del Código Civil de 1865 y 437 del Código de Comercio de 1882, ha sido reformado por el actual artículo 2.742, que dice: «Si la cosa sujeta a privilegio, prenda o hipoteca perecen o se deterioran, la suma debida por los aseguradores como indemnización por la pérdida o el deterioro está vinculada al pago de los créditos privilegiados, pignoratícios o hipotecarios, según su grado, excepto que la misma suma esté instituida para reparar la pérdida o el deterioro...». Están sujetos a lo mismo la suma devenida por causa de servidumbres coactivas o de congregación forzosa o de expropiación por interés público, observando para esta última, la disposición de la ley especial.

También en Italia podemos citar algunas leyes especiales que previeron la extensión de la hipoteca y otros derechos reales a las indemnizaciones: Ley de 25 junio 1865, artículo 52: «la acción de reivindicación, de usufructo, de hipoteca, de derecho de dominio y todas las otras acciones que existan sobre el fundo sujeto a expropiación no pueden interrumpir su curso ni impedir sus efectos. Pronunciada la expropiación, todos los derechos antes dichos se pueden hacer valer no sobre el fundo expropiado, sino sobre la indemnización que lo representa». El mismo artículo 2.115 del Código Civil establecía que «los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores. Las indemnizaciones de seguros, en caso de incendio, toman el lugar del edificio asegurado, a no ser que sea empleado en la reconstrucción y reparación del edificio»; Ley de 27 marzo 1919, artículos 20 y 11, sobre daños de guerra, por la cual «revive sobre los bienes subrogados los distintos derechos reales de gozo, tal como existían sobre la cosa destruida, perdida o deteriorada»; Ley de 26 octubre 1940, artículo 11 y 572, Código de la Navegación, aplicando el artículo 1.951 del Código Civil, al seguro marítimo.

La jurisprudencia italiana, con el apoyo del citado artículo 1.951 del Código Civil y numerosas leyes especiales, estableció la subrogación real no pocas veces (6).

(6) *Jurisprudencia favorable*: Trib. Milán, 22 de enero de 1936 (Foro it. Rep., voz *esecuzione mobiliare*, núm. 17): «que los acreedores pueden ejercitar aquellos mismos derechos que pertenecen a su deudor directo y el asegurador puede oponer a los acreedores la misma excepción que hubiera podido oponer al asegurador»; Trib. App. Génova, 26 junio 1939 (Foro it. Rep. 1940, voz *assicurazione*, número 161): «para que haya subrogación es necesario que el seguro se haya estipulado para cubrir los daños derivados del deterioro o de la pérdida de la cosa». Trib. Milán, 2 de julio de 1934 (Foro it. Rep. 1935, voz *assicurazione*, núm. 206);

También en Alemania (7) se estableció la extensión de la hipoteca sobre ciertos subrogados (seguros, expropiación, etc.), parágrafo 1.127, apartado 1.º: «Las indemnizaciones de cualquier clase que sean están afectas a estos derechos, los cuales recaen sobre las indemnizaciones recibidas, que representan o reemplazan a la finca o al bien desaparecido. Los derechos de hipoteca se trasladan sobre las indemnizaciones de expropiación.» Como podemos observar, las expresiones usadas para explicar el nuevo fenómeno son semejantes en todos los países.

En cuanto a la reforma hipotecaria española data de 1855. Se encargó a una Comisión «que se dedicara con preferencia y brevedad a formular un Proyecto de Ley Hipotecaria o de aseguración de la propiedad territorial», que dio lugar a la Ley Hipotecaria de 8 febrero 1861, en cuya E. de M. podemos leer «que las Leyes de Partidas, siguiendo a las romanas, establecían que el derecho de hipoteca no se limitará a la cosa hipotecada; que las cosas a las que la hipoteca puede extenderse se han ampliado hoy día, encontrándose su apoyo en que tal fue la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real (arts. 112 y 113 de la Ley); que su justicia y equidad parecen evidentes; que estas extensiones se hallaban en el espíritu de la ley, entre las que se encuentran las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario: de ellas puede decirse que reemplazan a la cosa hipotecada. Así, la indemnización que se da al dueño del terreno que ha sido expropiado por causa de utilidad pública, sirve de garantía al crédito que antes estaba asegurado con hipoteca sobre la finca de este modo enajenada. Es claro, dice, que sólo en los pocos casos en que por convenio entre la Administración y el antiguo propietario se permuta por vía de indemnización una finca con otra, habrá lugar a la constitución de una nueva hipoteca en sustitución de la antigua, pues la hipoteca puede tener lugar sobre cosas inmuebles; pero en los demás casos, otro derecho real, el de prenda, podrá decirse que debe sustituir al hipotecario que quedó extinguido».

«En un caso semejante, sigue diciendo la E. de M., se halla la indemnización concedida o debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados o de sus frutos cuando el siniestro haya tenido lugar después de constituida la hipoteca. Esta regla misma se halla escrita, aunque no con tanta precisión, en el Proyecto del Código Civil, y guarda armonía con lo que acerca del particular se observa en Alemania. No va en esto el proyecto tan allá como la legislación de Baviera, seguida por los Códigos de otros países, que da al acreedor hipotecario el derecho de obligar al

App. Bolonia, 19 de abril de 1901 (Foro it. 1682, con nota de BOLAFFIO), confirmada en Casación Roma, 29 de abril de 1902 (*id.* 1902, 1805); Cass. Nápoles, 28 de mayo de 1921 (Foro it. Rep. 1921, voz hipoteca, núm. 18).

(7) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1936: 63-8, 64 v.; 39-14, 82 v. 2, IX, 4; 97, IV; 41, IV, 1 y 45, 12.

deudor a que asegure los bienes hipotecados. Nada significa que en nuestras antiguas leyes no se prescribiera lo que aquí propone la Comisión: el contrato de seguro no tenía en otros tiempos la importancia, facilidad y extensión que tiene en nuestros días.»

Esta Ley Hipotecaria de 1861 fue reformada por Ley de 16 diciembre 1909, en cuyo artículo 110 se estableció que «la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados», y en su artículo 111 que «conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecadas conjuntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato, siempre que correspondan al propietario: ... 2.º, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por la aseguración de éstos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública».

A su vez, el artículo 186 del Reglamento Hipotecario (Real Decreto de 6 agosto 1915) especificaba un poco y decía: «considerándose hipotecados, según el número 2 del artículo 111 de la Ley, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los bienes hipotecados por la aseguración de éstos o por la expropiación total o parcial de las fincas o derechos reales. Si dichas indemnizaciones se hicieran antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, y si no se convinieren, se consignará en la forma establecida por el artículo 1.176 y ss. del Código Civil».

Como hemos podido observar, la reforma hipotecaria se realizó en España al mismo tiempo y con igual resultado que en el resto de Europa. Sin embargo, los autores españoles, por aquel entonces, estaban de acuerdo en que el fenómeno consistía en la extinción del derecho de hipoteca y creación de otro derecho, pero esta vez el de prenda. Está claro, sin embargo, que lo que se quiere y pretende es que con el siniestro no se altere para nada la situación del acreedor hipotecario. El alcance práctico y la justicia de esta medida en todo momento era reconocida por la doctrina y la exposición de motivos (8). Es a partir de principios del

(8) *Enciclopedia Jurídica Española*, Edit. Francisco Seix, tomo XVIII, páginas 74 y ss.

E. DÍAZ MORENO: *Contestaciones a la Legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Madrid, 1907, págs. 482 y ss.: «urgencia e interés de la reforma», y tomo I, Madrid, 1911, página 148: «justicia natural de estas reglas».

Federico BARRACHINA Y PASTOR: *Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1909*, Castellón, 1910, tomo I, págs. 13 y ss.

GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, tomo III, Madrid, 1903, 4.ª ed., pág. 226: «acertada la reforma y que conserva su derecho en aquello que sustituye al inmueble en caso de expropiación, no se hace más que adelantar la venta». S. 12 julio 1883.

siglo xx cuando la doctrina, tanto nacional como extranjera, explica el fenómeno como caso típico de subrogación real, a pesar de los obstáculos que la doctrina había ido poniendo de manifiesto desde un principio.

En la reforma de nuestra Ley Hipotecaria (30 diciembre 1944 y 8 febrero 1946) y Reglamento (14 febrero 1947) se llevó a cabo una nueva redacción de los artículos 110 y 111 de la Ley de 1909. Es de destacar en ella el hecho de que se especifica ya que las indemnizaciones representan el bien y que éstas no son sólo las de en caso de siniestro o expropiación, sino que están incluidas otras muchas. Dicen así los artículo 109 y 110 de la Ley Hipotecaria.

Art. 109: «La hipoteca se extiende... al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados.»

Art. 110, núm. 2: «... se entenderán hipotecadas conjuntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato... 2: las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y; asimismo, las procedentes de expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada, y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, o en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y ss. del Código Civil», y artículo 1.877 del Código Civil.

Pero vamos ahora a referirnos a la reacción de la doctrina patria y extranjera frente a esta nueva modalidad de extensión de la hipoteca a las indemnizaciones. Como ya hemos visto, las leyes especiales sobre la materia se limitaban a establecer la extensión, pero no decían qué fenómeno era el que se operaba, por lo que la doctrina consideró varias figuras, y entre ellas, y a pesar de sus inconvenientes, el principio de subrogación real. Esta era entonces casi desconocida y hubo que esperar al siglo xx para que, a pesar de todo, fuera la única explicación del fenómeno. Pero antes que por este principio de subrogación real, se explicó por medio de una subrogación personal o cesión por el deudor de todos sus derechos al acreedor; por una delegación legal que sustituye a la delegación convencional que venía practicándose entre los particulares hacía ya tiempo, o bien era un caso de asimilación hecha por el legislador entre la indemnización y el precio de los objetos gravados. Cada una de estas doctrinas tuvo en seguida sus partidarios y detractores.

¿Es posible la subrogación real del derecho de hipoteca sobre las indemnizaciones? En primer lugar, este principio iba en contra del Dere-

cho Común: la hipoteca se extingue con la destrucción de la cosa, y, en segundo lugar, aun suponiendo, como dicen las leyes especiales, que se traslade y se extienda el derecho a las indemnizaciones, éstas como dinero son un bien mueble y, por tanto, no susceptible de ser hipotecado. Basándose fundamentalmente en este hecho, negaron la subrogación real los siguientes autores: BAUDRY-LACANTINERIE (9), para quien la subrogación real, aunque más aproximada, no le satisfacía, además de que estaba condenada por el artículo 2.117 del Código Civil (los muebles no pueden ser objeto de hipoteca). La explicación más satisfactoria era, según él, una delegación legal. Es posible que esta disposición sea contraria a los principios absolutos del derecho, porque hace sobrevivir el derecho real de hipoteca o privilegio a la existencia del objeto; pero está conforme con la equidad, con el espíritu general de la Ley y prevista en los trabajos preparatorios de ésta. El orden de preferencia se determinaría por las mismas reglas que se atribuían sobre el precio. La misma explicación encontramos en PLANIOL (10). Habiéndose extinguido el derecho de garantía por la destrucción o la expropiación de la cosa, dice SANTORO PASSARELLI (11), se concede al acreedor hipotecario y privilegiado un derecho de prelación nuevo para ejercitarse frente a los acreedores quirografarios del deudor común. Para FADDA (12), este artículo probaba que la indemnización está ligada a la cosa, pero no que se deba considerar una *causa rei*, porque es indudable que la indemnización surge cuando la cosa asegurada perece; la subrogación real, por tanto, está excluida. Lo mismo opinaban LAURENT y DEMOGNE (13).

No es cierto, dice SANTORO PASSARELLI (14), que la ley admita una subrogación real, sino todo lo contrario, la excluye. Más que subrogación de la cosa, lo que ocurre es una transformación del derecho. No tiene ningún valor decir que la ley, por subrogación real, admita un derecho inmobiliario sobre una cosa mueble, lo cual sería una grave anomalía. El derecho real de garantía se extingue, pero la ley, inspirándose en un

(9) BAUDRY-LACANTINERIE: *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, París, 1907, Edit. Recueil Sirey, tomo XXV, núms. 280 a 286.

(10) PLANIOL: *Traité élémentaire Droit civil*, París, 1927, tomo II, núms. 3.439 y ss., págs. 1090 y ss.

(11) SANTORO PASSARELLI: «La subrogazione reale», *Riv. italiana per la science giuridiche*, 1926, págs. 109 y ss.

(12) FADDA: «L'art. 1.951 del Código Civil italiano», en *Il Diritto*, Cagliari, 1882, vol. 1.

(13) DEMOGNE: «Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle», *Revue critique de législation et jurisprudence*, París, 1901, XXX, págs. 306 y ss. Al referirse a la hipoteca y a los problemas que la subrogación real presentaba, dice que puede resolverse la cuestión de una manera más justa y perfecta, haciendo un llamamiento a la acción *in rem verso*.

LAURENT, v. SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 122.

(14) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 112.

criterio de equidad y mediante una disposición necesariamente expresa, concede un derecho de prelación, como en derivación del originario derecho, por el que los acreedores están provistos de garantía real naturalmente. Esta es también la opinión mantenida, en un principio, por la doctrina española y alemana, basándose, la primera, en la ley de 1861 (E. de M.).

A pesar de ello, el mismo SANTORO PASSARELLI, y con él los que niegan, muy justificadamente, la subrogación real por los obstáculos técnicos ya dichos, no dejan de reconocer que ésta estaba siendo considerada cada día más por la doctrina. Los partidarios de la subrogación real, algunos de ellos sin hacer mención de ella claramente, se apoyaban en que las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario del inmueble representaban al bien desaparecido, y era, por así decirlo, el mismo bien desaparecido, lo cual se había admitido más de una vez en las leyes especiales y en los debates parlamentarios. Las indemnizaciones ocupan el lugar, reemplazan al bien desaparecido o expropiado en el patrimonio del deudor o propietario. Pero también sobre este punto no faltaron vivas polémicas doctrinales.

Las leyes especiales habían previsto cuatro clases de indemnizaciones, a saber: las indemnizaciones gratuitas o gratuitas del Estado, las de seguro, las de responsabilidad y, por último, las debidas por expropiación forzosa. La opinión dominante en la doctrina y prevista en las leyes especiales, es la de la representación de las indemnizaciones al bien desaparecido (15). En las indemnizaciones gratuitas o gratuitas el Estado, sin estar obligado por la ley general y permanente, aunque sí por

(15) HENRY: *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctorat, París, 1913, págs. 268 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de familia*, tomo VI, págs. 270 y ss.

SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, págs. 74 y ss.

H. LEON y J. MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, tomo IV: *Régimes matrimoniaux-successions-libéralités*, 1963, págs. 167 y ss.

Henrich LEHMAN: «Derecho de Familia», vol. IV, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953. Traducción de la 2.ª ed. alemana por José María Navas, págs. 140 y ss. y 133 y ss.

André COLOMER: *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955, págs. 51 y ss.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 5.ª ed., págs. 306 y 315 y ss.

SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo 14, págs. 261 y ss.

Marc LAURIOL: *La subrogation réelle*, tomos I y II, París, 1954, págs. 248 y ss.

Julien BONNECASE: *Ob. cit. La subrogation réelle*, pág. 705.

B. PÉREZ GONZÁLEZ: «Extensión de la hipoteca en la indemnización por siniestro», *R. F. D. M.*, núm. 3, 1940, pág. 7.

BAUDRY-LACANTINERIE: *Ob. cit.*, núms. 281 y ss.; PLANIOL, tomo II, núms. 3.439 y ss.

Michel CABRILLAC: *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans déspossession*, Recueil Sirey, París, 1954, págs. 105 y ss., párrafos 2-63.

leyes especiales y de acuerdo, por otra parte, con su razón de ser, concedía indemnización a las víctimas de ciertos siniestros importantes, entre ellos guerras civiles, epidemias, inundaciones, atentados, etc. Podía decirse que estas indemnizaciones tratan de compensar la pérdida del capital que representan los bienes desaparecidos o dañados; las indemnizaciones proceden de esta desaparición y son concedidas a causa y por razón de estos bienes siniestrados. Dos sentencias francesas niegan la subrogación real (16), pero en otra (Corte de apelación de Montpellier de 28 enero 1935) se declaró «que la indemnización subroga al inmueble destruido». La indemnización, decía, no es una simple ayuda sino una indemnización social, justificándose la aplicación de la subrogación real por el hecho de que la indemnización era proporcional al daño (17).

En cuanto a las indemnizaciones de seguros tienen de especial que son a la vez consecuencia de la destrucción o deterioro del bien asegurado y del pago de cierto número de primas variables según los casos. Para algunos (18) no es una verdadera indemnización en el sentido de que representa a la cosa: el seguro no es más que un procedimiento de capitalización en previsión de un siniestro posible; la cantidad pagada no es asimilable al precio de venta del bien destruido, sino que, por el contrario, es la contrapartida de las primas pagadas; las indemnizaciones representan a las primas, no al bien destruido o dañado. La tesis contraria considera que como el seguro tiene como fin conservar la integridad del patrimonio a pesar del siniestro previsto y temido, las primas no son más que gastos conservatorios y, por tanto, representan al bien y no a las primas. Esta tesis es la comúnmente aceptada por la mayoría de la doctrina, jurisprudencia y leyes especiales vistas anteriormente (19).

(16) Requetes, 12 marzo 1877 y 2 agosto 1880: rechazan atribuir a los acreedores hipotecarios y privilegiados y a los portadores de warrants las indemnizaciones debidas por aplicación de la ley de 7 de abril de 1873, que preveía la indemnización a las víctimas de la guerra de 1870.

(17) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 264 y ss.

(18) RIPERT: *Derecho Mercantil*, núm. 63, págs. 105 y ss., y *Tratado de Derecho marítimo*, tomo II, núm. 1.069.

TROPLONG: *Commentaire du titre des privilèges et hypothèques*, 5.^a ed., París, 1854, IV, núm. 890.

DURANTON: *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 1831, tomo XX, número 328.

HUC: *Traité théorique et pratique sur la cession et de la transmission des créanciers*, I, 1891, núm. 174, pág. 250.

BAUDRY y PLANIOL: *Obs. cit.*

(19) Ver nota 15 y:

André COLOMER: *Ob. cit.*, S. 19 marzo 1857, Cour d'appel Bordeaux, y S. 31 mayo 1893, Cour d'appel de Pau.

DEMOGUE, *Rv. critique*, 1901, pág. 306: primas, gastos conservatorios.

M. STORA: *Subrogation réelle*, Thèse de doctorat. París, 1901, pág. 351: si el pago de la indemnización del seguro tiene por causa el pago de las primas, es con ocasión de la pérdida del inmueble. S. 19 mayo 1859, gastos conservatorios.

Por lo que respecta a la indemnización por expropiación forzosa, no presentaba problemas teóricos, puesto que se consideraba como el precio de una venta impuesta al propietario. Podemos concluir que las indemnizaciones constituyen los contravalores de los bienes destruidos, deteriorados, expropiados, etc. Las indemnizaciones proceden del bien; existe entre unas y otro una relación de causalidad y el derecho que recaía sobre el antiguo objeto, se traslada sobre el nuevo que lo ha sustituido.

ANDRIOLI (20) señala que en la autonomía del vínculo en función de las instituciones consideradas está el carácter excepcional de la subrogación de la indemnización a la cosa, lo cual no puede, en todas las hipótesis consideradas, justificarse sino con el favor concedido a los acreedores privilegiados, hipotecarios y pignoratícios. Aunque la cosa objeto de la prelación esté en todo o en parte fuera del patrimonio del deudor por causa jurídica (expropiación), se vincula a la satisfacción preferencial de ellos la suma de dinero, que económicamente representan el *tantundem* (indemnización de expropiación o de seguros, etc.). Considera además ANDRIOLI que el artículo examinado (2.742 del Código Civil) confiere a los acreedores, cuya garantía específica ha venido a menos por el perecimiento o por la disminución, una acción directa ejercitable frente al asegurador dentro de breves plazos. La subrogación real no se da, dice, cuando se establece que la indemnización de seguros será empleada en la reconstrucción o reparación del bien, cosa que ocurre con mucha frecuencia y se establece en las pólizas de seguro. Pero se supone que el acreedor quiere sujetar la indemnización, mientras que al deudor le conviene su empleo. ¿Cuál de las dos posturas se ha de tener en cuenta? La doctrina y la jurisprudencia están a favor del deudor, ya que el acreedor puede pedir otra garantía o pretender el pago si surge disminución.

Con relación a la subrogación real, ANDRIOLI se plantea la siguiente pregunta. ¿Puede usar la subrogación real el acreedor que había procedido a embargo judicial, en la hipótesis de que la cosa embargada haya perecido o se haya deteriorado y fuese objeto del contrato de seguro? Se ha de considerar, dice, que la aplicación del principio de la *Perpetuatio jurisdictionis* justifica la subrogación real del crédito pignoratício sobre la indemnización. Como dice el autor, contra la opinión dominante, sobre la interpretación del artículo 1.951, podrá deducirse que la subrogación de la indemnización daba lugar, no a una verdadera subrogación, sino a la posibilidad de experimentar la acción directa contra el asegurador.

(20) Virgilio ANDRIOLI: *Comentario del Código Civil italiano, Surrogazione dell'indennità alla cosa*, art. 1.742, págs. 23 y ss., 1945, Edit. Zanichelli, Foro Italiano, Bolonia-Roma.

En Italia, a diferencia de Francia y España, también se admite la subrogación real de la suma debida por causa de servidumbre coactiva o comunidad forzosa.

En cuanto a la indemnización por expropiación forzosa (art. 52, ley de 25 junio 1865) la ley no concede a los acreedores privilegiados o hipotecarios ninguna acción directa, ni están obligados a la prueba de la subrogación real, puesto que la ley prevé el depósito de la suma y con ello la Administración está libre de toda responsabilidad. La estructura jurídica y el desarrollo práctico de esta forma de subrogación se establece en el 2.º párrafo del artículo 2.742 del Código Civil italiano: la subrogación actúa mediante el conferimiento de la acción directa a los acreedores privilegiados o hipotecarios frente al deudor de la indemnización; el deudor de la indemnización misma a los acreedores inscritos.

Para MARC LAURIOL (21), la extensión de los derechos de hipoteca, por subrogación real, es imposible sin una decisión especial en todos los derechos reales, puesto que estos derechos están unidos a la individualidad material de su objeto. La subrogación real no entra en su funcionamiento normal y se opone, por tanto, a la subrogación de pleno derecho.

La extensión de los derechos reales sobre las indemnizaciones supone, dice LAURIOL, una subrogación real que está íntimamente integrada dentro de la institución de las seguridades reales. A diferencia de lo que ocurre en el derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor, en el que la subrogación real no ofrece interés ni teórico ni práctico, en estos casos, por el contrario, el interés de la subrogación real es evidente; desde el punto de vista teórico, porque sólo la subrogación real puede explicar el ejercicio sobre el bien nuevo, de un derecho individualizado desde su origen sobre un bien antiguo determinado y, desde el práctico, porque el derecho real sobre el bien antiguo está normalmente amparado por un derecho de preferencia, derecho que la subrogación real traslada con su rango inicial sobre el crédito de reemplazo, lo que permite al acreedor gravado de seguridad real ser el primero sobre el crédito con relación a los acreedores de rango inferior y quirografarios. Por estas razones es por lo que la subrogación real, que resulta de la realización del derecho de garantía, adquiere todo su interés y se basa efectivamente en el ejercicio de derecho de preferencia del acreedor beneficiario de una seguridad real.

El ejercicio del derecho de preferencia, tal como lo prevé y reglamenta el legislador, es una subrogación real integrada en el corazón mismo de la institución de las seguridades reales, de la que constituye su fin y toda razón de ser. Responde a un sentimiento imperioso de equidad.

(21) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss., núms. 663 y ss.; páginas 384 y 390, núms. 688 y ss.

frecuentemente señalado por los autores. El que la ley de 1889 hablara de delegación, no es suficiente para rechazar la subrogación real. Sólo la regla cuenta y el mecanismo que se desarrolla. Pero la atribución... es una subrogación real. El error fundamental de la jurisprudencia consiste precisamente en aplicar los principios que dominan la técnica general a la subrogación real que resulta del ejercicio del derecho de preferencia. Esto es precisamente lo que hacen los autores que rechazan la subrogación de la indemnización al inmueble hipotecado por razón del carácter mobiliario de éstas. Su observación, perfectamente pertinente, en la medida en que concierne a la subrogación en el asiento de la hipoteca, no tiene valor respecto al derecho de preferencia.

Es esencial señalar que el traslado del derecho real de garantía sobre un crédito de indemnidad concierne al ejercicio del derecho de preferencia y no al asiento de la seguridad. La noción de venta no desempeña por sí misma ningún papel esencial en el ejercicio del derecho de preferencia. Por consiguiente, el ejercicio del derecho debe ser reconocido como posible, en principio, sobre todos estos créditos de dinero, en la medida en que ellos representan al bien gravado de seguridad.

Es la postura más racional y satisfactoria, reconocida incluso por los autores que no la admiten. En realidad los escrúpulos exegéticos son suficientemente frágiles para ser abandonados con estas razones. Rechazar el atribuir a los acreedores privilegiados e hipotecarios, según su rango, todos los créditos de dinero que representan al bien gravado es una solución injusta. Es injustificable, además, porque pone de manifiesto una mala técnica que rompe, por razones que ningún análisis sólido sostiene, el equilibrio regularmente establecido entre los acreedores. Una fuerza impulsa a estos derechos a desarrollarse en el sentido en que puedan cumplir mejor sus funciones.

MICHEL CABRILLAC (22) opina también que, por razones de justicia y de equidad, es necesario admitir que todo acreedor que tiene sobre un bien un derecho de preferencia no seguido por un derecho de persecución puede, en caso de venta amigable del bien, ejercer su derecho de preferencia sobre el crédito del precio, y para ALEX VEILL (23), que el acreedor hipotecario verá transportarse su seguridad sobre la indemnización del seguro que representa al inmueble hipotecario destruido; pero el bien nuevo no adquiere la misma naturaleza y los caracteres del antiguo. La reglamentación jurídica debe ser adaptada a su propia naturaleza. Para MARTY Y RAYNAUD (24) la subrogación real es útil en caso de

(22) MICHEL CABRILLAC: *Ob. cit.*, págs. 225 y ss.

(23) ALEX VEILL: *Droit civil*, Les biens, Précis Dalloz, París, 1970, núm. 303, páginas 246 y ss.

(24) MARTY Y RAYNAUD: *Droit civil*, Les suretés la publicité foncière, tomo III, volumen 1.º, Sirey, 1971, núm. 287, págs. 178 y ss., y núm. 389, pág. 237.

destrucción y justa, ya que por medio de ella subsiste el derecho de preferencia. Además, el principio del carácter inmobiliario de la hipoteca no es absoluto. Hoy día existen hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento.

Para nuestro ilustre hipotecarista ROCA SASTRE (25) la sujeción a los derechos del acreedor hipotecario, de la indemnización derivada del seguro al producirse el siniestro—verdadero sucedáneo de la cosa hipotecada—; se explica más que por razones de equidad, por consideraciones fundadas en matices institucionales de la doctrina de la subrogación real. El juego de la subrogación real tiene adecuada actuación tratándose precisamente de una cosa gravada con una hipoteca u otro derecho de garantía. Con todo, en este caso, la subrogación real se produce a base de cierta alteración respecto de la relación jurídica afectante. En el caso de hipoteca, lo que interesa, a efectos de la subrogación real, es el valor pecuniario del objeto, más que su individualidad material. No obstante, a pesar de la lógica procedencia de la subrogación real en este caso, se ha tenido que vencer fuerte resistencia en algunas legislaciones para que fuera admitida plenamente. Pero mirando a la ley ¿es posible hablar de subrogación real? La contestación, dice ROCA, ha de ser afirmativa. La ley habla de *se extiende*, entendiéndose hipotecada conjuntamente o considerándose la misma hipoteca. Sin embargo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (26) consideran que no queda más remedio que ver en esta figura un derecho de prenda sobre el crédito indemnizatorio, mientras se halle pendiente de cobro la indemnización, y una prenda de dinero, una vez hecha efectiva la indemnización mediante el consiguiente depósito. Como podemos observar, siguen el mismo criterio que la Ley Hipotecaria de 1861.

La transformación de la hipoteca en una prenda, dice ROCA, parece que pone en entredicho la tesis de la subrogación real, ya que es esencial en ésta la inmutabilidad o identidad de la relación jurídica a pesar del cambio o sustitución de la cosa afectada. No obstante, dice, puede salvarse la figura de la subrogación real si se tiene en cuenta la identidad de la hipoteca y de la prenda en su función general de garantía del cumplimiento de una obligación, demostrada por la nota común a ambas figuras de ser derechos de realización de valor, armados los dos de *ius*

(25) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, *Derecho Hipotecario*, págs. 315 y ss.

(26) PÉREZ GONZÁLEZ: «Extensión de la hipoteca a la indemnización por siniestro», *Información Jurídica*, febrero-marzo 1942, págs. 18 y ss., y *R. F. D. M.*, número 3, 1940, pág. 7.

José María CHICO Y BONILLA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo II, Madrid, 1968, 2.ª ed., M. Pons, págs. 508 y ss. y pág. 483: si el superficiario tuviera derecho de indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía. Es decir, se aplica la misma norma que la establecida en el artículo 110-2.º de la Ley Hipotecaria.

distrahendi. Si bien sufre una alteración aquella relación jurídica de afectación sobre las cosas cambiadas, en el fondo subsiste en su función esencial de garantía.

El problema de si se produce en estos casos una subrogación real, está hoy día resuelto en nuestra patria, al sancionar diversas leyes especiales que la extensión de ciertos derechos reales (hipoteca, prenda, usufructo, etc.) a las indemnizaciones es mediante una subrogación real: *Ley de Concentración Parcelaria* (Decreto de 8 noviembre 1962, sección 3, arts. 30, 31, 33, 35, 367-2.º, 56, 65, 66 y ss.), *Ley de Expropiación Forzosa* (17 diciembre 1954), *Ley de Permutas Forzosas* (11 mayo 1959), *Ley de Patrimonios Familiares* (Orden de 27 mayo 1953, art. 20), *Reglamento de Edificación forzosa de solares y Registro municipal de solares* (Decreto de 5 mayo 1964, cap. VII, art. 31), *Reglamento de Reparaciones del suelo afectado por planes de Ordenación Urbana* (Decreto de 7 abril 1966, art. 11, núms. 5, 30, núms. 3, 31, núms. 2 y 4), etc., y hoy *Legislación de Reforma y Desarrollo Agrario*.

A diferencia del B. G. B. alemán (parágrafo 1.127: La sujeción de la indemnización por seguro al derecho del acreedor hipotecario cesa cuando el objeto es reconstruido o reemplazado), del artículo 2.742 del Código Civil italiano (vinculación de la indemnización a los derechos reales: excepto cuando ésta se halle instituida para reparar la pérdida o el deterioro. La autoridad judicial puede, a instancia de los interesados, disponer la oportuna cautela para asegurar el empleo de la suma en la restauración o en la reparación de la cosa) y del artículo 822 del Código Civil suizo, el legislador español no dice nada respecto al empleo de la indemnización en la reparación o reconstrucción del bien siniestrado, lo cual prevé en el caso del derecho de usufructo y en materia de censos. El empleo de la indemnización en la reconstrucción del bien destruido, ha planteado en la doctrina extranjera el problema de si, en este caso, también se produce una verdadera subrogación real, extendiendo el derecho de hipoteca sobre el nuevo edificio vuelto a construir. Nosotros opinamos que el verdadero juego de la subrogación real y su misma razón de ser se agota en la indemnización debida o pagada al propietario del antiguo bien desaparecido, sin perjuicio de que las partes lo hayan así acordado, en cuyo caso no vemos ningún inconveniente en la nueva extensión. Por otro lado, este convenio no iría en contra de la institución de que se trata, aunque, en la práctica, lo normal y corriente será que se ejecute la hipoteca después del siniestro; no olvidemos, además, que estamos en presencia de un derecho temporal cuya conservación después del pago de la indemnización no tiene razón de ser.

SANTORO PASSARELLI (27), que precisamente niega la subrogación real del derecho de hipoteca en las indemnizaciones, reconoce que en caso de empleo de éstas en la reconstrucción del bien, sí se da una verdadera subrogación real, en virtud de una ficción por la que se considera que la nueva cosa es la antigua y que mediante ella el derecho real de garantía revive. No es de esta opinión MARC LAURIOL (28), según el cual, de los textos de 1889 y 1930, se deduce que, en caso de pago de la indemnización hecha por el asegurador, ninguna subrogación debe ser eventualmente admitida sobre el bien adquirido por empleo, incluso si la seguridad real por su estructura técnica se presta a tal subrogación. Por otra parte, como muy bien señala, para el ejercicio de la subrogación real la jurisprudencia ha concedido al acreedor hipotecario una acción directa contra el asegurador, sometida a un régimen especial que impedirá, por tanto, el empleo sin haber satisfecho anteriormente los créditos.

No hay, termina LAURIOL, nada que impida la subrogación en segundo grado en el bien comprado con la indemnización. Pero ésta no es posible más que en la medida en que ella no esté unida a la individualidad material de su asiento. Esta extensión de la subrogación real en el asiento de la seguridad no podrá de ninguna manera fundarse sobre la decisión especial que integra el derecho de preferencia en la institución de la seguridad. La interpretación amplia del texto encuentra en los fines institucionales su razón y su límite lógico. No se debe desbordar el cuadro de la institución, ni entra en el fin normal de toda seguridad real transportarse de un bien material a otro. La interpretación extensiva de la decisión especial que representa el derecho de preferencia encuentra así su límite natural en la noción de la institución.

En cuanto a la extensión de la hipoteca en el caso en que, por convenio, se permute la finca hipotecada por otra, estaba expresamente excluida en la exposición de motivos de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, en cuyo caso nacería otro derecho de hipoteca nuevo, mientras que la anterior quedaba extinguida.

Otro problema que se ha planteado y que, en cierta forma, va en contra de la subrogación real, es la concesión al acreedor hipotecario de una acción directa contra el asegurador, acción concedida por la jurisprudencia (29). La fluctuación que va a dar lugar a la subrogación real,

(27) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 128.

(28) MARC LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, núms. 694 y ss., págs. 398 y ss.

(29) S. de la Corte civil francesa de 17 julio 1910 (D. 1912.1.8): la oposición obliga al asegurador a guardar la indemnización a disposición del acreedor; éste tiene derecho a reclamar directamente la suma conservada a su intención (basada en la Ley de 1889, derogada por Ley de 1930, art. 37).

S. de la Corte civil francesa de 4 diciembre 1946 (D. 47 p. 25): provee a los beneficiarios de una acción directa y de un derecho propio contra el asegurador.

se debe producir en el patrimonio del deudor, la cosa destruida se sustituye por la indemnización en el patrimonio del deudor y dueño del antiguo bien, representado ahora por la indemnización; pero, como dice LAURIOL (30), saliendo al paso de este problema, la subrogación real es extraña a este derecho propio, acción directa del acreedor contra el asegurador, así como el régimen de oposición de excepciones al acreedor y que la prescripción de esta acción no tiene nada que ver con la subrogación real.

Como ya hemos visto, en el párrafo último del artículo 110 de la Ley Hipotecaria se prevé que «si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiera sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados y, en su defecto, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

Parece ser que a la empresa aseguradora o expropiante le incumbía averiguar si la finca siniestrada se hallaba hipotecada para proceder, según haya o no vencido el crédito, al depósito de la suma o a su consignación. ROCA SASTRE, después de estudiar la opinión de otros autores, entre ellos MOREL y PÉREZ GONZÁLEZ, sostiene que la empresa aseguradora no debe preocuparse de averiguar si sobre la finca siniestrada pesa alguna hipoteca, de modo que puede satisfacer al propietario con plenos efectos liberatorios. Solamente cuando medie notificación, queda vinculada la empresa aseguradora en el sentido de no poder efectuar dicho pago sin el consentimiento del acreedor hipotecario, procediéndose al mencionado depósito o consignación (31).

Tampoco puede hablarse, como han hecho algunos autores, de que se produzca la subrogación real en el caso de ampliación de hipoteca cuando el bien gravado disminuye de valor, lo que se ha llamado suplemento de hipoteca. En este caso la antigua hipoteca se extingue y aparece una nueva hipoteca. Artículo 1.890 del Código Civil italiano: «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perecen o se deterioran, de manera que vie-

«Considerando que este texto legal (art. 37), al mismo tiempo que subroga la cosa..., la indemnización..., atribuye la indemnización a los acreedores y esta atribución inviste a los beneficiarios de una acción directa y de un derecho propio contra el asegurador.»

S. de la Corte de Nimes de 27 noviembre 1957: acción directa contra el asegurador del acreedor hipotecario sobre la indemnización debida por el arranque de una viña.

(30) LAURIOL: *Ob. cit.*, núm. 694, págs. 398 y ss.

(31) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, págs. 319 y ss.

nen a ser insuficientes para la seguridad del acreedor, éstos tienen derecho a un suplemento de hipoteca, y faltando ésta, al pago de su crédito»; y también artículo 79 ley belga de 16 diciembre 1951 (32).

B) LA SUBROGACIÓN REAL EN LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA
Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO (LEY DE 16 DICIEMBRE 1954
Y REGLAMENTO DE 17 JUNIO 1955)

Lo mismo que la Ley Hipotecaria establece la subrogación real mediante la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados, la ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento establece también, copiando literalmente el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, la extensión y conservación de la garantía mobiliaria sobre las indemnizaciones.

Dice así el artículo 5, común a la hipoteca mobiliaria y a la prenda: «La hipoteca se extenderá a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si dichas obligaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda.»

Lo dicho anteriormente para la extensión de la hipoteca por subrogación real en las indemnizaciones se aplica aquí, sin el obstáculo fundamental visto en la hipoteca, consistente en que ésta no podía recaer sobre bienes muebles, en este caso indemnizaciones. El principio de la subrogación real en la extensión de la garantía mobiliaria y de la prenda a las indemnizaciones está admitida sin dificultad en las legislaciones extranjeras (33).

(32) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 136, la niega.

ANDRIOLI: *Ob. cit.*, artículo 2.743 del Código Civil italiano, págs. 41 y ss.: «la tesis de la subrogación real no puede ser aceptada no sólo porque la prelación constituye el elemento esencial de la hipoteca y no hay duda de que el suplemento no toma el mismo grado de la originaria hipoteca, sino también porque razonando así se confunde la razón con la estructura de la institución. Esta regla es de aplicación extensiva a la prenda.»

(33) MARTY Y RAINAUD: *Ob. cit.*, núm. 105, pág. 62.

PLANIOL: *Ob. cit.*, tomo II, núms. 2.433, 2.436 y 2.464.

SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, págs. 140 y ss.

Michel CABRILLAC: *Ob. cit.*, págs. 225 y ss.

Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss., núm. 663.

Lo mismo que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, el artículo 5 es susceptible de una interpretación extensiva a otras clases de indemnizaciones previstas en la ley, así a indemnizaciones por razón del seguro (art. 6), por expropiación forzosa y por los daños causados a los bienes hipotecados o pignoraticios. Según el artículo 23 «se entenderán incluidas en el artículo 5 las indemnizaciones que debe satisfacer el arrendador del inmueble al arrendatario con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos» (R. 1947, 434 y 434 bis).

También podemos citar, como caso de subrogación real cuando interviene un tercer adquirente de buena fe, el artículo 81: «La venta de los bienes pignorados hecha sin autorización o intervención, sólo producirá efectos si el comprador hubiere procedido de buena fe y hubiere tomado posesión de ellos»; y en todos aquellos casos en los que le sea imposible al acreedor hipotecario o pignoraticio ejercer la acción reivindicatoria.

Una Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 junio 1935, aplicó la subrogación real del derecho de prenda sobre los nuevos valores que sustituyen a los antiguos sobre los que recaía el derecho real, confirmando la aplicación del principio hecha por el Juez de Primera Instancia de Avilés y por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo (34).

ANDRIOLI: *Ob. cit.*, págs. 41 y ss.

ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III. vol. I, págs. 389 y ss., 415, II, 422, b y 439, VII, 2 y pág. 462.

(34) S. TS. de 21 junio 1935. Con fecha 5 de octubre de 1931, don Manuel Alvarez García dedujo ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Avilés demanda ejecutiva contra don José Viesca Lopes, fundada en el reconocimiento de deuda de este último a favor del primero por la cantidad de 72.063 pesetas. El 7 de octubre de 1932 se acordó el embargo de bienes y se requirió al gerente de la casa de Banca «Maribona y Compañía» para que tuviera a disposición del Juzgado unos valores de renta francesa que el señor Viesca tenía depositados en dicha Banca.

La entidad bancaria dedujo ante el Juzgado de Avilés demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra don Manuel Alvarez y don José Viesca sobre tercería de mejor derecho, alegando, entre otras razones: 1.º, que como producto o consecuencia de una cuenta corriente de crédito abierta en la Banca «Maribona y Compañía» a don José Viesca, éste debía a la Sociedad la cantidad o saldo en su contra de 106.300 pesetas; y 2.º, que don José constituyó en garantía de su cuenta varios valores de su propiedad en la Banca o Sociedad, lo cual se acreditaba por carta de 1.º de marzo de 1920, en la que se decía textualmente lo siguiente: «Les participo que todos los valores que tengo en esa casa están afectos a la cuenta corriente que tengo en la misma.»

Con esta suma, el 11 de diciembre del mismo año la Banca adquirió por el exponente los valores del empréstito francés, que depositó en su carpeta de «La Banque Française Italienne pour L'Amerique de Sud».

Don Manuel alegó que la carta en cuestión se refería precisamente a los valores depositados por el señor Viesca en la casa «Maribona y Hermanos» antes del 1.º de marzo de 1920 y no a los otros que posteriormente hubiesen legado a tal situación; y que era evidente que dicha garantía no podía extenderse caprichosamente a cosas distintas de las que expresamente se afectaron a ella, y que si la carta presentada por la parte contraria pudiese tener la categoría de título jurídico de preferencia, lo que negaba el demandado, sólo tendría eficacia respecto a todos los valores que

Con relación a la prenda sin desplazamiento de cosas fungibles y en el llamado depósito irregular se ha planteado, sobre todo en la doctrina, el problema de si verdaderamente se produce un caso de subrogación real cuando se sustituyen, p. ej., las antiguas mercancías depositadas en los almacenes generales por otras nuevas.

En Italia, una reciente legislación sobre Almacenes de Productos Agrícolas Industriales establece en el artículo 837-2.º «que los eventuales derechos crediticios de los terceros sobre el trigo, p. ej., entregados al almacén, pueden hacerse valer, sobre todo, sobre el precio». Y en caso de venta de ese trigo y compra de otro nuevo de igual calidad, una Sentencia de 15 junio 1936 estableció el carácter excepcional, en este caso, de la subrogación real, que según esta sentencia no podía ser discutida.

En Francia, un Decreto-Ley de 30 septiembre 1953 autoriza la sustitución de mercancías en caso de depósito de cosas fungibles. El depositante debe declarar en el momento del depósito la naturaleza y el valor

en la fecha de tal documento estuvieran depositados por don José Viesca en poder de la Sociedad actora o de su causante, porque podría darse el caso de que tales depósitos comprendieran valores distintos a los que ahora se escogían cuidadosamente para fundar la demanda de tercería.

El Tribunal de 1.ª Instancia de Oviedo declaró, entre otras cosas, que si el cliente manifiesta que los valores allí depositados los deja afectos a un riesgo que el banquero le concede, que ello es admisible y practicable y que al juicio del perito surte efectos jurídicos. Tal como está redactado, prosigue el Tribunal, fácil es responder que no pueden quedar afectos al riesgo más valores que los que se expresan en el acto de la concesión de la operación y no los adquiridos con posterioridad. Eso es bien claro, a no ser que los valores que se dicen adquiridos posteriormente sean por canje de los que poseía con anterioridad u otros que se adquirieron con el producto de los mismos o en sustitución de ellos. Por todo ello, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Oviedo dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juez de 1.ª Instancia de Avilés.

En el recurso de casación, interpuesto también por don José Viesca, éste alegó que el artículo 321 del Código de Comercio dispone que los derechos de preferencia sólo se extenderán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía, para lo cual, si ésta consistía en títulos al portador, se expresaría su numeración en la póliza del contrato. De forma, dice, que este precepto contiene dos afirmaciones fundamentales y de interés extraordinario para el caso de que se trata, o sea, el de que en toda garantía de valores habrá de individualizar éstos para que se sepa cuáles son los que están afectos; y además, como consecuencia de esa individualización, determina el mismo precepto que los derechos de preferencia sólo se tendrán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía; y siendo esto así, es incuestionable que aun cuando existiese el contrato de cuenta corriente con garantía, el acreditante sólo tendrá preferencia sobre los valores existentes el 1.º de marzo de 1920, pero nunca sobre los adquiridos el 11 de diciembre del mismo año, que son sobre los que se intenta la tercería de mejor dominio.

El Tribunal Supremo, en su considerando tercero, casó: «Que la sustitución de unos valores por otros supone un fenómeno de subrogación real, que al ser declarado por la Sala no hay posibilidad de combatirlo mediante otro procedimiento procesal que no sea el establecido en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, impugnación que sólo prospera cuando se demuestra el error de hecho o de derecho, si el primero resulta de contraste con actos o documentos auténticos.»

de las mercancías depositadas (art. 5); una vez hecho el depósito, el almacén general es responsable de las mercancías hasta el límite del valor indicado, salvo caso de fuerza mayor (art. 6), siendo obligatorio el seguro contra incendios de las mercancías (art. 12) (35).

Este problema, o parecido, se ha planteado también en Alemania sobre la admisión o no de un derecho de prenda sobre una universalidad de cosas o de derecho (patrimonio). Niega esta posibilidad WOLFF (36), mientras que DERNBURG y GIERKE (37) sostienen que es posible también en una universalidad de cosas. Un comerciante podría empeñar, dicen, su depósito de mercancías de modo que las enajenadas en el curso regular del negocio se sustrajeran a la afección pignoraticia, viniendo a sujetarse a ésta las que entrasen en el almacén en concepto de nuevas provisiones.

La jurisprudencia ha venido admitiendo que la sustitución de las mercancías no modifica los derechos y privilegios que corresponden al portador del resguardo y que, por tanto, se opera una subrogación real basándose en la fungibilidad de las mercancías depositadas, asegurándose mediante la subrogación real la permanencia de la prenda.

La aplicación del principio de subrogación real en estos casos ha sido dura y justamente criticada por la doctrina, basándose, sobre todo, en que el principio de la subrogación real es contrario por completo a la fungibilidad absoluta de los bienes. La subrogación real supone individualización de los bienes, única forma de considerar a los bienes por su procedencia y origen, condición básica y fundamental para que ésta tenga lugar. En estos casos señalados sólo se tiene en cuenta el género a que pertenecen las mercancías y su valor, sin olvidar que el depositario adquiere la propiedad de ellas y el derecho de disponer de las mismas a medida que se vayan deteriorando.

Entre los autores que se han opuesto terminantemente a admitir la subrogación real, a pesar de la imprecisión en aplicarla de la jurisprudencia, destacan MARC LAURIOL, DEMOGUE y VALLET DE GOYTISOLO (38). Para el primero, en el caso del depósito irregular, la restitución se hace por equivalencia, por lo que no tiene lugar el principio de subrogación

(35) VEAUX-FOURNERIE: *Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commerciale*, Le gage commercial, págs. 134 y ss.

(36) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, pág. IV, núm. 2.

(37) Véanse ENNECCERUS-WOLFF en pág. 401.

(38) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 382 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre garantías reales*, Edit. Montecorvo, S. A., Madrid, 1973, págs. 360 y ss.

DEMOGUE: *Ob. cit.*, artículo 2.092, págs. 364 y ss. Este fenómeno inexplicable por la sola idea de subrogación real, no lo es más que por la voluntad de las partes (tácita) que han convenido sustraer al derecho de prenda todas las mercancías vendidas y, por otro lado, afectar a la seguridad todas las nuevas compradas por el comerciante.

real. Las reglas especiales de esta variedad, dice, de depósito resultan de la ausencia de individualización de un valor representado en dinero y son, por consiguiente, incompatibles con el funcionamiento de la subrogación real. Tan sólo, y gracias a una individualización suficiente, se puede establecer un vínculo de procedencia.

El mismo problema ha planteado el artículo 22 de nuestra ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en el que se regula la extensión de la hipoteca mobiliaria a las mercancías de un fondo de comercio. Dice así el artículo 22: «La hipoteca se extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurren los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior.

Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio; pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad o valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos de comercio.»

Se ha preguntado la doctrina española si el verdadero objeto de la hipoteca son las mercancías determinadas o la universalidad formada por éstas (39). ANGEL SANZ (40), al interpretar el artículo 1.865 (hoy derogado) que fue agregado al Código Civil por Ley de 5 diciembre 1941, dice que éste establecía dos reglas: 1.^a El deudor queda obligado a comprar nuevos bienes que sustituyan a los enajenados, y 2.^a Adquiridas las cosas por el deudor, la subrogación real se operaba de pleno derecho, por efecto directo de la prenda, sin necesidad de nuevo consentimiento del deudor. El citado artículo 1.865 del Código Civil decía: «las cosas pignoras que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y cantidad y valor equivalente».

WOLFF (41) hace resaltar que es indudable que el pignorante y el acreedor pueden haber convenido la constitución del derecho de prenda sobre las nuevas cosas que vengan al almacén.

Pero como dice VALLET DE GOYTISOLO (42), con el que estamos completamente de acuerdo, la aparente subrogación no es tal, sino fruto de la determinación *sub specie universitatem* que, a su vez, puede derivar intrínsecamente de la productividad orgánica de los elementos que ya

(39) CHICO y BONILLA: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 666 y ss.

(40) Angel SANZ, v. VALLET DE GOYTISOLO: *Ob. cit.*, págs. 538 y ss. y 783 a 838.

(41) ENNECCERUS-WOLF: *Ob. cit.*

(42) VALLET DE GOYTISOLO: «Pignus Tabernae», *A. D. C.*, VI-IV (octubre-diciembre), 1953, págs. 483 y ss. y 538, 783 a 838 y ss. «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *Rv. Dr. Not.* (abril-junio), 1955, págs. 31 y ss., y *An. Ac. Mt. Not.*, tomo XI, págs. 43 y ss.

Estudios sobre garantías reales, ob. cit., págs. 360 y ss.

componían el conjunto o bien, extrínsecamente, de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de aquél. Según el criterio estricto de subrogación real, dice VALLET, sólo quedarían subrogadas en lugar de las vendidas las mercancías compradas, precisamente con el precio de aquéllas. Con el concepto más comprensivo se alcanzaría la subrogación mediata de una cosa por otra, con tal de emplear para la adquisición de ésta un valor equivalente al precio de aquélla, aunque no fuese probada la identidad física del dinero que se percibió como precio de la venta de las antiguas y el que se entregó, como precio de la compra de las nuevas, demostración casi imposible, dada la fungibilidad del dinero.

A nuestro juicio, dice VALLET DE GOYTISOLO (43), el artículo 1.865 del Código Civil y 22 de la Ley de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, impone solamente una obligación de mantener el volumen y el valor, en la misma calidad de los objetos componentes del conjunto pignorado, sustituyendo, en efecto, los bienes enajenados de modo que el compuesto mantenga su calidad, así como la cantidad y el valor fijado como mínimos. El texto no excusa el cumplimiento de esa obligación por razón de que el deudor no llegue a cobrar el precio de los objetos enajenados, ni requiere que los adquiridos para reponer el conjunto se compren con el precio de los vendidos. Hay una obligación de reponer, pero técnicamente la afectación del gravamen no se produce por el fenómeno jurídico de la subrogación real, sino a través de la determinación *sub specie universitatis* del objeto de la prenda. Entendemos, termina VALLET DE GOYTISOLO, que el artículo 1.865 sólo puede aludir a la subrogación real en un sentido puramente gramatical—sustituir o poner una cosa en lugar de otra—pero no en su significado técnico-jurídico. Ni *strictu sensu*, ya que, salvo supuestos excepcionales, es imposible por la fungibilidad del dinero; ni *lato sensu*, porque la obligación de sustituir es independiente del efectivo cobro del precio de las mercancías enajenadas. Verificada la sustitución, la afectación del gravamen alcanza a las nuevas mercancías con independencia de que el valor de las antiguas se hubiere perdido entre las partidas fallidas.

No regula nuestro Código Civil el llamado depósito irregular en grandes almacenes generales, pero lo dicho sobre el artículo 22 de la Ley considerada y el antiguo artículo 1.865 del Código Civil responde perfectamente a nuestra postura en los mencionados casos. Lo dicho hasta ahora también se hace extensivo al artículo 482 del Código Civil en el caso del cuasi-usufructo.

(43) VALLET DE GOYTISOLO: Ob. cit., *Pignus Tabernae*, págs. 486 y ss., y *Estudios sobre garantías reales*, ob. cit., págs. 360 y ss.

Sin embargo, MICHEL CABRILLAC (44) considera que se ha criticado muy rápidamente la postura de la jurisprudencia a este respecto (45), confundiendo un poco, dice él, las nociones de fungibilidad objetiva y fungibilidad subjetiva. En la prenda con desposesión las cosas naturalmente fungibles no pueden permanecer fungibles con relación a las partes. La transmisión de la posesión, en efecto, desempeña el mismo papel que la entrega en la venta, ha individualizado de una manera indudable el objeto de la prenda (46). Por consiguiente, si bajo la presión de necesidades económicas se ha admitido que la prenda inicial permanece a pesar de la sustitución, es obligado considerar que se ha producido una subrogación real: 1.º, entre las mercancías originarias individualizadas por la transferencia de la posesión y 2.º, en las mercancías puestas en su lugar, igualmente individualizadas por un desplazamiento en posesión. Pero esta subrogación no es posible más que cuando estas mercancías son exactamente parecidas, tienen el mismo valor, el mismo poder liberatorio; en una palabra, cuando estén dotadas de fungibilidad objetiva, y es por eso por lo que el Tribunal de Casación ha podido hablar con justo título de una subrogación real que encuentra su fundamento en la fungibilidad de las mercancías *engagéss* (R. 10 marzo 1915).

C) LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO DE USUFRUCTO
SOBRE COSA SINIESTRADA O EXPROPIADA (ARTS. 518 Y 519,
Y ART. 486 DEL CÓDIGO CIVIL)

La misma innovación que se llevó a cabo en la extensión de la hipoteca, por subrogación real, a las indemnizaciones de seguros y expropiación forzosa, fue admitida para el derecho de usufructo en los artículos 519 y 520 del Proyecto del Código Civil de 1882, que pasó a los actuales artículos 518 y 519 del Código Civil, sin antecedentes legales. La extensión del derecho de usufructo a las indemnizaciones, como el derecho

(44) MICHEL CABRILLAC: *La protection du créancier dans les sûretés mobilière, conventionnelles sans dépossession*, Recueil Sirey, París, 1954, núms. 256 y ss.

(45) Trib. Lecture, 21 diciembre 1936 (S. 1938.11,27); Requ., 10 marzo 1915; que admite con justo título la facultad del deudor de renovar una cantidad de vino designado solamente *in genere*, pero que para sostener esta decisión el Tribunal hizo llamamiento a la subrogación real.

A. HENRY: *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctorat, París, 1913, págs. 182 y ss. De acuerdo con toda su teoría de la subrogación real, dice que cuando las mercancías toman el lugar de otras antiguas vendidas, se puede hablar de subrogación real; los nuevos bienes están gravados de la misma afección en provecho del acreedor del fondo de comercio.

Edgard PAULMIER: *De la subrogation réelle en droit romain et droit français*. Thèse, Orléans, 1882, págs. 258 y ss.

(46) VEAUX-FOURNERIE: *Ob. cit.*, núm. 12.

de hipoteca, se llevó a cabo en el mismo sentido y en los mismos años en toda Europa (47).

Lo mismo que en las causas de extinción de la hipoteca, el artículo 513, refiriéndose a los modos de extinguirse el usufructo, especifica en el apartado 5.º, que el usufructo se extingue: «por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo», y, sin embargo, los artículos 518 y 519 son excepciones a la extinción del usufructo por pérdida, si la cosa estaba asegurada o fue expropiada.

Nuestro Código Civil establece tres posibilidades de extensión del derecho de usufructo: 1.º, el caso de que el seguro fuese hecho a la vez por el propietario y usufructuario; 2.º, que hubiera sido establecido sólo por el usufructuario, y 3.º, por el propietario. En el primer caso, el más natural, establece el artículo 518 que «si el usufructuario concurrese con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio si se construyere o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniera al propietario». En este caso, dice SCAEVOLA (48), es natural que tanto para el dueño como para el usufructuario, renazca el estado jurídico anterior. El segundo caso que regula el Código Civil, y que ha sido objeto de críticas por casi toda la doctrina, establece que «si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca».

Como vemos, aquí se produce una desigualdad no muy de acuerdo con el espíritu de justicia que los jurisconsultos del Código han tratado de imponer; que el legislador resolviera así se debió, por otro lado, a

(47) G. VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*. Trad. esp. y notas de CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1928, tomos I y II, págs. 270, 275 y 301, y tomo II, páginas 151 y ss.

Domenico BARBERO: *L'usufrutto e i diritti affini*, Milán, 1952, Edit. A. Giuffrè, páginas 482 y ss. y 497-498.

Virgilio ANDRIOLI: *Surrogazione dell'indennità alla cosa*. Comentario al Código Civil: artículos 1.017, 1.018 y 1.020, Zanichelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1945.

SCIALOJA y BRANCA: *Comentario al Código Civil*, Libro III: Della Proprietà, artículos 957-1.099, Bolonia, 1947, Edit. Zanichelli, págs. 271 y ss.

Alex WEILL, Précis Dalloz, Droit civil, Les biens, París, 1970, núm. 305, páginas 246 y ss.; núm. 598, pág. 493, y núm. 318, pág. 261.

Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss.

ENNECERUS-WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III: Derecho de cosas, volumen II: Gravámenes, Barcelona, 1937. Trad. esp. de Pérez González y Algüer.

CASTÁN TOBEÑAS: *Ob. cit.*, *Los derechos reales de goce*, págs. 55 y ss.

ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, tomo II: Sucesiones, págs. 71 y ss. Usufructo de disposición.

SCAEVOLA: *Ob. cit.*, tomo IX, arts. 518 y 519, págs. 322 y ss.

(48) SCAEVOLA: *Ob. cit.*, pág. 322.

una serie de consideraciones y recelos que no son del caso detallar. El artículo 2.246 del Código Civil portugués, en el que se inspiró nuestro legislador, concede la indemnización por entero al usufructuario sin obligación de emplearla en la reedificación. En el tercer caso «si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior». Es decir, tendrá el usufructuario derecho a disfrutar del suelo y los materiales.

Sólo en los dos casos primeros se dará la subrogación real, bien sobre la indemnización misma, bien mediante una subrogación real sucesiva (indemnización-edificio), o lo que los franceses llaman subrogación en segundo grado. El artículo 2.248 del Código Civil portugués prevé, en caso de falta de acuerdo entre las partes, que se aplicará la indemnización a comprar títulos de la Deuda Pública consolidada, o se dará a interés con hipoteca.

El Código Civil alemán considera la subrogación real como un modo de nacimiento del usufructo, además de por negocio jurídico y por usucapión (49). Es curioso que el usufructo nazca por medio de la subrogación real, cuando ésta, según nosotros, es precisamente un medio para conservar el derecho ya existente sobre el nuevo objeto que ha venido a sustituir al antiguo. El párrafo 1.045 B. G. B. dice que el usufructuario debe mantener el valor de la cosa asegurándola a su costa cuando así convenga a una administración ordenada; el usufructuario debe, pues, concluir el seguro en nombre propio pero en forma que la indemnización corresponda al propietario. El usufructuario adquiere además el usufructo sobre el crédito contra el asegurador (párrf. 1.046, ap. I), por lo que el usufructuario lo que realiza es un contrato por cuenta ajena. El importe de la indemnización se paga conjuntamente al propietario y usufructuario (párrfs. 1.046, 1.076, s) y en tanto que sea conveniente, dentro de una administración regular, ha de emplearse en la reconstrucción de la cosa o reemplazarla, cuando lo exijan el propietario o usufructuario; si ninguno de ellos lo exige, el legislador alemán establece el depósito del dinero en la forma establecida para la inversión del dinero de los sujetos a tutela. El párrafo 1.061 B. G. B., lo mismo que nuestro artículo 513, prevé como modo de extinción del usufructo: «5.º por destrucción de la cosa y 6.º por expropiación y subasta pública».

Regula también el Código Civil alemán la subrogación real en el usufructo sobre créditos. En este caso, el párrafo 1.075 B. G. B., dice que si el deudor paga al usufructuario se produce una subrogación real;

(49) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, págs. 72 y ss.

el acreedor adquiere el objeto prestado y el usufructuario el usufructo del mismo, *res succedit in locum nominis*. La subrogación real se da tanto si el deudor paga, dinero o cosa, al acreedor o al usufructuario. Lo dicho vale también para toda clase de créditos, incluso para los garantizados con prenda o hipoteca (50).

Lo dicho anteriormente no se ha planteado en nuestro Código Civil, si bien se puede extraer de nuestro artículo 486 que dice: «El usufructuario de una acción para reclamar un precio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiere la cosa reclamada, el usufructuario se limitará a sólo los frutos, quedando el dominio para el propietario.»

También prevé el párrafo 1.066 B. G. B. la subrogación real del usufructo de cuota de una copropiedad. Si la comunidad se divide, el usufructuario interviene en la partición y puede exigir que se le atribuya el usufructo sobre los objetos con que se paga la cuota (51). Aunque sin referirse concretamente a la subrogación real, nuestro artículo 490 dice: «Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se le adjudicare al propietario o condueño» (52).

El párrafo 1.075, ap. 2, B. G. B., que regula el usufructo impropio o cuasiusufructo, menciona el principio de subrogación real como modo de nacimiento, lo mismo que en el caso del usufructo antes dicho. Como ya apuntamos anteriormente, al referirnos al derecho de hipoteca mobiliaria sobre un establecimiento mercantil (art. 22 de la Ley de 16 diciembre 1954) y en el caso del depósito irregular en leyes especiales que regulan el depósito en grandes almacenes generales, la subrogación real, según nosotros, no puede darse en el cuasiusufructo. El usufructuario, en este caso (art. 482 del Código Civil español), adquiere la propiedad de la cosa, estando obligado a devolver el importe de su avalúo si la cosa usufructuada se hubiera dado estimada, o si no tendrá derecho a restituirlas, en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. Como podemos observar, lo que la ley pretende en todo momento, y puesto que se le concede al usufructuario la facultad de disponer de las cosas usufructuadas, es que se restituya en su día en razón de la equivalencia, es decir, aplicando otro sistema contrario al principio de subrogación real que, en todo momento, considera la indi-

(50) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, págs. 111 y 116, núm. 2.

(51) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, pág. 100, núm. 7.

(52) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Ob. cit.*, WOLFF, págs. 89, 99 y 103, núm. II, página 101, nota 12.

vidualidad de los bienes y su procedencia y origen. Por otro lado, el que la jurisprudencia haga llamamiento en estos casos a la subrogación real, no puede sorprendernos, puesto que durante muchos años, este principio ha estado fundado en la fungibilidad de las cosas. Pero es tiempo ya de que limitemos el campo y la verdadera razón de ser de la subrogación real; si la admitiésemos en estos casos, se correría el peligro de desvirtuarla y de ver en muchas ocasiones, y sin que se den las condiciones para ella, un caso de subrogación real. Además, no podemos olvidar que este principio es supletorio y que el legislador no hace su llamamiento cuando tiene otro procedimiento para conseguir el fin que se propone. El legislador, en este caso, no hace en ningún momento mención del origen o procedencia de los bienes, porque en realidad no le interesa considerarlos así, sino simplemente por su valor y exclusivamente por él. Iguales resultados no suponen necesariamente iguales principios.

Por último, podemos citar como campo propicio para la subrogación real, el recientemente llamado usufructo de disposición (53), hoy día admitido por reiterada jurisprudencia y por la doctrina interpretando el artículo 461. En este usufructo, que casi siempre se produce en la esfera *mortis causa*, se le concede al usufructuario la facultad de disponer de los bienes usufructuados por causa de necesidad, con la obligación de invertir o subrogar el equivalente obtenido en otros bienes o de destinar el producto a determinado objeto (una fundación, etc.). Aquí el causante considera los bienes en su individualidad material y al disponer que por determinadas causas pueden venderse, prevé la subrogación del equivalente obtenido mediante el empleo del precio de venta; su deseo es que otros bienes procedentes de los antiguos usufructuados ocupen su lugar y estén sometidos al mismo derecho; equivalencia y procedencia son consideradas fundamentalmente por el causante (ROCA SASTRE).

Por lo que respecta al Código Civil italiano, la subrogación real está prevista, no sólo en caso de indemnización de seguros y expropiación forzosa, sino también cuando perece la cosa usufructuada por culpa o dolo de un tercero. Dice así el artículo 1.017 del Código Civil italiano: «Si el perecimiento de la cosa no es consecuencia de caso fortuito, el usufructo se transfiere sobre la indemnidad debida por el responsable del daño.» En el caso de seguro, el artículo 1.019 solamente prevé el caso de perecimiento de la cosa asegurada por el usufructuario: «si el usufructuario ha proveído al seguro de la cosa o al pago de las primas

(53) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, tomo II: Sucesiones, pág. 71.
PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Ob. cit.*, WOLFF, págs. 79 y ss.
CHICO y BONILLA: *Ob. cit.*, págs. 548 y ss., tomo II.

por la cosa ya asegurada, el usufructo se traslada (transfiere) sobre la indemnización debida por el asegurador».

«Si ha perecido un edificio y el propietario pretende reconstruirlo con la suma obtenida como indemnización, el usufructuario no puede oponerse. El usufructo, en este caso, se transfiere sobre el edificio reconstruido. Sin embargo, si la suma empleada en la reconstrucción es mayor de la que corresponde en usufructo, el derecho del usufructuario sobre el nuevo edificio está limitado en proporción a este último.»

Según SANTORO PASSARELLI (54), la subrogación real se produce por una ficción en los derechos reales de gozo; el derecho que grava a la cosa adquirida tiene un contenido distinto del que grava a la cosa subrogada, pero en el caso en que esto ocurra por exigencias jurídicas, puesto que la nueva cosa subroga a la antigua, se considera que el mismo derecho que correspondía al titular, cualquiera que sea, permanece inmutable. La subrogación real en los derechos reales de gozo necesita siempre que una ley la establezca. Refiriéndonos en concreto al usufructo, dice SANTORO PASSARELLI que el derecho, al transferirse sobre el precio, se vuelve un cuasiusufructo (art. 483), es decir, una cosa profundamente distinta, pero de todos modos, puesto que de transferimiento se puede hablar, ocurre que cambiándose el objeto del derecho, éste se conserva al menos en apariencia.

Lo mismo que con la hipoteca, la extensión del usufructo sobre las indemnidades sufrió la misma evolución que hemos visto en aquélla. El mismo SANTORO PASSARELLI reconoce que la extensión del usufructo es todavía muy dudosa para la doctrina, además de que el legislador no la había todavía previsto; solamente se basaba, para aplicarla, en la Ley de Expropiación de 25 junio 1865, artículo 52, que sólo admitía el traslado del derecho de propiedad y usufructo, pero no los privilegios e hipotecas. Posibilidad de subrogación real, decía SANTORO, no existe fuera de la propiedad y el usufructo y aun éste es dudoso.

Pero razones poderosas, sobre todo de tipo práctico, concurrieron para determinar la preferencia de esta solución, porque el traslado del derecho real de usufructo sobre la indemnización constituye el medio más simple y económico para establecer la proporción en que la indemnización debe ser repartida entre el propietario y el usufructuario. El antiguo Código de 1865 no decía nada al respecto. Pero el Código italiano de 1942 proclama, ya sin ambages y claramente, el principio de subrogación real en los artículos antes citados, siendo éstos, según BARBERO (55), no sólo

(54) SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, págs. 140 y ss. y 145.

(55) Domenico BARBERO: *Le Universalità Patrimoniali. Universalità di fatto e di Diritto*, Milán, 1936, núm. 126 y págs. 488-494.

SCIALOJA y BRANCA: *Ob. cit.*, págs. 271 y ss.

de carácter innovatorio, sino casi subversivo, pues no sólo modifica (in-nova) la disciplina del antiguo Código, sino que ayuda también en el nuevo al natural ámbito de aplicación del artículo 2.043, constituyendo la regla general. Cuando la ley dice que el usufructo se traslada sobre la indemnización, se está refiriendo a una subrogación real, siendo por esta norma dispositiva por la que los interesados no se pueden sustraer a ella, sino de común acuerdo. Además, dice BARBERO, cuando la ley habla de que el usufructo se traslada sobre la indemnización, no está reconociendo una simple facultad al usufructuario, sino que considera la razón política del artículo 1.017, cuyo contenido técnico es la conservación objetiva del derecho de usufructo.

Refiriéndose BARBERO (56) al caso de reconstrucción del nuevo edificio por el propietario con el dinero de la indemnización del seguro, el usufructo sufre una variación posterior de indemnización al edificio. La ley habla de que el usufructo subsiste sobre el nuevo edificio, pero debemos concluir que no se trata de *reviviscenza* sobre el nuevo edificio del antiguo derecho, sino de subrogación real del usufructo, limitado al valor de la suma que a él le corresponda. Excepto pacto contrario, esto se realiza en un primer tiempo con un régimen de comunidad entre propietario y usufructuario.

Para SCIALOJA la razón de la ley (art. 1.019 del Código Civil) nueva respecto al Código de 1865 es, superando las dudas que sobre este tema habían surgido, establecer una subrogación real. La ley pretende con ella, dice, resolver el conflicto de intereses entre el propietario y usufructuario, respetando la recíproca posición originaria.

En cuanto al Derecho francés, el Código Civil carece de un artículo que, específicamente, extienda el derecho de usufructo a las indemnizaciones, lo cual no le impide aplicar el principio de subrogación real, basándose en el Decreto-Ley de 8 agosto y 30 octubre 1935 y por la Ordenanza de 23 octubre 1958, artículo 18-2, que establecen que la seguridad real, el usufructo, como todos los derechos reales, recaen sobre una cosa individualmente determinada, pero que en caso de desaparición de cualquier clase, sólo una decisión especial puede trasladarlo a otro bien. La subrogación real en los derechos reales sobre la indemnización, como ya hemos visto al tratar de la hipoteca, está recogida en numerosas leyes especiales (57).

También está prevista en nuestro Código, lo mismo que en el italiano (en su art. 1.020) y en el alemán, la subrogación real del derecho de usufructo sobre el precio por expropiación del bien usufructuado. Dice

(56) Domenico BARBERO: *Ob. cit.*, art. 1.019, págs. 488 y ss.

(57) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 343 y ss., núm. 663.

Alex WEILL: *Ob. cit.*, núm. 598, págs. 493 y ss.

nuestro artículo 519 del Código Civil: «si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que dura el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos» (58).

Como es lógico, lo dicho y establecido en los artículos 518 y 519 del Código Civil para los bienes inmuebles, es aplicable también a los muebles gravados de usufructo. La subrogación real, aunque como en la hipoteca tardó en ser admitida en el derecho de usufructo, no presenta los graves inconvenientes que hemos visto que se oponían en un principio a su aplicación en aquélla. Hoy día su admisión es unánime y su aplicación en los Códigos no ofrece dudas.

a) *¿Puede darse la subrogación real en los mismos casos antes dichos, pero respecto a servidumbres y en los derechos de uso y habitación?*

No hay duda que la subrogación real no puede producirse en las servidumbres, puesto que éstas están establecidas teniendo en cuenta la materialidad, la esencia de los bienes; destruidos éstos, las servidumbres no pueden extenderse a las indemnizaciones porque no tienen razón de ser, la servidumbre queda extinguida. La unanimidad de la doctrina a este respecto es total. Solamente admite esta extensión el artículo 1.742 del Código Civil italiano, en el caso de indemnización por servidumbre coactiva o comunidad forzosa en el derecho real de hipoteca.

Las servidumbres, dice LAURIOL (59), existen sobre fundos determinados, en provecho de otros fundos igualmente determinados. Resultan de las situaciones respectivas de estos dos fundos. Su traslado sobre un fundo distinto del fundo sirviente carece de utilidad, de significación para su titular, pues no tiene interés para él más que en la medida en que es propietario del fundo dominante y, a este respecto, la individualización del fundo sirviente es de una importancia capital. La concepción subjetiva de la individualidad del derecho conservado por la subrogación real es, pues, incompatible con la noción misma de servidumbre. Por tanto, es necesario concluir, que la subrogación real es siempre imposible en este campo, incluso con una decisión especial. La ley de 9 marzo 1941 que

(58) SCIALOJA: *Ob. cit.*, art. 1.020, «requisición o expropiación».

D. BARBERO: *Ob. cit.*, art. 1.020 del Código Civil italiano. Ley de 25 de junio de 1865, núm. 2.359, art. 52: «pronunciada la expropiación, todos los derechos dichos se pueden hacer valer no sobre el fundo expropiado, sino sobre la indemnización que lo representa».

(59) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, núm. 665, pág. 345.

regula la concentración parcelaria (arts. 28 y 29), excluye, dice LAURIOL, expresamente las servidumbres y aunque la ley de 27 noviembre 1918, artículo 6, y Decreto-Ley de 1935, prevén el traslado de todos los derechos sin distinción, sin embargo, a pesar de la generalidad, se habían excluido de su campo las servidumbres, por la naturaleza de las cosas.

Tratándose del derecho de uso y habitación, ¿es posible la subrogación real o, por el contrario, su misma naturaleza la excluye? En otras palabras, ¿están estos derechos concretados sobre la individualidad material de sus objetos, de manera que un cambio en ellos hace imposible y carente de interés práctico la conservación de esos derechos sobre la indemnización?

Es muy escasa la reglamentación en nuestro Código Civil (arts. 523 a 529) del derecho de uso y habitación. El artículo 524 dice «que el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente».

«La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.»

El problema de si se aplica la subrogación real surge del artículo 528 del Código Civil: «Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.» Por otra parte, el artículo 529 establece que el uso y la habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo... y que, como hemos visto, el número 5 del artículo 513 dice «por pérdida total de la cosa objeto del usufructo». Luego si las reglas del usufructo le son aplicables, siempre que no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo, ¿le son aplicables los artículos 518 y 519 respecto a la extensión y conservación del derecho de usufructo? A decir verdad, este problema de si se admite o no la subrogación real en el derecho de habitación no se ha planteado en la doctrina española, pero, no obstante, rechazamos que el derecho de uso y habitación se pueda extender sobre las indemnizaciones debidas por expropiación o seguro; estos derechos, por el contrario, se extinguen con la pérdida total de la cosa y las indemnizaciones corresponden por entero al propietario, sin que ni el usuario ni el habitacionista tengan derecho a pedir parte de la indemnización. Aun en el caso de que el propietario vuelva a edificar con el dinero procedente de la indemnización o sustituya el objeto de estos derechos por otros, utilizando la suma recibida como indemnización, se constituiría un derecho nuevo si así lo establecieran las partes, análogo al antiguo y con iguales condiciones. Carece, además, de importancia, tanto teórica como práctica, la conservación de estos derechos. Distinta cosa sería si la destrucción se debiera a un hecho culposos

o doloso del propietario, en cuyo caso estos derechos se resolverían en una pretensión de resarcimiento de daños.

BARBERO y SANTORO PASSARELLI (60) la niegan en absoluto. Estos derechos, dice el primero, no suponen ningún disfrute de la sustitución de la cosa dada originariamente y no se transfieren sobre la indemnización debida por el responsable (art. 1.017) del seguro (art. 1.019) de expropiación (art. 1.020), porque éstos son de tal naturaleza que no cabe de ninguna manera la constitución de tales derechos.

La habitación y el uso no toleran la subrogación real de su objeto originario, lo cual no quiere decir que no tengan derecho a indemnización en caso de pérdida, siendo regulado el resarcimiento por el Derecho Común.

Tratándose de los derechos de uso y habitación, dice SANTORO, no existen ni la razón teórica ni la práctica que veíamos en el usufructo. Por el contrario, existen más razones teóricas que prácticas que excluyen la subrogación real. Además, en vista de la particular naturaleza del uso y de la habitación, por la definición manifiestamente se excluye esta opinión. Basta leer atentamente estos artículos (521, 525, 524) para convencerse. El uso y la habitación crean un vínculo indisoluble para la permanencia del derecho entre el titular y la cosa; nada más que sobre ésta puede ser ejercitado el derecho, no lo puede ser por otro que no sea el titular y no se puede ejercitar el derecho sobre cosas distintas de la originaria. En conclusión, dice SANTORO, el usuario y el habitacionista tienen derecho a una porción de la indemnización, calculando como base la valoración de sus derechos, pero no puede la indemnización subrogar el bien expropiado en el objeto del derecho mismo. En su apoyo cita SANTORO la misma legislación y algunas leyes especiales francesas que la excluyen expresamente.

No podemos olvidar en ningún momento que la subrogación real supone la conservación de los derechos en su misma naturaleza y contenido. Si esto no puede ser, la subrogación está automáticamente excluida, que es lo que ocurre en el caso que tratamos y en las servidumbres.

D) LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO REAL DE CENSO (ARTS. 1.626 Y 1.627 DEL CÓDIGO CIVIL)

Lo mismo que nuestro Código de 1889 previó por primera vez la extensión del usufructo a las indemnizaciones por seguro o expropiación, y luego la Ley Hipotecaria respecto a la hipoteca, también en los artícu-

(60) Domenico BARBERO: *Ob. cit.*, núm. 127, pág. 497.

SANTORO PASSARELLI: *Ob. cit.*, pág. 149.

los 1.626 y 1.627 del Código Civil prevén y regulan el caso en que la finca gravada con censo estuviera asegurada o fuera objeto de una expropiación forzosa. Estos artículos, como los anteriores estudiados, no tienen ningún antecedente legal en nuestros textos españoles. Los dos artículos a que vamos a referirnos son de carácter general para las tres clases de censos reconocidos en España: enfiteútico, reservativo y consignativo.

El artículo 1.626 del Código Civil dice impropriamente que el censo *revivirá*, cuando lo que verdaderamente ocurre, y por subrogación real, es que el derecho real de censo permanece el mismo, pero sobre otro objeto distinto del anterior que ha sido sustituido por una indemnización; se traslada sobre la nueva finca reconstruida con el dinero procedente de las indemnizaciones antes dichas. La palabra revivir supone una extinción anterior y una nueva creación, justamente lo contrario de lo que es la subrogación real. Pero veamos los artículos citados.

En primer lugar prevé el artículo 1.625 del Código Civil, que «si por fuerza mayor o caso fortuito se pierde o inutiliza totalmente la finca grava con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión.

Si en la destrucción (el mismo art., pár. 3.º) interviene culpa del censatario quedará sujeto, en ambos casos (destrucción total o parcial), al resarcimiento de daños y perjuicios».

En el caso de que se haya destruido la finca, pero en su lugar se recibiera una indemnización que represente al bien desaparecido, ¿qué pasará? ¿Se extingue el derecho de censo y nace otro nuevo o por subrogación real éste se traslada sobre la nueva finca reconstruida con la indemnización? Veamos lo que dice la ley.

Art. 1.626: «En el caso del párrafo primero del artículo anterior, si estuviere asegurada la finca, el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, a no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censalista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca.» Este artículo, como el 111 de la Ley Hipotecaria y 518 y 519 del Código Civil, son de una previsión digna de elogio.

Este artículo, que sólo hace referencia a la inutilización o destrucción total del fundo censido, dice SCAEVOLA, suple la falta de pacto especial en el título de imposición de censo respecto al seguro del predio. Nada dice este artículo, a diferencia del de la destrucción de una finca usufructuada, sobre si el seguro es contratado por el censatario, por el censalista o por ambos conjuntamente, pero esto que no prevé la ley pueden pactarlo muy bien las partes, siempre que no contravengan la naturaleza del instituto censal. Por otro lado, el seguro no es un contrato consus-

tancial al censo, sino accidental y dependiendo de la voluntad de las partes.

En el caso de que el censatario prefiera invertir la indemnización en reedificar la finca, dice la ley que revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de pensiones no satisfechas, lo cual puede resultar a veces injusto, como apunta SCAEVOLA, cuando en la reconstrucción el censatario ha empleado más de lo estricto de la indemnización. En este caso señalado, opinamos que nada se opone a que las partes acuerden ajustar el censo en proporción a lo empleado en la reconstrucción, lo cual no va en contra del principio de subrogación real ni en contra de lo establecido en el artículo sobre que el derecho revivirá *con todos sus efectos*. Esto se cumple aun cuando en justicia las partes establezcan una proporción en el censo, de acuerdo con las nuevas circunstancias, el derecho se traslada, a pesar de ello, con todos sus efectos, como establece la ley.

Las condiciones para que se produzca la subrogación real se dan plenamente, aunque no se haya estudiado por la doctrina española. El mismo SCAEVOLA dice que se trata de una afección sin naturaleza definida. En Alemania (61), las llamadas cargas reales de garantía, sinónimo de nuestros censos, aplican la subrogación real de la misma manera y en iguales condiciones que en caso de extensión de hipoteca.

En el caso de que la finca gravada fuese expropiada, el artículo 1.627 del Código Civil dice: «si la finca gravada con censo fuere expropiada por causa de utilidad pública, su precio estará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, quedando éste extinguido...». «La precedente disposición es también aplicable al caso en que la expropiación forzosa sea solamente de parte de la finca, cuando su precio baste para cubrir el capital del censo...»

La expropiación forzosa está prevista también, pero referida al censo enfitéutico, en el artículo 1.631 del Código Civil. Cuando se trata de la expropiación total, dice el artículo, se estará a lo dicho en el artículo 1.627, pár. 1.º, pero si sólo lo fuere en parte «se distribuirá el precio de lo expropiado entre el dueño directo y el útil, recibiendo aquél la parte del capital del censo que proporcionalmente corresponda a la parte expropiada, según el valor que se dio a toda la finca al constituirse el censo o que haya servido de tipo para la redención, y el resto corresponderá al enfiteuta». En este caso continuará el censo sobre el resto de la finca, con la correspondiente reducción en el capital y las pensiones,

(61) SCAEVOLA: *Ob. cit.*, tomo 24, 2.ª parte, págs. 419 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS: *Ob. cit.*, págs. 178 y ss.

ROCA SASTRE: «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, abril 1949, tomo 33.

ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, págs. 155 y ss., párrafos 128 y siguientes.

a no ser que el enfiteuta opte por la redención total o por el abandono a favor del dueño directo.

La subrogación real, como hemos podido comprobar, a pesar de este *revivir*, está claramente aplicada.

E) LA SUBROGACIÓN REAL ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE DEPÓSITO (ART. 1.778 DEL CÓDIGO CIVIL) Y EN EL HALLAZGO (ARTS. 615 Y 616 DEL CÓDIGO CIVIL)

Prevén también el principio de la subrogación real el artículo 1.778 del Código Civil (contrato de depósito) y los artículos 615 y 616 del Código Civil, respecto a un modo de adquirir la propiedad: el hallazgo.

a) El artículo 1.778 del Código Civil dice textualmente que «el heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo estará obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado». Semejante a los artículos 1.935 y 1.934 del Código francés que dicen que el heredero debe restituir el precio o cualquier cosa que haya recibido a cambio en su lugar (62).

Se trata aquí de conservar el derecho de propiedad del depositante sobre el precio, en consideración a la buena fe del heredero del depositario y a la protección por la ley del tercer adquirente. El propietario pierde, en consideración a este tercero de buena fe, su derecho de persecución de la cosa depositada originariamente y recibe en sustitución y por verdadera subrogación lo que se haya recibido procedente del bien antiguo. Es decir, lo que la ley ha establecido en una restitución en naturaleza y no simplemente por equivalencia en valor, como sería en la acción *in rem verso*; el depositario devuelve lo que ha recibido por la cosa corriendo los riesgos de aumento o disminución a cuenta del depositante, lo que demuestra claramente que es la subrogación lo que la ley ha previsto. Para ésta, el origen del objeto adquirido a cambio o por empleo es lo único que le interesa. Si el legislador hubiera querido establecer un principio de equivalencia, simplemente el depositario estaría obligado a entregar el valor que tenía la cosa depositada, su equivalencia en valor.

b) Hallazgo (arts. 615 y 616 del Código Civil): «el que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiere verificado el hallazgo...

(62) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 376 y 383.

Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta y se depositará su precio.

Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, o su valor, al que la hubiese hallado...» (63).

Dada la claridad del citado artículo en el que se ha previsto la subrogación real del derecho del propietario sobre el valor de la cosa hallada, para el caso de que ésta no pudiera conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyeran notablemente su valor, no necesitamos aclararla más, por lo que pasamos a continuación al estudio de la subrogación real en el campo del Derecho agrario y urbanístico.

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO AGRARIO Y EN EL DERECHO URBANISTICO

Tradicionalmente el principio general de la subrogación real ha venido aplicándose en el derecho de familia, sucesiones y, más recientemente, en los derechos reales de garantía y goce; pero en los últimos años se ha aplicado la subrogación real en toda Europa, a través de numerosas leyes especiales, en el campo continuamente cambiante del Derecho agrario y urbanístico, en la actualidad refundidas en España en la reciente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido de todas las leyes que de ordenación rústica se han promulgado hasta hoy, del 12 enero 1973 y por la Ley del Suelo.

Por primera vez la expresión de subrogación real aparece en estas leyes y, por primera vez también, la definen como conservación de los derechos reales y cambio solamente de su antiguo objeto que es sustituido por otro que procede de aquél. Nuestro Código Civil, como ya hemos dicho repetidas veces, se limita a establecer numerosas e importantes aplicaciones de la subrogación real pero sin nombrarla. Las leyes especiales a que haremos referencia a continuación, fieles a la realidad del momento, no han dudado en aceptar sin restricciones el concepto que de la subrogación real ha dado la doctrina reciente, concepto que repiten en variadas ocasiones a lo largo de su articulado, aunque ha desaparecido en la reciente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Pero estas leyes especiales no van solamente a establecer y a hacer llamamiento a la subrogación real para tal o cual situación por ellas

(63) ENNECCERUS-WOLFF: *Ob. cit.*, tomo III, vol. I, págs. 492 y ss.

previstas, sino que va a ser este principio el que explique y fundamente las instituciones propias del Derecho agrario y urbano. Por todo ello, el ya amplísimo campo de aplicación de la subrogación real se ha visto aumentado considerablemente en los últimos años, atrayendo la atención de la doctrina española sobre este principio.

Lo más importante, a nuestro parecer, es la aportación por estas leyes especiales de algo que le ha faltado siempre a la subrogación real y que ha sido causa de que se la mirase con cierto recelo en las diferentes épocas de su evolución histórica: la publicidad de la subrogación real. Hasta ahora, y a falta de regulación especial, la publicidad de la subrogación real ha estado sometida a la técnica general de publicidad del Derecho común, lo que no es bastante para hacer una verdadera publicidad de la subrogación real ni para informar a los terceros del fenómeno que allí se ha producido. La verdadera publicidad de la subrogación real está en sus dos momentos fundamentales: el primero consistirá en la publicidad de la fluctuación material, que ha hecho que el antiguo objeto del derecho haya sido sustituido por otro que viene a reemplazarlo, como consecuencia de una compra, permuta o por simple indemnización derivada de un contrato de seguro; y un segundo momento de publicidad, y éste el más importante para la subrogación real y para los terceros interesados, consistente en la constatación administrativa o en el Registro de la Propiedad, según proceda, del traslado de los derechos reales del bien antiguo al nuevo que lo ha sustituido. La publicidad de la procedencia no es suficiente para que la subrogación real le sea opuesta a los terceros que tienen derechos sobre el bien antiguo.

Vamos a continuación a referirnos a la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria y reparcelación urbanística.

A) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y REPARCELACIÓN URBANA

Ha tratado la doctrina, en estos últimos años, de situar la concentración parcelaria y la reparcelación urbana dentro de una figura típica del Derecho civil, con objeto de aplicarles las normas de ésta. Sin poder profundizar sobre ellas, nos limitaremos simplemente a exponerlas. Se ha querido explicarlas:

a) Como limitaciones legales del dominio por razón de utilidad pública (CASTÁN TOBEÑAS y BALLARÍN) (64), pero la concentración par-

(64) CASTÁN TOBEÑAS: *Derechos reales*, vol. 1.

Alberto BALLARÍN MARCIAL: *Derecho Agrario*, Madrid, 1965.

celaria y la reparcelación suponen solamente el traslado del derecho sin limitarlo, como consecuencia de la subrogación real.

b) Como un caso de expropiación forzosa, mantenida sobre todo por GUAITA MARTORELL (65), para el que la parcelación y reparcelación, son casos especiales de expropiación en los que la indemnización se paga en especie. Como antes, se opone a esta teoría el que la ley no establece la privación al agricultor o al propietario de su propiedad ni extingue los demás derechos, sino que, por el contrario, los conserva. GONZÁLEZ PÉREZ (66) dice que es una institución compleja (reparcelación) mezcla de expropiación y subrogación real.

c) Como procedimiento administrativo especial, lo que sería no sólo dar una visión muy reducida de la concentración y reparcelación, sino también dejar sin explicar importantes facetas reguladas por el Derecho civil común.

d) Como permuta, y

e) Por el principio de subrogación real que es la teoría más racional y aceptada casi unánimemente por la doctrina, además de contar con el apoyo, repetidamente manifestado, de la letra de las leyes especiales referidas.

Entre sus defensores podemos señalar a ROCA SASTRE (67), que considera la concentración parcelaria como un caso de subrogación real directa, integral y forzosa; a FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (68), que declara que en la Ley de Concentración Parcelaria se muestra patente el principio de equivalencia y traslado del dominio y demás situaciones jurídicas, desde las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo; a MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ (69), que cree que la subrogación real es la figura jurídica que mejor explica la naturaleza jurídica de la reparcelación urbana; a GARCÍA DE ENTERRÍA (70), que dice se trata de una figura jurídica (la reparcelación urbana) en todo similar a la de la concentración parcelaria y que se explica no por técnicas nuevas, sino por el clásico concepto de Derecho civil de la subrogación real, es decir, la sustitución del objeto del derecho real conservando la titularidad. Aquí—continúa—se da una aplicación más de esta conocida figura privatística: la titulari-

(65) AURELIO GUAITA MARTORELL: *Derecho Administrativo especial*, tomo II.

(66) GONZÁLEZ PÉREZ: «La concentración parcelaria», *An. Dr. Cv.*, 1953; «El régimen jurídico de la concentración parcelaria», *An. Dr. Cv.*, 1954, págs. 34, 40, 43, 74, 98 y 192.

(67) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948.

(68) FRANCISCO CORRAL DUEÑAS: «La concentración parcelaria en su consideración registral», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1973, núm. 495, págs. 341 y ss.

(69) MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ: «Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1971, núm. 486, pág. 1180.

(70) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho Administrativo*, 2.º, tomo IV, Madrid, 1971-1972, pág. 25.

dad se mantiene, aunque después de la reparcelación recae sobre una parcela diferente; a Juan José SANZ JARQUE (71), que ni da ni quita derechos, únicamente hace modificar la base o elemento objetivo sobre el que recaen, produciéndose el fenómeno de la subrogación real. Podemos citar, además, a MERINO HERNÁNDEZ (72), LUCAS FERNÁNDEZ, MARTÍN BLANCO y CARCELLER FERNÁNDEZ, que reconocen que en dichas leyes está establecida la técnica del principio general de la subrogación real (73).

La subrogación real, por tanto, es la figura del Derecho común que va a servir al legislador, fundamentalmente, para la consecución de los fines perseguidos, tanto en el campo del Derecho agrario como en el urbanístico.

B) APLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL EN LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO Y EN LA LEY DEL SUELO Y REGLAMENTO DE REPARCELACIÓN DEL SUELO, AFECTADOS POR PLANES DE ORDENACIÓN URBANA. ¿A QUÉ DERECHOS LES ES APLICABLE ESTE PRINCIPIO GENERAL?

La aplicación de la subrogación real, por las distintas leyes especiales de ordenación rural y urbana, ha planteado a la doctrina un problema debido, sobre todo, a la vaguedad de las leyes citadas, que van a afectar a numerosos derechos reales, de los que el legislador prevé, en todo momento, su conservación a pesar del cambio de objeto y, siempre que ello sea posible, de manera que a pesar de haberse sustituido el objeto originario del derecho por otro, éste pueda trasladarse, en su esencia y con los mismos rangos, privilegios y características que tenía, sobre el objeto antiguo. En caso de que, debido a las circunstancias especiales, los derechos no puedan trasladarse sin detrimento de su esencia y contenido, se rescindirán mediante la correspondiente indemnización que, a su

(71) Juan José SANZ JARQUE: *Régimen de concentración parcelaria*, Madrid, 1961, págs. 43, 78 y 169.

(72) José Luis MERINO HERNÁNDEZ: «La subrogación real en la concentración parcelaria», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1969, núm. 473, págs. 1009 y ss.

(73) Ver MARCOS JIMÉNEZ, antes indicado, pág. 1181.

OLMEDILLA MARTÍNEZ: «Algunas observaciones en torno a la Ley de Concentración Parcelaria», *Rv. Dr. Priv.*, 1954, págs. 34, 43 y 207.

Pedro S. REQUENA: «La Ley de Concentración Parcelaria», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1953, págs. 441 y ss.

«La subrogación real en la concentración parcelaria», *Boletín de Información del I. R. Y. D. A.*, núm. 3, abril-junio 1972.

Miguel Angel NÚÑEZ RUIZ: *Derecho urbanístico español; La reparcelación y la subrogación real*, págs. 442 y ss., Edit. Montecorvo, Madrid, 1967.

vez, dará lugar a otras subrogaciones reales, no sólo en el derecho de propiedad, sino en los demás derechos reales que lo gravaban.

El artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria establece: «*El dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración parcelaria, pasan a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo, del modo y con las circunstancias que establece la presente ley.*» Y en la sección 2.^a, número B, sobre traslado de situaciones jurídicas, el artículo 30 dice: «con respecto a las cargas y situaciones jurídicas que hubiesen sido ya acreditadas en el procedimiento de concentración se requerirá, al empezar la encuesta del proyecto de concentración, a los correspondientes titulares, con *excepción de las servidumbres prediales* para que, de acuerdo con los propietarios afectados y dentro del lote de reemplazo, señalen la finca, porción de finca o parte alícuota de la misma, según los casos, sobre las que tales derechos o situaciones jurídicas han de quedar establecidas en el futuro...»; igual el artículo 230 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

La Ley del Suelo, en su artículo 82, apartados 3 y 4, dice: «En la nueva propiedad *subsistirán las condiciones y modalidades de titularidad y demás cargas* que existieren sobre el anterior inmueble del mismo propietario.

Si alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar en el correspondiente asiento, y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado de Primera Instancia competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas o gravámenes sobre las fincas nuevas y, en este último supuesto, su transformación en un derecho de crédito con garantía hipotecaria sobre la finca nueva, en la cuantía en que la carga fuera justificada, todo ello por el trámite de los incidentes, y sin que sea admisible recurso de apelación contra las resoluciones del Juzgado.»

Con más amplitud y claridad, el artículo 31 del Reglamento de Reparcelación del Suelo, de 7 abril 1911, especifica que «*las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas de carácter real* que consten registradas, pasarán por subrogación real sobre las nuevas fincas resultantes de la reparcelación... a) se producirá la subrogación real por ministerio de la ley al aprobarse definitivamente la reparcelación».

El artículo 7, párrafo último, de la Ley de Permutas Forzosas, de 11 mayo 1959, dice así: «*los arrendamientos u otras formas de posesión y los derechos reales, excepción hecha de las servidumbres prediales, pasarán inalterados sobre la parcela dada en sustitución...*».

Como hemos podido observar, en las tres leyes citadas nos hemos encontrado con expresiones, algunas bastante vagas como *cargas, gravá-*

menes, situaciones jurídicas de contenido real, otras formas de posesión, que no viene al caso ni es empresa fácil conceptualizarlas. A pesar de su vaguedad, lo estudiado hasta ahora acerca del campo de la subrogación real, no planteará problema alguno a la hora de considerar cuáles son los derechos reales que por su naturaleza son susceptibles de, sin cambiar en su esencia y contenido, pasar de un objeto antiguo a otro nuevo que viene a sustituirlo y reemplazarlo.

Por lo que respecta a la legislación francesa, podemos observar una más clara exposición, pues se limitan a decir «que los derechos reales, distintos de las servidumbres... así como los arrendamientos, son trasladados sobre las parcelas atribuidas conforme a las disposiciones de la reordenación urbana o rural, según se trate de aplicar una u otra» (74).

Podemos especificar, de acuerdo con lo ya estudiado, que la subrogación real se aplicará—si los hay—en los derechos de dominio, hipoteca, prenda, usufructo, enfiteusis, etc. Vamos solamente a referirnos a las servidumbres y al derecho de arrendamiento.

a) *Las servidumbres*

Por su propia naturaleza están por completo fuera del campo de la subrogación real, excluidas expresamente, como hemos visto, en las referidas leyes especiales. Las servidumbres están unidas indisolublemente a la individualidad material de las fincas y sólo se dan respecto a la misma; puede ocurrir que al hacer un plan de ordenación rural, la servidumbre de paso, p. ej., entre dos fincas, una dominante y otra sirviente, desaparezca al juntarse las dos fincas en una sola o al llegar a ser

(74) Ley de 4 marzo 1919, art. 7; art. 24, Ley de 11 octubre 1940, derogada, y 12 julio 1942, modificada muchas veces.

Ley de expropiación. Decreto de 8 agosto 1935; Ordenanza de 23 octubre 1958, artículos 7 y 8, 44 a 47: «el traslado de los derechos de crédito, privilegios e hipotecas sobre la indemnización o eventualmente sobre los conjuntos inmobiliarios reconstruidos».

Ley de Concentración Parcelaria de 27 noviembre 1918, 30 diciembre 1967, actual Código Rural: arts. 31 a 33. Art. 31: «los derechos reales, distintos de las servidumbres», y art. 33: «el arrendatario de una parcela alcanzada por la concentración ha de elegir: u obtener el traslado con sus efectos de arriendo sobre las nuevas parcelas adquiridas a cambio por el arrendador, u obtener la resolución total o parcial del arriendo, sin indemnización, en la medida en que la extensión de su gozo es disminuido por el efecto de la concentración».

Ley de Ordenación Urbana de 16 diciembre 1964, completada por Decreto de 24 diciembre 1964.

R. MALTERRE: «Aspets juridiques du remembrement rural», *Etudes de Droit prive*, 39, 235.

J. SAVATIER: *Subrogation réelle en matière de baux commerciaux d'immeubles sinistrés et sanction des obligations du propriétaire*, 6 diciembre 1950, J. C. P., 1941, II, 6231.

ésta inútil con la nueva ordenación de la finca; puede ocurrir también que se conserve, al no haber desaparecido las circunstancias que las activaba, con la nueva ordenación rural, pero esta conservación nada tiene que ver con la subrogación real. Si la servidumbre permanece, el nuevo propietario de la finca dominante se encontrará con ella; el antiguo propietario de ninguna manera podrá trasladar su servidumbre sobre la otra parcela que se le atribuye por reemplazo de la antigua, puesto que la servidumbre está unida a las fincas y a su situación física.

El artículo 65, 2, de la Ley de Concentración Parcelaria, dice que las servidumbres se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad (artículo 230-2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (75), al referirse a este artículo, dice: «Esta norma, que puede parecer una excepción a la subrogación real, es lógica.» Pero nosotros decimos que no es que pueda parecer una excepción, sino que lo es, y no por esta norma, sino por las servidumbres en sí. Tanto la doctrina (76) como las leyes especiales están de acuerdo en excluir de la subrogación real las servidumbres por estar éstas sujetas fundamentalmente a la configuración física de las antiguas parcelas.

b) *Los arrendamientos*

Es natural que la subrogación real no se produzca más que en los derechos reales, pero, hoy día, estas leyes especiales van a afectar a otros derechos, cuya consideración jurídica de derechos reales o personales es muy discutida por la doctrina. A pesar de ello, el legislador quiere conservar sobre las nuevas fincas atribuidas por la ordenación urbana o rural estos derechos de discutida naturaleza, como lo hace en los derechos reales, ya estudiados anteriormente.

La Ley de Permutas Forzosas, en su artículo 7, lo dice textualmente: «*los arrendamientos y otras formas de posesión y los derechos reales, excepción hecha de las servidumbres prediales*». Por su parte, la Ley de Concentración Parcelaria, si bien no lo declara expresamente, lo da a entender en su artículo 66, al establecer el derecho que tienen los arren-

(75) FRANCISCO CORRAL DUEÑAS: *Ob. cit.*, págs. 35 y ss.

(76) JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 1029.

TIRSO CARRETERO GARCÍA: «La Ley de Permutas Forzosas», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, tomo XXXIII, año 1960 (Ley de 11 mayo 1959), pág. 234.

MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ: *Ob. cit.*, págs. 1196 y ss.

GEORGES RIVES: «Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1968, págs. 621 y ss.

MARC LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 421 y ss.

ALEX WEILL: *Précis Dalloz*, Droit civil, Les biens, París, 1970, págs. 148 y ss.

datarios y los aparceros de solicitar la rescisión de sus contratos sin pago de indemnización alguna, en el caso de que no les conviniere la finca de reemplazo donde hayan de instalarse; y el artículo 35, que dice: «... adjudicando a los colonos, bien las mismas parcelas que cultivaban o bien las fincas de reemplazo que hayan de sustituirlas».

El traslado del derecho del arrendatario sobre un nuevo edificio reconstruido por el propietario, está también establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 28 diciembre 1964. La ley, al referirse al llamado derecho de retorno del arrendatario, emplea la expresión *reserva del derecho*, por lo cual el arrendatario posee un derecho de preferencia, que impone al propietario constructor por motivos sobre todo sociales. El arrendador propietario deberá comunicar al Gobernador las obras de reedificación que pretende realizar (art. 78), señalando que la reedificación se verificará de modo que la nueva finca cuente al menos con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio, si en el inmueble a destruir los hubiera. Una vez que las obras son aprobadas por el Gobernador, el artículo 81 de la ley dice «que los inquilinos y arrendatarios que deseen instalarse en el inmueble reedificado, antes de desalojar el que vaya a derruirse, suscribirán con el arrendador documento que detalle la extensión superficial de las viviendas o locales de negocios que ocupan, su renta, el número de unas y otras que existan en el inmueble y, un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador...»; número 4 «... el inquilino o arrendatario que no desee instalarse en el inmueble reedificado entregará al arrendador documento expresivo de su decisión y, al momento de desalojar, deberá ser indemnizado por aquél con el importe de seis mensualidades de la renta que *viniere pagando*...».

La Ley de Arrendamientos Urbanos concede a los arrendatarios el derecho a optar por una u otra cosa. Dice así el artículo 81, número 5, letra a): «Los inquilinos podrán optar, en forma alternativa, por una indemnización en metálico... o porque el arrendador ponga a su disposición vivienda con renta adecuada a sus necesidades y posibilidades económicas, situada en la misma población, o bien porque se *les reserve*, para ocuparla *en arrendamiento y en igualdad de condiciones* que un tercero, una vivienda en la finca reconstruida.» La ley pretende en todo momento que el arrendatario de vivienda o de local de negocios traslade su derecho en las mismas condiciones que tenía sobre el antiguo edificio, con igual situación, superficie y características, aunque, como hemos podido observar, la renta que pagaba en el antiguo edificio, sufrirá un aumento como consecuencia de las obras realizadas, como un tercero cualquiera. Dice la ley: «El arrendatario procedente de la finca demolida que ocupare en

ella local de negocio sito en la planta baja y al exterior, tendrá derecho a ocupar local de igual situación y extensión superficial en la reconstruida...» (art. 86 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

El llamado derecho de retorno del arrendatario es un derecho personal ejercitable frente al arrendador, pero el legislador ha querido atribuirle también efectos reales, haciéndolo valer frente a terceros (el art. 94 dispone que el derecho de retorno será obligatorio, aunque cambie el propietario del inmueble). Pero al mismo tiempo y con tal motivo, ha tratado de dar publicidad a estas situaciones, hasta ahora imprecisas, que pueden crear graves problemas a la seguridad jurídica y al crédito. A tal efecto el artículo 15 del Reglamento Hipotecario dice textualmente: «Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.»

Nos encontramos ante verdaderos casos de subrogación real, aunque a diferencia de la Ley de Permutas Forzosas, la de Arrendamientos Urbanos y Concentración Parcelaria no lo diga expresamente. Los derechos de arrendamiento, salvo voluntad contraria del interesado, no se extinguen con el cambio de objeto que se produce con motivo de una reedificación o por concentración parcelaria y permuta forzosa, sino que, puestos en una situación de pendencia, se trasladan íntegros al nuevo objeto que viene a sustituir al antiguo desaparecido o reemplazado. Las leyes comentadas, además, insisten en la conservación o reserva de los derechos en iguales condiciones y características con que recaían sobre el antiguo bien, garantizándolo, además, con la publicidad de los derechos y su contenido tanto en el Registro de la Propiedad como en las Actas Administrativas.

En Francia también están previstas las subrogaciones reales en los derechos de arrendamientos rurales, comerciales, industriales o de habitación (77).

(77) Artículo 70 de la Ley de 1 septiembre 1948 (vivienda); art. 1 de la Ley de 2 agosto 1949 (arrendamientos comerciales), así como en el caso de expropiación si el propietario expropiado quiere reconstruir; según los arts. 9, 11 y 12 del Decreto de 30 septiembre 1953, en caso de reconstrucción de un inmueble declarado insalubre o peligroso, el arrendatario comercial tiene un derecho de prioridad de arrendamiento.

La posibilidad de que se dé o no una subrogación real en estos arrendamientos depende, como hemos visto, de la voluntad de los arrendatarios o inquilinos, además de, en el caso de concentración parcelaria, de la idoneidad de la nueva finca de reemplazo para el goce idéntico que venía ejerciéndose sobre la finca antigua. En efecto, el valor en uso puede variar respecto a dos locales en apariencia idénticos, teniendo en cuenta, por ejemplo, una situación ligeramente diferente a la del edificio antiguo del que formaban parte. El mismo artículo 82 de la Ley del Suelo, apartados 3 y 4, dice que «si alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado de Primera Instancia competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas sobre las fincas nuevas», pues estos derechos están unidos, no sólo al valor pecuniario de la cosa, sino también y con preferencia a su valor en uso.

A veces la subrogación real se realiza en dos etapas, como es el caso de concentración parcelaria y de reparcelación urbana a la que la ley hace referencia: una primera fase en la que se agrupan todas las fincas en una, que más tarde segregarán; durante este tiempo los titulares de los derechos que se tratan de conservar, y durante este período transitorio, reciben un título de crédito, que luego, definitivamente y pasado este período de pendencia, recaerán sobre las fincas de reemplazo. Así en Francia (art. 31 del Código Rural) en la reconstrucción de villas sinistradas (78) y en la fase intermedia, la propiedad de los terrenos a concentrar se transfieren a la Asociación Sindical (art. 24 de la Ley de 12 julio 1941) y en contrapartida se recibe un título de crédito. Lo mismo que en la reordinación urbana se produce primero una cesión al organismo oficial competente.

En el caso de indemnizaciones concedidas por el Estado por hechos de guerra, si el propietario del edificio destruido opta por reconstruir, cosa a la que obliga casi siempre el Estado, los derechos que recaían sobre el antiguo edificio se trasladan provisionalmente sobre las indemnizaciones y después sobre el nuevo edificio, incluso, como ha ocurrido en Francia, sobre un nuevo edificio construido sobre otro terreno distinto del antiguo siniestrado. En este caso es necesario observar que el bien nuevo reconstruido no reemplaza directamente al edificio destruido y sin embargo se aplicó la subrogación real.

(78) Georges RIVES: *Ob. cit.*, págs. 622 y ss.

C) LA SUBROGACIÓN REAL Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LA LEY
DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y REGLAMENTO
DE REPARCELACIÓN DEL SUELO

La inscripción de las fincas sujetas a planes de ordenación rústica o urbana se lleva a cabo de diferente manera en la Ley de Concentración Parcelaria y el Reglamento de Reparcelación. En la primera, una vez firme el acuerdo de concentración en vía administrativa y plasmado en la llamada Acta de Reorganización de la Propiedad, se promueve la inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta inscripción supone una auténtica inmatriculación, una entrada *ex novo* de las fincas de reemplazo sin engarce alguno con los asientos anteriores de las parcelas antiguas, salvo supuestos excepcionales. Todas las fincas de reemplazo, dice el artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria, serán inscritas, sin hacer referencia, salvo casos determinados en la misma ley, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican. Ahora artículo 235-1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Por el contrario, en el expediente de reparcelación, la subrogación real o sustitución de unas fincas por otras, no se realiza, como hemos visto en la Ley de Concentración Parcelaria, *per saltum*, sino que, por el contrario, se preocupa de respetar las normas hipotecarias sobre el tracto sucesivo, lo cual presenta grandes problemas que, en definitiva, no son otros que los derivados del eterno problema de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

La reparcelación, por otra parte, se realiza a través de la reunión de las fincas aportadas en una sola que, posteriormente, se divide o de la cual se segregan otras nuevas y distintas, que se adjudican a los diferentes titulares. Se constituye una comunidad sobre la finca agrupada, en la que a cada condueño se le atribuye una cuota indivisa equivalente al valor de sus aportaciones. En este sistema registral, al regirse por el principio de tracto sucesivo, se hace referencia, aunque sin especificarla expresamente el Registrador, a la subrogación real que se ha de producir como consecuencia de la reordenación urbana.

Podemos, por tanto, decir que por primera vez estas leyes establecen reglas de publicidad de la subrogación real, es decir, constatando no sólo el cambio o mutación del objeto de los derechos, sino también el traslado de esos mismos derechos por subrogación real sobre las fincas de reemplazo.

No sólo el Registro, sino también el órgano oficial que lleva a cabo la concentración o reparcelación, llevan a cabo de manera expresa la publicidad de la subrogación real acaecida. En el caso de las dos etapas

de la subrogación real de que hemos hablado antes, como el derecho de crédito no puede acceder al Registro de la Propiedad, esta primera subrogación real provisional se publica y registra en el contrato o acta donde se aprueba el plan de concentración o reparcelación, hasta que por medio de otra subrogación real, ésta ya definitiva, se hará constar si el derecho de que se trata tiene acceso al Registro de la Propiedad.

Fuera de los casos de subrogación real previstos por los textos, la publicidad de los derechos transportados no conduce más que a la clasificación de la fecha de su inscripción sobre el nuevo bien. Ningún rango preferencial le puede ser concedido. A la subrogación real se le amputa así uno de sus atributos, el derecho de prioridad, puesto que se aplica el Derecho común. Es la fecha de la publicidad sobre el nuevo bien lo que regulará los conflictos entre todos los derechos, transportados o no (79).

LAURIOL (80) considera que la conservación del rango antiguo por la publicidad nueva está en la línea normal de la subrogación real. Si la técnica general de la publicidad de los derechos reales impide que se siga esta línea, este resultado atenta gravemente al desarrollo normal de la subrogación real. Así, cuando una decisión especial legislativa interviene para prever el funcionamiento de la subrogación real, cuya eficacia práctica depende esencialmente de los efectos de la publicidad, haciendo atribuir a la publicidad nueva las consecuencias que se unían a la antigua. Las concentraciones parcelarias y la reparación de daños de guerra constituyen dos buenos ejemplos de tales decisiones especiales.

En mi anterior trabajo sobre «La formación del concepto de subrogación real» (81), hemos tenido ocasión de observar, no sólo el planteamiento de este principio en la Roma clásica, sino también su interesantísima evolución histórica y, más tarde, su campo de aplicación cada día más amplio, por ofrecérsenos este principio lleno de vigor tanto en las épocas ya remotas de nuestra civilización como en las actuales, en donde la aplicación de la subrogación real es todavía altamente beneficiosa, sobre todo, en su consideración de un remedio más jurídico contra todo enriquecimiento injusto.

Pero éste no sólo es un principio general del derecho que tuvo su importancia en un pasado histórico y la tiene en la actualidad, sino que también es previsible augurarle un futuro lleno de posibilidades en la creación de un derecho supranacional, basado en estos principios generales iguales a todos los sistemas jurídicos de una misma cultura.

(79) Georges RIVES: *Ob. cit.*, págs. 647 y ss.

(80) Marc LAURIOL: *Ob. cit.*, tomo II, págs. 421 y ss.

(81) María Luisa MARÍN PADILLA: «La formación del concepto de subrogación real», *Rv. Cr. Dr. Inm.*, 1975, págs. 1111-1207.

El principio general de subrogación real tuvo su origen, como sabemos, en la Roma clásica y fue dogmatizado por los comentaristas y postglosadores del Derecho común. A partir de ahí, en todos los países europeos, los problemas que la subrogación real ha ido planteando se han ido resolviendo de forma parecida y por los mismos medios. Pero lo que en un futuro pueda llegar a ser o representar el principio de la subrogación real en la creación de ese derecho supranacional, es trabajo que le corresponde a un futuro investigador, con la seguridad de que investiga un principio general que se encuentra tan lleno de vida, necesario y beneficioso hoy como ayer, aunque el ayer se remonte a la Roma clásica (*).

M.^a LUISA MARÍN PADILLA

Doctor en Derecho

(*) Todos los trabajos que he publicado en esta misma Revista sobre la subrogación real forman parte de mi tesis doctoral, dedicada a mi padre, ANTONIO MARÍN MONROY, que fue defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el día 16 de mayo de 1974.

NOTAS

Los *Estudios de Derecho Mercantil*, de Manuel de la Cámara, una aportación fundamental a nuestra disciplina

Los *Estudios de Derecho mercantil* de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ constituyen la mayor aportación no universitaria reciente al Derecho mercantil. Preferimos la calificación de «no universitaria»—en el sentido de no salida del profesorado de nuestras Universidades—a la de «obra de jurista práctico», especialmente inadecuada en este caso (como pone de relieve el propio autor en el Prólogo a esta segunda edición). En efecto, las aportaciones doctrinales de estos *Estudios* son tan numerosas, autorizadas y, a veces, originales, que su mera enumeración alcanzaría ya la extensión de una recensión normal.

La obra ya era conocida de todos en su primera edición, de 1972. Pero esta segunda edición se ha visto enriquecida con un aluvión de notas, y revisada y ampliada, tanto en materias de reciente reforma legislativa (comerciante casado, inversiones extranjeras, cooperativas) como en aquellas en que el autor ha considerado necesario reforzar sus argumentaciones, o bien corregir sus propias tesis; añadiendo, por otro lado, una mayor atención a la jurisprudencia (con un análisis en profundidad del caso enjuiciado y la valoración crítica de la doctrina sentada en cada Sentencia o Resolución de la DGRN en relación con aquél), así como al Derecho comparado. No exagera el autor, pues, cuando dice en el Prólogo que «ha escrito» una segunda edición, añadiendo que es «un libro distinto del anterior, aunque no sea tampoco un libro nuevo». Como advierte también el autor, los *Estudios* no constituyen ni un Manual ni un Tratado. Por un lado, por no comprender todo el contenido del Derecho

mercantil (ni siquiera en el proyecto del autor, del que estos dos volúmenes publicados constituyen sólo la Primera Parte, o Tomo I). Y por el método de elaboración, pues los *Estudios* son el resultado de la ampliación de unos «Apuntes» de curso, impartido por él en el Centro de Estudios Tributarios y Económicos, para abogados de empresa. Es posible que, dentro de la modesta calificación de *Estudios* que CÁMARA da a su obra—por otro lado, extensa y ambiciosa en sus objetivos—sean explicables bastantes deficiencias bibliográficas, que no podemos silenciar, a pesar del entusiasmo que en general nos merece.

El volumen 1.º comienza con un capítulo dedicado al «Concepto de la empresa mercantil», afirmándose que «el tema central de este libro versa sobre el estudio de la empresa desde el punto de vista del Derecho privado», estimando «más acertado hablar de Derecho privado de la empresa que de Derecho mercantil de la empresa» (pág. 3). Esta afirmación se comprende sobre todo al comprobar que son las materias conectadas con la capacidad, el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones, en relación con las circunstancias de la empresa (creación, modificación y extinción) las que merecen la mayor atención del autor. Se evidencia así la imposibilidad de estudiar estos temas desde una posición excesivamente cantonalista—mercantilistas o civilistas—que ignore la unidad del Derecho privado (e incluso de todo el ordenamiento, lo que explica las continuas referencias de CÁMARA al Derecho fiscal). Es un punto de vista que compartimos, siquiera sea para defender, de paso, que el actual Derecho mercantil, delimitado por la materia regulada (empresa, establecimiento y actividad) más que por la existencia de una normativa especial, está integrado por normas e instituciones civiles y mercantiles, o, si se prefiere, especiales y comunes, y sufre un proceso de ampliación en su contenido (ver nuestro trabajo «El Derecho mercantil del neocapitalismo», *RDM*, núm. 139, 1976). De ahí que debe causar extrañeza dentro del gremio de mercantilistas, que CÁMARA califique el Derecho «antitrust» como «Derecho constitucional económico», cuando es materia regulada en las leyes ordinarias y pertenece por derecho propio a la sistemática y contenido actual del Derecho mercantil.

Al preguntarse el autor qué cosa es la empresa afirma que «jurídicamente el concepto tiene que ser construido sobre la relación de alteridad sujeto-objeto», considerándola como «objeto de derechos» (pág. 5). Ello supone, en nuestra opinión, una limitación de entrada, ante un término cuya multivocidad (diversidad conceptual) ha sido puesto de relieve por toda la doctrina (teoría de los «profili» de ASQUINI, sobre los tres «aspectos» de la empresa, acepción de la empresa como actividad, como comunidad de trabajo, como célula social o espacio económico y como objeto de tráfico jurídico, e incluso como «sujeto», destinatario de la

abundante legislación neocapitalista). Con ello se prejuzga ya la posición en algunos temas, cual es la consideración de la sociedad como «titular» de la empresa y no como «forma jurídica» de la empresa.

Después de exponer las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la empresa, concluye que «ninguna de ellas nos ofrece una versión conceptual del instituto completa y segura... (porque) se parte de un planteamiento metodológico de la cuestión que es equivocado...», pues los autores debían «plantearse directamente el problema que suscita la interpretación de los preceptos positivos atinentes a la empresa..., investigar sobre todo la finalidad o función de las normas que se manejan» (pág. 12). El concepto o «noción funcional» de empresa es defendido también en el campo del Derecho «antitrust» (ver E. GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, del que hemos hecho recensión), si bien aquí se trata de indagar sobre la noción de «empresa» como sujeto destinatario de las leyes de defensa de la competencia. Aunque este concepto funcional resulte indispensable para la propia exégesis de las disposiciones que incorporan el término de «empresa», seguimos pensando, con un amplio sector de nuestra mejor doctrina, que existe y debe darse un concepto socioeconómico de empresa, válido para todas las ramas jurídicas, que lo afrontan con diversos enfoques. De modo que no podemos conformarnos con la idea de que «la empresa no es una realidad con naturaleza jurídica unitaria» como afirma CÁMARA (pág. 13), cuando lo que ocurre es que el término empresa se refiere a realidades económicas diversas, que son las que primero (siguiendo un método que defendió y practicó con éxito ASCARELLI) tenemos que tipificar y definir, para comprender su tratamiento paralelo en las diversas disposiciones jurídicas.

El capítulo II inicia el estudio de los conceptos de empresario individual y social. En el estudio del concepto legal de comerciante individual se adhiere a la doctrina dominante, según la cual la «capacidad legal» exigida por el artículo 1.º del Código de Comercio (explicitada en el artículo 4.º) es requisito «para actuar personalmente como comerciante, pero no necesariamente para serlo» (pág. 27), lo que se apoya en el artículo 5.º que interpreta, además, de forma extensiva, hasta el punto de admitir que a través de sus guardadores el menor no sólo pueda «continuar» el comercio de sus padres, sino también iniciarlo (uniéndose a la opinión de GARRIGUES expresada en el Tratado). Disentimos de toda esta interpretación «amplificadora» de la capacidad para ser comerciante, que choca con el texto y el espíritu de nuestro Código de Comercio y los demás Códigos de Comercio latinos, en los cuales se exige la capacidad de obrar plena para *ser comerciantes*, con algunas pequeñas excepciones, como privilegios en favor del comercio, entre las cuales no es

fácil incluir el artículo 5.º, pues no aparece claro, en su tiempo, que sea el menor quien ejerce el comercio (ver nuestro trabajo «Naviero...», *RJC*, núm. 3, 1976, y ahora, «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *RJC*, núm. 4/1978). Coincidimos, por el contrario, con el autor en que hay que entender por ejercicio habitual del comercio «lo que ordinariamente se entiende por tal en el tráfico» (pág. 37), incluyendo al comercio inmobiliario (y apuntando la posibilidad de considerar mercantiles estas ventas, lo que ya ponemos en duda). Califica como comerciante tanto al aparente o testafarro como al oculto o «clandestino», pudiendo dirigirse el tercero contra ambos en base al artículo 287 (lo que igualmente hemos defendido, postulando la posibilidad de extender la quiebra a ambos). Y advierte, observación que también compartimos, que cuando la doctrina añade a la definición legal el requisito de actuar «en nombre propio» lo que se quiere significar es «por cuenta propia», sin perjuicio de que también deba responder el que «aparentemente» actúa por cuenta propia o testafarro.

Concluye este capítulo anticipando nociones sobre el comerciante social, y respecto de otras personas jurídicas dice que sólo pueden serlo las de naturaleza privada, de modo que el Estado y otros entes públicos sólo «serán» comerciantes si adoptan estas formas. Deja, sin embargo, en el aire la cuestión de si pueden ser comerciantes otras personas jurídico-privadas, que no sean sociedades (p. ej., asociaciones, fundaciones), si bien en otro lugar parece unirse a la opinión afirmativa, defendida por OLIVENCIA y SÁNCHEZ CALERO, y que consideramos de difícil fundamentación legal (ver pág. 150). Concluye enumerando las consecuencias legales que implica la cualidad de comerciante.

El importante capítulo III estudia el «régimen jurídico del comerciante individual», si bien el tema fundamental es la capacidad, facultades y responsabilidad del comerciante casado, después de la reforma introducida por la Ley de 2 mayo 1975, precedido por el de las causas excluyentes de la capacidad para ejercer el comercio, es decir, en opinión de CÁMARA, para adquirir por sí mismo la condición de comerciante.

A pesar del principio de igualdad entre los cónyuges del nuevo régimen, el autor conserva la sistemática anterior (dualidad hombre casado-mujer casada) por las numerosas peculiaridades que presentan, y en cada uno de estos dos grandes apartados estudia tres diversas situaciones: régimen de separación de bienes, de gananciales y de separación judicial. En el apartado B) estudia las prohibiciones de ejercer el comercio y en el C) la inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil, su carácter voluntario y excepciones (naviero y art. 16-5.º del Código de Comercio, tras la reforma de 21 julio 1973), concluyendo que estas excepciones al principio de libertad de inscripción no están justificadas.

Dos observaciones queremos hacer en este punto. En primer lugar, la obligatoriedad de inscripción del naviero sólo se comprende atendiendo al concepto legal, y ya histórico, de «naviero» en el Código de Comercio. En segundo lugar, compartimos plenamente la crítica del autor al artículo 16-5.º del Código de Comercio y su interpretación doctrinal, en el sentido de que sea obligatoria la previa «inscripción» de las personas naturales y jurídicas que hayan de inscribir actos o bienes en el Registro Mercantil, pues, en efecto, si no tienen la cualidad de comerciante no puede hablarse de verdadera y propia inscripción, como hemos puesto de relieve en relación con las cooperativas, desmintiendo la convicción de los Procuradores de las Cortes de 1974 de que la inscripción de la misma en el Registro Mercantil era ya obligatoria según el artículo 16-5.º (ver «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el ordenamiento español», *RCDI*, núm. 512, págs. 82-83, 106 y 124).

El capítulo IV lleva por título «La personalidad jurídica del comerciante social», que valora como un procedimiento técnico de organización del fondo común (yo diría de la empresa) más perfecto que la sociedad romana y que la sociedad germánica, que en nuestro Derecho se confiere a todas las sociedades, con ventajas que hoy no deben ocultar los abusos que se cometen con ella, y que han tenido cierta repercusión en nuestra jurisprudencia (pág. 172). Entre los efectos producidos por la personalidad jurídica, niega la interpretación dada por la doctrina (GARRIGUES y la generalidad de autores) al artículo 174 del Código de Comercio, según la cual los acreedores particulares de cada socio no pueden embargar la cuota.

En el estudio de los requisitos para el nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, CÁMARA parte de un presunto distinto sistema en el Código de Comercio y en las leyes especiales de Sociedades Anónimas y Sociedades Limitadas, pues mientras en éstas la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo, ello «no aparece tan diáfano en el Código de Comercio» (pág. 177). Distingue entre sociedad irregular (típica no inscrita, y atípicas) y sociedad en período de constitución, pero afirma que «nuestro Código de Comercio no conoce dicha distinción que, por el contrario, está implícita en los artículos 7 y 6 de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades Limitadas», pues según el autor, siguiendo a la doctrina mayoritaria, los artículos 117 a 120 del Código regulan la sociedad irregular y no la sociedad en constitución. Frente a lo que hemos defendido en «La sociedad en constitución» (*RCDI*, núm. 518, y ahora en los *Estudios URÍA*). La tesis fundamental de CÁMARA es que si según el artículo 24 el tercero puede hacer valer la escritura social habrá de reconocerse la existencia de la sociedad a todos los efectos, incluso con personalidad jurídica, la cual, dice, «no

depende dentro del Código de Comercio de la publicidad registral, sino de su publicidad de hecho... (ya que) no ha concretado cuáles son los requisitos que condicionan la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y, por eso, resulta aplicable en último término, el artículo 1.669 del Código Civil» (pág. 93). Llegando, por esta vía, a admitir la preferencia de los acreedores sociales sobre los particulares de cada socio. Especial interés tiene el estudio del régimen jurídico de la sociedad en constitución, que considera una de los temas más defectuosamente regulados (pág. 225).

El capítulo V estudia las clases de sociedades, con arreglo a tres criterios de clasificación: su naturaleza (civiles y mercantiles), su tipo o forma (típicas y atípicas) y el mayor o menor grado de *intuitus personae* en su organización (personalistas y capitalistas). El Código de Comercio (y no sólo el Código Civil) calificó ya, según CÁMARA, la mercantilidad de las sociedades por su objeto. En punto a las sociedades «mixtas», civiles por su objeto y mercantiles (colectivas o comanditarias) por la forma, estima válida la distinción de GIRÓN TENA entre estructura y funcionamiento, que se regirá por el Código de Comercio y su estatuto, civil, no obstante su inscripción en el Registro Mercantil (criterio de la Resolución de 21 mayo 1936, frente a la de 1 agosto 1922). Gran interés tiene la doctrina de CÁMARA sobre la sociedad atípica que, teniendo objeto mercantil, no ha adoptado ninguna de las formas típicas del Derecho positivo, lo que parece permitir el artículo 122 del Código de Comercio. En tanto que sociedad irregular, le atribuye personalidad jurídica y considera le son aplicables por analogía las normas de la sociedad colectiva sobre las relaciones internas y externas. Se esfuerza, por otro lado, en limitar el alcance de la contraposición entre sociedades personalistas y capitalistas, en la medida en que el *intuitus personae* puede ser incorporado en buena parte a la misma sociedad anónima, sin desnaturalizarla ni tener que interpretar restrictivamente, p. ej., las cláusulas restrictivas a la transmisibilidad de las acciones (como hizo la S. del TS. de 17 abril 1978).

Termina este capítulo con una amplia «referencia especial» a las Cooperativas y Mutuas de Seguros, compartiendo bastantes ideas de nuestro trabajo «Las empresas mutualísticas...» (RCDI, núm. 512).

El contrato de sociedad es, como defiende la doctrina más actual, un verdadero contrato plurilateral. En punto a la naturaleza de la aportación social, frente a las dos tesis encontradas, acto de intercomunicación de bienes que no entraña enajenación (ROCA SASTRE) y verdadera transmisión (MARTÍNEZ ALMEIDA), que acusa de «planteamiento excesivamente dogmático» defiende «una visión más realista» en la que prescinde de la personalidad jurídica y entiende que «cuando la aportación se realiza (por hipótesis, antes de la inscripción en el Registro Mercantil) la so-

ciudad no ha adquirido todavía personalidad», si bien «la aportación... modifica sustancialmente la situación jurídica de los bienes que se aportan y debe ser tratada, en principio, como un acto dispositivo» (pág. 280). La tesis no nos parece admisible (ver *La sociedad en constitución*), pues es clara la enajenación del aportante a la sociedad, que se produce sólo desde el momento de la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, lo que se admite pacíficamente tanto en el plano de la publicidad registral hipotecaria como en el régimen fiscal y en los demás aspectos que estudia CÁMARA a continuación; de igual modo que ocurre en el Derecho comparado. No obsta a ello que a la sociedad no se la deba considerar, mecánicamente, como «tercero» a los efectos del régimen de adquisiciones de buena fe, la cual hay que referir a los socios fundadores (pág. 282), y que la enajenación no sea rigurosamente una compraventa, ni una dación en pago, a los efectos del ejercicio de los retractos legales y convencionales, que estudia el autor con gran atención (págs. 282-291). En cuanto a la capacidad para realizar la aportación, admite CÁMARA que «equivale a una verdadera enajenación» (págs. 292 y ss.). En esta última materia brilla de nuevo la autoridad del autor, en el minucioso repaso de las diversas situaciones que pueden afectar a la capacidad del contratante, y que no es posible resumir.

En punto al objeto social (distinguiéndolo del objeto de las aportaciones) CÁMARA continúa el debate entablado con el profesor BROSETA respecto a si existe o no en nuestro Derecho positivo el principio de determinación del objeto, sobre todo en la sociedad anónima. El autor repasa ahora los argumentos de BROSETA con un «criterio selectivo» (pág. 324) y estudia críticamente las Resoluciones de la DGRN de 5 noviembre 1956 y 17 abril 1972, invocando la «praxis» y reafirmandose en su tesis de que es posible pactar un *objeto genérico* en todas las sociedades, lo que afirma no puede calificarse como «objeto indeterminado». Especial interés tiene su conclusión *de lege ferenda*, postulando la distinción entre sociedades abiertas y cerradas, admitiendo que a las primeras se les deba exigir un objeto específico y que en las segundas no hay inconveniente en permitir un objeto genérico (pág. 339). Termina el capítulo con una referencia al requisito de licitud del objeto y las consecuencias de su ilicitud, admitiendo la protección de terceros en base al artículo 3.º del Reglamento del Registro Mercantil.

En los capítulos sucesivos (VII y ss.) el autor estudia la «constitución» de los distintos tipos sociales, aunque en sede de constitución (con la perspectiva notarial de la teoría de las cláusulas de la escritura que son necesarias o convenientes y las que son ilícitas) contempla gran parte del régimen de funcionamiento de cada tipo social. En punto a la capacidad para constituir sociedad colectiva entiende exigible la que se re-

quiere para ejercer el comercio, por ser análoga la responsabilidad asumida (págs. 345 y ss.), y a partir de este principio analiza las diversas situaciones posibles.

En el capítulo VIII estudia los problemas de constitución (es decir, contenido de la escritura) de la sociedad comanditaria y de la sociedad comanditaria por acciones, prevista en el artículo 160 del Código de Comercio (no derogado, por no figurar en el Decreto de 14 diciembre 1951), que incorpora muchos principios de la sociedad anónima: el comanditario responde como el accionista, sólo frente a la sociedad; a sus aportaciones se aplicarán analógicamente los artículos 13 y 32, la Junta general de comanditarios funcionará como la Junta general de la sociedad anónima, si bien con facultades limitadas. La Resolución de 2 noviembre 1971, que estimó no aplicable la exigencia de convocatoria por los administradores, en realidad se ocupaba de la Asamblea o Junta de *socios colectivos*, que podía revocar al gerente, y sin necesidad de ser convocada por aquél (ver nota 33).

El capítulo IX estudia la constitución de la SRL, previa una introducción sobre su evolución legal y estadística y la definición de sus características, y deduciendo sus consecuencias. Por ejemplo, su carácter personalista facilita la viabilidad de las cláusulas que acentúan el matiz personalista y niega eficacia a las que tienden a despersonalizarla (página 405). Estudia luego el contrato constitutivo y su contenido. Destaca por su interés el estudio de la adopción de acuerdos fuera de Junta y del régimen de mayorías (págs. 420 y ss.), distinguiendo entre el régimen imperativo para los acuerdos del artículo 17 LSRL y el de otras materias en que rige el principio dispositivo (art. 14), pudiendo concederse aquí un voto a cada socio (Resolución de 7 noviembre 1957). Frente al posible abuso de la mayoría, invoca el principio del artículo 398 del Código Civil, que permite al Juez, a instancia de parte, designar un administrador de la copropiedad. Con respecto al régimen del órgano de administración, frente a la Ley de Sociedades Anónimas, destaca dos peculiaridades: 1) el nombramiento de administradores ha de hacerse en la escritura, es decir, ha de ser unánime; 2) su separación exige la mayoría reforzada del artículo 17, en tanto que el acuerdo de nuevos nombramientos se adopta según el régimen de libertad del artículo 14.

Los capítulos X, XI y XII están dedicados a la «constitución de la sociedad anónima», con los subepígrafes de «ideas generales», «fundación simultánea y sucesiva» y «Estatutos», tratando gran cantidad de temas que en la sistemática académica exponemos fuera del régimen de la constitución. Tras una rápida ojeada a la evolución de la sociedad anónima, expone sus características, y al hilo de ellas profundizará en puntos concretos de su régimen jurídico. Así, dentro de la primera característica

(el socio no responde con su patrimonio de las obligaciones sociales, coincidencia inicial entre capital y patrimonio) estudia el régimen de reclamación de dividendos pasivos: artículos 45, 39 y 44 de la Ley de Sociedades Anónimas; y el régimen de valoración de las aportaciones *in natura*, señalando las deficiencias de la Ley. Otras características de la sociedad anónima son: el gobierno se confía a un órgano deliberante y un órgano gestor; los derechos sociales se incorporan a un título valor, la acción, que define en su triple aspecto, ya conocido; los derechos sociales son libremente transmisibles, y la sociedad anónima es una sociedad capitalista.

En el capítulo IX estudia, en primer lugar, los requisitos comunes a los dos procedimientos de fundación: a) La suscripción de acciones (calificando la suscripción condicional como nula y analizando sus problemas, págs. 473 y ss.). b) El desembolso mínimo del 25 por 100, en relación con el cual estudia el requisito de aprobación por la Junta general de las adquisiciones a título oneroso durante el primer año de la sociedad, la llamada «fundación retardada» por los alemanes; y niega, frente a la doctrina anterior, que el desembolso del 25 por 100 tenga que hacerse en cada una de las acciones. Disiente de GARRIGUES al no admitir que el incumplimiento de este requisito acarrea la nulidad de la sociedad, lo que fundamenta en los artículos 13 y 29 de la Ley de Sociedades Anónimas y 6-3.º del Código Civil. c) Limitación a las ventajas de los promotores o fundadores. Según CÁMARA, como el artículo 12 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo establece límites a la ventaja consistente en participación en beneficios, la Ley de Sociedades Anónimas no autoriza otro tipo de ventajas; opinión sorprendente que se aparta de toda la doctrina, pero que intenta salvar la solución peligrosa e injusta de la Ley. d) Formalización del acto constitutivo en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Estudia luego en particular la fundación simultánea. En relación con el número mínimo de tres fundadores entiende que si uno solo de ellos es real y los otros dos aparentes es una sociedad simulada e inexistente (págs. 495 y ss.), si bien la nulidad no puede perjudicar a terceros, en base al artículo 3.º del Reglamento del Registro Mercantil. Si son dos los fundadores reales apunta como solución no la nulidad, sino salir de esta situación irregular, bien mediante la disolución o bien mediante la conversión en SRL. Otro tema aquí tratado es la concentración de acciones en una sola mano, que tanto la E. de M. de la Ley de Sociedades Anónimas como la jurisprudencia anterior y posterior a ella (Res. de 11 abril 1945 y SS. de 3 octubre y 19 noviembre 1955, y Res. de 22 noviembre 1957, que extiende esta doctrina a la SRL) no consideran causa de disolución. El autor entiende que tanto en la sociedad de convenien-

cia como en la reducida a un socio desaparece el supuesto de hecho al que se confiere personalidad jurídica: el grupo, por lo que cabe defender la responsabilidad personal del *dominus societatis* a no ser que se transforme definitivamente en empresario individual, pues los terceros podrán ejercitar la acción de simulación. Si el número de socios se reduce a dos, entiende, con RUBIO, que procederá la disolución, a no ser que ocurra transitoriamente y no quepa la conversión en SRL, por tener capital superior a 50 millones de pesetas.

En la fundación sucesiva entiende que no es indispensable que en el Programa de Fundación figuren los futuros Estatutos, sino sólo las cláusulas a las que se refiere la Ley al regularlo y estudia la cuestión de si puede ser modificado por los promotores. CÁMARA rechaza la configuración del contrato de suscripción como contrato bilateral estipulado entre suscriptores y promotores, afirmando que en la suscripción «va implícita la voluntad de constituir (la sociedad) y de formar parte de ella» (pág. 512) calificándolo como contrato plurilateral estipulado por los suscriptores bajo la *conditio juris* de lo que decida la Junta constituyente. En lo que estamos plenamente de acuerdo (ver *La sociedad en constitución*, cit.). En la segunda fase, la de suscripción, se plantea tres problemas fundamentales: si pueden admitirse suscripciones fuera de plazo; qué hacer cuando las suscripciones no cubren o rebasan el capital social previsto, y hasta qué momento están vinculados los suscriptores. Problemas que el autor resuelve con muy buen sentido (págs. 514 y ss.). Con respecto a la tercera fase, Junta constituyente, se pregunta si puede constituirse la sociedad anónima, aunque aquélla no apruebe todos los puntos del Orden del día. El autor matiza: es indispensable la aprobación de los Estatutos; pero no de la gestión de los promotores, ni de la designación de los administradores, ni de la valoración de las aportaciones no dinerarias, que podrá modificarse con el voto unánime de los concurrentes y el consentimiento de los aportantes; ni de las ventajas particulares de los fundadores.

El capítulo XII, dedicado a los «Estatutos» es de enorme interés, pues al analizar las diversas cláusulas estatutarias da un repaso a cuestiones candentes del régimen de la sociedad anónima. El especial significado de los Estatutos «debe explicarse y comprenderse sin salir del terreno contractual» (pág. 522), sobre todo sus dos peculiaridades: que obliguen a los futuros socios que ingresen en la sociedad anónima y que puedan ser modificados por acuerdo mayoritario. Deben interpretarse como negocio jurídico y no como ley, si bien, en relación con los terceros, su interpretación debe «objetivizarse» (pág. 525). En cuanto al contenido de los Estatutos, CÁMARA aporta una importante doctrina en materia de nulidades. Coincide con GARRIGUES en considerar nula la constitución

si se omite alguna mención del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas que *sea esencial*, pero añade que es necesario puntualizar cuáles son las esenciales y qué ocurre si se omite o es nula una mención no esencial o si incide en nulidad una mención potestativa, cuestión que estima no se resuelve por la vía de la inscripción en el Registro Mercantil. Parte de la distinción entre menciones necesarias y potestativas, pero en base a la doctrina de los negocios incompletos (DE CASTRO) estima que la mayor parte de las menciones necesarias, además de las que puedan integrarse con ayuda de la Ley de Sociedades Anónimas, se pueden completar después de la perfección del contrato. La única cuya ausencia acarrearía la nulidad total del contrato sería la del objeto social (página 535). La complementación requerirá la voluntad unánime de los socios, si se trata de fundación simultánea, pero en la sucesiva puede hacerse por acuerdo de Junta general, siempre que se cumplan los requisitos para la modificación de Estatutos (págs. 537 y ss.).

Pasa luego a examinar las diversas menciones estatutarias y sus requisitos (págs. 551 y ss.) de forma minuciosa y magistral. En la mención del objeto social, combate la tesis de la admisibilidad de la anónima no lucrativa, defendida por la casi totalidad de los mercantilistas y contra la que este comentarista ya se manifestara. Aunque, cuando afirma que la sociedad anónima debe perseguir un fin lucrativo dice que «no significa que obligadamente su actividad se dirija a obtener un incremento patrimonial destinado a ser repartido entre los socios» (pág. 565) e interpretando algunos preceptos como el 1.678 del Código Civil y 116 del Código de Comercio de manera bastante discutible concluye que «es posible y lícito constituir sociedad anónima cuya finalidad no sea obtener una ganancia de signo positivo» (pág. 567).

También es interesante el estudio de los derechos del socio para averiguar hasta qué punto los Estatutos pueden suprimirlos o modificarlos. Distingue entre derechos *irrenunciables* (aun con la voluntad del socio) e *inderogables* (sólo derogables si el interesado consiente). Son irrenunciables los concedidos en interés social (los de impugnación, de voto, etc.) y los que derivan de la esencia de la sociedad anónima (ej., la transmisibilidad de las acciones) a los que hay que añadir los que, si desaparecen, la sociedad anónima se convierte en sociedad leonina. Son renunciables los derechos de separación y suscripción preferente.

En tema de la mayoría exigida por el artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, mientras en el texto CÁMARA se inclina por la opinión mayoritaria y jurisprudencial de que si nada dicen los Estatutos habrá mayoría cuando voten a favor más de la mitad de los votos, o sea, del capital, computables en la Junta (mayoría simple o absoluta de presente), en nota 130 acoge con simpatía la tesis de los profesores ANTONIO

y EDUARDO POLO, de que el artículo 48 se conforma con una mayoría relativa. Aparte que no sea esta última la orientación del Derecho comparado, la argumentación adolece de un vicio de origen, cual es afirmar que cuando no se alcanza la mayoría necesaria a una propuesta del presidente el resultado fatal e ineludible es que se ha adoptado un «acuerdo» en contra de aquella propuesta, negativo, que se verá favorecido por abstenciones y votos nulos y en blanco. Pero esto nos parece un inútil maniqueísmo y el propio CÁMARA (nota 131) nos advierte que la mayoría reforzada, en su caso, se exige «para la adopción del acuerdo positivo». La falta de mayoría sólo se podría interpretar como acuerdo negativo cuando el presidente proponga la votación en términos alternativos; de lo contrario puede, en sucesivas propuestas, matizar la propuesta inicial, hasta alcanzar la mayoría. No es verdad que las abstenciones, los votos en blanco y los nulos equivalgan a votos en contra. También es aventurado llamar a la tesis de la mayoría relativa «tesis progresiva» por el hecho de que facilite la adopción de acuerdos. Nos parece más progresivo que el acuerdo definitivo se ajuste a la voluntad más amplia de los socios. Tan sólo en algunos casos, como en la elección de administradores cuando se presentan varias candidaturas, o existen varios grupos de accionistas, ninguno de ellos mayoritario, puede resultar aconsejable, y casi indispensable, adoptar el criterio de la mayoría relativa, lo que recientemente ha establecido la reforma de la Ley alemana de cooperativas de 1973 (ver nuestro trabajo «La Asamblea General de la Cooperativa», *RJC*, núm. 2, 1978). El criterio de la mayoría absoluta o simple («einfache Mehrheit») ha sido adoptado para las Sociedades de Garantía Recíproca (artículo 31-3 del RD. 1885/78, de 26 de julio) y para las Cooperativas (artículo 52-1 de su Reglamento, RD. 2710/1978, de 16 de noviembre), donde creemos que «mayoría simple» debe interpretarse como mayoría absoluta.

En materia de nombramiento de administradores destaca la tesis de CÁMARA de que la Ley de Sociedades Anónimas no obliga a fijar término y que, por tanto, la renovación parcial no siempre será necesaria. Somete a crítica los argumentos de contrario en este punto legal y jurisprudencialmente tan poco pacífico: La Resolución de 18 abril 1958, influida por la Sentencia de 3 mayo 1956 (que se inspiraba en el derecho de la minoría a la representación proporcional), rechazó una cláusula según la que los administradores ejercerían su cargo por tiempo indefinido, mientras que la Resolución de 8 junio 1972 lo admitió en caso de administrador único. Parece que el juego de ambas resoluciones aporta un criterio de interpretación para ir por casa. Pero el autor considera perturbador el plazo (con lo que indirectamente se pone de espaldas a la orientación del Derecho comparado), sobre todo cuando no se produce la renovación,

dando lugar a los «administradores de hecho», o, mejor, «tácitamente reelegidos» (págs. 593-594). En relación con el quórum de constitución del Consejo de Administración se plantea problemas que también han estudiado ANTONIO y EDUARDO POLO, pero aquí, disintiendo de ellos, CÁMARA da la razón a la jurisprudencia (Res. de 19 octubre 1967 y S. de 30 abril 1971), en el sentido de que en caso de número impar debe computarse «la mitad más uno» de los consejeros despreciando la fracción, pues de lo contrario se concedería a la minoría de ellos la posibilidad de bloquear el funcionamiento del Consejo (págs. 597 y ss. y nota 153). Por último, el autor expone de nuevo su tesis de que «giro y tráfico de la empresa» como ámbito de representación de los administradores no tiene por qué identificarse con el objeto social, siquiera su opinión haya quedado aislada de la jurisprudencia, de la doctrina y de la orientación del Derecho comparado (págs. 600 y ss.). Otra materia de gran interés es la crítica que el autor hace a todo intento de abonar «dividendos constructivos», por el tiempo en que la sociedad anónima tarde en iniciar las operaciones, pues tales sólo pueden ser dividendos a cuenta.

El capítulo XIII estudia las «sociedades familiares», distinguiendo entre la sociedad familiar en general y la sociedad entre cónyuges. En el primer punto analiza los problemas más importantes que plantea la adaptación de la Ley de Sociedades Anónimas a sus exigencias: a) transmisión de la cualidad de socio (págs. 619 y ss.), donde critica la interpretación jurisprudencial restrictiva de las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones (S. de 17 abril 1967); b) dirección y administración de la Sociedad Anónima, donde denuncia la escasa flexibilidad del Tribunal Supremo en la aplicación de la Ley. La reforma de 1975 ha superado las reservas de la Res. de 9 de marzo de 1943 (correcta, no obstante, en el caso resuelto, por darse autocontratación); en punto a sociedad entre cónyuges, subsiste la duda de si pueden constituirla aportando sólo gananciales (lo rechazó en una Sociedad Limitada la Res. de 16 marzo 1959, en tanto que lo admitió en una Sociedad Anónima con dos cónyuges y un tercero la Res. de 4 noviembre 1969). Dos reparos puede plantear el supuesto: el de que las participaciones, al ser gananciales, otorguen los derechos de socio sólo al marido, como administrador legal de aquéllos; y el de que se crea un patrimonio separado del ganancial y sustraído al principio de responsabilidad personal y universal, eludiendo los artículos 1.911 y 1.408-1.º del Código Civil. Pero el autor entiende que esto viene amparado por la Ley, en tanto la Sociedad Limitada o la Sociedad Anónima sean una *sociedad real*. Reconoce, sin embargo, a la vista de la posición de la DGRN, que de los diversos supuestos posibles no se admitirá la Sociedad Limitada fundada por marido y mujer aportando sólo gananciales (pág. 638).

El capítulo XIV, denso y extenso (págs. 639-813) aborda la materia ya acuñada como «inversiones extranjeras», bajo el título «Sociedades extranjeras y sociedades con capital extranjero». La materia es (como ha dicho un autor respecto del Derecho de los consumidores) como un *puzzle* que el legislador (incluidas las más diversas instancias de la Administración), la doctrina y jurisprudencia y la práctica van completando con un poco de lógica y otro poco más de intuición. Por supuesto, no es éste lugar para enjuiciar el enorme esfuerzo de CÁMARA en este capítulo que podría constituir por sí mismo una monografía.

El volumen 1.º de los *Estudios* culmina con el capítulo XV, titulado «Establecimiento principal y sucursales». Tras definir las características de la sucursal, como establecimiento accesorio que desarrolla la misma actividad que el principal, con una autonomía que se concreta en los poderes concedidos a su director o apoderado general, en la polémica sobre el ámbito de representación del factor (arts. 29, 283 y 286 del Código de Comercio), se adscribe a lo que llama «doctrina dominante» (págs. 819 y ss. y la extensa nota 6). Calificación muy dudosa, si se tiene en cuenta que sólo ha sido defendida por GARRIGUES y BROSETA, y otros muchos autores hemos admitido como incontrovertibles los datos de interpretación histórica aportados por MENÉNDEZ. Cuestión distinta a la de que *de lege ferenda* sea conveniente incorporar a nuestro Derecho la institución germánica de la *Prokura*, como representación voluntaria de contenido legal o típico. Termina con un amplio estudio del régimen de inscripción en el Registro Mercantil de sucursales de comerciantes y sociedades españolas, que no es obligatoria (Ress. de 6 enero 1974 y 13 mayo 1976) ni siquiera para la inscripción de los poderes de sus directores que podrán hacerse, al igual que su revocación, en la hoja principal, aunque ello no sea del todo correcto. La última resolución citada ha rechazado acertadamente que puedan inscribirse los poderes del «cargo» completando luego la inscripción con un certificado expedido por la sociedad sobre la persona que ocupe aquél (pág. 830). Por el contrario, la inscripción de sucursales de empresas extranjeras es obligatoria y necesaria para la autorización de la DGTE (art. 14-1 RIE y arts. 98 y 97 RRR). Hay aún una referencia a la creación de sucursales de empresas españolas en el extranjero.

Con ello pasamos al volumen 2.º, de edición más cuidada que el anterior, que se inicia con el capítulo XVI con unas «ideas generales» sobre la «modificación de la empresa» y «de las sociedades», si bien reconoce una fuerte interrelación entre ellas. «Modificar la sociedad, dice, es modificar el contrato que la creó» (pág. 7), lo que plantea como problema fundamental el de fijar los límites al poder de la mayoría para realizar tal modificación. A continuación enumera los supuestos más impor-

tantes de modificación y sus requisitos generales, entendiendo, con carácter general, que el acuerdo social surte por sí mismo efectos *inter partes*, siendo necesaria escritura pública y su inscripción para que pueda perjudicar a terceros (págs. 17 y ss.). A continuación siguen una serie de capítulos dedicados a la modificación de los distintos tipos sociales.

El capítulo XVIII aborda el tema de la modificación de estatutos en la sociedad anónima. El poder mayoritario o soberanía de la Junta tiene unos límites que se hallan en dos concepciones distintas: la teoría de las bases esenciales de la sociedad (de la que dirá son una reminiscencia los supuestos de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas), o teoría subjetiva—presunción de lo que quisieran los socios—, y la teoría objetiva, o de los derechos individuales del accionista, de ascendiente alemán e italiano. Si la primera está ya superada, no ocurre así con la segunda, pues hay derechos—o si se prefiere, «facultades»—del accionista de los que no se le puede privar, ni siquiera con su consentimiento.

Con la vista puesta en nuestro Derecho positivo, CÁMARA distingue cinco grupos o tipos de limitaciones al poder de la mayoría, esquema que luego aplicará también a la SRL (págs. 194 y ss.), que son: 1) las directamente dimanantes del origen contractual de la sociedad anónima, de no poder imponer el socio nuevas obligaciones sin su consentimiento (artículo 85-1 de la Ley de Sociedades Anónimas) ni privarle de la cualidad de socio (con las excepciones de los arts. 44 y 100 de la Ley de Sociedades Anónimas), aunque sí de modificar su participación; 2) las fundadas en el derecho de separación, renunciable, concedido al socio discrepante en ciertos casos; 3) las derivadas de la potestad de control que la Ley concede a la minoría, en su caso con el carácter reforzado fijado en los Estatutos, si reducen los porcentajes de capital exigidos; 4) las que descansan en la naturaleza misma del poder mayoritario con los principios que rigen el derecho de voto; 5) las que obedecen al fundamento de ese poder de la mayoría, que es la defensa del interés social (art. 67 de la Ley de Sociedades Anónimas), que se concreta en el respeto a la igualdad entre los accionistas. A continuación estudia los requisitos extrínsecos para la validez formal del acuerdo de modificación y los supuestos concretos de ésta.

En el capítulo XIX se estudia el aumento y reducción del capital social, cuyo régimen, paralelo en cierto modo al de la constitución y disolución, se inspira en el principio de adecuación entre el capital social y el patrimonio (págs. 108 y ss.). En el aumento de capital con nuevas aportaciones estudia con gran detenimiento el derecho de suscripción preferente, que no juega en caso de aportaciones *in natura*, y que califica como renunciable, a pesar del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas,

si bien es ilícito que los Estatutos permitan a la Junta distribuir desigualmente las acciones entre los accionistas, así como cualquier privilegio en relación con este derecho (págs. 110-120). Estudia la emisión de acciones con prima, criticando la calificación de ésta como beneficio social (art. 16-3.º TR. Imp. Soc.); y el aumento con cargo a reservas, que en su opinión, no debe calificarse como reparto de beneficios, y por transformación de plusvalías en acciones donde estudia el régimen actual de regularización de balances (D-L. de 17 noviembre 1975 y Real D-L. de 10 agosto 1976, para sociedades cotizadas en Bolsa, y Real D-L. de 25 febrero 1977, para las demás sociedades), que ofrece la peculiaridad de que las nuevas acciones sólo pueden liberarse en parte (hasta el 60 por 100) con cargo a la cuenta de regularización, obligando a desembolsar el resto al accionista. Sigue el aumento mediante conversión de obligaciones, distinguiendo según que haya sido prevista en la emisión, como derecho de la sociedad o del socio, con una referencia a las llamadas «obligaciones canjeables», o que no haya sido prevista (cfr. art. 95 de la Ley de Sociedades Anónimas), señalando como especialidades de este aumento que no existe derecho de suscripción preferente y que si el valor del patrimonio es inferior a la cifra de capital la sociedad tendrá que reducir éste con carácter previo a la conversión. Termina exponiendo los requisitos comunes a todo aumento de capital (págs. 151 y ss.).

La reducción de capital puede repercutir en las acciones con la reducción de su valor, su agrupación o su amortización, si bien ésta sólo es posible si media consentimiento de los afectados, individual o de categoría, o está prevista en los Estatutos (págs. 163 y 171 y ss.). En la reducción con reducción del patrimonio distingue según se haga a expensas del patrimonio vinculado (caso de patrimonio exuberante) o a expensas del patrimonio libre (beneficios o reservas de libre disposición). Las garantías en favor de terceros del artículo 98 de la Ley de Sociedades Anónimas son aplicables sólo en el primer caso; pero en el segundo entiende que es indispensable crear un fondo indisponible por el importe nominal de la reducción (pág. 176), y lo examina en especial en las sociedades de patrimonio perecedero y en las de decreciente necesidad de capital. Estudia luego la reducción por pérdidas, en que tampoco se aplica el artículo 98 y los requisitos comunes a toda reducción de capital (páginas 184 y ss.).

En la modificación de la SRL (capítulo XX) se pregunta el autor si se puede modificar el régimen de mayorías del artículo 17 LSRL. Responde que la unanimidad puede introducirse, no en general, pero sí en aquellos supuestos en que la Ley de Sociedades Anónimas concede derecho de separación al accionista disidente, de igual modo como resulta necesaria, según criterio jurisprudencial, en caso de SRL de dos socios;

también cree suprimible la segunda convocatoria, con el fin de garantizar en todo caso la mayoría cualificada de personas. Estudia luego los límites impuestos al poder de la mayoría, siguiendo el esquema antes visto en la sociedad anónima.

En el estudio de la transformación de sociedades (capítulo XXI) distingue dos «esquemas conceptuales» diversos dentro de los cuales puede encajar el fenómeno: la previa extinción, sin liquidación, de la primitiva sociedad, con sucesión universal de la nueva forma adoptada, y el cambio de forma sin extinción de una sociedad y constitución de otra, en que no se produce sucesión. La primera se predica en el Derecho comparado para aquellas sociedades desprovistas de personalidad jurídica. CÁMARA entiende que en nuestro Derecho el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas ha impuesto la segunda concepción incluso para los supuestos de transformación no contemplados en ella, es decir, los que no consistan en paso de la forma de sociedad anónima a colectiva, comanditaria y sociedad limitada y al revés; y que ello no impide otros supuestos de transformación en que la sociedad anterior o resultante no sea una sociedad anónima (págs. 131 y ss.), e incluso la de sociedad civil en sociedad mercantil típica y de sociedad irregular en una forma social típica. Estudia luego los requisitos de la transformación: órgano competente (con el estudio del derecho de separación del socio disidente en la sociedad anónima); adaptación de la sociedad a la nueva forma adoptada, y su formalización en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, que tiene carácter constitutivo, aunque no por ello el acuerdo social sea «nulo» si no se cumplen estas formalidades, pues entre los socios tiene un «cierto valor vinculante» (pág. 251). Por último, estudia los efectos de la transformación.

El capítulo XXII estudia las «uniones de sociedades», en una acepción amplia que incluye los grupos de sociedades, que en general hoy se conceptúan como fenómenos de concentración de empresas. Estudia su tipología, y al hilo de ella, los correspondientes problemas que plantean en Derecho comparado y español. En especial se detiene en los problemas que plantea su funcionamiento: a) la protección de los accionistas externos, que sólo se halla en la institucionalización de los grupos—contratos de empresa y grupos de hecho—de la Ley alemana de acciones de 1965, pues son insuficientes los instrumentos de nuestro Derecho de sociedades contra el abuso de poder (págs. 298 y ss.). b) La protección de los acreedores, que puede lograrse con la doctrina del abuso de la personalidad jurídica, postulando la responsabilidad de la sociedad dominante cuando se incumplan normas establecidas para la seguridad de los acreedores y que son contrapartida del privilegio de la responsabilidad limitada. c) Los medios para conocer su situación económica, en especial

el balance consolidado, con referencia al Real Decreto de 25 febrero 1977, que ha derogado el artículo 22 del TR. del Imp. Soc. y establece un verdadero derecho al balance consolidado en favor de la sociedad dominante.

Como «Otras uniones de empresas» estudia el autor en especial la sociedad anónima de empresas (págs. 329 y ss.) y la agrupación temporal de empresas, en que somete a crítica nuestra interpretación de que pueda subsumirse en el molde de la sociedad colectiva (págs. 345 y ss.). En último lugar expone, como «Derecho constitucional económico» que afecta en especial a las «uniones de empresas», el contenido de nuestra Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia (pág. 353).

Al estudio de la fusión de sociedades dedica CÁMARA un meritorio esfuerzo. Con un punto de vista similar al de URÍA-MENÉNDEZ, y frente a la posición de MOTOS, GIRÓN y este comentarista, el autor entiende que la fusión de sociedades es posible fuera del marco y de los supuestos de la Ley de Sociedades Anónimas (es decir, sin dar como resultante una sociedad anónima), aunque la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas tendrá un «valor ejemplar» aplicable por analogía (pág. 393 y nota 14). Se apoya en la idea de que el artículo 1.205 del Código Civil sólo es aplicable a la subrogación singular del deudor (tesis que creemos totalmente injustificada) y que la disolución de una o varias sociedades impone forzosamente la sucesión universal, como si se tratara de su muerte.

Partiendo, pues, de este esquema conceptual, similar al de la doble concepción de la transformación, el autor estudia, por un lado, la fusión entre sociedades anónimas (págs. 397-460), en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de 5 diciembre 1968; y por otro, la de sociedades no anónimas y fusiones mixtas (págs. 460-467). Defiende la naturaleza contractual de la fusión regulada en la Ley de Sociedades Anónimas, concretamente del «pacto de fusión», pendiente sólo de ratificación por las Juntas generales, de modo que queda perfeccionado una vez adoptados éstos (págs. 400 y luego 437 y nota 100) y, en general, se esfuerza en desvirtuar los aspectos institucionalizadores que habíamos destacado en la Ley de Sociedades Anónimas (en «Concentración y unión de empresas...», pág. 219 ss., a pesar de ser el único autor que nos ha leído con una atención que agradecemos): La naturaleza esencialmente corporativa y no contractual de la fusión; el carácter indispensable del procedimiento legal de fusión para lograr sus efectos excepcionales; el carácter imperativo u objetivo, sustraído al «contrato», de la valoración de las acciones, o «paridad», en base a la interpretación del artículo 142, de tenor muy similar al artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas; así como la posible disparidad entre el valor de canje y el de separación, dos «valo-

raciones reales» que el autor no puede admitir (pág. 417 y nota 62); en último extremo porque entiende, con BÉRGAMO, que si en el último balance figura una partida de activo como «fondo comercial» será necesario tenerlo en cuenta en la valoración para la liquidación del socio separado. Pero aun así, no cabría nunca incluir en el último balance factores que figuran casi siempre en las fórmulas para la determinación de la paridad de canje, como la «rentabilidad futura» que puede modificar, en una consideración dinámica, al alza o la baja, la valoración estática o actual de la empresa social.

Especial interés tiene la referencia a la escisión de sociedades, que, partiendo del enfoque inicial, entiende posible en nuestro Derecho, a pesar de la ausencia de regulación (tesis de SÁNCHEZ CALERO y URÍA-MENÉNDEZ, y ahora, de DUQUE, en los «Estudios en homenaje a URÍA», frente a la opinión de GIRÓN y de este comentarista), si bien, añade, «no hemos pretendido afirmar categóricamente la viabilidad de la escisión en nuestro Derecho vigente, sino dejar apuntada una hipótesis de trabajo». Lo que no nos parece aconsejable en materias de necesaria institucionalización de nuestro Derecho de sociedades. Termina este capítulo con una rápida referencia a la fusión internacional, que parece dar por admisible (págs. 474 y ss.; ver nuestras reservas en «Régimen sustantivo y fiscal de las operaciones de concentración de empresas», *Panorama Bursátil*, número 7, 1978, pág. 57).

La Tercera Parte de los *Estudios* aborda el tema de la «extinción de la empresa». «de la empresa individual y de la empresa colectiva» (nótese la subjetivación, aquí, del concepto empresa), con la afirmación de la existencia del principio de conservación de la empresa (pág. 482). Dedicar un autorizado estudio a la sucesión *mortis causa* en la empresa mercantil individual, sobre todo en puntos como la adjudicación y la partición, el legado de empresa y el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; así como a la sucesión *mortis causa* en las acciones y participaciones sociales, procurando la aplicación del artículo 1.056 del Código Civil para mantener indiviso el paquete accionario de control (págs. 500 y ss.).

El capítulo XXV trata la disolución y liquidación de sociedades mercantiles, recordando que la liquidación sigue a la disolución salvo en los casos de fusión y de cesión global del activo y pasivo, y estudia las causas de disolución (págs. 506 y ss.) y sus consecuencias, es decir, la liquidación o su transmisión en bloque a terceros (págs. 603 y ss.). Profundiza en la distinción entre causas que operan *ipso jure* (el término) y las que requieren acuerdo de Junta general, que es constitutivo para la disolución, pero obligatorio para la Junta, a no ser que remueva la causa de disolución (pág. 515). El transcurso del término acarrea la automática disolución, salvo prórroga inscrita antes (doctrina tradicional y arts. 152 de la

Ley de Sociedades Anónimas y 141 del Reglamento del Registro Mercantil), o al menos otorgada antes de su vencimiento, aunque presentada después del mismo en el Registro Mercantil (Ress. de 4 y 19 octubre 1966, respecto de SRL, y de 11 octubre 1967, respecto de sociedades anónimas), solución de la DGRN que el autor estima con razón objetable, por ser clara, aunque severa, la solución legal, y por la incertidumbre que crea en cuanto al momento oportuno en que puede presentarse la escritura en el Registro Mercantil. El autor expone a continuación las causas de disolución en la sociedad anónima y SRL (págs. 516 y ss.) y sus respectivos problemas, dedicando especial atención a la pérdida de patrimonio líquido por debajo de la tercera parte del capital y a la quiebra, que duda constituya causa de disolución, pues el artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas se limita, en su opinión, a decir precisamente que no lo es (págs. 529 y ss. y 549). En cuanto a la posibilidad de reactivación de la sociedad CÁMARA se adhiere a la tesis intermedia, según la cual no es posible aquélla en caso de transcurso del término, pero sí en los demás casos, en que la Junta general puede revocar el acuerdo de disolución (pág. 561); distinguiendo, no obstante, entre reactivación propia e impropia (según se produzca antes o después de fijado el balance final, tras el cual estima necesario el consentimiento unánime de los socios y se tributará por disolución más constitución). Por último, estudia las causas de disolución de las sociedades colectivas y comanditarias, con especial atención a las consecuencias de la muerte de un socio colectivo.

El capítulo XXVI, con el que culmina la obra, estudia los efectos de la disolución y de la rescisión parcial. En primer lugar, el nombramiento, facultades y responsabilidad de los liquidadores de la sociedad anónima. Sigue el estudio de las «operaciones» de la liquidación, donde vuelve a exponer su tesis de que (de forma inversa a la constitución) la división del haber social ha de ser tratada como «un verdadero acto particional» (pág. 640), es decir, de especificación del «derecho abstracto» del socio sobre el patrimonio social, que «es precedente del derecho concreto que ostenta sobre la masa sujeta a reparto». Construcción que consideramos artificiosa e inútil, y sin fundamento las críticas que el autor hace a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que califica la adjudicación del derecho de arrendamiento al socio como traspaso in-consentido (pág. 641, nota 45). Sigue el estudio de la liquidación de sociedades no anónimas, con sistemática similar, y con interesantes puntualizaciones prácticas respecto de la SRL.

El autor reitera que la cesión global del activo y pasivo constituye una «liquidación abreviada, pues el pasivo no se satisface» (pág. 669). No pueden decidirla los liquidadores, pero sí la Junta general, con los requisitos de los artículos 58 de la Ley de Sociedades Anónimas y 17 LSRL,

y los acreedores tendrán la protección del régimen de la fusión, aplicable por analogía, si la sociedad cedente es una sociedad anónima (págs. 671 y siguientes), en tanto que en los demás casos esgrime el argumento (no le queda ya otro) de que «la aplicación indiscriminada del artículo 1.205 del Código Civil resulta excesiva y carece de plena justificación» (página 674). Desde luego, en lo que sí estamos de acuerdo es en que el tema «exige que el legislador adopte una posición clara al respecto» (página 675), justo lo que hemos defendido, que el legislador español, siguiendo la pauta del alemán y del inglés, regule esta operación con las necesarias garantías para los intereses en presencia («La fusión propia y las fusiones impropias...», «Estudios homenaje a Garrigues», III, página 502).

El estudio de la rescisión parcial (a petición de la sociedad o «exclusión del socio» y a petición de éste o «separación») lo hace en las sociedades colectivas y comanditarias (arts. 218 y ss. del Código Civil), en las SRL (arts. 31 LSRL y 218 y 219 del Código de Comercio y 138 del Reglamento del Registro Mercantil) y en la Sociedad Anónima (estudio del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas). Destacan sus observaciones sobre la naturaleza del derecho incondicionado de separación en caso de sociedad colectiva y comanditaria de duración indefinida (artículos 224 y 225 del Código de Comercio); y la tesis de la inexistencia de un derecho de separación en la SRL, a no ser que se pacte en la escritura expresamente.

He aquí pues, resumidos y valorados, según nuestro leal saber y entender, los *Estudios de Derecho mercantil* de MANUEL DE LA CÁMARA, cuya lectura y frecuente consulta consideramos esencial tanto para los profesionales del Derecho como para todo estudioso de nuestra disciplina.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y
TIRSO CARRETERO GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NO PROCEDE SUSPENDER LA INSCRIPCIÓN, EN LUGAR DE DENEGARLA, TOMANDO ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 103 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SI EL EXAMEN DE LOS ASIENTOS MUESTRA QUE EN ALGUNAS DE LAS FINCAS, ADQUIRIDAS Y AGRUPADAS, LA PERSONA DEL TRANSMITENTE NO RESULTA SER CAUSAHABIENTE DEL TITULAR INSCRITO MÁS QUE EN UNA MITAD INDIVISA, YA QUE EN CUANTO A LA OTRA MITAD LO ESTÁ A NOMBRE DE TERCEROS.

INSCRITA UNA FINCA A FAVOR DE DOS COPROPIETARIOS PROINDIVISO NO ES INSCRIBIBLE LA OPERACIÓN DE SEGREGACIÓN REALIZADA POR UNO SOLO DE ELLOS.

Resolución de 6 de marzo de 1978 (Boletín Oficial del Estado de 30 de marzo).

ANTECEDENTES DE HECHO.—Por escritura autorizada el 15 de enero de 1976 por el Notario de Cádiz don Francisco Romero con el número 42 de protocolo, el recurrente don Manuel Leal Sánchez constituyó hipoteca unilateral a favor de varias Entidades bancarias en garantía del pago de

determinadas sumas adeudadas, sobre diversos bienes, y, entre ellos, sobre un terreno de monte bajo denominado «Los Llanos de la Cruz o Lozano», en término de Medina Sidonia, finca que resulta de agrupar otras varias compradas a don Agustín Herrero Muñoz, que no es el titular registral, señalándose las fincas por su número de Registro, sin describirlas; por escritura otorgada por el recurrente ante el mismo Notario el 3 de febrero de 1976, con número 137 de protocolo, se adicionó la escritura anterior declarándose que el terreno Los Llanos de la Cruz o Lozano había resultado de agrupar no sólo las fincas compradas a don Agustín Herrero, sino también otra en el mismo término, que el recurrente había adquirido con anterioridad, de la Marquesa viuda de Molina e inscrito en el Registro; por escritura autorizada por el citado Notario el 25 de febrero de 1976 con el número 295 de su protocolo, se formalizó la venta de las parcelas componentes del referido terreno por don Agustín Herrero Muñoz, a favor del recurrente, advirtiéndole el señor Herrero que quince de las fincas que vendía las había comprado a doña Sebastiana Rivera, que era causahabiente de los titulares registrales, y dos de ellas a doña María del Carmen Muñoz, titular registral de las mismas; el recurrente agrupó en la misma escritura las parcelas compradas al señor Herrero con la que ya era de su propiedad adquirida a la Marquesa viuda de Molina; dicha finca comprendía determinadas parcelas del Catastro pero sin decir quién era el titular según dicho Catastro y solicitó la inscripción de un exceso de cabida de 30 hectáreas de la finca agrupada alegando que en igual fecha y ante el mismo Notario con el número 296 de protocolo, otorgó escritura de adición de la de 15 de enero de 1976, consintiendo expresamente la inscripción de la hipoteca allí constituida sobre la finca resultante de la agrupación formalizada el 25 de febrero de 1976, solicitando del señor Registrador de la Propiedad la anotación preventiva de suspensión de la hipoteca, en cuanto a la finca «Los Llanos de la Cruz o Lozano», para el supuesto de que no hubiera podido inscribirse en su momento la escritura de compra y agrupación, de conformidad con el párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria en relación con el 103 de su Reglamento.

Presentadas en el Registro de la Propiedad de Medina Sidonia las anteriores escrituras fueron calificadas con notas del tenor literal siguiente: *Escritura de hipoteca número 42 del protocolo.* «Presentado este documento con el número 220 del Diario de Operaciones número 58, el 26 de enero de 1976, en cuya fecha se retiró para la liquidación del Impuesto de Transmisiones y devuelto a este Registro el 5 de abril de 1976, en cuya fecha se prorrogó la vigencia del mencionado asiento, para proceder a su calificación por treinta días hábiles hasta el plazo máximo del día 11 de mayo del mismo año, se deniega la inscripción del mismo en cuanto a la finca comprendida en el expositivo II, con el número 4, denominada «Los Llanos de la Cruz o Lozano», término de Medina Sidonia, en cuya calificación se han tenido también en cuenta: instancia complementaria (suscrita por don Manuel Leal Sánchez y doña Manuela Vela Cerrato, el 18 de marzo último, por la que dichos señores determinan la cantidad que corresponde a distintas Entidades acreedoras, en la responsabilidad atribuida por principal a esta finca y cuyas firmas fueron legitimadas en la misma fecha y por el Notario de Cádiz, don Francisco Manrique Romero), así como escrituras, de adición de 3 de febrero, de compraventa y agrupación de 25 de febrero y de adición de 25 febrero, todas del presente

año, autorizadas por el susodicho Notario, que motivaron, respectivamente, los asientos de presentación números 231, 337 y 342 del Diario número 58, por los defectos siguientes:

1.º El agrupante no es dueño, según el Registro, de determinadas participaciones indivisas de las fincas registrales números 4736, 4374 y 2935, integrantes, en unión de varias más, de la agrupación, habiendo sido denegada su inscripción a favor del mismo, en la forma y medida que resulta de la nota puesta, con esta misma fecha, al pie de la escritura de compra y agrupación que motivó el asiento de presentación número 337 del Diario número 58.

2.º No se aportan, ni testimonian en las escrituras relacionadas, los documentos catastrales justificativos del exceso de cabida, cuya inscripción se solicita, existiendo, por el momento, para el firmante de esta nota, duda fundada acerca de la identidad de la finca en cuanto a la nueva superficie;

Considerándose subsanable el defecto 2.º, pero no el 1.º, no se practica anotación preventiva de suspensión de la agrupación, ni tampoco de la constitución unilateral de la hipoteca, a pesar de ser esta última expresamente solicitada en la escritura de adición de 25 de febrero a que antes se hizo referencia, por falta de previa inscripción o anotación de la finca agrupada objeto de la hipoteca.»

Escritura de compra y agrupación número 295 de protocolo:

«Inscrito este documento en cuanto a las fincas números 1 al 4; 6 al 9, y 11 al 15, todos inclusive, comprendidas en el expositivo I, en los tomos, libros, folios, números de finca e inscripciones que indican los cajetines puestos al margen de sus respectivas descripciones. Esto no obstante, las fincas números 1 y 2, sólo se inscriben en cuanto a una mitad indivisa, cada una de ellas, denegándose la inscripción por el resto, al observarse el defecto considerado insubsanable de no ser el vendedor dueño, según el Registro, de las expresadas mitades indivisas cuya inscripción se deniega, ni alegarse en el presente documento el título por el que dicho vendedor pudiera traer causa de los respectivos titulares inscritos, que tampoco se indican.

En la finca número 10, además de observarse el mismo defecto señalado en las fincas 1 y 2 que motiva la denegación en cuanto a una mitad indivisa, de todas ellas, se aprecia también: *a)* Al describirse la finca como resto de una previa segregación, no se hace ésta en forma reglamentaria, y *b)* El vendedor, supuesto segregante, sólo es dueño, según el Registro, de una mitad indivisa de la finca, tal como figura inscrita, con su originaria cabida, antes de efectuada la segregación que alude el presente documento. Considerándose subsanable el defecto señalado con la letra *a)*, pero no el indicado con la letra *b)*, la inscripción de esta finca número 10 se deniega, en su totalidad, y sin que pueda practicarse anotación preventiva de suspensión.

Respecto a la finca número 5, consistente en una “Venta de casa de pared y tejas”, se inscribe sólo en cuanto a una mitad indivisa, ya que la otra mitad forma parte integrante de la finca número 16 (del mismo expositivo I a que nos estamos refiriendo), que es objeto de anotación preventiva por defecto subsanable como a continuación se dirá.

Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a las fincas números 16 y 17 del repetido expositivo I, por el defecto de no ser

el vendedor dueño, según el Registro, pero precisándose el título por el que alega traer causa del titular registral que identifica con su nombre y apellidos, lo cual hace, por ser potestativo del Registrador, que sea posible extender anotación preventiva de suspensión, por defecto subsanable de ambas fincas, las cuales anotaciones, a solicitud verbal del presentante, quedan extendidas con los datos registrales que se indican en los cajetines puestos al margen de sus respectivas descripciones.

Por último, se deniega la inscripción del precedente documento en cuanto a la agrupación resultante de la cláusula quinta, por observarse los siguientes defectos:

1.º El agrupante no es dueño, según el Registro, de las participaciones indivisas de varias fincas matrices, cuyas inscripciones quedan denegadas por esta misma nota.

2.º No se aportan ni testimonian en esta escritura (ni en las de 15 de enero de constitución unilateral de hipoteca y agrupación; 3 de febrero, de adición y 25 de febrero, también de adición, todas del presente año, que motivaron, respectivamente, los asientos de presentación números 220, 231 y 342 del Diario número 58, tenidas en cuenta para calificar el precedente documento) los documentos catastrales justificativos del exceso de cabida cuya inscripción se solicita, existiendo por el momento, para el firmante de esta nota duda fundada acerca de la identidad de la finca en cuanto a la nueva superficie;

Considerándose subsanable el defecto 2.º, pero no el 1.º, no se practica anotación preventiva de suspensión de la agrupación.»

Don Manuel Leal Sánchez interpuso recurso gubernativo contra la denegación de la agrupación y la hipoteca y alegó: que el principio general contenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, resulta atenuado en el artículo 103 del Reglamento que faculta a los Registradores para suspender la inscripción, entre otros casos, cuando el otorgante del acto o contrato alegue en el documento presentado a inscripción ser causahabiente del titular inscrito, y que la razón de este precepto es la de extender los beneficios de la prelación, tomando la correspondiente anotación preventiva, y concediendo un plazo razonable para obtener durante él la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, debiéndose entender que tal suspensión no es puramente graciable del Registrador, sino obligatoria siempre que se solicite y se den los supuestos previos que el mismo precepto contiene; que en nuestro caso concreto, de las afirmaciones del señor Herrero Muñoz, transmitente de parte de las parcelas componentes de la finca agrupada, se deduce que el recurrente es causahabiente de los titulares registrales de tales fincas, por lo que el Registrador debió tomar la anotación suspensiva correspondiente, tanto respecto de la agrupación formalizada en la escritura de 25 de febrero de 1976, como de la hipoteca de 15 de enero del mismo año; que no se oculta al recurrente la necesidad de conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, pero aun conociendo tal necesidad no puede renunciar a la prelación que la Ley Hipotecaria y su Reglamento conceden a los títulos ya otorgados;

El Registrador informó: Que la facultad concedida por el artículo 103 del Reglamento Hipotecario—que en ningún caso ha considerado como meramente graciable—la ha aplicado en el supuesto que nos ocupa siempre que le ha sido posible, por concurrir los requisitos exigidos por el propio artículo; que lo que expresamente solicitó el recurrente fue la anotación

preventiva de suspensión de la escritura de constitución unilateral de hipoteca y no la anotación suspensiva de las fincas compradas por don Manuel Leal Sánchez, y de la agrupación realizada por el mismo; que tales anotaciones preventivas no podían practicarse al no ser el otorgante dueño de la totalidad de las fincas que pretende agrupar, y por otra parte, sin haber agrupación previa no puede inscribirse ni anotarse hipoteca sobre finca agrupada; que los defectos insubsanables nacen en la compraventa previa que don Agustín Herrero Muñoz hace a favor de don Manuel Leal Sánchez, imposibilitando la práctica de las restantes operaciones de agrupación e hipoteca; que ello resulta al figurar inscritas varias de las fincas de la escritura de compraventa de 25 de febrero de 1976 a favor de personas distintas del transmitente, en cuanto a una mitad indivisa, sin que se cumplan los requisitos del artículo 103 del Reglamento Hipotecario que hubiesen permitido al Registrador, en este caso, haber extendido anotación preventiva por defecto subsanable y que no se comprende la pretensión contenida en el Suplico del recurrente si no se recurre también contra el defecto insubsanable señalado en la nota a la finca 10 del expositivo I de la citada escritura 295 del protocolo del Notario, ya que con sólo este defecto insubsanable, es bastante para impedir la ulterior anotación o inscripción tanto de la agrupación como de la hipoteca;

El Presidente de la Audiencia tras declarar que el recurrente en contra de lo que dispone el artículo 113 del Reglamento Hipotecario no ha fijado «Con claridad y previsión los extremos de la nota del Registrador» objeto de su reclamación, confirmó la misma por razones análogas a las expuestas por este funcionario y señala que en ella se aplica el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en la forma y términos a que obliga el principio de tracto sucesivo en aquél materializado, por lo que mal podría inscribirse ni anotarse preventivamente la titularidad del dominio de una nueva finca resultante de la agrupación de otras que, según el Registro, no eran en su totalidad del agrupante, ni inscribir hipoteca sobre finca agrupada, registralmente inexistente;

Apelado el Auto Presidencial por el recurrente señor Leal Sánchez, la Dirección General (1) acuerda confirmar el Auto apelado y la denegación de la práctica de la anotación preventiva de suspensión de la agrupación contenida en la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—En este expediente—en el que no se recurre el fondo de la nota—la cuestión a dilucidar hace referencia solamente si en base a los hechos relatados en la parte expositiva, cabe practicar la anotación de suspensión establecida en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 103 de la Reglamento, por alegar el transmitente en uno de los documentos presentados a calificación que es causahabiente del titular registral, o si por el contrario procede denegar la práctica de tal anotación;

Frente a lo expuesto por el recurrente, el examen de los asientos registrales muestra con claridad, que en algunas de las fincas adquiridas, y posteriormente agrupadas, la persona del transmitente—en la escritura de compraventa—no resulta ser causahabiente del titular inscrito más que en una mitad indivisa de aquellos inmuebles inscritos, ya que en cuanto a la otra lo está a nombre de otros terceros, por lo que al faltar el pre-

(1) VISTOS los artículos 20 y 65 de la Ley Hipotecaria y 103 del Reglamento para su ejecución.

supuesto necesario exigido por el artículo 103 del Reglamento, no procede practicar la anotación preventiva de suspensión solicitada;

A mayor abundamiento en uno de los inmuebles se ha realizado una operación de segregación por uno sólo de los copropietarios, cuando de los libros registrales resultan ser dos sus titulares, lo que ya de por sí impide la práctica del asiento correspondiente, mientras no se resuelva esta cuestión.

COMENTARIO.—Se observa una gran desproporción entre los largos y complejos resultandos y la brevedad y sencillez de los considerandos: sólo tres, y uno de ellos desconectado del tema principal.

En el primer resultando se reseñan y describen las cuatro escrituras otorgadas el año 1976 ante el Notario de Cádiz don Francisco Manrique con los números 42, 137, 295 y 296 de protocolo. En el segundo se transcriben las notas de calificación puestas en la escritura número 42 (a la que se acompañaron instancia complementaria y las otras escrituras) y en la número 295. Agravaríamos la complicación de la *questio facti*, relatada en ambos resultandos, si intentásemos resumir o aclarar la misma; pero haremos notar, no obstante:

— que aunque la resolución no las menciona, debieron practicarse las inscripciones de otros documentos intermedios que acortaron las distancias entre la situación registral que reflejaban las escrituras citadas y la existente en el momento de calificar éstas, como son los de las compras de quince fincas a doña Sebastiana Rivera, y de otras dos a doña María del Carmen Muñoz. De las notas de calificación no resulta claro lo que ocurría para que respecto a las mitades indivisas de tres fincas del tracto continuase incompleto (2);

— que resulta inexplicable que el grave defecto de falta de justificación de un exceso de cabida de 30 hectáreas, que conduce al Registrador a duda fundada sobre la identidad de la finca en cuanto a la nueva superficie, es olvidado por el recurrente y no vuelve a aparecer en el recurso;

— que tampoco se destaca la circunstancia de que la venta de don Agustín Herrero al señor Leal es posterior (en más de un mes) a la escritura en la que éste hipotecaba las fincas compradas. Suponemos que la escritura de venta sería la formalización de una venta realizada en forma menos solemne antes de hipotecar; pero de todas maneras el problema de la convalecencia (art. 1.857 en relación con la desaparición del 126 de la Ley Hipotecaria antigua) de la hipoteca de cosa ajena debió ser despejado, pues en modo alguno debe resultar subsumido con el inverso, al que atiende el artículo 103 del Reglamento.

(2) El problema, al momento de calificar, parecía reducirse a las fincas primera, segunda y décima de la venta de don Agustín Herrero al señor Leal. Aunque el vendedor manifestaba en la escritura que había comprado quince (entre ellas suponemos que esas tres) a doña Sebastiana Rivera, causahabiente de los titulares registrales, lo cierto es que la escritura número 295 se inscribe en cuanto a doce de ellas y en cuanto a una mitad de otras tres, lo que prueba que se habían inscrito previamente las transmisiones de doña Sebastiana al señor Herrero y las de los titulares registrales al momento de comprar el señor Leal a doña Sebastiana. Pero la nota nos deja sin aclaración ninguna respecto a esas tres fincas y tenemos que llegar al informe del Registrador para averiguar que varias de las fincas de la escritura de compra del señor Leal (núm. 295) figuran inscritas a favor de persona distinta del transmitente en cuanto a una mitad indivisa, sin que se cumplan los requisitos del artículo 103 del Reglamento. Pero no se aclara cuál era la situación de interrupción del tracto y la determinación o indeterminación de los eslabones que faltaban. La falta de especificación y datos sobre las presumibles transmisiones de los titulares registrales proindiviso a doña Sebastiana Rivera y sobre el título en que ésta vendió a don Agustín Herrero hace también imposible calibrar la importancia de los defectos a) y b) acusados respecto a la finca diez de la segunda nota que tienen su reflejo luego en el considerando tercero.

Pasando a los breves considerandos encontramos que sólo hay uno verdaderamente importante: el segundo. El primero se limita a centrar la *questio juris* en el artículo 103 del Reglamento hipotecario y el último, a mayor abundamiento, pero referente exclusivamente a la finca décima de la compra del señor Leal, independiza el caso de esta finca del supuesto controvertido general, acaso innecesariamente (3).

El considerando segundo no es del todo correcto al decir que los asientos registrales muestran claramente que, en algunas de las fincas, el transmitente no resulta ser causahabiente del titular inscrito más que en una mitad, ya que en cuanto a la otra lo está a nombre de otros terceros. Creo que los asientos registrales nunca sirven para decidir si la falta de inscripción registral del transmitente puede ser disculpada al amparo del artículo 103, por darse sus requisitos, o no puede ser disculpada por no darse los mismos. Precisamente porque hay una interrupción o corte de la cadena de transmisiones en el Registro, los asientos registrales son inútiles para decidir sobre la probabilidad mayor o menor de aportar el eslabón (o eslabones) que faltan, y en la cual descansa la condescendiente norma excepcional del artículo 103.

Siendo así, el segundo considerando no es suficientemente expresivo de la doctrina que pretende sentar la Resolución en torno a la interpretación del artículo 103 del Reglamento hipotecario, porque su afirmación, de que de los asientos registrales resulta que, en cuanto a la mitad indivisa de algunas de las fincas, la persona del transmitente no resulta causahabiente del titular inscrito, ni aun puesta en relación con los datos aportados por los resultandos nos aclara quiénes son esos otros terceros y por qué el transmitente no puede ser causahabiente de los mismos. En realidad, lo único que parecen demostrar los asientos registrales es que, en cuanto a ciertas fincas, una mitad indivisa tiene una cadena de transmisiones distinta, pero no demuestran tan concluyentemente que el transmitente no pudiera ser causahabiente de los titulares registrales incluso en cuanto a tales mitades indivisas.

Lo que ocurre es que la Dirección posiblemente ha partido de una interpretación restrictiva del artículo 103 desde las varias perspectivas desde las que el precepto ofrece una hermenéutica dudosa.

a) En primer lugar aparece el problema de si el artículo 103 sólo puede salvar un eslabón del tracto o también más de uno. Es decir, si el precepto exige que el transmitente sea causahabiente directo o inmediato del titular registral o se conforma con que sea causahabiente indirecto o mediato. El texto literal del precepto reglamentario no sirve para aclarar esta duda que acaso no pueda resolverse sin tener en cuenta la clase de documento inscribible, pues el artículo 103 no actúa sólo en los títulos notariales, y es importante el grado de fehaciencia que haya de darse al apartado de títulos de las escrituras públicas. Aunque los artículos 173 y 174 del Reglamento Notarial no sean excesivamente rigurosos en cuanto a los requisitos conducentes a que el tracto registral y el documental marchen paralelos, y aunque el 174 parezca conformarse con la mención del antetítulo inmediatamente anterior, no hay duda de que, en tanto que sea posible, el Notario deberá reseñar los antetítulos necesarios para enlazar con la inscripción registral vigente al momento del otorgamiento.

(3) Sospechamos que innecesariamente, pues parece ser que el tracto a reanudar se refería al resto y no a la porción segregada que no entra en la cuestión

De esta manera resultará del Registro y del documento la circunstancia de que el transmitente es causahabiente del titular inscrito, aunque sea mediato por existir más de una transmisión intermedia.

Como en definitiva la excepcional y benévola norma del artículo 103 descansa en la probabilidad de que el tracto se complete, prestando a registración el título o títulos intermedios, la cosa cambia cuando éstos no son públicos por disminuir las probabilidades de que se transformen en públicos, correctos e inscribibles. En definitiva creemos que el Reglamento ha dejado al Registrador un cierto margen de discrecionalidad para apreciar cuándo puede suspender (el «podrán del art. 103) y cuándo debe denegar (el «denegarán» del art. 20, apartado 2.º, de la Ley). Y lo creemos a pesar de los esfuerzos de los tratadistas para encontrar criterios fijos para evitar tal discrecionalidad (4). Más adelante veremos el carácter de provisional que en todo caso tiene la calificación realizada (5).

b) El segundo problema es si el artículo 103 se conforma con una alegación hecha por el transmitente, genérica y sin concretar, de ser causahabiente del titular inscrito, o exige la reseña de las circunstancias esenciales de la transmisión o transmisiones intermedias con expresión de transmitentes y adquirentes, fechas, funcionarios autorizantes, etc. El precepto parece admitir ambas cosas, al ofrecer la alternativa entre que el otorgante alegue en el documento ser causahabiente del titular inscrito y que esto resulte del documento mismo, y normalmente de su apartado de títulos de la parte expositiva. No obstante la literalidad del artículo, creemos que el Registrador ha de proceder con cautela en el caso de una alegación excesivamente genérica de ser causahabiente del titular inscrito, hecha sin el menor indicio de justificación de tal cosa (6).

c) El artículo 103 parece exigir que sea en el mismo documento presentado a registración donde se alegue que el transmitente es causahabiente del titular inscrito o de donde esto resulte en relación con el Registro. No obstante, creo que no estuvo en la mente del legislador esta regurosidad, pues no hay razón para no admitir que la circunstancia exigida por el precepto resulte de un documento aclaratorio, subsanato-

(4) Y a pesar de que recurrente y Registrador se muestren conformes en que la facultad concedida por el artículo 103 no ha de considerarse como meramente graciable.

(5) ROCA SASTRE tampoco se plantea el problema de si el transmitente ha de ser causahabiente directo del titular registral, o si el artículo 103 permite que falten dos o más eslabones, aunque dice literalmente «un título intermedio no registrado». Se limita a afirmar que es potestativo del Registrador denegar o suspender, pero en caso de denegación debe fundar ésta en alguna circunstancia que impida aplicar el artículo 103, y añade que la palabra causahabiente no debe entenderse en el sentido estricto de heredero, sino de sucesor o adquirente en general. Creemos que los poderes discrecionales que ROCA concede, en orden a tomar o no la anotación preventiva, no se compaginan con la concesión de un valor decisivo a tal anotación para prejuzgar la preferencia que había de darse al título intermedio presentado para subsanar el defecto de tracto o a uno contradictorio con el presentado antes, aunque después del anotado por defecto subsanable, problema del que luego trataremos (ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, pág. 329 y también págs. 332 y 923, donde trata de los arts. 312 y 140 del Reglamento.)

(6) Los tratadistas no destacan esta alternativa del artículo 103 acaso porque en la práctica y en los casos ordinarios la alegación del transmitente resulta hecha implícitamente en el apartado de títulos de las escrituras. De un lado, parece excesivo rechazar la alegación genérica y sin precisar, porque acaso la urgencia no permita otra cosa, pero siempre resultará sospechoso que el transmitente desconozca totalmente los actos o hechos jurídicos que han llevado la finca desde el titular registral hasta él, salvo que se trate de una interrupción del tracto de tal entidad que sea difícilmente reanudable por medio de titulación ordinaria. El silencio sobre la transmisión o transmisiones intermedias es indicio de que se pretende acudir a una convalencia de la transmisión por medio de una adquisición posterior, o al menos posteriormente formalizada, del transmitente. El tema de la convalencia y del tracto registral de la enajenación de cosa ajena desborda el ámbito del artículo 103 del Reglamento, cuya *ratio legis* no va más allá de la subsanación de la falta de tracto sucesivo por medio de la posterior presentación de títulos realmente existentes e inscribibles, en el momento del otorgamiento del documento presentado, y no inscritos aún en ese momento.

rio de la omisión o de otro presentado a la vez para completar la cadena del tracto registral. Sabido es que en los documentos no notariales el apartado de título o títulos de adquisición no suele aparecer y parece injusto privarles del beneficio del artículo 103. Pensemos en el caso de los mandamientos de embargos. Vimos la imprecisión de los resultandos sobre los eslabones existentes entre el titular registral y doña Sebastiana Rivera y sobre las indicaciones de los apartados de títulos de las escrituras inscritas antes de las reseñadas en el primer resultado, pero creo que en todo caso era fundamental el considerar si la alegación hecha en una escritura de transmisión puede suplir la falta de tal alegación en otra coordinada o antecedente de ella.

Es posible que la Resolución al confirmar el auto y la nota del Registrador demuestre una doctrina restrictiva en la interpretación del artículo 103 en todas y cada una de las cuestiones que acabamos de proponer, pero creo que debieron ser consideradas con independencia, ya que la falta de precisión en las circunstancias concurrentes que se da en los resultandos no permite considerar suficientemente expresivo el segundo considerando que cabe estimar único.

d) La duda más frecuentemente contemplada por los autores, en la interpretación del artículo 103 del Reglamento hipotecario, es la de si su palabra causahabiente ha de entenderse en el estricto sentido de heredero o el amplio de causahabiente por cualquier título. Por muy atendibles que sean las razones de CHICO ORTIZ para limitar el supuesto de hecho de este precepto y de otros en los que aparece la palabra causahabiente, creo que en cuanto al 103 se refiere no debemos dejarnos impresionar por la agudeza dialéctica y la abundancia de información que CHICO prodiga por todas partes, y que es preferible la interpretación amplia, procurando a cambio no sacar el artículo 103 de su modesto cometido para transformarlo en norma fundamental que venga a tergiversar el juego de los principios de prioridad formal y material.

e) No hay el menor indicio en los resultandos ni en los considerandos de que por los aledaños del recurso estuviese planteado alguna de esas graves colisiones entre los principios de calificación, tracto sucesivo y prioridad a las que los tratadistas no conceden la importancia que merecen y suelen dejar trasapeladas por no corresponder a ninguno de estos tres temas o principios, exclusivamente, sino a la difícil concatenación de los tres. Resulta extraño que el recurso se interpusiese sin existir ningún problema de prioridad, pues si el tracto podía reanudarse ¿por qué recurrir?, y si no se podía ¿para qué recurrir? Pero como no ha sido objeto del recurso nada referente a la colisión de los títulos presentados a calificación con otros contradictorios presentados en el período de posible subsanación del defecto de falta de inscripción previa, caso de estimarse subsanable, no debemos entrar en tales cuestiones aun a sabiendas de que son éstas las que ocasionan las verdaderas dificultades en la aplicación del artículo 103 del Reglamento.

Tampoco cabe, por lo mismo, que nos adentremos en la teoría de la convalecencia, para determinar si la intrascendencia de la fecha de la adquisición que, después de inscrita, llena el requisito de inscripción previa a favor del transferente deriva de una plena admisión de dicha teoría (7),

(7) Para una sucinta exposición de la teoría de la convalecencia, ver ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, II, págs 316 y 317.

o simplemente de una formulación del tracto sucesivo registral que le independiza del derecho material (tracto sucesivo civil o de títulos) (8).

Recientemente se han publicado en esta Revista dos estudios sobre la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, uno de RAFAEL ARNÁIZ y otro de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. Las dudas de interpretación del artículo 103 del Reglamento y su coordinación con los artículos 20 y 65 de la Ley guardan íntima relación con el planteamiento general de tal distinción. Para ARNÁIZ esta distinción es de naturaleza estrictamente hipotecaria, con efectos típicamente publicitarios y ve confirmada su tesis en la forma en que el legislador se pronuncia expresamente ante la posibilidad de que, aun provisionalmente, se violasen los principios que constituyen presupuesto inexcusable de los efectos de la apariencia registral, a saber: el artículo 17 (prioridad) del que se deduce que ante el título incompatible no existen faltas subsanables y el 20 (tracto sucesivo), que tajantemente sólo admite la suspensión (subsanación) cuando el derecho carece de inscripción previa o cuando del mismo título o del Registro resulta la posibilidad de inscripción del título intermedio. Está claro que ARNÁIZ, para afirmar esto último, conjuga el artículo 20 de la Ley con el 103 del Reglamento, pero también lo está que de esta manera prescinde de la antinomia entre ambas normas cuya armonización es para GARCÍA GARCÍA un laberinto capaz de quitar el sueño (9).

El trabajo de GARCÍA GARCÍA (10), mucho más detallado, se ocupa *in extenso* de los graves problemas del artículo 103 del Reglamento (11) al estudiar el supuesto de inscripción a favor de persona distinta del transmitente, como el primero de los obstáculos registrales que a su vez constituyen el tercer grupo de elementos a los que hay que atender para determinar los criterios específicos o concretos que hay que añadir a los generales para la distinción entre los motivos de suspensión y los motivos de denegación.

GARCÍA GARCÍA parte de la indudable prevalencia del párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley sobre el 103 del Reglamento hipotecario. Desde el principio se observa que se va a inclinar de parte de la Ley y sus críticas a algunas opiniones de LA RICA, ROCA, SANZ y LACRUZ acaso sean excesivas. Si es cierto que todas las afirmaciones de LACRUZ (en sus *Lecciones* de 1957) parten de una reverencial sumisión al 103, también debe GARCÍA

(8) Tampoco aparece en el recurso nada referente a si la benévola norma excepcional del artículo 103 del Reglamento presenta alguna dificultad especial en materia de hipotecas en razón al carácter constitutivo que se predica de la inscripción de tal derecho. La Resolución de 30 de abril de 1913 declaró bien denegadas la inscripción y la anotación preventiva de una hipoteca por estar la finca inscrita a favor de persona distinta del hipotecante a pesar de que el recurrente alegó (¿sólo en el recurso o antes de la calificación?) la escritura de compra del hipotecante autorizada dos años antes por el mismo Notario que la de hipoteca. El Vistos se limitó a citar el artículo 20 de la Ley y el considerando básico se limitó a transcribir el apartado 1.º de dicho artículo. La doctrina de esta Resolución no cabe interpretarla hoy como prueba de un criterio más duro en materia de hipoteca, a pesar de la norma específica del artículo 1857, 2.º, del Código Civil.

Si acaso una regulación más rigurosa en materia de hipotecas, en razón al carácter constitutivo de su inscripción, habría de reservarse al caso de una escritura de disposición del crédito hipotecario presentada antes que la escritura de constitución de la hipoteca. Este caso sí puede ofrecer duda.

(9) RAFAEL ARNÁIZ EGUREN «Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 523, noviembre-diciembre de 1977, págs. 1225 y siguientes, especialmente pág. 1245.

(10) JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA «Motivos de suspensión y motivos de denegación (Defectos subsanables e insubsanables)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 525, marzo-abril de 1978, páginas 189 a 309, especialmente págs. 280 a 295.

(11) Sería inútil todo intento de comparar o enfrentar ambos trabajos, tan dispares como la idiosincrasia de sus autores. Lo importante es que nos congratulemos de estas importantes contribuciones a un tema que, como GARCÍA Y GARCÍA dice, llevaba mucho tiempo alejado en el ambiente doctrinal.

GARCÍA reconocer que las suyas parten de una reverencial sumisión al 20. En todo caso, nunca se puede negar a LACRUZ el mérito de abrimos los ojos a este mundo inexplorado de las contradicciones entre principios registrales (12).

A continuación nos describe GARCÍA GARCÍA la tesis de CHICO ORTIZ, quien, alarmado con el problema de la doble venta que aparece ante el Registro en el período de suspensión de la inscripción por falta previa a favor del transmitente, no encuentra más camino que interpretar la palabra causahabiente del artículo 103 en el sentido estricto de heredero (13). Pero, como dice GARCÍA GARCÍA, el restringir la suspensión al caso de los herederos del titular registral no soluciona todos los problemas de prioridad en colisión con tracto en el período de suspensión (por ejemplo, el de la colisión de acto dispositivo del titular registral presentado entre el dispositivo de heredero y el documento de partición de herencia).

Recoge también la opinión de CAMY que, al tratar del artículo 103 del Reglamento en sus *Comentarios* (14), se limita a reproducir los que había hecho a la Resolución de 2 de marzo de 1962 en la *Revista de Derecho Privado* (15). CAMY después de defender de *lege ferenda* la suspensión de la calificación en casos como los del artículo 103 y de buscar la concordancia de este precepto con los artículos 17, 20 y 40 de la Ley, distingue tres supuestos: Que el transmitente posea título no inscrito que acredite su derecho, en el que concede pleno efecto retroactivo a la subsanación del defecto; que sea titular del derecho, pero carezca aún de título inscribible, en el que parece mantener la misma solución, a pesar de que no aborda en concreto la teoría de la convalencia; y que no tenga título ni justificación jurídica de su derecho, en el que dice que nos encontramos claramente con una falta insubsanable, sin perjuicio del recurso, cuya resolución tendrá o no efectos retroactivos según la fecha de su interposición. Incidentalmente CAMY admite que sean más de uno los eslabones que falten, al decir que el artículo 103 se contrae a la inexactitud de falta de previa inscripción del transferente el cual hubiese adquirido a su vez su derecho del titular registral «bien directamente o bien a través de otro transferente anterior que tampoco había sido inscrito». Frase que también parece indicar que se inclina por una interpretación amplia de la palabra causahabiente.

(12) Disentimos de GARCÍA Y GARCÍA en su interpretación del hecho de que el LACRUZ-SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, 1968) no incluya los interesantes pasajes que contenían las *Lecciones* de LACRUZ (1957) al tratar del cierre registral (págs. 197 y ss.) en relación con el artículo 103 del Reglamento. Es muy aventurado mantener que la supresión implique en este caso cambio de criterio de LACRUZ en la solución de los cuatro casos que contempla. Es más probable que la supresión obedezca al deseo de no conturbar demasiado a los estudiantes que se inician en el Derecho registral inmobiliario.

(13) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ «La calificación registral Problema», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 488, enero-febrero de 1972, págs. 43 y ss., en especial el capítulo dedicado al «Concepto de causahabiente en el Derecho registral», págs. 99 y ss.

(14) BUENAVENTURA CAMY *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1971, vol. V, págs. 201 a 206.

(15) *Revista de Derecho Privado*, año 1962, pág. 486. La Resolución de 2 de marzo de 1962 versó sobre el siguiente caso: don Carlos Cosme vende el 15 de julio y la escritura es presentada al Registro el mismo día. Por providencia del 19 de julio se decreta el embargo sobre el derecho que corresponde a don Cosme en la herencia de su padre, don Antonio Cosme, y el mandamiento de 23 de julio se presenta el mismo día 23 y se retira para pago del Impuesto. El 21 de septiembre se deniega el mandamiento porque el día 8 de septiembre se ha presentado la partición de la herencia de don Antonio Cosme y se han inscrito sucesivamente la partición y la venta hecha por don Carlos. La Dirección se basó en el principio de prioridad, que inicia sus efectos desde la presentación, por lo que inscrita la venta, una vez subsanado dentro del plazo el defecto de falta de inscripción previa del transmitente, no puede inscribirse ya el embargo.

GARCÍA GARCÍA, en cambio, sin abordar directamente la duda parece dar por supuesto que el 103 sólo sirve para salvar la falta de un solo eslabón del tracto. Tampoco hemos encontrado su opinión sobre las otras dudas que expusimos bajo las letras *b)* y *c)*. La duda *d)* sí es abordada, y resuelta a favor de una interpretación más amplia de la palabra causahabiente que CHICO ORTIZ, como ya vimos. La interpretación de GARCÍA GARCÍA se centra fundamentalmente en el problema de los efectos retroactivos de la subsanación del defecto de tracto en perjuicio del título presentado en el tiempo intermedio. Su solución es tajante, al decir que la suspensión y la anotación preventiva que tolera el artículo 103 no tienen los efectos plenos retroactivos de todo motivo de suspensión y de toda anotación preventiva por defecto subsanable.

El enfoque de GARCÍA GARCÍA en este punto concreto de coordinación del párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley con el 103 del Reglamento no puede desligarse del planteamiento total que hace de la distinción entre motivos de suspensión y motivos de denegación. Y hay que reconocer que el trabajo a que nos venimos refiriendo es, sin duda, el más serio en este pantanoso terreno de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables. Creo que el centrar esta distinción partiendo de la posibilidad de mantener o no la fecha de prioridad, concediendo o no efecto retroactivo a la posible subsanación, ha de producir óptimos resultados siempre que un excesivo planteamiento sistemático del tema no conduzca a un excesivo alejamiento de la realidad del caso.

En el punto concreto del artículo 103 del Reglamento creo que ni debe sacársele de su inicial cometido, que no fue otro que excluir el absurdo de estimar insubsanable algo tan fácilmente subsanable en la generalidad de los casos, ni debe echarse sobre sus hombros cuestiones tan graves como son las relativas a los múltiples supuestos de colisión, pugna o enfrentamiento entre los principios de prioridad (material y formal), tracto sucesivo (sustantivo y tabular) y calificación.

Pero tampoco al artículo 20 debe estimársele intangible olvidándose de las servidumbres a las que todo texto legal está sometido. Los cambios en su redacción son prueba de que en el interior de su texto ha habido siempre un sordo y oculto forcejeo entre dos situaciones que, idénticas en su contextura externa (estar inscrita la finca a favor de persona distinta del transmitente), presentaban, no obstante, muy distinto cariz para su trato sustantivo y registral: una cuando el transmitente no es titular registral *aún*, y otra cuando el transmitente no es titular registral *ya*. En otro lugar hice referencia a lo inservible del artículo 20 para averiguar si nuestro sistema persigue un tracto sucesivo material o de títulos o un tracto sucesivo formal o de titularidades (16). Igual creo que su texto

(16) Ver mi ponencia al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral en Buenos Aires en esta Revista, núm. 500, enero-febrero de 1974, págs. 31 y ss. Allí traté de un problema inverso al que aborda el artículo 103 del Reglamento y para el cual el texto literal del artículo 20 de la Ley es también inocuo e inservible. Y es que el texto legal no debe nunca ser alejado de sus principios de ordenamiento, y cuando éste resulta conformado por influencias de legislaciones diversas, como le acontece a nuestro sistema registral, todo olvido del aspecto comparativo es peligroso.

En mi Comentario en esta Revista (núm. 491, julio-agosto de 1972, págs. 885 y ss., especialmente 893 y 894) a la Resolución de 18 de marzo de 1972 destacué la dificultad de extraer de las Resoluciones de la Dirección una doctrina coherente en torno al problema de la colisión de los principios de prioridad, tracto sucesivo y calificación (la comentada, la de 7 de febrero de 1959, la de 2 de marzo de 1962, etc.). Allí, como en mi Comentario a la de 17 de diciembre de 1971 (núm. 490, mayo-junio de 1972, pág. 589, nota al pie 5), me lamenté de la supresión de las sustanciosas consideraciones de LACRUZ BERDEJO en sus *Lecciones* de 1957 (págs. 197 a 200 en su posterior obra en colaboración con SANCIO REBULLIDA, destacué la necesidad de contemplar con visión especial el defecto de falta de

literal es inservible para que su orden de denegar siempre que el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen resuelva todos los múltiples casos de colisión de los principios de tracto sucesivo y prioridad por culpa de la calificación, que son muchos más de los que LACRUZ y cualquier autor puede imaginar *a priori* y que sólo pueden ser resueltos acudiendo a los principios últimos del sistema registral y auxiliándose si es posible de un razonable comparatismo, dado lo híbrido de nuestro ordenamiento hipotecario.

En el aspecto más general de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables resultan valiosísimos estudios sistemáticos tan meticulosos como el de GARCÍA GARCÍA y planteamientos tan originales como el de ARNÁIZ; pero creo que, antes de una teoría general, es conveniente estudiar por separado las verdaderas faltas o defectos de los títulos inscribibles y los obstáculos para la inscripción derivados de los principios registrales mismos, por si la diversificación de ambas cuestiones, precipitadamente refundidas por el Reglamento de 1915, resulta más práctica que su construcción unitaria.

Aunque en diversos supuestos de la calificación, el juicio sobre subsanabilidad o insubsanabilidad sólo puede ser provisional y sin perjuicio de ulteriores determinaciones (17), es en el campo de los obstáculos resultantes del Registro y de los principios registrales formales o materiales donde más frecuentemente es imposible hablar de subsanable o insubsanable en términos absolutos y es necesario hacer una calificación meramente provisional, probable o en principio. Es aquí donde juega con especial relevancia la teoría de la conversión de defectos subsanables en insubsanables y viceversa que tanto me he esforzado en difundir. En razón a esto la calificación provisional por el defecto de previa inscripción a favor del transmitente, y el que se practique o no la anotación preventiva, no pueden prejuzgar si el título intermedio subsanatorio puede o no ser perjudicado o inutilizado por otro contradictorio presentado antes de la subsanación.

No obstante, como la Resolución no da pie para entrar a fondo en este problema fundamental de la coordinación del artículo 20 de la Ley y el 103 del Reglamento por no aparecer planteado en ella, y como sería imposible improvisar reparos a la cuidada exposición de GARCÍA GARCÍA, creo que el mejor final posible a este comentario es remitirme a su trabajo (18) y terminar insistiendo en que la Resolución, por la forma en que se ha producido, no resulta concluyente para aclarar ninguna de las dudas que he planteado bajo las letras *a)* a *d)* y que en ningún momento surge en el recurso el grave problema tratado bajo la letra *e)*.

T. C. G.

previa inscripción y estimé perniciosas las interpretaciones restrictivas del artículo 103 del Reglamento, sin perjuicio de la conveniencia de retocarle para solucionar los múltiples problemas de prioridad que puedan plantearse en el período de subsanación teniendo a la vista las soluciones de otras legislaciones. Para no repetir conceptos me remito a los dos comentarios citados.

(17) Pensemos, por ejemplo, en las insuficiencias de descripción de la finca que una vez subsanadas conducen a su localización como una inscrita a favor de persona distinta del transmitente.

(18) Especialmente a sus páginas 280 a 295, en las que trata de la antinomia entre el párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley y el artículo 103 del Reglamento.

Confrontado provisional al comentario a la Resolución de 20 de diciembre de 1977 (Nún. 526, mayo-junio de 1978, pág. 519).

Se me dice que existen errores en mi comentario a la reseñada Resolución, referente a concesión de marismas en Santoña. Al parecer, el auto presidencial dijo: 1.º Que la inscripción era de plena propiedad. 2.º Que siguiesen vigentes las condiciones afectas a la condición. 3.º Que se limitase a la finca del recurrente la operación registral a practicar. Y la Dirección, también al parecer, no hizo sino confirmar el auto en cuanto al punto 1.º, único sobre el que versó la apelación y no dispuso la cancelación de dichas condiciones.

Hago esta nota preventiva de urgencia, para luego hacer más despacio, si procede, la rectificación del comentario.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
JOSÉ QUESADA SEGURA
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL: SERVIDUMBRE DE PASO CONSTITUIDA POR EL PROPIETARIO UNICO DE DOS FINCAS COLINDANTES RESPECTO A LOS SOTANOS DESTINADOS A PLAZAS DE GARAJE, PARA CUANDO SE PRODUJERA LA ENAJENACION A TERCEROS. CARECE DE TRASCENDENCIA REAL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—La entidad V. formuló demanda contra el presidente de la comunidad de propietarios de la casa número ocho de la calle de Manuel Silvela de Madrid y varios copropietarios de la misma, alegando la constitución de una servidumbre de acceso y paso sobre el local destinado a garaje de la casa número ocho de la citada calle, en favor del local de igual destino de la casa colindante, que había edificado en su día la sociedad actora lo mismo que la casa de los demandados, estableciendo la meritada servidumbre para ser efectiva cuando se verificara la enajenación de cualquiera de los pisos o locales, lo cual había tenido lugar ya. Por ello, suplica se dicte sentencia en la que se declare válidamente constituida la servidumbre de paso con entrada por la planta baja, rampas y pasillos descendientes, en las dos plantas de sótano destinadas a garaje en la casa de la calle de Manuel Silvela, número ocho de Madrid, a favor de las dos plantas de sótano, también destinadas a garaje de la colindante casa de la calle de José Marañón, número cinco, con paso directo y libre por el lugar más conveniente coincidente con el muro medianero y con hueco en el mismo, en el lugar previsto mediante sencillo tapiado de ladrillos al construirse la casa primeramente mencionada, y con obligación

para los propietarios del garaje de la casa de José Marañón, número cinco, además del pago de las obras de dicha apertura, de contribuir proporcionalmente a los gastos comunes del garaje de la casa de Manuel Silvela, ocho, por razón de dicha entrada y paso, así como asumir cuotas de propiedad, correspondientes por el espacio que requiere quede libre para el paso de vehículos, sin realizar acto obstativo alguno.

La parte demandada se opone alegando que la servidumbre de paso no estuvo bien constituida, pues no se determinaron las condiciones más clementales, cuales son: la indemnización por el paso; si es de paso continuo para todas las necesidades del predio estableciendo una vía permanente o si se limita al paso necesario, sin vía permanente; anchura de la servidumbre de paso en relación con las necesidades del predio dominante. Además, entienden que no se trata de una servidumbre, sino sólo de un proyecto de servidumbre de paso que tenía que ser desarrollado por los comuneros y la entidad actora, por desprenderse así de la escritura aportada de adverso, en la que se dice: «se constituye igualmente servidumbre de acceso y comunicación sobre dichas plantas de sótano que forman la finca relacionada con el número uno, en favor de las plantas sótanos que igualmente se destinen a garaje, constituyendo con aquéllas comunidad, y al enajenarse a terceras personas, en la casa colindante al final del lado derecho entrando, casa número cinco de la calle de José Marañón, que actualmente también es propiedad de la misma sociedad». Y si no fueran suficientes las anteriores razones, existe el argumento de que la sociedad actora había vendido cuotas indivisas en los locales de garaje, o sea, cuotas ideales de participación en el mismo, y no plazas de garaje concretas, siendo ello incompatible con la servidumbre pretendida, pues habría que reducir plazas, al no haber sitio para todos los titulares de las cuotas indivisas compradas.

El Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada en todas sus partes por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

La parte actora interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en la interpretación errónea del artículo 396 del Código Civil, en relación con los artículos 84.º de la vigente Ley Hipotecaria y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y en la no aplicación de los artículos 1.º, 13 y 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 5.º de la Ley últimamente citada y 605 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero del recurso y por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alega interpretación errónea del 396 del Código Civil en relación con el ocho (cuarto) de la Ley Hipotecaria y el cinco de la vigente Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que debe ser desestimado porque el alegato que contiene carece de todo fundamento ya que la tesis de la sociedad recurrente en favor de la validez de una servidumbre de paso y comunicación entre dos garajes (de dos plantas cada uno) situados en los sótanos de dos casas colindantes en construcción sobre solares que fueron del dominio de dicha sociedad, que habían de venderse en régimen de

propiedad horizontal atribuyendo a los referidos garajes el carácter de fincas independientes y la respectiva condición de predio dominante y sirviente, choca precisamente con la normativa legal que se dice infringida, en la única interpretación posible que fue la utilizada por el Juzgador de Instancia, porque si bien es cierto que el artículo 396 del Código en relación con el tres de la Ley de Propiedad Horizontal, concede a cada uno de los propietarios el derecho singular y exclusivo sobre el piso o local susceptible de inscripción registral, aunque no esté terminado de construir, en la forma determinada por los artículos 5.º de la Ley Especial y 8.º, cuarto, de la Hipotecaria, no es menos cierto, sin embargo, que también se les atribuye un derecho de copropiedad sobre los elementos, petenencias y servicios comunes del edificio entre los que se encuentran los fosos, el suelo, los cimientos y las paredes maestras que se verían afectados de hecho con el sistema de garajes ideado en el caso contemplado—según afirmaron los Juzgadores de Instancia con declaración puramente fáctica que no ha sido combatida en casación por la única vía adecuada—la alteración o modificación de los cuales sólo es posible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 en relación con la norma primera del 16 de la Ley de 1960, mediante el régimen de unanimidad que allí se establece; elementos entre los que, por supuesto, es preciso incluir las servidumbres que con el carácter de comunes puedan existir, pero siempre con la limitación del número 3.º del artículo 9.º de la propia Ley, es decir, las “imprescindibles que se requieran por la creación de servicios comunes de interés general”, lo que impide la posibilidad de inclusión de una servidumbre no necesaria, ni beneficiosa para la casa que tiene que soportarla a la que, como se ha dicho, afectaría en sus elementos verdaderamente comunes; normativa ésta que, dado su valor de Derecho necesario no es susceptible de ser modificada por los propietarios, no mediando su unánime consentimiento, ni tampoco por el constructor del edificio que redacta el título constitutivo de la comunidad antes que ésta surja, si no se ratifica por todos y cada uno de los adquirentes, que, cual aquí sucedió en el contrato de adquisición de los pisos se decía que los compraban “libres de cargas y gravámenes”; otra cosa iría en contra de las prohibiciones impuestas en los artículos 7.º, 8.º y 9.º de la referida Ley en cuanto podría perjudicar el derecho de alguno de los propietarios interesados.»

«Considerando que a todo cuanto antecede no puede ser obstáculo el hecho de que en el momento de la inscripción registral de la declaración de obra nueva—que tiene lugar respectivamente en 1970 y 1973—se diese por el constructor propietario de los solares, la categoría de fincas independientes a los dos garajes discutidos que, como tales, se inscriben con constancia de la servidumbre, ni tampoco la venta por separado de los pisos y de las plazas de garaje—vinculada a la titularidad de aquéllos—con la particularidad de que si en la de éstas se hacía constar la servidumbre, no ocurría lo mismo respecto de los primeros que como ya se ha referido eran vendidos “libres de cargas y gravámenes”, pues nunca aquella configuración unilateral podía ser suficiente para desvincularlos del resto del edificio, ni de su afectación a los elementos comunes del mismo (entradas, salidas, rampas de acceso, muros maestros, tomas de agua y de luz, ascensores, etc.) ni de la relación, en fin, con los pisos vendidos de aquella forma; evidenciándose claramente que la susodicha

constancia del gravamen a estos efectos no podía tener en este caso otro alcance que el de una simple proyección de futuro sin trascendencia real alguna de presente—incompatible por otra parte, dado el precepto del artículo 530 de nuestro primer Código sustantivo con la identidad de titularidad dominical de los llamados predios dominante y sirviente—que pudiera perjudicar a terceros adquirentes que entonces no es que no se conociesen, sino que no existían, a lo que se alude, con correcta técnica jurídica, en las propias escrituras de declaración de obra nueva donde se afirma que la servidumbre se constituye “para cuando llegue el momento en que se forme una comunidad de propietarios”; lo que implica un carácter condicionado que el mismo recurso resalta—llegando incluso a sostener que se trata de una condición suspensiva del artículo 1.114 del Código Civil—, condicionamiento que como es lógico afecta no sólo al hecho en sí de su nacimiento, sino también por lo que se refiere a sus circunstancias, titularidades activa y pasiva, extensión, uso y disfrute, modo de ejercicio y sobre todo de su adecuación a la reglamentación legal, ajeno todo ello al pretendido carácter real propiamente dicho; a causa de lo cual es asimismo obligada la desestimación del motivo de obtener consecuencias registrales estrictas de la tantas veces mencionada inscripción, denunciando violación por no aplicación de los artículos uno, trece y treinta y ocho de la Ley Hipotecaria en relación con el cinco de la de Propiedad Horizontal de 1.960 y 606 del Código Civil.»

COMENTARIO.—Esta sentencia merece una crítica muy desfavorable, no ya por la decisión del caso concretamente planteado, que puede considerarse aceptable, sino por los argumentos empleados que son producto de varios confusionismos inadmisibles.

Con tales argumentos la sentencia rechaza la eficacia de una servidumbre de paso y acceso por los sótanos de dos edificios colindantes constituida por el propietario único de los mismos, a pesar de que se condicionaba su nacimiento al hecho de la ulterior separación de propiedades por enajenación a terceras personas. La sentencia se basa en que la servidumbre afectaba de hecho a elementos comunes del edificio; en que no cabe la constitución unilateral de servidumbre en nuestro sistema, por ser incompatible con el artículo 530 del Código Civil, y en que no puede tener trascendencia real de presente la inscripción del acto del propietario único de ambos edificios sometidos a condición suspensiva.

Argumentos todos ellos altamente criticables y, además, innecesarios en relación con el fin pretendido consistente en negar eficacia a la supuesta servidumbre, pues hubiera bastado señalar la imprecisión en el contenido y modo de ejercicio de la misma para excluir su carácter de derecho real, que exige una determinación que faltaba en el presente caso al no haberse previsto de antemano la situación, anchura y longitud de la zona destinada a paso. Con esta argumentación pensamos que se habría llegado a la misma solución, sin necesidad de pronunciarse de modo negativo, como ha hecho la sentencia, contra la constitución unilateral de servidumbre por el propietario único de dos edificios colindantes condicionada a la futura separación de propiedades. Ha olvidado el Tribunal Supremo que esta configuración unilateral presta grandes servicios en la práctica jurídica, como saben los Notarios y Registradores que la fomentan con un sentido creador del Derecho vivo, intuyendo la conveniencia de que las servidumbres entre dos edificios colindantes queden perfiladas antes de

formarse la respectiva comunidad de propietarios del régimen de división horizontal, ya que en otro caso, la constitución de la servidumbre sería prácticamente imposible, dada la legislación vigente que se caracteriza por la configuración de los propietarios del régimen de división horizontal como una pluralidad de dictadores, cada uno de los cuales puede por sí solo impedir cualquier modificación que afecte al edificio.

Exponemos a continuación las tres críticas principales que nos merece la sentencia:

Primera crítica.—*La sentencia mezcla y confunde la normativa de la propiedad horizontal de cada edificio con la regulación de las servidumbres entre edificios distintos.*

Se aceptará que una cosa es la normativa de la propiedad horizontal, pensada para regular la *relación interna* de los propietarios de un *mismo edificio entre sí*, y otra la normativa que regula la servidumbre entre dos edificios o fincas distintas, que se refiere a la *relación externa* entre dos fincas diferentes e independientes, prescindiendo del problema de si están o no constituidas en régimen de propiedad horizontal.

No hay más que leer los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal para llegar a la conclusión de que sólo se refiere a la regulación de las relaciones entre los propietarios de un mismo edificio, no a las que puedan producirse entre edificios distintos a través de servidumbres, cuya regulación ha de someterse a los principios generales previstos en el Código Civil.

Pues bien, si se acepta esa distinción, se llegará también a la conclusión de que la sentencia confunde una y otra cosa. Efectivamente, en el considerando primero se dice que la servidumbre daba lugar a la infracción de preceptos sobre elementos comunes de la propiedad horizontal, citando, de modo concreto, no sólo el artículo 396 del Código Civil, 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.º, número 4.º, de la Ley Hipotecaria, sino también los artículos 7.º, 8.º y 9.º de la misma Ley de Propiedad Horizontal. Preceptos todos ellos, insistimos nosotros, que sólo se refieren a la relación interna entre los propietarios de *cada* edificio, no a la relación externa entre dos edificios distintos. Así planteadas las cosas, ya se nos dirá qué importancia puede tener para la validez y eficacia de una servidumbre entre dos fincas distintas e independientes, que queden afectados los elementos comunes de una de ellas, sobre todo teniendo en cuenta que lo normal es que la servidumbre afecte a elementos importantes de un edificio, a través de ventanas, puertas, pasos, etc. El problema no es si la servidumbre puede o no afectar a elementos esenciales de un edificio, sino si puede constituirla por sí sólo el propietario único de los dos edificios de modo unilateral, cosa de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente. Lo de menos es que una servidumbre afecte de hecho a elementos comunes de un edificio en propiedad horizontal. La cuestión debe plantearse al revés de como la plantea la presente sentencia: no se trata de que la servidumbre, por su contenido y situación de hecho resultante, afecte a elementos comunes e infrinja la normativa de la propiedad horizontal, exigiendo con ello la ratificación de los futuros adquirentes, sino que lo que hay que preguntarse con carácter previo es si puede constituir o no servidumbre en beneficio de otra finca el propietario único titular de ambas, y si se contesta que ello es posible, entonces no interesa referirse a los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que no se

aplican a las relaciones entre fincas distintas. Insistiremos en esta cuestión previa en seguida.

Hagámonos otra pregunta: si cada edificio perteneciera a distinto propietario, en lugar de pertenecer a uno sólo, ¿es que no tienen libertad uno y otro para constituir una servidumbre entre los dos edificios que afectará de modo necesario a todo futuro adquirente? Es de suponer que a nadie se le iba a ocurrir contestar que no pueden esos propietarios constituir servidumbre, pues ello iría en contra de los más elementales principios relativos a la libre contratación y a la legitimación y capacidad en materia de servidumbre. Pues bien, si se ve desde esta perspectiva la cuestión, ya se comprenderá que cuando, en lugar de ser distintos los propietarios de uno y otro edificio, éstos pertenecen al mismo, la diferencia afecta únicamente a la cuestión de si cabe o no la servidumbre de propietario y si puede resolverse este obstáculo en nuestro sistema de alguna manera, pero lo que no cabe es mezclar ese problema con el de la intervención de los futuros propietarios de los pisos de cada edificio y con las normas de la propiedad horizontal, que nada tienen que ver con el caso, como se demuestra por el ejemplo que acabamos de señalar.

Además, tenemos otra pregunta: ¿y si el propietario del predio, pensando de antemano como sirviente, decide no vender los pisos, por dedicarlos a alquiler o tarda en venderlos, y en cambio, vende los del edificio pensado como predio dominante? ¿Es que entonces no surge nunca la servidumbre? Como esto es absurdo, nosotros entendemos, confirmando la anterior argumentación, que para nada interesa el problema de la pluralidad de propietarios y la normativa de la propiedad horizontal del edificio sirviente, sino a lo sumo la existencia de dos propiedades distintas de uno y otro edificio, prescindiendo de si se ha constituido, o se constituirá en ambos, en uno de ellos o en ninguno el régimen de propiedad horizontal.

Para comprobar una vez más el confusionismo de la sentencia en el aspecto que comentamos, hay que observar que cita el apartado 3.º del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal, como un obstáculo a la pretendida servidumbre (1). Partiendo de ese precepto, la sentencia entiende que las servidumbres que pueden afectar al propietario de un piso son sólo las imprescindibles que se requieran para la creación de servicios comunes de interés general, por lo que la que ahora se plantea no es necesaria ni beneficiosa para la casa que tiene que soportarla y debe carecer de eficacia.

Nosotros entendemos que la referencia a este artículo 9.º constituye un sofisma inadmisibles. Dicho precepto se refiere exclusivamente a las servidumbres que tiene que soportar el propietario de un piso respecto a los demás del mismo edificio, dado el texto del mismo y el contexto de toda la Ley de Propiedad Horizontal. Por tanto, no excluye para nada que un propietario de un piso tenga que soportar, además, las servidumbres que graviten sobre el edificio del que forma parte, sean o no necesarias o beneficiosas. Por cierto, lo normal es que una servidumbre no resulte beneficiosa para el predio sirviente, y mucho menos necesaria, pues

(1) Este artículo 9.º dice «Serán obligaciones de cada propietario . . . 3.ª Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios en las condiciones previstas en el artículo siguiente, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios.»

todo ello cabe predicarlo en relación con el edificio dominante, nunca en relación con la casa que tiene que soportarla, como hace la sentencia.

Extraña también, y esto ya es una crítica meramente técnica, que la sentencia califique sin más, como elemento común, a la servidumbre. Desde el punto de vista del predio dominante, el beneficio que la misma representa puede, efectivamente, incluirse entre los elementos comunes de dicho edificio; pero desde el punto de vista del predio sirviente, que es el que está contemplando la sentencia, la servidumbre no es un elemento común, sino un gravamen que puede afectar a elementos comunes, sin que por ello tenga que tener la naturaleza de éstos.

En fin, la cita del artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal, como precepto infringido a causa de la servidumbre, revela una vez más que la sentencia no distingue la normativa de ésta y de la propiedad horizontal. Ese artículo se refiere a la agrupación, agregación o división de pisos o locales, que es cosa diferente de la constitución de servidumbre entre dos edificios colindantes, según tratamos de demostrar con ocasión del comentario a la Sentencia de 25 de mayo de 1976 (número 526 de esta Revista, pág. 539).

Segunda crítica.—La sentencia rechaza la eficacia de la constitución de servidumbre por el propietario único de dos fincas, a pesar de que existen vías en nuestro sistema para que la misma sea admisible.

Expondremos primeramente las afirmaciones de la sentencia respecto a la constitución unilateral de servidumbre, para después examinar las vías que, en nuestra opinión, permiten mantener la plena eficacia de la servidumbre así constituida, en contra de lo que opina la sentencia.

En primer lugar, la sentencia dice que debe mediar el «unánime consentimiento de los propietarios» y que el constructor del edificio que redacta el título constitutivo de la comunidad antes que ésta surja tampoco puede constituir la servidumbre, «si no se ratifica por todos y cada uno de los adquirentes». A través de estas primeras afirmaciones, el Tribunal Supremo no se está planteando todavía el problema de la servidumbre de propietario, pues en lugar de destacar la necesidad de que las fincas dominante y sirviente pertenezcan a distintos propietarios, lo que destaca es que han de ser los adquirentes de pisos de la finca sirviente los que den su consentimiento para la servidumbre a través de su ratificación. Por nuestra parte, advertimos una vez más la confusión de la sentencia entre normativa de la propiedad horizontal y servidumbre, a propósito del tema que planteamos en este segundo apartado. Nosotros entendemos que lo importante, a efectos de la servidumbre, es que haya separación de propiedades de edificio sirviente y dominante, no interesando para nada la existencia o no de pluralidad de propietarios en uno u otro edificio. Recordemos aquel ejemplo que poníamos referente al caso de que el propietario no quiere vender de momento los pisos del edificio sirviente, sino únicamente los del dominante. Con la postura del Tribunal Supremo nunca surgiría la servidumbre, pues exige la ratificación de los adquirentes de pisos del predio sirviente, olvidando que ésta es una cuestión que para nada interesa a una servidumbre *anteriormente constituida*.

Hemos visto también que la sentencia dice expresamente que el propietario único que redacta el título constitutivo de la propiedad horizontal no puede constituir la servidumbre. Aparte de la crítica anterior, esto significa que la sentencia no ve el alcance que tiene el título constitutivo

de la propiedad horizontal. Según el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, el título constitutivo se refiere a la descripción del inmueble en su conjunto, de los distintos pisos o locales del mismo, de su cuota de participación, añadiéndose que «el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio; sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, etc.». Es decir, el Estatuto de la Propiedad Horizontal se refiere a aspectos que terminan en el propio edificio y que afectan exclusivamente a los propietarios del mismo. Por tanto, nosotros entendemos que la constitución de servidumbres en favor de otro edificio colindante es algo que debe quedar fuera del Estatuto de la Propiedad Horizontal, estableciéndose en un apartado diferente, sea en la misma escritura o en otra distinta, y prescindiendo del problema de si en dicho edificio va a haber o no pluralidad de propietarios. Y si incorrectamente el propietario ha incluido la servidumbre entre los artículos del Estatuto de la Propiedad Horizontal, lo lógico es hacer una interpretación más allá del formalismo que implicaría considerarlo norma estatutaria, para llegar a la interpretación antes apuntada de que se trata de un derecho real de servidumbre entre dos edificios distintos, que queda fuera de la normativa de la propiedad horizontal. No obstante, entendemos que el propietario que redacta el título constitutivo de la propiedad horizontal debe consignar en cláusula independiente de los Estatutos la constitución de servidumbre. En otro caso, se presta a que el Tribunal Supremo aplique la normativa de los Estatutos a una institución que va más allá de la propiedad horizontal, como ha hecho en el presente caso.

Pero aun suponiendo que se interpretara que la constitución de servidumbre estaba planteada en este caso como una parte de los Estatutos de la Propiedad Horizontal, no hay que olvidar que el título constitutivo de ésta puede otorgarlo el propietario único del edificio o el conjunto de propietarios existentes en un momento dado, de modo indistinto, pues así resulta del propio artículo 5.º en su párrafo segundo. Por tanto, la sentencia tampoco ofrece argumentos desde la perspectiva de la propiedad horizontal que contempla, siendo precisamente esta institución jurídica la que expresamente permite de modo progresivo la actuación unilateral del propietario único del edificio. Ciertamente ya en anterior Sentencia de 7 de febrero de 1976, con relación a otro supuesto distinto (2), el Tribunal Supremo negó eficacia a la cláusula de los Estatutos otorgada por el propietario único en la que se reservaba la facultad de dividir locales sin necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios, excluyendo con ello la actuación unilateral del propietario único en ese supuesto. La presente sentencia también niega eficacia a la configuración unilateral de la servidumbre por el propietario único. En este sentido, ambas sentencias se parecen, así como también en la falta de un razonamiento adecuado para excluir la eficacia de esa actuación unilateral. Frente a ambas sentencias vale lo que decía MONET, al estudiar la naturaleza jurídica de los Estatutos de la Propiedad Horizontal: dado el carácter normativo de los mismos «surgen como tales y con la plenitud de sus efectos sin necesidad de aceptación alguna de los terceros adquirente de pisos. Los Estatutos son erigidos por la exclusiva disposición de la parte propietaria, provocando el entramado jurídico correspondiente en la plenitud de sus

(2) Puede verse esta sentencia en R. C. D. I., núm. 519, págs. 1249 y ss.

efectos. Y no precisan la aceptación de terceros adquirentes, por lo que se comprende huelgue toda equívoca referencia a ideas de adhesión, confirmación o consentimiento de estos terceros adquirentes, aquí inoperantes y confusionistas» (3). Pues bien, esto que denuncia MONET es lo que hacen, desde distinta perspectiva, una y otra sentencia. La Sentencia de 7 de febrero niega eficacia incluso a la aceptación de los adquirentes, partiendo de que estamos ante un contrato de adhesión no permitido; la presente sentencia, admite la eficacia de la ratificación de dichos adquirentes, sin preocuparle, por tanto, el problema del contrato de adhesión. En este aspecto, se puede decir que una y otra sentencia contienen doctrina totalmente diferente, hasta el punto de que no puede hablarse de doctrina legal sobre el problema. Nosotros no aceptamos lo que dicen las dos sentencias, porque partimos, con MONET, de que huelga hablar tanto de ratificación como de adhesión de los adquirentes.

No obstante, lo que queríamos resaltar es que el Tribunal Supremo no ha interpretado de modo progresivo la Ley de Propiedad Horizontal, a pesar de que lo está pidiendo a voces la propia realidad práctica, máxime teniendo en cuenta que reconociendo la eficacia de la actuación unilateral del propietario único no se desvirtúa la Ley, sino que se sigue precisamente lo que resulta de la misma Ley. Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo ha contemplado, tanto en la Sentencia de 7 de febrero, como en la que ahora comentamos, casos excepcionales que podrían justificar la decisión adoptada, si no fuera porque, a la hora de señalar argumentos, se excede de forma ostensible, en perjuicio de la interpretación de los casos más normales de la propiedad horizontal.

En definitiva, nosotros no vemos en la Ley de Propiedad Horizontal un obstáculo para la constitución unilateral de la servidumbre, sino precisamente todo lo contrario: una normativa que da juego a la actuación unilateral del propietario único, que permite fundamentar la constitución unilateral de la servidumbre a quien quiera seguir la línea de aquella institución. Sin embargo, insistimos en que esto sería desde la perspectiva en que se coloca la sentencia, pues nosotros ya hemos dicho que debe separarse el tema de las servidumbres entre dos edificios de la propiedad horizontal que afecte a cada uno de ellos

La referencia de la sentencia a la expresión de «libertad de cargas y gravámenes» en las escrituras de venta de los pisos.—La sentencia no sólo atenta contra la eficacia de la constitución unilateral de servidumbre exigiendo el requisito de la *ratificación* de los adquirentes, sino también con la interpretación que da a la manifestación hecha en las escrituras de venta de los pisos de que se vendían libres de cargas y gravámenes.

Efectivamente, la sentencia interpreta que esa manifestación significa que no se ha ratificado la servidumbre, lo que impide que surta efecto la configuración unilateral de la misma.

Con ello, la sentencia no tiene en cuenta lo siguiente:

1.º Si la constitución de servidumbre tal como estaba planteada tiene la naturaleza de acto unilateral, y más adelante trataremos de demostrar la viabilidad legal de dicho acto, la expresión relativa a la libertad de cargas y gravámenes con ocasión de la escritura de venta de un piso, no tiene por qué afectar a la servidumbre, pues la configuración unilateral

(3) FERNANDO MONET y ANTÓN: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 2ª, vol. I, pág. 295.

significa que el aspecto volitivo se agota en la declaración unilateralmente realizada, no importando que se produzcan futuras declaraciones de voluntad de otras personas. Desde este punto de vista, la referencia a la libertad de cargas podría plantear a lo sumo un problema de saneamiento por vicios ocultos, si es que se estima aplicable el artículo 1.483 del Código Civil. Hay que recordar que la ocultación de gravámenes sólo da lugar a los efectos que regula el citado precepto, que no afectan para nada al gravamen de servidumbre, sino al contrato de compraventa, pues el adquirente puede optar por «pedir la rescisión del contrato (de compraventa) a no ser que prefiera la indemnización correspondiente». No decimos que sea aplicable el artículo 1.483, pues se da una publicidad registral del gravamen, que dificulta la consideración de «oculto», y no queremos entrar en la interpretación de este precepto sobre el problema; lo que decimos es que la servidumbre no puede quedar afectada por el hecho de que en una escritura de venta se diga que existe «libertad de cargas y gravámenes».

2.º En el supuesto del artículo 541 del Código Civil, que ofrece gran parentesco con el caso planteado, por producirse una actuación unilateral del propietario único de dos fincas y atenderse a la manifestación en contrario que puede hacerse en la escritura de enajenación, hay que recordar cuál es la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina dan a la expresión de que la finca se vende «libre de cargas y gravámenes». Citamos en este sentido a BONET CORREA: «La frase “libre de todo gravamen”, “libre de todas cargas y servidumbres”, etc., no afectan para nada a la destinación que se revela por los signos aparentes de servidumbre que acoge el artículo 541.» Y cita entre otras, las Sentencias de 10 de enero de 1883, 6 de febrero de 1904 y 5 de enero de 1963, que se ocupan concretamente de esa frase, sin darle ningún valor desvirtuador de la servidumbre (4).

3.º Además, en el caso concreto planteado, la expresión relativa a que los pisos se vendían «libres de cargas y gravámenes» era todavía menos concluyente, pues como reconoce la sentencia, dicha expresión sólo se había empleado en relación con los pisos, no en las escrituras de venta de las plazas de garaje, pues en estas últimas se recogió claramente la servidumbre. Y si la propia sentencia dice que las plazas de garaje estaban vinculadas a la titularidad de los pisos, se advertirá que la frase «libre de cargas y gravámenes» referente a los pisos es muy poco concluyente, contradicha en todo caso por la escritura relativa a las plazas de garaje vinculadas a la titularidad de los pisos. Y es que, puestos a elegir entre lo declarado en relación con el piso o con la plaza de garaje, habría que quedarse con esta última, que es la directamente afectada por la servidumbre de paso y acceso. Aparte de esto, extraña también que, después de haberse centrado la sentencia en el aspecto del título constitutivo de la propiedad horizontal mezclándolo con la servidumbre, dé ahora gran valor al apartado de la escritura referente a la libertad de cargas, en lugar de centrarse en otro apartado de la escritura de venta de los pisos como es el del «título de adquisición», en el que sin duda se haría referencia a la existencia de la propiedad horizontal y de sus Estatutos. Y si entre éstos se incluyó la cláusula de servidumbre, se observará que las referencias a la escritura e inscripción de la propiedad horizontal

(4) JOSÉ BONET CORREA *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, pág. 122

deberían ser tanto o más concluyentes que el anodino apartado relativo a las cargas. Con esto, no queremos decir que deba englobarse la servidumbre con la propiedad horizontal, pues ya hemos expresado repetidamente nuestro punto de vista, sino que queremos destacar que desde la óptica de la sentencia, que mezcla la servidumbre con el título constitutivo de la propiedad horizontal, no es muy congruente separarse de esa perspectiva en este punto concreto relativo a la frase «libre de cargas y gravámenes».

La sentencia cita el artículo 530 del Código Civil como precepto que impide la constitución unilateral de servidumbre.—Dice la sentencia que la configuración unilateral realizada por el propietario único de las dos fincas es «incompatible, dado el precepto del artículo 530 de nuestro primer Código sustantivo con la identidad de titularidad dominical de los llamados predios dominante y sirviente». Este es el argumento principal en contra de la constitución unilateral de la servidumbre, pues el artículo 530 en su párrafo primero parece impedirlo al decir que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño». Con esta definición, el Código sigue el aforismo romano *nemini res sua servit*.

Entendemos, sin embargo, que el obstáculo que representa el artículo 530 puede ser salvado perfectamente. No se puede confundir el ACTO con la RELACION JURIDICA RESULTANTE. Una cosa es el acto jurídico de constitución unilateral de la servidumbre y otra la relación jurídica de servidumbre. El artículo 530 contiene simplemente una DEFINICION de la SERVIDUMBRE, pero no se ocupa del acto jurídico constitutivo de la servidumbre. Por ello, mal puede servir para fundar una oposición a la configuración unilateral de la servidumbre. Del artículo 530 lo único que puede deducirse, en relación con el caso planteado, es que la situación resultante del ACTO JURIDICO UNILATERAL de constitución de servidumbre no es todavía servidumbre mientras no se produzca la separación de propiedades del predio dominante y el sirviente. En cambio, no se pronuncia respecto a los MODOS DE CONSTITUCION de la servidumbre, por lo que mal puede decirse, como hace esta sentencia que la configuración unilateral de la servidumbre es incompatible con el artículo 530. Algo de esto intuye la sentencia cuando dice que el acto unilateral es una «simple proyección de futuro», pero luego veremos que en este punto padece otra confusión en relación con la eficacia de los actos sometidos a condición.

Posibles vías en nuestro sistema para la admisión de la constitución unilateral de la servidumbre por el propietario de dos fincas.—Frente a las declaraciones de esta sentencia, entendemos que cabe encontrar la fórmula adecuada para admitir la configuración unilateral de servidumbre. Se ofrecen dos opciones, que exponemos a continuación:

a) *Aplicación del artículo 541 del Código Civil.*—No cabe duda de que si el propietario establece ya de antemano el signo externo aparente y otorga escritura pública declarando de modo unilateral la existencia de ese signo entre sus dos fincas, expresando que constituye servidumbre conforme al artículo 541 del Código Civil, la escritura es inscribible. Ahora bien, cabe preguntarse para qué vale otorgar esa escritura e inscribirla en el Registro en ese caso en que existe signo aparente de servidumbre,

que por sí solo, sin necesidad de declaración en escritura ni de inscripción, es el presupuesto clave del artículo 541 del Código Civil. Aunque esto es cierto, sobre todo teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial de la ostensibilidad de las servidumbres respecto a terceros, hay que contestar que siempre es interesante que quede fijado de antemano el signo, a través de la escritura e inscripción, pues la determinación de su alcance podría plantear distintas interpretaciones en el futuro y, además, quedaría claramente concretada la prueba preconstituida de su existencia antes de la separación de propiedades. Por otro lado, no cabe descartar que la jurisprudencia cambie de criterio respecto a la interpretación de la necesidad de publicidad registral de las servidumbres aparentes, pues es una postura altamente discutible, según tratamos de demostrar en otra ocasión.

No obstante, no es este primer supuesto el que más interesa plantear. El problema surge cuando de momento no existe el signo externo aparente de servidumbre a que se refiere el artículo 541 del Código Civil, y, sin embargo, el propietario de las dos fincas quiere ligar a ambas con una servidumbre futura, declarando formalmente ésta e inscribiéndola así en el Registro. ¿Cabe declarar que ello se hace conforme al artículo 541 del Código?

El tema es discutible. La contestación negativa podría darse diciendo que el artículo 541 se refiere a «un signo aparente de servidumbre» en el sentido del artículo 532, que al definir las servidumbres aparentes dice que son «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas». Y como la declaración en escritura y su inscripción en el Registro no son signos que revelen el *uso y aprovechamiento* de la servidumbre, no cabe hablar de signo aparente a efectos del artículo 541.

Pero también podría intentarse una postura afirmativa, declarando aplicable el artículo 541, a base de interpretar que la publicidad registral tiene todavía más fuerza que la publicidad derivada de una apariencia exterior; que en varios preceptos del Código se pone de relieve la equiparación entre «título» y «signo exterior», como, por ejemplo, en el artículo 572, donde se lee que «se presume la servidumbre de medianería, mientras no haya un título, o signo exterior, o prueba en contrario, y en el artículo 574, que dice que «las zanjas o acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título o signo que demuestre lo contrario»; y que el artículo 532 se refiere a signos exteriores de servidumbres aparentes que ya están constituidas y, en cambio, en el artículo 541 la servidumbre está en vías de constitución, porque no es imprescindible apuntar la idea de «uso y aprovechamiento», sino más bien insistir en la voluntad del propietario de relacionar ambas fincas a través del contenido aparente de una servidumbre.

Si se interpreta de modo sistemático el artículo 541, concretamente en relación con el artículo 608 del propio Código y con los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción registral, es más adecuado llegar a la conclusión de que donde el artículo 541 dice «signo aparente de servidumbre», puede leerse también, con mayor razón, «declaración de servidumbre inscrita en el Registro de la Propiedad», dada la mayor fuerza legitimadora del asiento registral.

En cualquier caso, aunque se interpretara que el artículo 541 sólo ha querido referirse al «signo externo aparente de servidumbre», podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 4.º, apartado 1.º, del Código, que dice: «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». La semejanza o paralelismo es indudable que existe entre el «signo externo aparente» y la «inscripción registral que legitima la apariencia»; y la identidad de razón se comprueba si se tiene en cuenta que en el artículo 541 el legislador presume la voluntad del propietario respecto a la constitución de la servidumbre, y en el supuesto que examinamos la voluntad del propietario es todavía más clara y manifiesta, al revelarlo así en escritura pública.

Si se sigue esta vía del artículo 541, hay que advertir que ello ha de ser con todas sus consecuencias. Por ejemplo, se discute si ese precepto es o no aplicable en algunos territorios forales y concretamente en Cataluña. Pues bien, la misma discusión se planteará entonces en este supuesto en que se sigue la vía del artículo 541 del Código Civil. No queremos profundizar en ese tema, sino simplemente apuntarla. Además, en el artículo 541 cabe discutir si puede hablarse propiamente de actuación «unilateral» del propietario, pues se exige también el requisito de que no «se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas» (de las fincas). ¿Significa esto que el artículo 541 también cuenta con otra voluntad tácita del adquirente? Si se contestara afirmativamente, habría base para pensar que estamos ante un acto bilateral, aunque la bilateralidad se refiera a manifestaciones de voluntad tácitas. El problema es también discutible y la doctrina apenas se ha ocupado del mismo. Simplemente queremos dejar constancia de esta cuestión y dar nuestro particular punto de vista: en el artículo 541 la Ley da relevancia a la *configuración unilateral* de la servidumbre por el propietario único de las dos fincas no sólo porque lo que considera como «título» es la «existencia del signo» «establecido por el propietario», lo que significa que es lo que da positivamente base y fuerza a la constitución de la servidumbre, sino también porque la referencia final a la expresión en contrario en el título de enajenación, no hay por qué referirla necesariamente al adquirente, sino que más bien se refiere también al propietario (aunque al hacerse simultáneamente con la enajenación se adhiera a ella el adquirente), como lo demuestra la redacción del precepto al poner en la misma línea esa posibilidad con la otra de que «se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura». Esta actuación de hacer desaparecer el signo no cabe duda de que la realiza el propietario, no el adquirente; pues lo mismo podría pensarse de la frase precedente, relativa a expresar lo contrario en la escritura de enajenación: el que expresa lo contrario desvirtuando el título constitutivo es el que estableció el signo; el hecho de que pueda expresarlo también el adquirente es una declaración a mayor abundamiento que ni es necesaria ni decisia, a efectos del artículo 541, teniendo en cuenta todo su contexto y su «ratio». Sin embargo, reconocemos que es un tema discutible en que cabe mantener la tesis del acto bilateral.

b) *La constitución unilateral de la servidumbre condicionada suspensivamente a la separación de propiedades de las dos fincas.*—Esta es la otra vía que consideramos posible aparte de la anteriormente apuntada.

A través de esta vía, el propietario único declara la constitución de la servidumbre con el carácter de acto unilateral; pero, además, para evitar el obstáculo del párrafo primero del artículo 530, antes visto, añade una condición suspensiva a dicho acto unilateral, condición que consiste en el hecho de producirse la separación de propiedades de las fincas dominante y sirviente.

Planteamos esta posibilidad prescindiendo del artículo 541, sin perjuicio de que el resultado pueda o no coincidir, según la interpretación que se adopte de dicho precepto. Ahora se trata de obtener una fórmula que no quede encasillada necesariamente en el artículo 541, lo que puede tener interés para el supuesto de que se hubiera llegado a la conclusión de que dicho precepto sólo es aplicable cuando existe signo externo y no declaración unilateral inscrita; o de que dicho precepto no es aplicable en Cataluña; o de que el mismo contempla una constitución de servidumbre que tiene la naturaleza jurídica de acto bilateral tácitamente expresado. Con esta nueva fórmula, no interesan esas conclusiones, pues partimos de la base de que se establece como algo que queda fuera del artículo 541 y de todas sus consecuencias.

La *naturaleza jurídica* de esta fórmula se concreta en la presencia de dos *hechos jurídicos* en sentido amplio: por un lado, *el acto jurídico* de constitución de la servidumbre, cuya naturaleza es la de un acto unilateral realizado de modo exclusivo por el propietario único de las dos fincas, cuyo contenido volitivo se agota en la declaración de dicho propietario, sin necesitar para nada la aceptación, adhesión o ratificación de ningún futuro adquirente; por otro lado, *el hecho jurídico* en sentido estricto, condicionante del nacimiento y eficacia de la servidumbre constituida por aquel acto jurídico unilateral: ese hecho jurídico es la separación de propiedades de las dos fincas, dominante y sirviente. Adviértase que lo denominamos hecho jurídico, y es porque no interesan las declaraciones de voluntad que puedan hacerse por el adquirente en la escritura determinante de la separación de propiedades. Para la constitución de la servidumbre, ese acto jurídico de enajenación por el que se separan las titularidades de una y otra finca, sólo representa el hecho de la separación que da lugar al cumplimiento de la condición. Por tanto, desde esta perspectiva no interesa plantear el problema de la ratificación de los adquirentes, ni siquiera la interpretación de la expresión de que la finca se vende «libre de cargas y gravámenes», porque se parte de la base de que la servidumbre se constituye unilateralmente, sin otras declaraciones de voluntad que la del propietario único de las dos fincas.

En cuanto al *fundamento legal*, ya hemos dicho que no es obstáculo el párrafo primero del artículo 530, pues existe esa condición consistente en que se produzca la separación de propiedades. Cualquier otro reparo técnico en contra del acto unilateral constitutivo de la servidumbre debe disiparse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1.ª Desde el punto de vista de las facultades plenas que corresponden a todo propietario en relación con sus fincas, ¿por qué negar al propietario que pueda poner en conexión las dos fincas de su propiedad a través del servicio duradero que una ha de prestar a la otra? Recuérdese que se admiten las modificaciones de entidades hipotecarias, que son actos de riguroso dominio de carácter unilateral realizados por el propietario. Ejemplo: el dueño de una finca puede segregar una parte para agregarla

a otra de su propiedad (art 48 del Reglamento Hipotecario). Pues bien, estas facultades dominicales en relación con el predio dominante se concretan precisamente en la posibilidad de agregar (no en el sentido técnico, claro) o adicionar una cualidad a dicho predio. Ello es así partiendo de que la servidumbre es para la finca dominante una CUALIDAD o PARTE INTEGRANTE. Así resulta claramente del artículo 13 de la Ley Hipotecaria y del artículo 534 del Código Civil, que considera a las servidumbres como «inseparables de la finca a que *activa* o pasivamente pertenecen», confirmado todo ello por el artículo 334 del propio Código. Partiendo de esta naturaleza, no debe haber duda de que el propietario puede unilateralmente configurar partes integrantes y cualidades de su finca, como resulta del examen de algunos números del repetido artículo 334 y de los correspondientes a la accesión. En cuanto, al predio sirviente, ¿cómo se justifican las facultades dominicales que dan lugar a esa pre-servidumbre? Nosotros entendemos que si se admite la renuncia del derecho de propiedad y de los demás derechos reales, y se configura la misma como acto unilateral, como hace la doctrina, debe admitirse también esa limitación que representa una separación de parte de las facultades del dominio de una finca concreta realizada unilateralmente por su dueño, sin necesidad de que conste la aceptación de otra parte, pues tampoco en la renuncia se exige ese requisito. Además, siempre cabría acudir a la figura de la autocontratación para admitir la eficacia de esa limitación en las facultades del predio sirviente, pues es sabido que la autocontratación la admite la doctrina cuando no hay conflicto de intereses, y especialmente en relación con la conexión entre masas patrimoniales pertenecientes a un mismo sujeto. Así, DE CASTRO dice que «cabe que una persona tenga poderes sobre dos patrimonios, por sus correspondientes distintos títulos; por ejemplo, por ser titular de un patrimonio personal y de otro separado o colectivo... poderes que pueden permitirle disponer de ambos y constituir en ellos una relación contractual o realizar un acto dispositivo (por ejemplo, constituir arrendamiento, servidumbre, transmisión de la propiedad)» (5). En nuestro caso, no se trata de dos patrimonios, sino de dos fincas pertenecientes a un mismo patrimonio, pero, dada la importancia que en el derecho real de servidumbre cobra la entidad finca, no vemos ningún inconveniente en aplicar esa misma idea del autocontrato, si fuere necesario por no vencer la anterior argumentación.

2.ª En este segundo apartado queremos insistir en la importancia de la entidad finca en relación con el derecho real de servidumbre. Se ha insistido mucho por la doctrina en ese párrafo primero del artículo 530 en cuanto alude a la diversidad de propietarios y se ha olvidado la continua referencia la finca como elemento clave de la servidumbre, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos reales. El propio artículo 530 comienza diciendo: «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro...». Y el párrafo segundo es todavía más concluyente: «*El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente*». Y no digamos nada del artículo 534: «Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen.» No queremos caer en la tentación de decir que el sujeto de la servidumbre es la finca, más que el propietario, lo que sería tanto como admitir la servidumbre de propietario, en contra

(5) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Temas de Derecho Civil*, 1972, pág. 115

del párrafo primero del artículo 530, sino que queremos recalcar que desde esta perspectiva de poner en un plano fundamental la finca, y el propio Código hemos visto que lo hace en cierto modo, cobran la finca dominante y la sirviente una autonomía suficiente dentro de un mismo patrimonio, que justifica que puede existir entre ellas una servidumbre en suspenso a través de ese acto unilateral condicionado. Y esta autonomía es todavía mayor si se contempla la cuestión desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, pues el Registro se lleva por fincas, asignando a cada una un número y un conjunto de folios, en contra del anterior sistema de un folio para cada propietario. Esta interferencia de la Ley Hipotecaria en el sistema del Código Civil, a través de la interpretación sistemática de uno y otro, debería hacer meditar a los que sólo ven Derecho romano en el sistema español, cuando convendría recordar que en el sistema romano no existía un Registro adecuado que hubiera permitido concretar jurídicamente cada finca de un mismo propietario.

3.º El artículo 7.º del Reglamento Hipotecario expone, diciendo que ello es «conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley», que se debe inscribir «cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales». Obsérvese que alude no ya a «contrato», sino también a «cualquier acto»; «sin tener nombre propio en derecho», lo que ha llevado a decir a algún autor, acertadamente, que estamos en presencia de un *numerus apertus* de fuentes o actos (ANTONIO HERNÁNDEZ GIL). «Modifique desde luego o en lo futuro», y subrayamos esta última palabra; «algunas de las facultades del dominio», entre las cuales no cabe duda que están las que llevan consigo una limitación en el uso de la finca; «o inherentes a derechos reales», que cuadra perfectamente con el contenido de este acto unilateral condicionado. Si dentro del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, cabe este tipo de actos, ello será porque se trata de actos válidos y eficaces, pues la inscripción no puede referirse a actos nulos.

Estas consideraciones nos llevan a una interpretación amplia del artículo 536, cuando dice que «las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios». Nosotros entendemos, de acuerdo con los argumentos expuestos, que esta última frase se traduce en la siguiente: «o por la voluntad del propietario de cada predio», de modo que si el propietario es momentáneamente el mismo, la constituirá la voluntad de un solo propietario, que es plural en el sentido de que dispone en base a la titularidad que tiene en dos fincas. No creemos que con un argumento exclusivamente literal, que además admite esa pluralidad de sentidos, puedan desvirtuarse las consideraciones antes expuestas. Y si a todo eso se une la conveniencia en la práctica de admitir esa constitución unilateral, por las razones también señaladas, se habrá creado un ambiente propicio para admitir tal interpretación de nuestro sistema legal en materia de servidumbres.

Tercera crítica.—La sentencia desconoce el alcance del sistema hipotecario español en materia de inscripción de actos sometidos a condición suspensiva.

Efectivamente, esta sentencia no da ninguna importancia a la constancia registral del gravamen de servidumbre constituido de modo condicionado, entendiendo que el condicionamiento de la servidumbre en cuanto

a su nacimiento y a su alcance y contenido es «ajeno al pretendido carácter real propiamente dicho» y que «la constancia del gravamen a estos efectos no podía tener en este caso otro alcance que el de una simple proyección de futuro sin trascendencia real alguna de presente», sin que la misma «pudiera perjudicar a terceros adquirentes que entonces no es que no se conociesen, sino que no existían».

Esto supone un desconocimiento absoluto de lo que significa en nuestro sistema la inscripción de los actos sometidos a condición suspensiva. Sabido es que los actos inscribibles son únicamente los que tienen trascendencia real y, en cualquier caso, dichos actos afectan necesariamente a tercero por el hecho de ser inscribibles y de constar inscritos. Pues bien, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria parte de la base de que los actos sometidos a condición suspensiva tienen acceso al Registro, y ello se confirma claramente por la regla 2.ª del artículo 9.º de la propia Ley y por la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario. Si esto es así, lo lógico es llegar a la conclusión de que tales actos tienen eficacia *erga omnes*, pues en otro caso no tendría ningún sentido su inscripción. Así lo entiende también la doctrina más autorizada. Por ejemplo, ROCA SASTRE, aun planteando que tal inscribibilidad pueda constituir «cierto alarde, que es más bien expresión de una postura atrevida por parte de nuestros legisladores hipotecarios», justifica dicha postura diciendo: «Nosotros creemos que la registrabilidad de los actos con condición suspensiva es admisible porque el derecho constituido o transmisión bajo condición suspensiva, atribuye de momento (*pendente conditione*), una expectativa que debe ser tratada como un derecho, y que participa de la naturaleza misma del derecho a que tiende, de modo que puede hablarse, desde luego, de una titularidad condicional» (6).

Por tanto, no se explica que, existiendo esos preceptos y reconociendo la sentencia que se trata de un acto sometido a condición suspensiva, pueda decirse que la constancia registral del gravamen carece de trascendencia real de presente y que es una simple proyección de futuro. Y menos coherente todavía es esa explicación referente a los terceros, en el sentido de que no puede perjudicar a éstos porque no es que no se conociesen, sino que en ese momento no existían. Con esto lo que se desconoce es el juego de la inscripción respecto a terceros. Según el artículo 32, lo no inscrito no perjudica a tercero, de donde se desprende que lo inscrito le perjudica. Y ese tercero a quien perjudica lo inscrito no tiene por qué existir en el momento en que se practique la inscripción, sino que precisamente lo normal es que no exista aún y la inscripción tenga ese efecto cautelar o preventivo respecto a futuras enajenaciones. De ningún precepto de la Ley Hipotecaria se desprende que el tercero haya de existir en el momento de la inscripción, porque ello sería tanto como desconocer el efecto de publicidad de la inscripción respecto a futuros adquirentes que han de estar a lo que el Registro publique, aunque en el momento de practicarse la inscripción todavía no existían.

Por último, la sentencia señala que el condicionamiento de la servidumbre afecta «no sólo al hecho en sí de su nacimiento, sino también por lo que se refiere a sus circunstancias, titularidades activa y pasiva, extensión, uso y disfrute, modo de ejercicio y sobre todo de su adecuación a la reglamentación legal». No sabemos exactamente qué es lo que pretende

(6) ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, vol. II, pág. 662

la sentencia con esta enumeración. Caben dos posibilidades. Una de ellas sería interpretar que la sentencia considera que la constitución unilateral de la servidumbre precisó desde el principio todos esos extremos, pero que quedaron condicionados suspensivamente y por ello, carecían de momento de trascendencia real. Si esto es lo que quiere decir, y parece ser que sí, reiteramos la crítica que acabamos de hacer, pues significa que la sentencia no conoce la eficacia de la inscripción de los actos sometidos a condición suspensiva.

Otra posibilidad sería interpretar que la sentencia parte de que *en este caso concreto*, no quedó bien perfilado el contenido y circunstancias de la servidumbre y que por eso carece de trascendencia real. Si esto hubiera querido decir la sentencia, no merecería la crítica antes dicha. Pero no es eso lo que ha querido decir, pues entonces no tendría sentido todo lo que con anterioridad a esa frase había dicho la sentencia en contra de la constitución unilateral de la servidumbre, pues los razonamientos que utiliza no van dirigidos contra la imprecisión del contenido, sino contra la unilateralidad de la constitución de la servidumbre.

Pero aunque no haya querido decir esto que hipotéticamente hemos señalado como segunda posibilidad, en realidad es lo que debería haber dicho de modo claro y tajante, prescindiendo de los ataques a la unilateralidad de la servidumbre, y así hubiera resuelto el caso de la misma manera, pero con una argumentación adecuada. Queremos decir que, en nuestra opinión, debería haberse negado la trascendencia real de la servidumbre inscrita, no por estar sometida a condición suspensiva ni por tener una configuración unilateral, sino porque en el supuesto concretamente planteado, la servidumbre no se constituyó con la precisión adecuada en cuanto a su alcance y contenido, si es que, según parece, no se determinó cuál iba a ser en concreto la zona de acceso y paso, y sus dimensiones y modo de ejercicio de la servidumbre. Indeterminación ésta que dio lugar a que se vendieran cuotas indivisas de la planta destinada a garaje, que al pretender concretarse en plazas delimitadas, excedían, al parecer, del número adecuado y eran incompatibles con la existencia de una zona de paso, no determinada, por otro lado, en cuanto a sus dimensiones y situación.

Esa indeterminación e imprecisión hubieran bastado para negar acceso al Registro a la servidumbre y también para negar efectos respecto a terceros a tal supuesta servidumbre indebidamente inscrita. Y si esto era así, no hubiera habido necesidad de pronunciarse en contra de la constitución unilateral de servidumbre sometido a condición suspensiva, ni de emplear unos argumentos como hace esta sentencia, que se caracterizan por incurrir en continuas confusiones, según hemos tratado de demostrar.

Y es que la Dirección General de los Registros y la doctrina hipotecarista advierten que no se pueden admitir oscuridades u omisiones en la creación de derechos reales. Como dice SANZ FERNÁNDEZ, «la libre configuración de los derechos reales admitidos y regulados por la Ley no autoriza para crear tipos contradictorios, confusos o ambiguos de los mismos en términos que no permitan fijar exactamente su alcance y repercusión *erga omnes*» (7).

(7) SANZ FERNÁNDEZ. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 350.

Por tanto, no debe admitirse la inscripción de aquellas servidumbres en que quede sin precisar su alcance y contenido, pero esto es al margen de si su constitución es unilateral o bilateral, frente a lo que entiende esta sentencia.

J. M. G. G.

TERCERIA DE DOMINIO: COMPRAVENTA CONSUMADA POR LA TRADICION CON POSESION ANTERIOR AL EMBARGO TRABADO POR LA HACIENDA PUBLICA. PREVALECE EL TITULO DEL TERCERISTA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Don Marcel A. P. formula demanda de tercera de dominio contra el Abogado del Estado y don Francisco L. B., suplicando se dicte sentencia declarando que el chalet embargado por la Hacienda Pública es propiedad del actor, alzándose el embargo trabado.

El Abogado del Estado contestó a la demanda oponiendo a la misma que la finca objeto de autos figuraba inscrita a nombre del deudor don Francisco y que cuando se otorgó la escritura de venta a favor del actor ya constaba la carga anterior del embargo practicado, no pudiendo perjudicar a terceros la existencia de un documento privado previo.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Tarragona dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos segundo y tercero:

«Considerando que también ha de sufrir la misma suerte desestimatoria el segundo motivo interpuesto por el mismo cauce del anterior y en el que se denuncia error de derecho con violación de los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil y 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque declarado probado por la Sala que la posesión del tercerista sobre la finca comprada fue anterior al embargo el mayor o menor valor de los documentos no afecta a la consumación de la compraventa efectuada.»

«Considerando que tampoco tiene prosperabilidad ninguno de los tres últimos motivos por cuanto que declarado probado por la Sala de Instancia, como en el considerando anterior se razona, que existió tradición con posesión por el tercerista de la finca con anterioridad al embargo trabado por la Hacienda, es evidente que la compraventa fue consumada, sin que exista, por tanto, ninguna de las violaciones denunciadas en dichos tres motivos.»

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCION DE HIPOTECA DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS DE NULIDAD DE ACTUACIONES POR CONSIGNACION DEL PRECIO DE REMATE FUERA DE PLAZO Y NATU-

RALEZA DE TAL PLAZO, DE CADUCIDAD O DE CARACTER CONMINATORIO. EL TRIBUNAL SUPREMO NO ENTRA EN ESTOS PROBLEMAS, PUES ESTIMA QUE LA PROVIDENCIA DEL JUZGADOR QUE DECIDIO ESTAR BIEN HECHA LA CONSIGNACION, QUEDO FIRME, AL NO HABERSE INTERPUESTO RECURSO DE REPOSICION CONTRA ELLA DENTRO DEL PLAZO, SINO EXTEMPORANEAMENTE (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Don Antonio M. G. interpone demanda contra don José Ll. G. y don Ricardo O. M. suplicando se dictara sentencia declarando la nulidad de todas las actuaciones practicadas en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Berga, a partir de la providencia de 18 de septiembre de 1971 que, dando por buena la consignación efectuada por el rematante, aprobó el remate de la subasta y declarando la nulidad de tal consignación extemporánea y del pago efectuado al ejecutante, si se hubiese hecho con cargo a dicha consignación, debiendo reproducirse las actuaciones nulas, cancelándose las inscripciones que hayan podido producirse en el Registro de la Propiedad de Manresa, por results de dicho proceso de ejecución hipotecaria.

La parte demandada se opone alegando que el plazo para la consignación no es un plazo de caducidad ni improrrogable, sino conminatorio para el rematante para estimar el efectuar el pago, que las cuestiones que ahora se plantean han ganado firmeza y ejecutoriedad en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por lo que existe cosa juzgada, y que de prosperar la acción interpuesta, el citado procedimiento sería letra muerta y completamente ineficaz.

El Juez de Primera Instancia de Manresa dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, salvo respecto de las costas, que la Audiencia no impone expresamente en ninguna de las instancias.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, por lo que se ha dicho en resumen en el encabezamiento de esta sentencia.

TERCERIA DE DOMINIO ANTE ANOTACION DE EMBARGO PRACTICADA A FAVOR DE LA HACIENDA PUBLICA. EL CONVENIO DE UNA SUSPENSION DE PAGOS CONSISTENTE EN LA CESION DE LA FINCA A LOS ACREEDORES EN PAGO DE SUS CREDITOS PREVALECE SOBRE DICHO EMBARGO, POR SER ANTERIOR AL MISMO EL AUTO DE APROBACION JUDICIAL DEL CONVENIO, AUNQUE NO SE HAYA OTORGADO AUN LA ESCRITURA DE CESION. DISTINCION ENTRE CESION PRO SOLUTO Y PRO SOLVENDO. LA DACION EN PAGO SE RIGE POR LAS NORMAS DE LA COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—Don José S. Hernández, don Rafael O. Fuset y don Angel P. Quiñonero, componentes de la Comisión de acreedores del comerciante don Antonio S. Ortiz y además el Banco de Bilbao, S. A., formulan de-

manda contra el Estado suplicando se dicte sentencia declarando que a los terceristas, así como a las personas físicas y jurídicas que componían la masa de acreedores del comerciante y demandado don Antonio S. Ortiz en la suspensión de pagos del mismo pertenece en común y proindiviso la casa chalet en término de Paterna, cuya finca adquirieron los demandantes y la masa de acreedores en virtud de convenio celebrado entre los mismos y el suspenso, aprobado por auto judicial de 22 de marzo de 1971; y se ordene dejar sin efecto el embargo practicado por la Hacienda Pública en expediente seguido por el Recaudador de Tributos

El Abogado del Estado se opone a la demanda alegando que lo que se produjo en el convenio fue una cesión de bienes para el pago de deuda, figura que no atribuye a los acreedores el dominio de los bienes cedidos.

El Juez de Primera Instancia número cuatro de Valencia dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la representación del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que las actuaciones de que trae causa el presente recurso se originaron con la suspensión de pagos del comerciante don Antonio S. Ortiz—que ahora figura como recurrido—en la que se logró un convenio entre él y sus acreedores—uno de los cuales era el Tesoro Público con un crédito preferente de 182.880 pesetas—que fue aprobado judicialmente el 22 de marzo de 1971, por el que el suspenso en pago de su total pasivo, ponía a disposición de aquéllos todos sus bienes, derechos y acciones (excepto los muebles, ropas y enseres del domicilio) tomando los acreedores posesión de ellos, con lo que se dieron por saldados y pagados, concediendo el mencionado suspenso y su esposa poderes irrevocables para proceder a las enajenaciones a que hubiere menester; apareciendo que más tarde, y concretamente el 25 de mayo del mismo año 1971, en un expediente de apremio seguido contra el propio deudor por la Recaudación de Tributos de Valencia con cuantía de 734.745 pesetas—por tráfico de empresas, impuesto de lujo, cuota de beneficios y licencia fiscal—se trabó embargo sobre una casa chalet sita en Paterna, que estaba incluida entre los bienes dados a los acreedores, siendo sacada a pública subasta para la que se señaló el día 6 de noviembre de 1973, lo que motivó que los primitivos acreedores, una vez fracasada en vía gubernativa su solicitud de suspensión, ejercitasen una terceraía de dominio, con base en la propiedad de la finca que le había sido entregada con el relatado convenio; pretensión que fue estimada por la sentencia de primer grado que, a su vez, confirmó íntegramente la que ahora es objeto de recurso.»

«Considerando que el único tema de casación que se plantea en este trámite es estrictamente jurídico, consistente en determinar la naturaleza del acto contenido en el convenio de 22 de marzo de 1971, sosteniendo el recurrente en el motivo primero—formulado por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento—que se trata de una cesión de bienes a los acreedores que, como uno de los medios satisfechos del crédito regula el artículo 1.175 del Código Civil—que se dice infringido en concepto de violación—la cual, por su propia esencia, no entraña una

atribución de propiedad—ni siquiera fiduciaria como sostuvo parte de la doctrina científica—de los bienes que se ceden, sino su simple posesión, unida a un mandato con poder irrevocable para llevar a cabo las ventas pertinentes y cobrarse con su producto, restituyendo el remanente al deudor que sólo queda liberado «por el importe líquido de los bienes cedidos», por lo que se trata de una cesión *pro solvendo* que, aparte de no atribuir el dominio—forzoso es insistir en ello—no produce, sin más, la extinción de la obligación; interpretación sin duda correcta del precepto referido, conforme en un todo con la mantenida por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, pero que no es de aplicar al caso concreto objeto de examen en que, utilizando la facultad de hacer otra cosa que el legislador permite cuando dice «salvo pacto en contrario», el deudor cede los bienes y los acreedores los reciben no con la finalidad indicada, sino para hacer con ellos pago y liquidación definitiva y total de la deuda, como de manera expresa e indubitada se afirma en el discutido convenio, no susceptible de ser interpretado de otro modo como pretende el recurrente; lo que significa que se está en presencia no de una cesión de bienes propiamente dicha, sino de una auténtica *dación en pago* que bien se la califique de venta, o se la configure como novación, o se piense que se trata de un acto complejo, siempre estará regida en nuestro ordenamiento por las normas del contrato de compraventa—al carecer de reglas específicas, pues sólo se encuentran alusiones a la figura en los artículos 1.521, 1.636 y 1.849 del Código Civil—en la que el crédito que con ella se satisface, adquiere la categoría de precio del bien o bienes entregados, siendo, por tanto, una verdadera cesión *pro soluto* con la que se transmite no la mera posesión sino la propiedad de aquéllos, produciendo además automáticamente la extinción de la primitiva obligación, según puntualizó para supuestos semejantes la misma doctrina jurisprudencial especialmente recogida en las Sentencias de 11 de mayo de 1911, 9 de diciembre de 1943, 19 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1961 y 1 de marzo de 1969 entre otras, todo lo cual justifica la desestimación de este primer motivo.»

«Considerando que como consecuencia de este perezimiento es asimismo obligada la desestimación de los dos restantes motivos, formulados ambos con amparo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denunciando respectivamente aplicación indebida del 348 del Código y violación del 71 de la Ley general Tributaria; y ello, porque en los dos se está haciendo supuesto de la cuestión debatida respecto de la atribución de la propiedad en favor de los acreedores como resultado del convenio de 22 de marzo de 1971—pretendiendo la solución contraria a la que, como única adecuada, se termina de exponer—, tanto cuando se sostiene la imposibilidad de utilizar la acción reivindicatoria por estimar que no concurren los requisitos exigidos para ello por la doctrina jurisprudencial, como cuando se defiende la preferencia del crédito de la Hacienda Pública en virtud de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley General Tributaria; desestimación que supone la del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO EN RELACION CON UN EMBARGO POSTERIOR DEL VEHICULO, ANOTADO EN EL REGISTRO DE LA JEFATURA DE TRAFICO. CADUCIDAD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1977).

Hechos.—Motor Nacional, S. A., presentó demanda contra «Transportes de Mariscos, S. A.», y contra la Hacienda Pública, sobre tercería de dominio, ejercitando la acción reivindicatoria respecto a un camión marca Barreiros, que había resultado embargado en procedimiento de apremio administrativo por razón de Impuesto de Sociedades contra la entidad mercantil «Transportes de Mariscos, S. A.», basándose en que dicho camión fue vendido por la actora a la embargada en contrato con pacto de reserva de dominio hasta que hubiesen sido satisfechos todos los plazos del precio convenido, lo que no había sucedido, por lo que el referido camión era propiedad de la actora tercerista y no de la entidad embargada.

El Juez de Primera Instancia número dos de Vigo estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, por lo siguiente:

«Considerando que las presentes actuaciones traen causa de una tercería de dominio instada por la sociedad que ahora aparece como recurrida, en un procedimiento de apremio seguido por la Recaudación de Hacienda de Vigo contra la entidad «Transportes de Mariscos, S. A.», en el que fue embargado el camión marca Barreiros modelo 62/62, número de motor 360.836 y de bastidor BO-582 que figuraba entre los bienes de ésta, basando el tercerista su pretensión—que prosperó en ambas instancias—en que dicho camión fue vendido por él al embargado, por contrato firmado en Vigo el 26 de noviembre de 1970 donde expresamente se contenía la reserva del dominio en favor del vendedor hasta que hubiesen sido satisfechos todos los plazos del precio convenido (450.000 pesetas), lo que no había sucedido, por lo que no tuvo lugar la transferencia de propiedad; a lo que la representación del Estado opuso únicamente que el artículo 11 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de julio de 1965 permite al vendedor optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, pero no puede simultanear ambas acciones como se ha hecho en este supuesto, mientras que las alegaciones que ahora se hacen en los dos primeros motivos del recurso se limitan a razonar acerca del valor de la publicidad registral de acuerdo con el artículo 17 de la Orden Ministerial de 8 de julio de 1966—en relación con el artículo 1.281 del Código Civil—y de la privación de efectos frente a terceros de la misma cuando *ex lege* ha perdido su eficacia teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley especial citada, tratándose, por tanto, de cuestiones nuevas no aducidas ni consiguientemente discutidas en el pleito precedente, que tienen vedado su acceso a la casación en virtud

de lo establecido en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento que en este momento procesal constituyen causa de desestimación de los indicados motivos en que se contienen, carentes, por otra parte, de fundamento intrínseco en cuanto que la fecha a tener en cuenta a los aludidos efectos de la publicidad y consiguiente conocimiento en este caso por el Estado habrá de ser aquella en que el embargo se realizó y nunca la de las sentencias recaídas en el juicio de tercería como pretende el recurrente, siendo anterior, sin duda, al día 26 de noviembre de 1974 que por éste se alega.»

«Considerando que como consecuencia de cuanto queda expuesto tiene también que ser desestimado el motivo tercero y último en que por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia aplicación indebida del 348 de nuestro primer Código sustantivo—que por supuesto, aunque no se precisa deberá entenderse referido a su párrafo segundo—puesto que es un mero corolario de lo que se dice en los anteriores y naturalmente del resultado de su valoración, en el sentido de que si quedó firme la existencia y vigencia del título que justificaba la tercería de dominio, el reconocimiento de la acción reivindicatoria que el precepto establece es el ineludible complemento que confirma su aplicación como perfectamente debida; lo cual conduce a la desestimación del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL. AL NO HABERSE PROBADO LA EXISTENCIA DE LA VENTANA LIIGIOSA EN EL MOMENTO DE SEPARACION DE LAS PROPIEDADES, NO CABE PLANTEAR LA APLICACION O NO DE DICHO ARTICULO A CATALUNA, PUES FALTA EL PRESUPUESTO ESENCIAL PARA LA CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE. ORDINACIONES DE SANCTACILIA (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Doña Alberta S. R. formuló demanda contra doña Asunción V. A. y don Juan V. R., sobre servidumbre de luces y vistas al amparo del artículo 541 del Código Civil, suplicando se dictara sentencia por la que se declare la constitución de dicha servidumbre en base a la existencia de una ventana abierta antes de la separación de la propiedad de las fincas de la actora y de los demandados, cuando la total finca pertenecía a un mismo dueño.

Los demandados contestan a la demanda oponiendo que tal servidumbre nunca ha existido ni hay título que la justifique.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda y declarando constituida por signo aparente la servidumbre de luces y vistas.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia revocando la del Juzgado, pues entiende que no se ha probado la existencia de la ventana cuando se separaron las dos propiedades, no siendo aplicable tampoco el artículo 541 del Código Civil en Cataluña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos tercero, cuarto, quinto, sexto y noveno:

«Considerando que la sentencia recurrida, después de establecer de manera general que era obligación de la parte actora probar los hechos fundamentales decisivos de su pretensión, y de modo concreto, que le incumbía demostrar que la ventana litigiosa estaba construida antes de la venta de la demandada, de la segunda finca a que podría afectar la servidumbre como predio sirviente, termina por proclamar que ni propuso prueba ni precisó preguntas para acreditar los normales hechos positivos de tal construcción, por lo que concluye afirmando que “no es de estimar probada tan esencial circunstancia”; y aún añade—de manera innecesaria—“que aunque el transcurso de veintisiete años, pudiera hacer pensar en ‘una usucapión o posesión inmemorial’, a ello se opone el artículo 283 de la vigente Compilación y mucho más las previsiones y normas de las Ordinaciones de Sanctacilia”, volviendo a agregar—también innecesariamente—que, por las razones que exponía, habría que concluir estimando “que tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código Civil establece en su artículo 541, no es aplicable, como derecho supletorio, en Cataluña, pues la Compilación y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos”».

«Considerando que contra la sentencia desestimatoria de la demanda, alza la parte actora recurrente su recurso, integrado por cinco motivos, en ninguno de los cuales se combate la apreciación que hace dicha sentencia respecto a la improbable existencia de la ventana litigiosa en el momento de separarse los fundos, por la venta de uno de ellos, por lo cual, como es natural, todos nacen condenados al fracaso.»

«Considerando que el primero que hay que examinar y resolver es el que se formula con el número quinto, en el que se denuncia la “violación de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil en relación con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a la aplicación de dicho precepto legal”, violación que se comete, en sentir del recurrente “al no estimarse constituida la servidumbre de luces y vistas puesta de manifiesto por la ventana que subsistió abierta en la pared de separación de ambas fincas, al ser segregada la porción que fue enajenada a favor de la demandada doña Asunción V. A.”, ventana que, según dicha recurrente, existía anteriormente como signo aparente de la servidumbre constituida, y cuya desaparición no se pactó expresamente en la escritura de separación de propiedades, sin que contra ello—dice la referida recurrente—valga la cláusula de estilo de que la referida finca, “no se hallaba afecta a más cargas o gravámenes que el censo enfiteútico que se expresaba”».

«Considerando que en el desarrollo de este motivo incurre la recurrente en petición de principio, pues da como existente el supuesto de hecho que la sentencia niega, o sea, que la ventana litigiosa existía con anterioridad y en el momento de separación de los fundos, supuesto de hecho necesario para que pudiera ser actuado el artículo 541 del Código Civil que se invoca, y cuya falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad en Cataluña.»

«Considerando que... por esta misma razón tiene que decaer también el motivo tercero en el que se denuncia la “violación de lo dispuesto en la Consuetud o capítulo sesenta y uno de las Ordenaciones de Sanctacilia vigentes en la Ciudad de Badalona, porque la sentencia recurrida, contra lo que sostiene el recurrente no niega la constitución de la servidumbre de luces y vistas objeto del pleito, ‘fundándose en no estimar la posibilidad de tener abierta ventana en la pared de común separación de los dos supuestos predios dominante y sirviente respectivamente’, sino que basa la absolución de la demanda en la circunstancia de que la parte actora no ha acreditado—como era su inexcusable obligación para el triunfo de su pretensión—”, que existiera dicha ventana en el momento en que, por venta de uno de los fundos, se procedió a la separación de ambos.»

COMENTARIO—A) *El criterio inhibicionista de esta sentencia respecto a si el artículo 541 del Código Civil es o no aplicable en Cataluña.*—Lo más característico de la presente sentencia es su inhibición en relación con este problema, que la sentencia recurrida de la Audiencia Territorial de Barcelona había solucionado en sentido negativo, es decir, considerando no aplicable el artículo 541 del Código Civil en Cataluña, «pues la Compilación y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos».

Para llegar a esa postura inhibicionista, el Tribunal Supremo parte de una cuestión previa, la de si existía la ventana litigiosa antes de la separación de propiedades y si se había probado o no la existencia de la misma en el momento de tal separación. Examina las declaraciones de la sentencia recurrida sobre el particular y llega a la conclusión de que las referencias a la no aplicación del artículo 541 eran «innecesarias», pues la Audiencia afirmó que «no es de estimar probada tan esencial circunstancia» (la de la existencia de la ventana en dicho momento). Esa falta de probanza hace inútil—según el Supremo—el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad (del art. 541) en Cataluña.

BONET CORREA, en un comentario de esta sentencia, dice que «el Tribunal Supremo, con gran cautela y prudencia, ante las tendencias autonomistas que van imponiéndose, ha preferido no pronunciarse sobre la cuestión de la aplicabilidad o no del artículo 541 del Código Civil a Cataluña, si bien se acoja a la falta de un requisito formal de la propia norma» (1).

Nosotros esperamos que no haya sido ése el propósito del Tribunal Supremo, pues el Derecho civil debe estar al margen de la política, por lo menos en relación con la interpretación de normas vigentes, de manera que la interpretación de si el artículo 541 del Código Civil es o no aplicable a Cataluña no debe variar ni depender de la existencia o no de tendencias autonomistas, sin perjuicio de que *a posteriori* puedan producirse

(1) BONET CORREA: «La inaplicabilidad de la constitución de servidumbre por signo aparente en Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I de 1978, pág. 199.

en las normas las modificaciones que el Parlamento estime convenientes. Máxime teniendo en cuenta que la demanda se planteó en este caso en el año 1974, por lo que la solución de un problema civil nada tiene que ver con lo que apunta BONET. Aparte de que el artículo 541 no afecta a la autonomía de Cataluña, pues es una norma que existe en casi todos los Códigos europeos y es de aplicación también en todos los territorios forales de España.

Tampoco compartimos otra crítica de BONET a la sentencia. Dice este autor en ese mismo comentario: «En realidad, la sentencia del Tribunal Supremo adopta tres posiciones contradictorias: a) La primera, basarse en el propio artículo 541, si bien sea para no aplicarlo, al faltar la prueba de cuándo fue establecido el signo aparente, si antes o después de la enajenación, requisito exigido por dicha norma; b) La segunda, manifestar expresamente, como consecuencia de su posición anterior, que la falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 541 a Cataluña; c) La tercera es el acoger, aunque sólo sea implícita, pero textualmente, la posición de la Audiencia Territorial de Cataluña que dictó para esta sentencia, de que el artículo 541 no es aplicable a Cataluña, ya que la Compilación actual y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de los signos adecuados y directos» (2).

Nosotros no sabemos ver ninguna de esas contradicciones que señala BONET. Respecto a la cuestión de que la sentencia se ha basado en el artículo 541 para concluir que ese artículo no es aplicable en Cataluña, que es lo que en resumen viene a considerar BONET como contradictorio, entendemos que hay que distinguir entre lo que es un *presupuesto* de aplicación de un precepto y lo que es un *requisito* dentro del estudio de un precepto. Aquí, la sentencia considera la probanza de un extremo del artículo 541 como un «supuesto de hecho necesario para que pudiera ser actuado el artículo 541 del Código Civil que se invoca», lo que significa que es un presupuesto, cuya falta hace inútil el examen de la cuestión de si es o no aplicable en Cataluña. Esta forma de proceder es lógica porque si falta el presupuesto de aplicabilidad de un artículo, lo correcto es no estudiar los demás aspectos del mismo, ya que en otro caso se producirían innecesarios *obiter dicta* que oscurecerían la *ratio decidendi* de la sentencia.

En cuanto a la otra declaración de BONET, consistente en que el Tribunal Supremo ha recogido implícitamente la posición de la Audiencia Territorial, nos interesa dejar bien claro que no ha habido tal cosa, pues bien claramente dice la sentencia que es «inútil» e «innecesario» entrar en el fondo del problema. Esto es importante, hasta el punto de que no creemos que a nadie se le va a ocurrir en un futuro pleito en que se planteara otra vez el problema de si el artículo 541 es o no aplicable a Cataluña, citar la presente sentencia ni siquiera como exponente de un criterio de implícita negativa. Por tanto, no es que nos hayamos quedado sin saber «expresamente» cuál es la postura del Tribunal Supremo en esta sentencia, como también dice BONET (3), sino que «implícitamente» tampoco hay ningún criterio sobre el problema en la misma. Y no lo hay porque el

(2) Lugar citado, pág. 195.

(3) Lugar citado, pág. 199

pensamiento del Tribunal Supremo es de completa inhibición, según hemos tenido ocasión de ver.

Entendemos que la crítica a la postura inhibicionista del Tribunal Supremo debe encontrarse por otro camino. Y es que nos queda la duda, una vez leídos los resultandos y considerandos de la sentencia, si la *ratio decidendi* de la Audiencia Territorial era la no aplicabilidad del artículo 541 a Cataluña o la de la falta de probanza de la existencia de la ventana litigiosa en el momento de la separación de propiedades. Para llegar a conclusiones terminantes en este punto tendríamos que disponer de todos los pasos del pleito y concretamente de los textos de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia y del recurso de apelación del demandado después de la sentencia de Primera Instancia.

Aun así, nos atreveremos a apuntar un matiz importante respecto al tema de la prueba de la existencia de la ventana, que el Tribunal Supremo considera que es el tema especial y excluyente. Nosotros creemos que una cosa es que *falte la prueba* y otra que, aun habiéndose producido una prueba, ésta no haya sido *a instancia de quien incumbe la carga de la prueba*. Ejemplo: supongamos que el actor no aporta el título de dominio que le sirve de prueba en un pleito de reivindicación, pero que la otra parte se opone a la demanda aportando un documento que, en realidad, lo que revela precisamente es la prueba de dominio a favor del actor. En este caso, el Juez tendría la prueba, pero ésta se había producido con la irregularidad procesal de que no la había propuesto quien tenía la carga de la prueba. Pues bien, aunque la irregularidad existe tanto si falta la prueba como si ha sido obtenida sin atenerse al principio de la carga de la prueba, pensamos que puede ser distinto el grado de gravedad del defecto en uno y otro caso. Si la prueba ha sido clara y tajante y el Juez la aprecia y la parte afectada por la irregularidad no reclama, ¿ha de equipararse ese supuesto al de la falta total de prueba?

Los indicios que hemos visto significativos de que en este caso existió prueba de la existencia de la ventana en el momento de la separación de propiedades son:

1.º El Juez de Primera Instancia aplicó el artículo 541 del Código Civil, por lo que cabe suponer que fue porque no tuvo duda en relación con la prueba de la existencia anterior de la ventana, pues es algo tan elemental que no cabe imaginar faltara prueba.

2.º Existió la prueba de confesión, en que, al menos según el recurrente, el demandado reconoció la existencia anterior de la ventana.

3.º No sabemos si en el recurso de apelación del demandado, éste hizo hincapié en la falta de prueba o en el tema de la no aplicación del artículo 541 a Cataluña. Pero si no le preocupó ese problema, parece que no había que replantearlo de oficio.

4.º La sentencia de la Audiencia, por lo que sabemos de ella a través del Tribunal Supremo, no dice que faltara la prueba o que no resultara la existencia de la ventana de la confesión del demandado, sino que insiste en el problema de la carga de la prueba diciendo que el actor «le incumbía demostrar que la ventana litigiosa estaba construida antes de la venta a la demandada, de la segunda finca» y que «ni propuso prueba ni precisó preguntas para acreditar los normales hechos positivos de tal construcción». Y concluye afirmando no que no hubiera pruebas, sino que «*no es de estimar probada* tan esencial circunstancia».

Si lo único que existió fue la irregularidad procesal en relación con la carga de la prueba y no la falta de prueba misma, ello explicaría que la Audiencia se preocupase de añadir el argumento sustantivo o de fondo consistente en que el artículo 541 del Código Civil no es aplicable en Cataluña.

Si todo esto hubiera sido realmente así—y ya hemos dicho que hablamos por indicios e hipótesis, ante la falta de textos en la sentencia—la presente sentencia del Tribunal Supremo merecería una crítica muy desfavorable, pues habría modificado el grado de importancia de los argumentos de la Audiencia, con la correspondiente indefensión para el recurrente, pues éste pudo ocurrir que se centrase en lo que aparecía como *ratio decidendi* de la sentencia, a saber, el tema del artículo 541, y que no diera importancia a un argumento subsidiario consistente en una irregularidad procesal que no implicó la falta de pruebas. Hemos visto que en uno de los motivos del recurso alude, de pasada y como algo indiscutible, a la confesión del demandado respecto a la existencia anterior de la ventana.

Llamamos, pues, la atención respecto a esa declaración del Tribunal Supremo sobre la calificación de «inútil» e «innecesario» de un argumento que quizá fuera el esencial a lo largo de la tramitación del pleito. Si la irregularidad afectaba al principio de la carga de la prueba y no a la existencia misma de la prueba, entendemos que ello hubiera podido quedar en un segundo plano, pasando al primero el tema de si el artículo 541 es o no aplicable en Cataluña, que no sería «argumento inútil ni innecesario».

Hecha esta meditación, pasamos a exponer esta última cuestión de fondo, aunque el Tribunal Supremo no haya querido entrar en la misma.

B) *El problema de si el artículo 541 del Código Civil es o no aplicable en Cataluña.*—Existen dos posiciones: la negativa y la afirmativa. Nosotros damos una solución afirmativa, aunque en cierto modo intermedia: el artículo 541 del Código Civil es aplicable en Cataluña, pero el concepto de «signo aparente» de dicho artículo es distinto en Cataluña.

Examinaremos esas distintas posiciones:

a) *La posición negativa: el artículo 541 no es aplicable en Cataluña.*—BONET CORREA, en su comentario citado, entiende que «la constitución de servidumbres por signo aparente .. es una modalidad extraña .. a la tradición jurídica.. del Derecho histórico y vigente de Cataluña» (4).

Respecto al Derecho histórico, dice que «el Derecho catalán, consecuen- te con su estirpe y tradición romanista, tampoco va a considerar en sus fuentes normativas y consuetudinarias este supuesto de constitución tácita de las servidumbres». Pero dice esto porque parte de que en Cataluña sólo se tuvo en cuenta el Derecho romano clásico y justiniano, que preveía la constitución de servidumbres de una manera expresa, y no la doctrina de los glosadores y postglosadores, cuando, como tendremos ocasión de ver, la doctrina de BARTOLO tuvo importancia en Cataluña. Por otro lado, como el mismo BONET cita, hay autores catalanes que admiten la aplicación del artículo 541 antes de la entrada en vigor de la Compilación.

Respecto al Derecho vigente, advierte BONET que «a partir de 1960, en que se logra la “Compilación del Derecho civil especial de Cataluña” (los

(4) Lugar citado, págs. 196 y ss.

intentos jurisprudenciales y doctrinales favorables a la aplicación del artículo 541), carece ya de sentido, puesto que no corresponden con el querer mantener vivas las más íntimas y peculiares maneras de ser y estar según la convivencia de la sociedad y casa catalana, que estima que servidumbres de luces y vistas sólo pueden adquirirse por pacto expreso». Pero esto constituye una mera afirmación que sólo trata de argumentar diciendo que el artículo 283 «elimina la adquisición por usucapión» y que las demás servidumbres sólo pueden adquirirse por pacto, y resulta que esto último constituye otra afirmación que no queda demostrada por el citado artículo 283, según veremos más adelante.

Por tanto, la opinión de BONET no nos parece convincente, no ya sólo por la solución a que llega, sino por la falta de argumentación adecuada.

En la misma línea, pero con otros argumentos, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 15 de marzo de 1977, recogida en la *Revista Jurídica de Cataluña* (5), entiende que el artículo 541 del Código Civil no es aplicable en Cataluña. Los argumentos de esta sentencia se pueden sintetizar en dos: uno, de Derecho romano y otro derivado de la interpretación jurisprudencial del artículo 348 del Código Civil.

En cuanto al Derecho romano, la sentencia cita dos textos que considera contrarios al artículo 541: la Ley 30, Título II, Libro VIII del *Digesto* relativa a que «si alguien compra las casas que deben servidumbre a las suyas, se extinguen por confusión, y si las vende de nuevo, se ha de imponer expresamente la servidumbre, pues de lo contrario se venden libres»; y la Ley 7.ª del Título IV del Libro VIII del mismo Cuerpo que dice que «el que tiene dos casas, si entrega una de ellas, debe expresar la servidumbre que tenga, pues si dice en general que debe servidumbre, no vale esta declaración».

Como después veremos, no son suficientes estas citas para excluir la aplicación del artículo 541.

El segundo argumento de la sentencia de la Audiencia parte de la interpretación jurisprudencial del artículo 348 del Código Civil relativo a la libertad del dominio como principio general a tener en cuenta, y considera que el artículo 541 constituye una evidente restricción del dominio que no puede extenderse a más casos o personas que las taxativamente comprendidas en esa norma, por lo que, ante la falta de un precepto similar en la Compilación, no puede aplicarse como supletorio, ya que si el legislador de la Compilación, con cabal conocimiento de la restricción dominical contenida en el artículo 541 no quiso imponerla expresamente, tampoco puede entenderse que quisiera hacerlo tácitamente, porque lo vedaba la transcrita doctrina jurisprudencial.

Respecto a este segundo argumento, extraña que se base en una interpretación jurisprudencial de un precepto del Código Civil, cuando también podía haber aludido a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo que había considerado aplicable el artículo 541 a Cataluña. Además, ya que utiliza el precepto del Código Civil del artículo 348, no parece lógico desde esta perspectiva excluir la aplicación de otro precepto del mismo Código, como es el artículo 541, pues es perfectamente compatible con aquel 348, del que pretenden sacarse consecuencias. En último término, esa declaración de que para aplicarse el artículo 541 debería haberse establecido expresamente, es reversible, pues más bien hay que pen-

(5) *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, de 1977, de Jurisprudencia, pág. 225

sar lo contrario, que no contemplando la Compilación la cuestión de los modos de constitución y extinción de servidumbres, y actuando el Código Civil como supletorio, lo lógico es concluir que si no se opone al precepto es que lo admite, sobre todo comparándolo con la redacción del artículo 283 de la Compilación, que excluye la usucapión de ciertas servidumbres. Otra cosa es si el artículo 541 es contrario o no a la tradición jurídica catalana, de lo que nos ocuparemos después, pues ahora sólo queremos demostrar que los argumentos de esta sentencia no son concluyentes. Ello se confirma porque, con el mismo argumento, se llegaría a no aplicar ninguna servidumbre legal o forzosa de las que el Código admite, en Cataluña, por no haber recogido la Compilación tales restricciones del dominio.

b) *La posición afirmativa: el artículo 541 es aplicable en Cataluña.*— Antes de la Compilación, la doctrina y la jurisprudencia se habían mostrado partidarias de dicha posición afirmativa.

Así, entre los autores, están los siguientes:

PELLA Y FORGAS alude a los signos aparentes, como prueba de la constitución de las servidumbres. Dice lo siguiente:

«Los signos aparentes como demostración de la existencia de la servidumbre tienen su sanción en las costumbres de Barcelona (ord. 59), en cuanto preceptúa que quien venda casas debe manifestar las servidumbres *ocultas o escondidas*, pues de lo contrario deberá abonar el demérito que ellas importen en el valor de la finca, con lo cual dicho se está que la servidumbre vista se da por constituida y se tiene como disminución del valor del inmueble.»

«En este particular—continúa diciendo—, CANCER trata de los signos aparentes de las servidumbres, cuando los dos predios pertenecieron a un mismo dueño, como en el siguiente caso:

»Sucedio que un individuo poseía dos casas contiguas y toda el agua de una vertía en la otra. Vendió esta última, no sin que el comprador viese los canales por los cuales se vertía el agua, pero algún tiempo después y ejercitando la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su predio. CANCER sostuvo la opinión contraria, fundándose en la Ley “binas” del *Digesto de servitutes urbanorum praediorum* (que es la Ley 36, Libro VIII, Título III) y en el comentario de PAULO DE CASTRO, a la Ley 47, Título III, Libro XXXIX, *Digesto*, y “así se resolvió por los ediles de la ciudad en el mes de enero del año 1600, que es la jurisdicción competente acerca de dichas servidumbres urbanas. Este criterio sigue la actual jurisprudencia” (6).

Por tanto, PELLA Y FORGAS no dice explícitamente que «los signos aparentes» sean medios de constitución de las servidumbres, pero los considera como medios de prueba de la existencia de servidumbre, lo que nos acerca al supuesto del artículo 541 del Código Civil desde la perspectiva de una presunción de servidumbre. Que lo que le preocupa a PELLA Y FORGAS es la prueba se observa también por este párrafo: «En cuanto a la manera de probarse su constitución se consideró por los autores, aplicando un capítulo del *Recognoverunt Proceres* que debía aceptarse documentos, confesión de parte, *conjeturas*, testigos y todo otro modo de defensa.» Subrayamos la palabra *conjeturas*, que puede estar muy relacionada con la idea de los signos aparentes.

(6) PELLA Y FORGAS: *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas*, 2ª edición, pág. 122.

En cualquier caso, la opinión de PELLA Y FORGAS es favorable a la fuerza del signo aparente, sobre todo teniendo en cuenta la cita que hace de CANCER.

Se cita también a otros autores favorables a la aplicación del artículo 541 a Cataluña. Así ADMETLLA Y BALSELLS, en una consulta publicada en la *Revista Jurídica de Cataluña* en el año 1897 titulada «Servidumbres: alcance de los signos aparentes de las mismas tratándose de dos predios que han pertenecido a un mismo dueño»; y MASPONS, en la misma *Revista* (7).

Muy importante es la opinión de BORRELL, que se pregunta si debe presumirse en estos casos de signos aparentes con venta de una de las fincas, si las fincas recobran la libertad e independencia y si desaparece aquella *servidumbre latente* que existía, o bien si se ha de convertir en una verdadera servidumbre. «La solución depende de la intención del enajenante, la cual el Derecho romano interpreta en sentido de desaparecer lo que tenía trazas de servidumbre; pero en España se había introducido la doctrina contraria a la presunción de libertad del dominio, la cual fue adoptada por el Código Civil en su artículo 541 y aplicada en Cataluña por la jurisprudencia posterior.»

«Puede, pues, decirse—concluye BORRELL—que queda constituida automáticamente una servidumbre cuando entre dos fincas del mismo propietario o entre las partes de una misma finca existen relaciones de dependencia que constituirían verdadera servidumbre, si las fincas fuesen de distinto propietario, cuando llegan a serlo, porque el dueño vende una de las mismas, dejando subsistentes las señales externas de dependencia, y lo mismo ocurre cuando se trata de dos partes de una finca, una de las cuales segrega el propietario» (8).

CASAS COLLEDECARRERA no es tan terminante como BORRELL, y en principio se muestra incluso contrario a la aplicación del artículo 541, pues dice que «la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario, que en el Derecho español común corresponde al artículo 541 del Código Civil y que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas». Parece, pues, que deberíamos incluir a este autor entre los que niegan la aplicación del artículo 541 a Cataluña, pero no es así, pues llega por otro camino a esa aplicación, al decir: «toda vez que rige en Cataluña como fuente supletoria de Derecho, la costumbre, no puede ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales en Cataluña por fuente consuetudinaria, ni debe costar esfuerzo alguno admitir la práctica señalada en las sentencias del Tribunal Supremo con jalones en los que cimentar la existencia de un verdadero Derecho consuetudinario en esta materia, puesto que quedan perfectamente cumplidos los requisitos necesarios para que pueda reputarse tal práctica como costumbre» (9).

Por su parte, MELÓN INFANTE no tiene ninguna duda respecto a la aplicación del artículo 541 en Cataluña, hasta el punto de que no considera necesario, al parecer, dar ningún argumento concreto sobre tal afirmación, limitándose a decir: «en general, pueden adquirirse las servidumbres de

(7) Citado por BONELL, tomo II, pág. 198, nota 5, de su *Derecho vigente en Cataluña*, refiriéndose a MASPONS en el tomo 27 de la *Revista Jurídica de Cataluña*, pág. 527.

(8) BONELL, obra y tomo citados en la nota anterior, págs. 197 y 198.

(9) Recogemos la cita que de este autor hace BONET CORREA en su comentario del *Anuario de Derecho Civil*, citado, págs. 197 y 198.

luces y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código Civil. Podrán, por tanto, quedar constituidas en virtud de título (contrato, acto unilateral, etc.), usucapión (con las salvedades que se indicarán a continuación), escritura de reconocimiento, sentencia firme y signo aparente por el juego del artículo 541». Y en nota a pie de página, añade: «El artículo 541 se considera aplicable a Cataluña. Existe jurisprudencia reiterada, sobre todo de los Tribunales inferiores. La doctrina catalana ha hablado en algún caso de «adquisición automática»: una servidumbre latente deviene efectiva al separarse la titularidad de los predios. En pro de la aplicación del principio del artículo 541 a Cataluña se ha aducido que en cierto modo podía fundarse también en la ordinación 59, que obligaba al vendedor de una finca a indemnizar al comprador de la misma por las servidumbres ocultas. No creemos tenga nada que ver la ordinación indicada con el artículo 541 —termina diciendo MELÓN INFANTE—. Por esto: a) En la ordinación se hace sin duda referencia a verdaderas servidumbres y no a signos de servidumbre establecidos por el propietario de las dos fincas («servidumbre de propietarios»). b) El artículo 541 presupone una apariencia de servidumbre (apariciencia de servidumbre aparente) mientras que en el texto de la ordinación se hace referencia a servidumbres ocultas o escondidas: «servitut encuberta o amagada» (10).

Por tanto, MELÓN INFANTE se apoya en la jurisprudencia y en la doctrina catalana, singularmente en BORRELL, aunque no le cita expresamente. En cambio, rechaza el argumento de la Ordinación 59 de Sanctacilia, que había señalado PELLA Y FORGAS. Aunque nosotros no queremos insistir mucho en el argumento de esa ordinación 59, pues existen otros más concluyentes, hay que hacer dos observaciones a MELÓN: a) Que aunque alude a servidumbres ocultas, cabe interpretar *a sensu contrario* la Ordinación 59: cuando existen signos que permitan «ver» la servidumbre, no hay necesidad de que el vendedor haga una manifestación sobre la existencia de la misma, lo que significa tanto como admitir la presunción de servidumbre por la existencia de un signo que permite ver tal servidumbre; b) Que aunque la ordinación se refiere a una servidumbre ya existente, pues se alude a la servidumbre que se va a sufrir del «vecino», no del propietario vendedor, sin embargo, no cabe duda de que es un indicio importante en favor de la fuerza del signo aparente, que combinado con otros argumentos, que después veremos, podría significar que no es tan extraño a las Ordinaciones la admisión de la servidumbre por signos aparentes que permiten que todos la vean y especialmente el comprador al que alude la Ordinación 59.

Después de la Compilación de 1960, los autores apenas se han pronunciado sobre el tema, a pesar de lo cual es significativo el silencio de FAUS y CONDOMINES, pues no consideramos criterio contrario al artículo 541, con referencia al artículo 283, la siguiente frase: «Las demás servidumbres que se enumeran en el precepto sólo pueden adquirirse por pacto» (11). Para que esto fuera decisivo, estos autores tenían que haberse planteado la cuestión en general y no contraponiéndola al concreto problema de la usucapión. Sea de ello lo que fuere sobre la opinión de estos autores, también hay que tener en cuenta que otro autor como FIGA FAURA, en su

(10) MELÓN INFANTE: «Luces y vistas en la Compilación foral catalana», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, fascículo I, pág. 125.

(11) FAUS Y CONDOMINES: *Derecho Civil especial de Cataluña*, comentario al artículo 283, pág. 329.

Manual de Derecho Civil Catalán, publicado en 1961, recoge en el epígrafe «Constitución (de servidumbres) por presunción de la voluntad del dueño» el artículo 541 del Código Civil literalmente (12). GASSIOT (13) no alude al problema del citado precepto, si bien reconoce que «cuando fueron reguladas las servidumbres en los artículos 530 a 604 del vigente Código Civil, en forma que varios de sus preceptos se estimaron aplicables a Cataluña, fueron mantenidas, no obstante, las Ordenaciones de Sanctacilia», con lo que no sabemos si entre esos varios preceptos aplicables considera o no incluido el artículo 541 del Código. Ciertamente, más adelante dice que «como quiera que las servidumbres prediales se constituyen por título o por prescripción, con referencia a las que no cabe sean adquiridas por prescripción, se dice en las Ordenaciones que *nadie podrá alegar posesión*». Pero no parece que estas palabras impliquen una negación de la constitución de servidumbre por el *título* previsto en el artículo 541, sino que sencillamente no se plantea el problema.

Hasta aquí el estudio de la doctrina anterior y posterior a la Compilación. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, había sido claramente favorable a la aplicación del artículo 541 a Cataluña. Se suelen citar las Sentencias de 31 de marzo de 1902, 29 de mayo de 1906, 29 de diciembre de 1914 y muy especialmente la de 29 de mayo de 1911, y así también lo hace el recurrente en el presente caso. Efectivamente, esta última sentencia es decisiva, pues como dice BONET, se refirió a dos textos romanos del *Digesto*, considerándolos incluso como un antecedente remoto del artículo 541 del Código Civil. Esos dos textos, que precisamente pueden también contraponerse a los que vimos citaba la reciente sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, son, por un lado, de PAPINIANO, D. 8,2,36, y por otro, la de JULIANO, D. 8,2,37. Estos textos «recogen el supuesto de una persona que tenía dos casas cubiertas con el mismo tejado y las legó a diversas personas; se dice que las vigas de cada parte han de ser de cada uno de los dueños y que no han de tener éstos recíprocamente ninguna acción para impedir que no estén empotradas las vigas; y lo mismo si las casas se hubieran cedido a dos» (resumidas así por BONET). Este autor, que cita también otro texto similar de JAVOLENO, D. 33,3,4, dice que «en realidad, tanto este fragmento como los anteriores, más que de servidumbres adquiridas en favor de las casas, se trata de pertenencias relativas a la cosa común» (14). Nosotros entendemos que la introducción de vigas implica claramente una servidumbre, máxime teniendo en cuenta que el supuesto no se adapta a la propiedad horizontal, a pesar de que BONET entiende que esos textos aportan ya la idea y brindan la misma solución que actualmente se desarrolla en la legislación de casas por pisos o propiedad horizontal». Por otro lado, la configuración del supuesto como «pertenencia» no excluye la idea de servidumbre, pues ésta es considerada, desde el punto de vista del predio dominante, como una cualidad del mismo (art. 13 de la Ley Hipotecaria). Por todo ello, nos parece muy acertada la cita de esos textos por la Sentencia de 29 de mayo de 1911, interpretados en el mismo sentido que lo habían hecho SIMONCELLI, ARNDTS y PARDESSUS (citados también por BONET).

(12) Página 81 de su citado *Manual*.

(13) GASSIOT: *Derecho Civil especial de Cataluña*, pág. 322.

(14) BONET CORREA en su importante libro *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, 1970, págs. 26 y 27.

En cambio, no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo en contra de la aplicación del artículo 541 a Cataluña. Lo que sí hay es una que también se inhibe, como hace la presente sentencia. Nos referimos a la de 12 de febrero de 1964 (15). En uno de los motivos de aquel recurso se alegaba que en Derecho catalán sólo pueden adquirirse las servidumbres por contrato, no siendo admisible «la adquisición por constitución tácita del artículo 541». Pero la citada Sentencia de 1964 tampoco tuvo ocasión de ocuparse del problema, pues desestima el recurso diciendo que la Sala sentenciadora (de la Audiencia) se basó en un contrato constitutivo de dichas servidumbres y no en signo, por lo que debe perecer el motivo. Y ahora aparece la presente sentencia, con ese mismo criterio inhibicionista, aunque por distintas razones, por lo que parece que hay una especie de fantasma en los últimos años que impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre esta cuestión. Esperemos que en un próxima sentencia haya un pronunciamiento claro, para evitar estas diferencias interpretativas.

Nuestra opinión sobre la aplicación del artículo 541 a Cataluña.—Nosotros entendemos que no hay ningún argumento de peso que impida la aplicación del artículo 541 del Código Civil a Cataluña.

Otra cosa es la especialidad del supuesto de dicho precepto en Cataluña. Concretamente, como apuntábamos antes, el artículo 541 alude al «signo aparente» de servidumbre entre dos fincas. Pues bien, la regla octava del artículo 283 de la Compilación considera como servidumbres no aparentes «los que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio». Esta definición repercute, en mi opinión, en el concepto de «signo aparente», pues parece que hay que interpretarlo como aquel que es «fácilmente visible desde el interior del predio sirviente». Este concepto supone alguna diferencia respecto al que señala el artículo 532 del Código Civil, y que para FAUS y CONDOMINES la Compilación muestra unos términos mucho más suaves y mejora el precepto del Código de modo notorio (16).

Fuera ya de esta especialidad, tenemos los siguientes argumentos en pro de la aplicación del artículo 541 a Cataluña, que ahora extractamos, aunque en parte ya resultan de los comentarios críticos hechos anteriormente:

1.º El Título III, «De las servidumbres», del Libro III («De los Derechos Reales») de la Compilación catalana va regulando una serie de cuestiones concretas y particulares, sin contener disposiciones generales acerca de los modos de constitución y extinción de las servidumbres. Por tanto, si faltan preceptos sobre dichos extremos, lo más lógico es aplicar la disposición final 2.ª de la propia Compilación, que dice: «En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general.» Es así que lo relativo a «modos de constitución» no está previsto de modo general por Compilación, luego hay que aplicar el artículo 541 que es un precepto referente a los modos de constitución y no opuesto a la Compilación, que no se ocupa de ello. En definitiva, no se trata de interpretar un precepto de la Compilación, en cuyo caso sería aplicable el artículo 1.º, párrafo 2.º,

(15) Recogida en el tomo V de «Jurisprudencia» de *Derecho Catalán* de la Cátedra de DURÁN y BAS, pág. 589.

(16) Lugar y página citados

de la misma, sino de que no existen preceptos en ella, en cuyo supuesto es aplicable la disposición final 2.ª

2.º Pero vamos a suponer que se entendiera que el párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación es también aplicable cuando no existe un precepto sobre la materia, como aquí sucede. Aun así, entendemos que el artículo 1.º, párrafo segundo, no se opone a la aplicación del artículo 541 del Código Civil en Cataluña. Dicho precepto dice que «para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomarán en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan». Hay que observar que ahora se define claramente lo que debe entenderse por «tradición jurídica catalana», que no es solamente la encarnada en «las antiguas leyes y costumbres», sino también en «la doctrina». Pues bien, la doctrina de los autores, tanto antiguos como modernos, es favorable a la aplicación de dicho artículo. En cuanto a los autores más modernos, no hay más que recordar las opiniones favorables, desde distintos puntos de vista, de PELLA Y FORGAS, ADMETLLA, BORRELL, FIGA FAURA e incluso CASALS COLLDECARRERA.

Con relación a la doctrina más antigua, hay que incluir ahora ya claramente la interpretación de glosadores y postglosadores. Ya decía DE CASTRO: «En el Derecho catalán antiguo se daba gran valor a la doctrina de los doctores y, aunque en la antigua doctrina se concreta la Constitución de 1599 a las “opiniones y libros de Derecho sobre dichas leyes municipales y locales, escritas en tratados, repeticiones, lecturas, varias resoluciones, etc.”, ello significa sólo el deseo de dar fuerza obligatoria a la doctrina de los autores del principado, porque la autoridad de la glosa, sobre todo la de ACCURSIÓ y la de BARTOLO Y BALDO, era indiscutida. Esta importancia de la opinión de los doctores no debe olvidarse al aplicar el Derecho romano en Cataluña, pues no se declaró vigente el Derecho romano clásico ni el que hoy aceptan los modernos romanistas, sino el que conocieron e interpretaron los glosadores» (17).

Por su parte, BORRELL dice que «el uso admitió, cual si fuesen leyes, las glosas de los glosadores y bartolistas más afamados», y aunque señala que «hoy no pueden invocarse sino con la eficacia limitada que la jurisprudencia concede a las opiniones de los autores» (18), dice esto con anterioridad a la Compilación, por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no porque en Derecho catalán fuera así, de modo que una vez que el párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación alude claramente a la doctrina, lo lógico es interpretar dentro de la misma la antigua glosa de los autores.

En relación con todo esto, hay que recordar que fueron los glosadores y postglosadores los que más insistieron en la adquisición tácita de las servidumbres y, concretamente, como dice BONET, es fundamental la concepción de BARTOLO. Lo que no comprendemos es cómo puede decir este autor que la adquisición tácita de las servidumbres por la vía del artículo 541 es extraña a la tradición jurídica catalana, reconociendo, como reconoce, que fue el movimiento de los glosadores y postglosadores, especialmente BARTOLO, quien, en base a los textos del *corpus Iuris Civilis* construyó la posibilidad de esta modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres en base a la voluntad tácita de las partes ante el signo

(17) *Derecho Civil de España*, I, 1955, pág. 295, nota 4

(18) BONET, *ob. cit.*, tomo I, págs. 25 y 26.

aparente de servidumbre existente entre dos fincas que habían pertenecido al mismo propietario (19). A menos que se entendiese que la doctrina de los glosadores y postglosadores no fue aplicable en Cataluña, pero frente a ello oponemos las dos importantes citas señaladas y la generalidad del párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación.

En fin, doctrina es también la opinión de CANCER respecto al caso planteado antes visto.

3.º Todavía hay más. En el Derecho romano y en el canónico, que eran aplicables en Cataluña y que, por tanto, entran en el concepto de leyes del párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación, también hay indicios de la adquisición tácita de las servidumbres por signo aparente. Baste señalar los tres textos antes citados, según interpretación de SIMONCELLI, pues la crítica negativa de BONET no es convincente, según hemos señalado. En relación con ello, nosotros no vemos contradicción en la existencia de una regla general sobre adquisición *nominatium* de las servidumbres en el Derecho romano y una regla especial dada la singularidad del supuesto del signo aparente derivada de los repetidos tres textos de PAPINIANO, JULIANO y JAVOLENO. En cuanto al Derecho canónico, que también era aplicable en Cataluña, según es sabido, volvemos al libro de BONET, donde se cita al Cardenal De Luca y a la «Rota Romana» del modo siguiente: «la presunción de servidumbre también se advierte en las decisiones de la «Rota Romana» y en el Cardenal De Luca. Ahora bien, existe un matiz con la doctrina de BARTOLO; mientras que para éste los hechos y la circunstancia atestiguan la conciencia del derecho que puede ser protegido, puesto que hay un consentimiento tácito de las partes, para la Rota y el Cardenal la cuestión se pone en si tales actos constituyen una servidumbre. Para el Cardenal De Luca la constitución de la servidumbre se justifica por derecho natural (*Discuss.* III., núm. 3) y distingue las servidumbres necesarias de las servidumbres que implican una mayor comodidad y amenidad; para las primeras cree que deben presumirse constituidas, mientras que para las segundas se trata de una cuestión de hecho» (20). A nosotros no nos interesa este matiz, pues creemos que la doctrina de BARTOLO era fundamental en aquella época, sino destacar, desde distintas fuentes y perspectivas, la conciencia que existía acerca de la adquisición tácita de la servidumbre en ese caso especial del signo aparente.

4.º Además, la estricta tradición jurídica catalana, entendiendo por tal en materia de servidumbres, la contenida en las «Ordinaciones de Sanctacilia» no se opone de modo tajante a la adquisición por signo aparente, tal como la había interpretado BARTOLO y la doctrina de aquella época, sino que simplemente la silencia. Lo único que pretenden las Ordinaciones es excluir la usucapión de determinadas servidumbres. Concretamente, la Ordenación 62 dice: «Idem, el que tendrá ventana, no la pueda obtener por prescripción, si no la tiene con escritura de su vecino; en otra manera se entiende hecha en fraude de la otra parte» (21). Se alude, efectivamente, a la escritura o «carta» del vecino, pero el propósito de esta alusión es, como se ve claramente por la redacción, excluir la prescripción. No hay ningún precepto que diga que el único modo de constitución de la servidumbre de ventana es la escritura del vecino. Lo único que se pretende en el artículo 62 es excluir la prescripción, no pronunciarse sobre otros

(19) BONET CORREA, comentario del *Anuario de Derecho Civil*, citado, pág. 197

(20) BONET CORREA, *ob cit.*, págs. 37 a 44.

(21) Tomamos esta traducción literal del libro de PELLA Y FORGAS, citado, pág. 159.

modos concretos de constitución que pudieran existir aplicando otras fuentes.

En cambio, no se negará que la tradición jurídica catalana es partidaria de admitir las conjeturas y la voluntad tácita en la interpretación de ciertas instituciones, concretamente en materia sucesoria. Por ello, no vemos tan extraña la idea de conjetura o voluntad tácita que pueda resultar de la aplicación del artículo 541. Incluso dentro de las «Ordinaciones» se advierte la importancia de la presunción de voluntad a efectos de extinción de la servidumbre por cerrar el signo externo de la misma. Así, en las Ordinaciones 51 y 64. La Ordenación 51 dice: «Además, si alguno hubiere poseído lucerna o lucernas y aquel cuyas son las cerrare o las haga cerrar, si después quisiere abrirlas, entiéndese que ha perdido toda la servidumbre y posesión y jamás las podrá volver a abrir.» Y la Ordenación 64: «Además, si alguno tendrá lucerna sobre el predio de su vecino, poseída por treinta y más años, y voluntariamente la cerrará, y después en algún tiempo querrá abrirla, no puede hacerlo, antes pierde en todos tiempos toda la servidumbre que ha tenido, mientras el otro pueda probar que la hubiere cerrado» (22). Si el cerrar la ventana implica para las Ordinaciones la extinción de la servidumbre, por qué no interpretar que se supone una voluntad presuntamente extintiva y por qué no interpretar que desde esa perspectiva no sería tan extraña a las Ordinaciones la adquisición por voluntad presunta derivada del signo aparente. Obsérvese que no decimos que de las Ordinaciones resulte este modo adquisitivo tácito, sino que no hay nada que se oponga con fundamento a la admisión del mismo por otras fuentes. Recuérdese también la Ordenación 59, no como expresiva de tal constitución tácita, sino como expresión de la importancia del signo aparente en la tradición jurídica catalana.

5.º Si pasamos a los preceptos de la Compilación vigente, ya hemos dicho que no hay referencia a los modos de constitución de las servidumbres y que ello nos lleva directamente al Código Civil a través de la disposición final 2.ª Pero incluso la redacción de ciertos preceptos de la Compilación nos da pie para pensar que ésta no ha querido excluir la aplicación del artículo 541 del Código. Así, la redacción del artículo 283 en su comienzo es muy significativa: «no podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes». En vista de esta redacción, síntoma de un criterio excluyente de lo que no es aplicable en Cataluña: «no podrán constituirse», nosotros entendemos lo contrario que la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 1977 antes citada, que si la Compilación guarda silencio es que no ve ningún inconveniente en la aplicación del artículo 541, pues si lo hubiera visto, habría dicho expresamente, igual que lo dice respecto a la usucapión en el 283, que «no podrán constituirse por signo aparente las servidumbres».

Por otro lado, el criterio de los Ordinaciones 51 y 64 antes vistas, se recoge en el artículo 284 diciendo que ciertas servidumbres adquiridas por usucapión «se extinguirán cuando por voluntad del dueño del predio dominante se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía». ¿No significa esto dar importancia a la voluntad tácita extintiva del dueño manifestada por la desaparición del signo aparente?

(22) Traducidas también por PELLA Y FORGAS, págs. 158 y 159

Por último, es importante hacer constar, a propósito de aquella referencia de BONET a las tendencias autonomistas, que otros territorios forales, también influidos por el Derecho romano, no han tenido inconveniente en recoger claramente la institución del artículo 541 del Código Civil. Concretamente, de modo expreso, aunque con alguna matización, la Ley 398 de la Compilación de Navarra recoge en su apartado tercero el precepto del artículo 541 del Código en los siguientes términos: «Asimismo se considerarán como servidumbres los servicios establecidos con signo aparente entre fincas de un mismo propietario, cuando se separe la propiedad de ambos por actos *inter vivos* o de la última voluntad de aquél, y al tiempo de la separación subsiste el signo y si el título de disposición no excluye expresamente la servidumbre.» Por otro lado, la Compilación de Baleares, de algún parecido con la de Cataluña en varios aspectos, no alude para nada a las servidumbres, lo que significa que rige claramente el artículo 541 del Código Civil.

Además, en casi todos los Códigos europeos y americanos existe un precepto similar al artículo 541 del Código, por lo que si no se aplicase a Cataluña, quedaría como un islote sin un precepto que responde a una finalidad sentida por casi todos los países. En fin, el artículo 541 no recoge para nada la tradición del Derecho castellano en concreto, sino la interpretación de glosadores y postglosadores, según hemos visto antes, por lo cual también se podría decir que es un precepto que no es muy conforme con la estricta tradición jurídica castellana, gallega, aragonesa, etc.

J. M. G. G.

ZONA MARITIMO-TERRESTRE: ES BIEN DE DOMINIO PUBLICO QUE ESTA FUERA DEL COMERCIO, NO PUDIENDO PERJUDICARLE LA INSCRIPCION REGISTRAL NI LA POSESION A FAVOR DE PARTICULARES, LOS CUALES DEBERIAN HABER PROBADO LA DESAFECTACION DE ESA ZONA DE SU CONDICION DE DOMINIO PUBLICO (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formuló demanda contra don Javier B. A. y doña María Cristina B. A., suplicando se dictase en su día sentencia por la que se declare que los terrenos que constaban inscritos en el Registro a favor de los demandados, descritos en la demanda, situados en la zona marítimo-terrestre, son de dominio público, siendo, en consecuencia, nulas y sin valor ni efecto las adquisiciones e inscripciones registrales correspondientes, debiendo acordarse la cancelación en el Registro de la Propiedad de Bilbao-Oriente de dichas inscripciones.

Los demandados contestan oponiendo que desde hace ciento treinta y nueve años aparece documentado, en título público y notarial el pleno dominio y la quieta y pacífica posesión de las fincas y desde hace ciento ocho años esta propiedad que les corresponde está amparada por el Registro de la Propiedad, pues se trata de enclaves de propiedad particular.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Bilbao dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara haber lugar al recurso, por las siguientes declaraciones de la primera sentencia rescindente:

«Considerando que ejercitada por el Abogado del Estado, en la representación del mismo, la acción reivindicatoria de los terrenos comprendidos dentro de la zona marítimo-terrestre, conocida por Barrica, del término municipal de Plencia, delimitada por deslinde, que quedó firme, acordado por Orden del Ministerio de Hacienda de uno de diciembre de 1970, se establecen como hechos y razonamientos jurídicos, conformes éstos con la doctrina de esta Sala, en la sentencia que se recurre: que el deslinde, al que se ha hecho referencia, patentizó que los terrenos ocupados por los demandados, están efectivamente comprendidos dentro de esa zona marítimo-terrestre, sin que, por tanto, pueda dudarse de la identidad de los bienes que se reivindican; que los terrenos objeto de reivindicación, “por lo menos cuando se practicó el deslinde en 1970, resultan totalmente inundados por las máximas mareas vivas equinocciales”; que siendo de dominio público la zona marítimo-terrestre, es la propia Ley el justo título que legitima al Estado para ejercitar la acción entablada, bienes que, además, no tienen acceso al Registro de la Propiedad; “que dada la atribución, en principio *ex lege*, a favor del Estado sobre la propiedad de los terrenos veinvindicados, el *onus probandi* corresponde a los demandados, en cuanto afirman la propiedad del terreno de que se trata”; “que la legalidad vigente (Ley de Puertos y Ley de Costas) admite la posibilidad de la existencia de enclaves de propiedad particular dentro de la zona marítimo-terrestre, legalmente adquiridos”.»

«Considerando que es tesis de la recurrida sentencia la de que, cuando comprendidos dentro del perímetro de la zona marítimo-terrestre existen terrenos que no pueden ser alcanzados por las mareas más altas, por tener costas más elevadas que las máximas pleamares, es claro que sobre tales terrenos caben verdaderos derechos de propiedad en favor de particulares, “porque realmente abarcan porciones que no constituyen la zona marítimo-terrestre, aunque estén delimitados dentro de la misma”, y como si bien actualmente el terreno reivindicado se ve totalmente invadido por las mareas vivas equinocciales, es de colegir que tal suceso, aunque sin poder precisarse cuándo se produjo, lo hubo de ser relativamente reciente, habiendo datos, como el haber existido un vivero de chopos, islas verdes que sobresalen del resto del terreno arcilloso, restos de un viejo molino de los llamados de marea, como de muros de piedras, que necesariamente han de estimarse como mojones, hitos o contenciones, que definían el límite de las mareas más altas, de lo que deduce que el terreno litigioso no estaba cubierto por el mar en su flujo y reflujo, lo que unido a la inscripción registral de más de cien años con tracto ininterrumpido y posesión inmemorial, concluye el Juzgador que el terreno de que se trata como de la propiedad de los demandados.»

«Considerando que consecuentemente con lo expresado, la conclusión a la que llega el Juzgador tiene por fundamento una afirmación, calificativa de unos terrenos y una presunción, cual es, la de haber existido una línea delimitativa de la zona marítimo-terrestre en tiempo anterior a la señalada en el deslinde más baja que ésta y, por tanto, terrenos que no eran zona marítimo-terrestre; teniendo por fundamento aquélla, el que

aun estando dentro de la zona marítimo-terrestre los terrenos que por su mayor cota no los cubren las mareas más altas, no pertenecen a dicha zona, lo que determina que puedan ser objeto de propiedad particular sometida a la normativa general en cuanto a su adquisición y conservación y, deduciendo la presunción de los datos físicos referidos.»

«Considerando que contra aquella afirmación se alzan los motivos tercero y cuarto del recurso, amparados en el número primero del artículo 339, número 1.º del Código Civil y doctrina establecida en las sentencias de esta Sala que se citan, y la interpretación errónea de los artículos 1.º de la Ley de Puertos y de la de Costas, y siendo lo cierto, que si conforme a estos últimos citados artículos, constituye la zona marítimo-terrestre “el espacio de costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas y las mayores olas, en los temporales en donde no lo son”, quedando, por tanto, delimitada esta zona o franja de terreno por dos líneas, la una exterior, que la forma el reflujo o descenso de la marea cuando es sensible, o el mar en calma, cuando no lo es, iniciándose en la misma el mar litoral, y la otra interior, que la señala el flujo o ascenso de la marea, o en su caso, las mayores olas; la mera circunstancia de que en el terreno comprendido entre una y otra línea existan formaciones rocosas, arenosas o terrosas, que por la cota alcanzada no son cubiertas por el mar en esos movimientos u oleajes, pero que quedan rodeados por éste de tal modo que al llegar el mar a esa línea interior no tienen acceso natural, no teniendo otro carácter que el de meras accesiones de la misma, o en todo caso, pequeñas islas que serían propiedad del Estado, no pueden quedar excluidas de integrar esa zona con su consecuencia natural de ser de dominio público y sometidos a su propia normativa, y al no entenderlo así el Juzgador de Instancia, incurrió en los vicios de los que se acusa a la sentencia, en uno y otro motivo, que por ello han de ser estimados.»

«Considerando que por lo que respecta a aquella presunción, se combate en el segundo de los motivos del recurso, también amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo 1.253 del Código Civil, y que ha de ser estimado por estas dos razones: a) porque como se da por probado en la recurrida sentencia que el terreno que se reivindica está totalmente invadido por las mareas vivas equinocciales, esto es, está dentro de lo que constituye zona marítimo-terrestre, y b) porque de lo que la propia sentencia denomina datos, como lo son el que en esa zona hubiese existido un vivero de chopos, la actual existencia de terrenos verdes, la de un cauce del antiguo vivero desembocaba en un molino contiguo, hoy derruido, de los llamados de marea, y restos de edificaciones de muros, puede llegarse como consecuencia obligada y lógica, a la de que en tiempos atrás la pleamar fuera más baja, esto es, la línea interior se acercase más al mar que la actual y, por tanto, que lo que es zona marítimo-terrestre no lo fuera en aquel entonces y cuyo fenómeno se afirma en la sentencia no puede precisarse cuándo se produjese, pues de tener en cuenta que la zona marítimo-terrestre no la forma una constante invasión del mar, sino una delimitación determinada por esas líneas exterior e interior, fijadas por ese flujo y reflujo u oleaje, el que compatibiliza, y así lo revela la propia Ley de Puertos, artículo nueve, el que existan plantaciones, obras y aprovechamientos que pueden ser sancionados por la Ley, me-

dian­te concesiones, o con­tra­rios a la mis­ma con la con­se­cuen­cia inheren­te, como no me­nos enclaves de pro­pie­dad pri­va­da, cuan­do el Es­ta­do desa­fec­ta ter­re­nos de esa zona, de su con­di­ción de do­mi­nio pú­bli­co, pero que cla­ro, ha de ser pro­ba­do por el par­ti­cu­lar cuan­do surge cues­ción sobre ello, y sin que su­pon­ga al­teración de aque­lla de­li­mi­ta­ción, es decir, de su con­di­ción de zona ma­rí­ti­mo ter­restre, y en ausen­cia de aque­lla prueba, de do­mi­nio pú­bli­co, por lo que entre un he­cho y otro no exis­te aquel en­lace pre­ci­so y di­rec­to en el que ha de es­tri­bar la prueba de pre­sun­cio­nes no es­ta­ble­ci­das por la Ley.»

«Con­side­ran­do que la es­ti­ma­ción de estos tres mo­ti­vos im­plica, por aque­lla pro­pia ar­gu­men­ta­ción ju­rí­di­ca de la re­cur­ri­da sen­ten­cia, a la que se hizo re­fe­ren­cia, y en sín­te­sis lo es, la inaliena­bi­li­dad e im­pres­crip­ti­bi­li­dad de estos bie­nes, si­tu­a­dos fu­e­ra del co­mer­cio de los hom­bres, así como el que no tenien­do acce­so al Re­gis­tro de la Pro­pie­dad, su con­te­ni­do tam­poco puede per­ju­di­car­les, por lo que, ni aque­lla in­scrip­ción, ni su po­se­sión por los de­man­da­dos, puede servir de tí­tu­lo que jus­ti­fi­que su pro­pie­dad por parte de éstos y, por el con­tra­rio, su pro­ce­den­te reivin­di­cación por el Es­ta­do y, por tan­to, al no re­co­no­cerse así por el Juz­ga­dor, in­ci­dió en los vicios de que se acusan a la re­cur­ri­da sen­ten­cia en los mo­ti­vos quin­to y sexto, que han de ser igual­men­te es­ti­ma­dos y con ello el re­curso sin nece­si­dad de exa­mi­nar el mo­ti­vo res­tan­te; no se hace ex­pre­sa im­po­si­ción de costas.»

En la se­gun­da sen­ten­cia el Tri­bu­nal Su­pre­mo de­cla­ra que los ter­re­nos in­scri­tos a fa­vor de los de­man­da­dos si­tu­a­dos dentro de la zona ma­rí­ti­mo ter­restre son de do­mi­nio pú­bli­co, sien­do nulas y care­cien­do de to­do valor y efec­to legal las in­scrip­cio­nes de di­chos bie­nes en el Re­gis­tro de la Pro­pie­dad.

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE UNAS MAQUINAS EMBARGADAS POR DEUDAS DE UN SIMPLE ADQUIRENTE FIDUCIARIO DEL TERCERISTA. TRANSMISION INEXISTENTE POR FALTA DE CAUSA (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—La so­cie­dad anóni­ma «Afa» for­mu­ló de­man­da con­tra don Ma­nuel J. Nieto y don José Luis P. La­gu­na, en su ca­li­dad de eje­cu­tan­te y eje­cu­ta­do res­pec­ti­va­men­te, en pro­ce­so eje­cu­ti­vo cam­bia­rio, sobre ter­ce­ría de do­mi­nio res­pec­to a dos pa­las car­ga­do­ras sobre neu­má­ti­cos y dos mo­ti­ni­vela­do­ras, alegan­do que ha­bían si­do em­bar­ga­das por deudas del de­man­da­do don José Luis P. La­gu­na, a pesar de no ser el ver­da­de­ro tí­tu­lar de las mis­mas, sino un me­ro ad­qui­ren­te de la so­cie­dad ac­to­ra a efec­tos ad­mi­ni­stra­ti­vos con cam­bio de nom­bre en la Je­fa­tu­ra Pro­vin­cial de Trá­fi­co y con ca­rá­cter pu­ra­men­te no­mi­nal y fi­du­cia­rio, pues era un Con­se­je­ro De­le­ga­do de la so­cie­dad y tí­tu­lar de la ma­yo­ría real del ca­pi­tal so­cial que se pre­stó a si­mu­lar esa ad­qui­si­ción, sus­cri­biendo un do­cu­men­to pri­va­do a ma­ne­ra de con­tra­de­cla­ra­ción, en ga­ran­tía de la so­cie­dad. Su­plica se dicte sen­ten­cia de­cre­tan­do la in­me­di­ata sus­pen­sión del apremio y de­cla­ran­do que las cua­tro re­se­ña­das má­qui­nas son de la pro­pie­dad ex­clu­si­va de Afa, S. A., sien­do nulo e ineficaz el am­bar­go tra­ba­do.

El de­man­da­do don Ma­nuel J. Nieto con­tes­ta a la de­man­da oponién­dose y alegan­do que las má­qui­nas son pro­pie­dad del eje­cu­ta­do don José Luis

P. Laguna, y así constan inscritas a su nombre en el Registro de Vehículos Automóviles de la Jefatura Provincial de Tráfico, cuyo carácter público es evidente. El otro demandado, el citado ejecutado también se opone a la demanda.

El Juez de Primera Instancia número ocho de Sevilla dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada en lo fundamental por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por don José Luis P. Laguna, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que al declararse probado por el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, que las máquinas objeto de reivindicación en la tercería de dominio de que estas actuaciones proceden, son de la propiedad de la entidad actora y que la transmisión realizada por ésta a favor del recurrente, fue meramente aparente y no real, según reconoce expresamente dicho señor en el documento privado de 27 de marzo de 1969, autenticado por la prueba pericial (tercer considerando de la sentencia de primer grado y segundo de la de apelación) y, al estimar inexistente aquella transmisión por falta de causa, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.275 del Código Civil doctrina consignada, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de 8 de febrero de 1963 y 26 de abril de 1967, dicho Tribunal no ha incurrido en la infracción que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el único motivo del presente recurso, no sólo porque tal consecuencia se deduce del sentido literal del propio artículo 1.275, antes citado, que considera inexistentes los contratos celebrados con causa torpe o ilícita (SS. de 6 de junio de 1916, 6 de diciembre de 1947 y 31 de octubre de 1955), como lo serían aquellos cuya finalidad consistiera en evitar que los acreedores pudieran embargar la maquinaria de la sociedad vendedora, que es lo sucedido en el supuesto que aquí se contempla, según los hechos declarados probados en la resolución que se impugna, a quien está encomendada su apreciación (SS. de 20 de octubre de 1966 y 11 de mayo de 1970), sino también porque el problema suscitado en el recurso, no se planteó durante el período expositivo del pleito, por lo que constituye una cuestión nueva, encajable en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Trámites y determinante de su desestimación en esta fase del procedimiento, aparte de que la regla segunda del artículo 1.306 del Código Civil, no es aplicable cuando la nulidad de un contrato se funde en su simulación o cuando sólo uno de los que lo suscribieron entregó algo y el recurrente fue el único beneficiado por el mismo (SS. de 30 de junio de 1931 y 7 de febrero de 1959); por todo lo cual debe rechazarse el motivo y declararse no haber lugar a la estimación del recurso formulado.»

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—Don Julián O. Bruguera formula demanda contra la Asociación para el Estudio y Defensa de los intereses de la clase obrera, contra «Constructora e Inmobiliaria Galicia, S. A.», e «Inmobiliaria Techo, S. A.»,

señalando que la finca que constaba inscrita a nombre de esta última en el Registro de la Propiedad número diez de los de Madrid era inexistente en la realidad, suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: *a)* Que se reconozca que la finca controvertida y objeto de litis forma parte integrante de la finca número 5.121, descrita en el hecho cuarto de esta demanda y, por tanto, no puede ser una finca jurídica y realmente existente ni por ello figurar como independiente e inscrita como tal en el Registro de la Propiedad, como así sucede y con el número 46.615; *b)* Que se declare que el pleno derecho de propiedad sobre la finca controvertida le corresponde plenamente al demandante y demás coherederos que señalaba, por ser aquella parte integrante de la citada finca número 5.121; *c)* Que se declare la nulidad de todas las inscripciones que originaron la creación de la finca número 46.615, descrita en el hecho primero de la demanda y la cancelación de los asientos correspondientes a la misma en el Registro de la Propiedad; *d)* Que las costas de este procedimiento le sean impuestas íntegramente a las sociedades demandadas, por su mala fe al originar con su conducta esta litis.

La parte demandada contesta oponiéndose y suplicando se dictara en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas.

El Juez de Primera Instancia número 16 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en cuanto a que la finca 46.615 se halla parcialmente integrada, tal como está descrita en el asiento registral, dentro de la finca del demandante, debiendo rectificarse la extensión y linderos de la inscripción, de acuerdo con la realidad física reflejada en los planos acompañados al informe pericial emitido para mejor proveer por los Peritos Ingenieros Técnicos en Topografía, declarando igualmente la nulidad y ordenando la cancelación de la actual inscripción en cuanto esté en desacuerdo con los indicados planos. No hizo especial condena en costas.

Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia confirmando la apelada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por las entidades demandadas, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos 2.º, 3.º y 4.º:

«Considerando que conforme a constante doctrina jurisprudencial, para el éxito de la acción reivindicatoria se requiere que quien lo ejercite justifique cumplidamente los requisitos siguientes, a saber, su justo título de dominio, la identificación de la cosa que reclama y la posesión o detentación de la misma por el demandado, siendo tales requisitos hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia, que ha de ser respetada en casación a menos que prospere la impugnación que se formule al amparo del número séptimo del mencionado artículo 1.692.»

«Considerando que por esa vía procesal se articulan los motivos primero, segundo y sexto, el primero de los cuales denuncia error de hecho y los dos últimos, sendos errores de derecho en la apreciación de las pruebas, todos ellos deben ser desestimados; en cuanto al error de hecho, porque los documentos que se invocan carecen de autenticidad a efectos de casación, ya que por sí no patentizan nada que expresamente se opon-

ga a lo que la sentencia recurrida afirma, cual tendría que acontecer para que tal error pudiera ser recogido; y en cuanto al error de derecho, porque es preciso citar la Ley referente a la valoración de la prueba que haya sido infringida por la sentencia impugnada, y ni el artículo 348 del Código Civil, ni los artículos 504 y 506 de la Ley Procesal, que son los preceptos legales que al efecto se invocan, contienen norma alguna de valoración de prueba.»

«Considerando que la desestimación de los tres motivos examinados en el considerando que antecede, acarrea la de los tres restantes, en todos los cuales se incurre en una petición de principio, pues se construyen partiendo del supuesto, que establecen por su cuenta los recurrentes, de que el actor no ha probado el dominio, ni ha identificado la finca de que se trata, siendo así que la Sala sentenciadora afirma lo contrario en declaración de hecho que ha quedado incólume.»

SERVIDUMBRE DE LEÑAS Y HIERBAS: DERECHO DE REDENCION DE LA MISMA POR PARTE DEL DUEÑO, AUNQUE EN EL TITULO CONSTITUTIVO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL SE ESTABLECE LA PERPETUIDAD DE LA SERVIDUMBRE. NO CABE RENUNCIA GENERAL A DERECHOS TODAVIA INEXISTENTES (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1977).

Hechos.—Dan Amadeo T. Amat presentó demanda contra el Ayuntamiento de Berga, suplicando se dictara sentencia por la que se declarase que el actor tiene derecho a redimir la servidumbre de leñas y demás productos que a favor del Ayuntamiento de Berga, en representación de los vecinos y propietarios forasteros, consta inscrita en el Registro de la Propiedad gravando la finca, condenando al demandado a otorgar escritura pública de redención y ordenando al Registrador de la Propiedad la cancelación de la inscripción causada por la Sentencia del Juzgado de 25 de enero de 1968, que reconoció la condición de este derecho real inscribible a la servidumbre de autos.

El Ayuntamiento de Berga contesta a la demanda oponiéndose y suplica se dicte sentencia desestimando la demanda y subsidiariamente se declare que el Ayuntamiento tiene un derecho de servidumbre consistente en poder beneficiarse y hacer suyo el cincuenta por ciento de los aprovechamientos forestales en la zona de la finca Estany, proporción que ha de servir para fijar el tipo de capitalización a utilizar en la redención de la servidumbre y no el cuatro por ciento del valor anual de los productos, como pretende el actor.

Evacuado el escrito de réplica del actor y practicada la prueba pertinente, que se unió a los autos, el Juez de Primera Instancia de Berga dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara haber lugar al recurso, por lo que se dice en la primera sentencia:

«Considerando que ejercitada en estos autos una acción basada en los artículos 603 y 604 del Código Civil, por el propietario de los terrenos afectados por servidumbre sobre derechos de hierbas, aleñar, hacer carbón y madera, gozar y usar de todo género de maleza y leña comprendidos en los parajes que cita, formula la acción de redimir dichas cargas, contra la sentencia que desestimó la demanda se alza el recurso, el primero de cuyos motivos se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando como concepto de infracción la violación, consistente en no aplicación de los artículos 603 y 604 del Código Civil y de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 1947 y 9 de febrero de 1920, y debe sentarse inicialmente que las partes litigantes consideran como título de servidumbre la concordia firmada entre la Universidad de la Villa de Berga y los señores que cita, firmada en el año 1687, que pactan tales servidumbres en favor de los beneficiados, con carácter perpetuo, refiriéndola a los habitantes presentes y futuros, con pacto de no pedir otra cosa más que lo allí pactado y convenido, y con base fundamental en dicha concordia la sentencia recurrida, que confirma la dictada en primera instancia, tras de citar en el segundo de sus considerandos las Sentencias de esta Sala de 5 de enero de 1912 y 5 de diciembre de 1930, transcribe la doctrina de las mismas, que consiste en que, “aunque el pacto de perpetuidad no excluye sin más el derecho de redimir, ni sea oportuna una renuncia de derechos en forma genérica de aquellos cuyo nacimiento sea posterior al acto de la servidumbre” acepta la contraria solución, dado el contenido de la concordia, título de las servidumbres, y entiende y declara que aparece en ella la realidad de un acuerdo de no redimir vinculante al propietario, debiendo notarse la disconformidad de tal interpretación con la lógica, si se tiene en cuenta que la concordia en la que el Juzgador encuentra la existencia del pacto de no redimir data de 29 de enero de 1687, y el derecho de redención que ahora se ejercita nace con el Código Civil, es decir, cuando han transcurrido más de dos siglos desde la supuesta renuncia a derechos no existentes, y que después de transcurrido tan largo espacio de tiempo nacen a la vida del derecho, y debe proclamarse que cabe establecer la distinción entre la perpetuidad de estas servidumbres que es la naturaleza normal de las mismas y la facultad de ser redimidas, que no supone su negación, puesto que tal redención se ejercita mediante el pago de su valor que establece el artículo 603 invocado y que conforme a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos acepta la ahora recurrida, tiene en cuenta las orientaciones doctrinales que, fundadas en la tendencia desvinculadora inspiró la labor de codificación, debiendo tenerse presente la doctrina que sientan las Sentencias de esta Sala de 9 de febrero de 1920 y 8 de mayo de 1947, que declaran, respectivamente, que el artículo 604 del Código Civil concede en absoluto y especialmente, sin limitación al particular dueño de todo terreno gravado con servidumbre de aprovechamiento de leñas y demás productos forestales, el derecho de redimir la carga mediante el pago de su valor, y que la Ley no pone límite ninguno por su condición de perpetuidad, estando previsto en el Código el remedio contra la duración indefinida mediante el precepto contenido en el artículo 603 que establece la facultad atribuida según jurisprudencia al dueño de la cosa gravada, a redimir tal gravamen y medio de hacerlo, razones que conducen a declarar no existe obstáculo

legal alguno para el ejercicio de la acción y debe estimarse que la resolución recurrida ha cometido el vicio de violación de los artículos 603 y 604 del Código Civil y de la doctrina citada. .»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda en cuanto a la acción de redención de las cargas, pero no en cuanto a la pretensión de ordenar al Registrador de la Propiedad del partido la cancelación de la sentencia antes inscrita, por no existir razón jurídica para ello, sin perjuicio de las consecuencias que a fines registrales dé lugar la ejecución de la redención de las servidumbres

TERCERIA DE MEJOR DERECHO: DEMANDA INTERPUESTA EXTEMPORANEAMENTE POR HABERSE YA REALIZADO EL PAGO DE LOS BIENES ADJUDICADOS. A EFECTOS DEL ARTICULO 1.533 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL NO PUEDE CONSIDERARSE COMO MOMENTO DE INTERPOSICION DE LA DEMANDA DE TERCERIA LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA CONTRA LA HACIENDA PUBLICA EJECUTANTE. LA VULNERACION DE UNA NORMA ADMINISTRATIVA NO SIRVE PARA FUNDAR UN RECURSO DE CASACION CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—El Banco Mercantil e Industrial, S. A., y el Banco Hispano-Americano, S. A., interponen demanda de tercera de mejor derecho contra «Agrupación de Envasadores de Aceite, S. A.», y contra la Administración Pública, exponiendo en síntesis: que cada uno de los demandantes había seguido en su día juicio ejecutivo contra la sociedad demandada, habiendo obtenido el embargo de sus bienes en el año 1967; que en ejecución de un acuerdo del Consejo de Ministros por la que se ponía una sanción de diez millones de pesetas a la referida sociedad, el Recaudador de Contribuciones correspondiente embargó también dos de las fincas de la misma; que el 26 de noviembre de 1969, la Zona de Recaudación anunció la subasta de los bienes de la deudora, según el *Boletín Oficial de la Provincia*, adjudicándose tales bienes al que resultó ser mejor postor por ocho millones treinta y dos mil pesetas, cuyo dinero aplicó el señor Recaudador de Contribuciones a cancelar diversas partidas que no eran objeto de la presente litis y además ingresó en la cuenta del Tesoro de la Delegación de Hacienda de Barcelona, la cantidad de siete millones ciento treinta y dos mil seiscientos cincuenta y cinco pesetas, por el concepto «Ministerio de Comercio, Disciplina del Mercado, número 27.568», cuya partida es objeto de reclamación en estos autos; que con fecha 22 de diciembre de 1969, los ahora demandantes formularon reclamación en vía administrativa ante el Ministro de Hacienda, habiendo transcurrido los cuatro meses que señala el Estatuto de Recaudación sin haber obtenido contestación respecto al mejor derecho de los demandantes, por lo que dentro de los quince días siguientes establecidos por la Ley General Tributaria, se veían en el caso de interponer la presente demanda, suplicando al Juzgado se declarara el mejor derecho que ostentan los demandantes, con prelación entre ellos que de sus títulos resulten, a hacerse pago en cuanto alcance, de los créditos ejecutados por la cantidad de siete millones ciento treinta y dos mil seiscientos cincuenta y cinco pesetas, ingresada en el Tesoro por la Recaudación de Contribuciones.

Contestada la demanda por el Abogado del Estado en representación de la Administración, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número once de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis desestimatoria de la demanda de tercera originaria de las actuaciones de que deriva el presente recurso, se basa en las afirmaciones siguientes: 1.º El pago se entiende producido al acreedor ejecutante—el Estado—, en el procedimiento de apremio seguido por la Oficina de Recaudación de Contribuciones e Impuestos del Estado, cuando, rematados los bienes en la subasta llevada a cabo en veintitrés de diciembre, con fecha veintisiete de diciembre, el cesionario de remate efectúa el ingreso del precio de remate en la Oficina Recaudadora; 2.º Los terceristas no acreditaron, en el expediente administrativo, haber producido su reclamación previa al ejercicio de la acción civil; 3.º La acción civil se deduce ante la jurisdicción competente, una vez ya realizado el pago, con el ingreso efectivo del importe obtenido en la subasta, en las Cajas del Tesoro; 4.º Que este pago, efectuado antes de la presentación de la demanda, vedaba la admisión de ella, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 5.º Que la indebida admisión de la demanda, violando la norma de referencia, no permite entrar en la cuestión de fondo, puesto que las causas de inadmisión, forzosamente han de serlo de desestimación de demanda indebidamente admitida.»

«Considerando que contra la aludida sentencia, levanta el recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, con amparo en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia “la infracción de Ley, por cuanto—se dice—ha habido defecto en el ejercicio de la jurisdicción, dejando de conocer la Sala sentenciadora cuando había el deber de hacerlo”; en defensa de tal motivo, argumenta el recurrente: a) Que dicha Sala se abstuvo de conocer del asunto por entender que, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.533 de la referida Ley, nunca debió admitirse la demanda, cuando la realidad es que la tercera actual no descansa en la existencia previa de un embargo practicado *en juicio ejecutivo*, sino en el realizado por la Hacienda Pública, al cual no es aplicable el precepto invocado; b) Que en el procedimiento administrativo se denomina tercera a la reclamación dirigida al Ministro de Hacienda, la cual produce efectos automáticos en el expediente—artículos 230 y 231 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 y artículos 179 a 183 del Reglamento General de Recaudación y cuya tercera fue presentada, por tanto, en 26 de diciembre de 1969, o sea, antes que se hiciera pago del producto de la consumación de la venta, lo que ocurrió el día treinta siguiente’.”»

«Considerando que lo que verdaderamente viene a sostenerse en este motivo, es que la sentencia recurrida aplica indebidamente el precepto invocado—artículo 1.533—porque, para el recurrente, la tercera se dedujo el 26 de diciembre de 1969 cuando se presentó la reclamación adminis-

trativa, o sea, cuatro días antes de verificarse el pago, y, por tanto, resultaba presentada antes de dicho pago y en tiempo oportuno.»

«Considerando que esta cuestión, así planteada, merece el calificativo de nueva, por cuanto, en la demanda originaria de las actuaciones se sostenía que la tercera se deducía con la interposición de dicha demanda, y sólo después, cuando se deduce el recurso de reposición contra la providencia que decreta la inadmisión de la aludida demanda de tercera, se aventura, a vía de hipótesis, que “salvo que se interprete que la tercera propiamente dicha no es la presente que se interpone con la demanda, sino que la tercera propiamente dicha y a que ha de referirse tal artículo—el 1.533—es la que ya se interpuso con anterioridad al pago ante el excelentísimo señor Ministro de Hacienda”.»

«Considerando que por ser cuestión nueva, ya no puede ser examinada y resuelta en la casación, de conformidad a lo dispuesto en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia concordante; aunque conviene destacar que el artículo 1.533 de dicha Ley, en su último párrafo, se refiere a la presentación de la demanda de tercera de mejor derecho deducida en la vía judicial, tanto contra el embargo que se practica en un juicio ejecutivo, como contra el que se lleva a cabo por la Hacienda Pública para el cobro de sus créditos—bien provengan éstos del impago de contribuciones e impuestos, bien procedan de otras causas—, porque, lo que con la aludida demanda se pretende, es que la jurisdicción ordinaria declare el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante o embargante, y, por tanto, la extemporaneidad a que alude el precepto es a la de la demanda judicial y no a cualquier otra reclamación que se pueda deducir en distinta vía.»

«Considerando que en el motivo segundo, con apoyo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la “infracción por aplicación indebida del artículo 1.533, último párrafo, de la propia Ley, formulándose tal motivo, como *subsidiario* para el supuesto de que el primero no sea acogido por considerar que no es el cauce adecuado el número sexto del referido artículo 1.692”, y se argumenta en defensa de tal motivo, que aquel precepto—el artículo 1.533 *in fine*—es de aplicación cuando la tercera de mejor derecho descansa en un juicio ejecutivo, pero no lo es cuando descansa en un embargo practicado por la Hacienda Pública, ya que entonces—se alega—, la tercera está constituida por la reclamación dirigida al Ministro de Hacienda, quedando expedita la vía judicial si la denegare, como expresa el artículo 230 del Estatuto de Recaudación y como ha reconocido la propia Administración que, según consta en autos, “comunicó a sus principales la resolución dictada por el Ministro de Hacienda, advirtiéndole que queda expedita la acción ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que habrá de promoverse en el plazo de quince días, a contar desde esta notificación”.»

«Considerando que a este segundo motivo le son aplicables los mismos razonamientos que al primero: constituye una cuestión nueva que no tiene, por tanto, acceso a la casación, y, por añadidura, y como ya queda razonado, el párrafo último del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la impugnación de cualquier clase de embargo, ya sea practicado en juicio ejecutivo, ya sea llevado a cabo por la Hacienda Pública para el cobro de sus créditos; este motivo, por consiguiente, también tiene que decaer.»

«Considerando que en el motivo tercero, y también por la vía del número primero del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia “la infracción por violación, al no aplicarlo, del artículo 231, párrafo tercero, del Estatuto de Recaudación, y del artículo 6.º3 del Código Civil”, sosteniéndose que el artículo invocado del Estatuto de Recaudación, *a sensu contrario*, producía de modo automático la obligación por parte de la Administración de depositar el producto de la consumación de la venta en la Caja de Depósitos, afecto al resultado de la reclamación, obligación que no cumplió, infringiendo claramente lo dispuesto en el repetido artículo 231, 3.º, al ingresar dicho producto en el Tesoro.»

«Considerando que tampoco este motivo puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, no puede fundarse un recurso de casación civil, por infracción de Ley, en la supuesta vulneración de una norma administrativa—Sentencias de 8 de julio de 1918, 5 de agosto de 1919, 8 de mayo de 1922, 3 de mayo de 1923, 8 de mayo de 1925, 17 de marzo de 1927, 7 de mayo de 1935, 15 de marzo de 1940, 12 de febrero de 1958 y 25 de febrero de 1960—; para que este motivo declarara el éxito, tendría que declarar la jurisdicción civil—como el recurrente sostiene—que la Administración no cumplió y, por tanto, que infringió lo dispuesto en el artículo 231, párrafo tercero, del Estatuto de Recaudación, lo cual no es función de esta jurisdicción y sí propio de la contencioso-administrativa; y además, se vendrá a dejar ineficaz un acto administrativo que había ganado firmeza.»

«Considerando que afirmado por la sentencia recurrida que la demanda de tercería de mejor derecho fue deducida “una vez ya realizado el pago con el ingreso efectivo del importe obtenido en la subasta, en las Cajas del Tesoro”, y no combatidas en forma eficaz tan rotundas afirmaciones, es visto que hay que concluir proclamando—como lo hace la sentencia recurrida—que, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultaba vedada la admisión de tal demanda, sin que se pueda entrar a conocer la cuestión de fondo que en ella se planteaba, porque aquella causa de inadmisión de la demanda es forzosamente ahora causa de desestimación de la indebidamente admitida; por lo que el motivo cuarto del recurso también tiene que decaer, pues en él se acusa la infracción por violación, al no aplicarlos; de los artículos 1.927, en relación con el 1.923 del Código Civil, y 44 de la Ley Hipotecaria, relativos a la prelación de créditos, que es la cuestión de fondo que el recurso plantea.»

MONTE COMUNAL EN NAVARRA. INTERPRETACION DE LA PALABRA «HELECHAL». LEY 388 DE LA COMPILACION: APROVECHAMIENTOS DE HELECHOS QUE NO IMPLICAN PROPIEDAD DE LOS TERRENOS QUE SON COMUNALES. LA ACCION REIVINDICATORIA BASADA EN POSESION INMEMORIAL NO REQUIERE PETICION DE NULIDAD DEL TITULO DE LA OTRA PARTE. USUCAPION «CONTRA TABULAS», NO «SECUNDUM TABULAS» (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Doña Begoña y doña Ana María E. Allende y varios más formulan demanda contra el Ayuntamiento de Vera de Bidasoa, contra la

Excelentísima Diputación Foral de Navarra y contra el Abogado del Estado sobre reivindicación de fincas rústicas, suplicando se dictara sentencia por la que, estimando la demanda, se hagan las siguientes declaraciones y condenas: 1.º Que las fincas que se describen en el hecho primero de la demanda pertenecen en pleno y exclusivo dominio a los demandantes, por novenas e iguales partes; 2.º Que, como consecuencia de la anterior declaración, las referidas fincas han de quedar excluidas en la catalogación del Monte Ibardín, número 638, o aquel que le correspondiera en la actualidad, hecha en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de Navarra, en favor del Ayuntamiento de Vera de Bidasoa; 3.º Que asimismo, se excluya a dichas fincas del Inventario Municipal de Bienes del citado Ayuntamiento, en el supuesto de hallarse incluidas en el mismo; 4.º Que son nulos y sin ningún valor ni efecto, cualquier título o certificación en que los demandados funden su derecho sobre los bienes objeto de este litigio; 5.º Que, consiguientemente, son también nulas y cancelables, las inscripciones o asientos registrales que puedan obrar en el Registro de la Propiedad de Pamplona y se hallen en contradicción o se opongan al dominio e inscripciones a favor de los demandantes; 6.º Que los árboles plantados por el Ayuntamiento de Vera, en las fincas litigiosas, pertenecen en propiedad a los actores; 7.º Finalmente, se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, dejando las fincas a la libre y entera disposición de los demandantes.

Contestan a la demanda, oponiéndose, el Abogado del Estado, el Ayuntamiento de Vera de Bidasoa y la Excelentísima Diputación Foral de Navarra, destacando estos dos últimos que se trata de terrenos pertenecientes al monte Ibardín comunal del Ayuntamiento de Vera y que la expresión «helechal» que aparece en los títulos de los actores se refiere exclusivamente al derecho de aprovechamiento vecinal del helecho en los citados terrenos comunales, que ha venido concediendo el Ayuntamiento a los vecinos. El Ayuntamiento formula, además, reconvención.

El Juez de Primera Instancia número dos de Pamplona dictó sentencia desestimando la demanda, estimando la reconvención del Ayuntamiento en el sentido de que los terrenos discutidos pertenecen al patrimonio comunal del Ayuntamiento sin que sobre los mismos tengan los actores ningún derecho de propiedad, declarando la nulidad y cancelación de todas las inscripciones que aparecen en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandantes y que contraigan el derecho de propiedad del repetido Ayuntamiento.

Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores por entender que se había producido interpretación errónea de la Ley 388 de la Compilación de Navarra y por aplicación indebida de los artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria, al aplicarse la usucapión *secundum tabulas* a favor del Ayuntamiento, olvidando que los actores tienen su propia inscripción registral y que se trataría de una usucapión *contra tabulas*, aparte de otros motivos, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos 2.º y 3.º:

«Considerando que el motivo primero del recurso denuncia la interpretación errónea de la Ley 388 de la Compilación del Derecho Civil Foral

de Navarra, siendo completado por el motivo segundo que aduce la violación del artículo 1.253 del Código Civil, que no pueden prevalecer frente a la apreciación conjunta de la prueba realizada en la instancia, pues no sabe en casación acudir a la prueba de presunciones cuando ha sido utilizada la prueba directa, no impugnada por el cauce procedente, que conduce a la firmeza de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo*, aparte de que, dispuesto por la citada Ley 388 que "bajo la denominación *helechal*, cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales", la interpretación literal, lógica y sistemática del título de los recurrentes, sobre todo de los términos "producción de determinados carros de helecho" de cada uno de los terrenos, sólo puede referirse a los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho del monte comunal, y aun en el supuesto de que la Sala sentenciadora hubiese estimado la existencia de una presunción *iuris tantum*, inalterables como han quedado los hechos, la deducción es por completo lógica y congruente.»

«Considerando que tampoco pueden prevalecer los restantes motivos del recurso por envolver cuestiones nuevas no planteadas en el período expositivo del pleito, aparte de que también son desestimables en el fondo; el motivo tercero porque se aparta del fallo recurrido que sólo niega a los actores el derecho de propiedad sobre los terrenos que declara pertenecientes al patrimonio comunal del Ayuntamiento de Vera de Bidasoa, no a los aprovechamientos de helechos; desestimación que acarrea la del cuarto, que no es más que su proyección registral; el motivo quinto, porque no era necesario para el ejercicio de la acción reivindicatoria por el Ayuntamiento la repetición de nulidad del título de los actores, ya que aquél estaba fundado en la usucapión como consecuencia de la reconocida posesión inmemorial; y el sexto, porque no se ha dado la usucapión *contra tabulas*, sino *secundum tabulas*, procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DIFERENCIAS ENTRE MANDATO REPRESENTATIVO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Don Ramón fue nombrado administrador apoderado de una Cooperativa Farmacéutica, fijándosele una retribución. Cesado posteriormente en su cargo por la Junta Rectora, demanda a la Cooperativa ante la jurisdicción laboral, quien se declara incompetente. Deduce entonces la demanda solicitando indemnización ante los tribunales ordinarios.

Aunque fue acogida su pretensión en la Audiencia, el Supremo estima el recurso de la entidad demandada y absuelve a ésta.

Doctrina de la sentencia.—Lo contratado no fue la actividad del actor, ni como fin, característica del contrato de trabajo, con subordinación de disciplina y de dependencia, ni como medio, sin dependencia, cual sucede en el contrato de arrendamiento de servicios, cuyo objeto es una prestación material o intelectual, con remuneración perfectamente precisada, sino del nombramiento del actor como administrador apoderado de Cofex, por quien estaba facultado para ello, especificándose en dicha escritura la actividad a desarrollar por el actor, la cual se refiere tanto a la relación material entre éste y aquél, como a la relación externa de representación directa, lo cual determina que dicho contrato haya de ser calificado de mandato representativo retribuido.

En lo concerniente a la revocación del mandato acordado por el presidente de la Junta Rectora de Cofex, ha de tenerse en cuenta que siendo el mandato un contrato civil de confianza puede el mandante revocarlo a su voluntad y obligar al mandatario a devolver el documento en que conste; no se opone a la revocación el hecho de estipular un plazo de vigencia, siendo lícita la revocación, aunque se pacte lo contrario—número 1.º del artículo 1.732 y 1.733 del Código Civil y Sentencias del 30 de junio de 1891 y 16 de enero de 1960—, y si bien es cierto es válido el pacto de irrevocabilidad, cuando no se indemnice al mandatario, tampoco ofrece duda que, en el caso de autos, no fue establecido dicho pacto, ni la sociedad Cofex se comprometió a la irrevocabilidad por causa onerosa con terceros.

Aunque la interpretación contractual, por ser función privativa de los Juzgados de Instancia, ha de prevalecer en principio en casación, puede ser impugnada cuando se acredite que la Sala de Instancia ha infringido alguna de las normas legales de hermenéutica contractual al aplicar los hechos fijados reveladores de la voluntad de las partes en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil aparece establecido el aforismo *in claris non fit interpretatio*, ya que la claridad de los términos de un contrato eliminan la necesidad de interpretarlo, que es lo que sucede respecto al contenido del contrato citado en lo referente al alcance y significación de la renuncia a la indemnización expresada, evidentemente sin ninguna clase de condicionamiento, sino de manera pura y simple.

LOS HECHOS NO SE INTERPRETAN (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Jurídicamente hablando, los hechos como tales entidades objetivas se aprecian, se valoran, se obtienen consecuencias de ellos o se combaten, pero no se interpretan en sentido técnico, sobre todo con las normas de hermenéutica de los artículos 1.281 y siguientes del Código, que son las invocadas, pues están de suyo reservadas a la interpretación de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular.

LAUDO ARBITRAL: LOS ARBITROS DEBERAN AJUSTARSE A LAS DECLARACIONES COMPRENDIDAS EN EL COMPROMISO, SIN EXTENDERSE A OTRAS, QUE NO PUEDEN DARSE POR SOBRENTENDIDAS (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Para que pueda prosperar el recurso de nulidad, establecido en el artículo 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, contra los laudos dictados por los árbitros de equidad, es preciso que dichos señores hayan rebasado en su actuación el mandato que les fue conferido en la correspondiente escritura de compromiso, resolviendo cuestiones de carácter principal no incluidas en aquélla, o en general excediéndose en la función que les fue encomendada, extralimitación que deberá acreditarse a través de un proceso comparativo entre los términos consignados en aquella escritura que constituye el elemento delimitativo de las facultades de los árbitros y los pronunciamientos contenidos en el laudo que dichos señores emitieron y que se ha producido en el presente caso, pues la resolución arbitral practicó no sólo la liquidación de las cuentas procedentes de las dos compañías, sino además la de otra distinta denominada Conevoz, S. A., que para nada se menciona en el convenio, alegando para ello que así se deduce de «los actos coetáneos y posteriores de las partes y de la propia intencionalidad de los otorgantes», sin tener presente que, según ha indicado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, la decisión de los árbitros deberá ajustarse a las declaraciones contenidas en el compromiso, sin extenderse a otras diferentes que no pueden darse en modo alguno por sobrentendidas.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL USO DE UN AUTOMOVIL IMPLICA UN RIESGO, SUFICIENTE PARA ACARREAR AQUELLA RESPONSABILIDAD (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Un camión circulaba tan arrimado a la acera que golpeó con un borde a un niño en la cabeza, ocasionándole graves lesiones que le han causado permanentes secuelas. Los padres demandan al conductor del camión y a la compañía Magefesa, propietaria del mismo, reclamando una fuerte indemnización. Se acogió íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—De entre los sistemas distinguidos por la doctrina científica, consistentes en el legal o de prueba tasada, que impone al Juzgador determinado criterio valorativo aun en contra de su propia convicción, el de libre apreciación, que prescinde de todo razonamiento o análisis crítico, y el del examen lógico de todos los diversos elementos probatorios recogidos en el proceso ponderándolos con la más amplia libertad de raciocinio a fin de fijar en la sentencia los hechos objeto del debate que merezcan la calificación de ciertos, han sido abandonados por modo general en materia civil los dos primeros, dando dominio al último por las garantías que los razonamientos llevan consigo, en cuanto justifican el cabal discurso del correspondiente órgano jurisdiccional decisor, alejándolo de lo arbitrario y personalista.

A impulsos de la doctrina dominante en el ámbito civil, por imperativos de la necesidad de reparar los daños causados en el intercambio social de actividades, la jurisprudencia de esta Sala viene inclinándose de forma acusada hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada «culpa aquiliana», en virtud de lo cual, sin prescindir de los perfiles subjetivos, lo que todavía es imposible dentro de nuestra normativa, pondera de manera fundamental otros factores, como son el riesgo inherente a la movilización de determinados elementos, los que lleva consigo la consagración de una profesión determinada y los de la compensación en los beneficios de una actividad lucrativa que tiene como contrapartida las consecuencias de aquellos riesgos, conducente a la inversión de la carga de la prueba, y que concretamente aplicado a supuesto, cual el ahora contemplado, de responsabilidad derivada de la posesión de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considera como una responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión y utilización, prescindiendo de la persona del que lo maneja, y determinante de responsabilidad en tanto no se declare probado que el accidente fue producido por fuerza mayor o por un siniestro inevitable, entre el que es de incluir el atribuirle a la conducta del perjudicado o a un tercero, y aun así, siempre y cuando conste que el conductor del vehículo ha observado la diligencia debida, a causa de que el uso de un automóvil, ya de por sí, implica un riesgo para el tráfico y este riesgo es suficiente para acarrear aquella responsabilidad, en tanto la Sala de Instancia sentenciadora no la declare desvirtuada por un actuar extraño generador del daño causado, en cuanto que cuando resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción y bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el actor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidado debidos, según las circunstancias, y que el accidente fue debido a causas que le fueren completamente ajenas

NO EXISTE VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO EN LOS DUEÑOS DE UNA OBRA QUE NO PAGAN AL CONTRATISTA POR OBSERVARSE EN LA MISMA GRAVES DEFICIENCIAS (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Según constante jurisprudencia de esta Sala, la resolución contractual por incumplimiento de obligaciones recíprocas, que el artículo 1.124 del Código Civil establece, requiere determinadas exigencias, entre las que como más importantes se encuentran la de que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado de tal modo que no se conciban unas obligaciones sin las otras, que exista verdadero incumplimiento y no sólo un cumplimiento tardío en relación con el tiempo estipulado, que la acción resolutoria la ejercite el perjudicado, o sea, quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte, debiendo manifestar su decisiva voluntad respecto a la opción —resolución o cumplimiento— que dicho precepto legal le otorga, y la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo

convenido, y aplicando esta doctrina al caso enjuiciado vemos que también hubo, por parte del contratista de la obra, incumplimiento del contrato o, al menos, un inadecuado cumplimiento del mismo, por lo que a la construcción de la fachada del inmueble se refiere, dadas las peligrosas grietas resultantes y que debido a negligencia del constructor o del director técnico, lo cierto es que a esta contingencia son ajenos los demandados, lo que justificaría por parte de éstos el impago de la cantidad que adeudan a fin de que se procediera a reparar esas graves deficiencias sin esperar a la terminación de la totalidad de las obras de construcción del edificio, circunstancia ésta que pone de relieve la inexistencia de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido que se requiere para la efectividad del mencionado artículo 1.124 del Código sustantivo, por lo que en todo caso ha de entenderse que al utilizar el Tribunal sentenciador de instancia el arbitrio que el párrafo tercero de dicho precepto legal le confiere, obró acertadamente, en consonancia con los principios de equidad que inspiran éste y con la doctrina establecida por esta Sala, según la cual ha de impedirse la resolución del vínculo contractual en aquellos en que no se patentice de un modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, no debiendo estimarse como verdadero incumplimiento contractual, a los efectos resolutorios del artículo 1.124, un simple retraso o una imperfección en el cumplimiento de la obligación.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NO ES NECESARIO EL REQUERIMIENTO PREVIO PARA LOS GASTOS QUE SE DEVENGUEN CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACION DE LA DEMANDA (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si por un lado la Ley de Propiedad Horizontal ha perseguido disciplinar el haz de derechos y obligaciones de los propietarios «con criterios inspirados en las relaciones de vecindad», estableciendo «las bases de una convivencia normal y pacífica», en palabras de su Exposición de Motivos, se ha cuidado de vigorizar «en todo lo posible la fuerza vinculante de los deberes impuestos a los titulares por lo que se refiere al abono de los gastos», según advierte el mismo preámbulo, y es en aras de tal razón finalista que aquel precepto imponga como previa a la vía judicial el requerimiento de pago en forma fehaciente al titular del piso o local como postrer intento de mantener en el círculo privado de las relaciones internas la renuncia a contribuir al pago de los gastos generales, pero una vez desoída la formal conminación e insistente el deudor en su voluntad rebelde al cumplimiento, el presupuesto de admisibilidad habrá que entenderlo acatado también en cuanto a los gastos posteriormente devengados y no satisfechos, pues así lo imponen la *ratio legis* y consideraciones de lógica cuando se trata de prestaciones de tracto sucesivo y realización periódica.

ERROR DE DERECHO: SE COMETE AL INFRINGIR UN PRECEPTO VALORATIVO DE UN MEDIO PROBATORIO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El error de derecho se comete cuando se infringe un precepto legal valorativo de un determinado medio probatorio, no reconociendo la eficacia que la Ley le otorga, vulnerando así una norma preestablecida y de obligado acatamiento a la que haya de ajustarse y es necesario para demostrar el error de derecho que se alega citar el precepto legal referente a la prueba que se haya infringido, así como concretar con claridad y precisión el concepto en que, a juicio del recurrente, la infracción se haya cometido.

LAS ACCIONES DEL MANDATO DERIVABLES A FAVOR DE TERCERO NO SE DAN CONTRA EL MANDATARIO (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Es consecuencia indeclinable del principio de contradicción, fundamento de nuestro proceso civil, que el litigio tenga que sustanciarse con todas las personas que están interesadas en la relación de derecho material objeto del proceso y que puedan resultar de algún modo afectados por la resolución judicial que le ponga fin; de ahí, pues, que esta Sala haya declarado: *a)* que en virtud de tal principio, como nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no deba dictarse una sentencia cuando haya de afectar a quien no ha sido parte en el proceso; *b)* que para evitar que puedan dictarse sentencias contradictorias hay que procurar que estén presentes en el proceso todos los que puedan resultar afectados por el fallo que en él se pronuncia, y que no quede fuera alguno que posteriormente pueda ser objeto de otro proceso sobre la misma relación de derecho material controvertida en el anterior; *c)* que de no seguirse estas normas, se produciría la posibilidad de que los diferentes fallos fueren contradictorios entre sí y de imposible ejecución, y *d)* que con ello se pondría en tela de juicio la fuerza de la cosa juzgada material.

Siendo la esencia del mandato el actuar por encargo y cuenta de otro, las acciones del mismo derivables a favor de tercero sólo se dan contra el mandante y no contra el mandatario, pues aquél es, en definitiva, el vinculado.

PUEDEN ACUMULARSE LAS ACCIONES QUE SE DERIVAN DE LOS ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Al denunciarse en el primer motivo la interpretación errónea de los artículos 39 y 40 de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 de diciembre de 1962, hoy artículos 1 y 2

del Texto Refundido de la misma, se parte en el razonamiento del motivo del supuesto erróneo de la incompatibilidad de la acción ejecutiva concedida por los artículos antes mencionados con la establecida por los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, incompatibilidad inexistente al proclamar el artículo 4 de la citada Ley y la jurisprudencia de esta Sala la posibilidad del ejercicio de ambas conjunta o separadamente.

Tampoco produce excepción de cosa juzgada el auto ejecutorio derivado del seguro obligatorio respecto de las acciones aquilianas otorgadas por el artículo 1.902 y sus complementarios, puesto que son acciones diferentes y derivadas de distinta causa.

Los dos últimos motivos en que respectivamente se denuncia la inaplicación y la interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 por estimar que las acciones que de ambos derivan no pueden ejercitarse simultáneamente, tampoco pueden prosperar, puesto que ambos supuestos se refieren a sujetos distintos y ninguna disposición legal prohíbe su acumulación.

RETRACTO DE COLINDANTES: EL ARTICULO 1.524 DEL CODIGO CIVIL HA DEROGADO AL 1.618 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN CUANTO SE REFIERE AL PLAZO PARA EJERCICIO DE LA ACCION DE RETRACTO (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Don Agustín compró una finca rústica de cabida inferior a una hectárea en documento privado en el que fijaba como precio la suma de 8.000 pesetas. Posteriormente, al hacer la escritura pública a su favor se puso como precio 500.000 pesetas. Un colindante lo demanda de retracto, consignando el precio fijado en el documento privado más otra cantidad igual para gastos. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Como tercer motivo se alega infracción del artículo 1.524 del Código Civil, en relación con el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que a falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del título traslativo del dominio, el plazo para ejercitar la acción de retracto ha de contarse a partir de la fecha de la escritura de venta que en este caso lo es la de 23 de diciembre de 1975, por lo que al presentar el actor su demanda de conciliación el 7 de enero siguiente y al formular la de retracto el 15 del mismo mes, se había superado el plazo de nueve días exigibles para el ejercicio de la acción, mas al razonar de esta manera olvida el recurrente que según jurisprudencia de esta Sala, el artículo 1.524 del Código Civil, posterior a la Ley de Trámites, ha derogado el artículo 1.618 de la misma, en cuanto se refiere al plazo para ejercitar la acción de retracto, por lo que desde la promulgación del Código sustantivo el término de nueve días se contará solamente desde la fecha de la inscripción de la venta de la finca en el Registro de la Propiedad o si no fuere inscrita, desde el día en que el retrayente hubiese tenido noticia de dicha compraventa, y como la sentencia impugnada declara que el demandante tuvo conocimiento de la venta, que no fue inscrita en el Registro, el 7 de enero de 1976, al interponer la demanda el día 15 del propio mes es visto que no había transcu-

rrido el término de nueve días que como plazo fatal, improrrogable y de caducidad señala el referido artículo 1.524 del Código Civil.

Es verdad que el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se trasmita la propiedad de la finca haya sido consumado, y así lo tiene declarado la jurisprudencia al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica, pues hasta entonces no se lesiona el preferente derecho del que la retrae, pero también es cierto que en el caso objeto de este recurso tal exigencia aparece plenamente cumplida, por cuanto si la escritura pública de compraventa—tradición simbólica según el artículo 1.462—se otorgó en 23 de diciembre de 1975, la demanda no se presentó hasta el 15 de enero de 1976, sin que por otra parte ello suponga, como el recurrente pretende al desarrollar el motivo, que la subrogación del retrayente haya de producirse en las mismas condiciones que en dicha escritura consta, pues la resolución impugnada declara que el retracto se ejercitó con base en el contrato privado de 23 de octubre de 1975, y que el objeto del otorgamiento del mencionado instrumento público no fue otro que el de constatar la voluntad de transmisión dominical a favor del comprador y la entrega simbólica de la finca, conforme al citado artículo 1.462, pero siendo el precio verdadero el estipulado en el primer contrato, el cual establece una presunción legal que determina la fecha de entrega en los casos de compraventa de un inmueble, pero que no obsta a que tal puesta en posesión en que dicha entrega consiste, se haya anteriormente producido, como en el presente caso acontece.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL REQUIERE LA CONCURRENCIA DE REQUISITOS OBJETIVOS, SUBJETIVOS Y CAUSALES
(SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Un bañista se sumergió en una piscina del Club Náutico Tarrasa, y advertida su presencia debajo del agua, fue sacado y sometido a auxilios, aunque no se le pudo salvar la vida. Sus herederos demandan al socorrista y al Club Náutico, quienes son absueltos por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El concepto de responsabilidad extracontractual requiere la concurrencia de requisitos objetivos, subjetivos y causales, según se establece en el artículo 1.902 del Código Civil y en la doctrina de esta Sala, evidenciando los hechos probados que en el caso de autos únicamente se produjo el objetivo, consistente en el fallecimiento de la víctima, pero no los otros dos, ya que los socorristas aplicaron las conocidas técnicas de socorrismo, como también se reconoce en el considerando segundo de la sentencia recurrida, proceder al que no se puede atribuir relación causal del fallecimiento de la víctima; y al no existir responsabilidad extracontractual, tampoco la indirecta del artículo 1.903 de igual cuerpo legal, igualmente aplicado indebidamente, lo que ha de originar la prosperabilidad del motivo.

DEFINICION DE DOCUMENTO AUTENTICO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Se entienden por documentos auténticos según repetida doctrina jurisprudencial, los que teniendo legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, acrediten por sí mismos sin necesidad de operaciones lógicas, un resultado en abierta discrepancia con el afirmado por el Juzgador *a quo*, que ha incurrido en error con evidencia objetiva y como tal dimanante con diafanidad del objeto o cuestión contemplada, que se impone por sí sola al sujeto del conocimiento, notas configuradoras de la autonomía del documento auténtico en su doble manifestación, aludida por la doctrina, de autosuficiencia y literosuficiencia (*probant se ipsa*).

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: TRATANDOSE DE OBRAS DE CONSERVACION DE EDIFICIOS HA DE ESTARSE A LO PACTADO POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1976).

El arrendador reclama a los arrendatarios una cantidad por no haber cumplido éstos los pactos contenidos en el contrato de arrendamiento, según los cuales podrían labrar el terreno que les convenga en los primeros años, pero el último labrará la mitad del terreno, dejando la otra mitad a disposición del dueño para que pueda hacerse cargo del mismo el nuevo arrendatario, así como la obligación de los arrendatarios de cuidar de la casa labor con sus dependencias para el servicio de la explotación. El Juzgado número 3 de Valladolid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, condenando a los demandados tan sólo por los daños causados en las edificaciones existentes en la finca arrendada, sin tener en cuenta los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra obligación.

El recurso de revisión, interpuesto por el demandante, es estimado sólo en parte. La estipulación referente al abandono de la mitad del terreno a favor de la propiedad en el último año ha de entenderse en el sentido de que este año el propietario o el nuevo arrendatario pudiera realizar las labores preparatorias del año siguiente, pero no para sembrarlo en ese año, ya que si no el arrendamiento para esa mitad no hubiera durado ocho años, sino siete. El incumplimiento de esa obligación puede originar el derecho del propietario a reclamar los daños y perjuicios por no haber podido sembrar en el año agrícola siguiente, pero no en el año último, porque en éste no había terminado el contrato todavía. La sentencia de la Audiencia no ha violado ni el artículo 1.281 ni el 1.285 del Código, al

interpretar la estipulación mencionada en ese sentido. Pero sí merece acogerse el motivo referente a las obras y reparaciones, ya que si el artículo 13 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos impone al arrendador la obligación de realizar las obras para conservación de la finca, el artículo 19 del mismo dice que cuando se trate de edificios será respetado lo pactado por las partes en el contrato y procede condenar a los arrendatarios a efectuar las obras de conservación y no sólo las necesarias para reparar los daños causados por su culpa o falta de diligencia, como estimó la sentencia recurrida, imponiéndose en este punto la revisión de dicha resolución.

DESAHUCIO: EL DERECHO DE PRORROGA DE LOS ARRENDATARIOS QUEDA ENERVADO POR EL DE NEGARSE A LA MISMA EL PROPIETARIO PARA CULTIVAR DIRECTAMENTE LA FINCA (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1976).

El actor, como usufructuario de la finca, en nombre propio y en el de su hermano, negó la prórroga que le fue propuesta por los hijos arrendatarios, al morir su madre que era la titular arrendaticia inicial y, al no haber desalojado la finca aquéllos, se formula juicio de desahucio por expiración de plazo. El Juzgado número 1 de Salamanca estimó la demanda, confirmando la Audiencia Territorial.

Se desestima el recurso de revisión. Es indiferente que el demandante fuese usufructuario o dueño, ya que con ello ningún perjuicio se causó a los recurrentes, porque estando sin extinguir el usufructo no se origina la resolución de contrato del artículo 9 del Reglamento y la acción se ejercita por quien era realmente arrendador y puede ejercitarla, siéndole reconocida su personalidad de arrendador y fuera del proceso por la firma del contrato, los pagos de la renta y la notificación del propósito de prórroga; si además demanda en beneficio de la comunidad, no es obligado el consentimiento de su hermano copartícipe, ya que el arrendamiento y la negativa a su prórroga son actos equiparables a los de administración, que representan facultades contenidas dentro de las muy amplias que hasta para vender le fueron otorgadas por su hermano en el correspondiente poder. La notificación fehaciente de quedar sin efecto el derecho de prórroga del arrendamiento con más de un año de antelación a la finalización del mismo, es preferente a la de la prórroga notificada por los herederos de la arrendataria, como se deduce del artículo 11 del Reglamento, al proponerse el cultivo directo de las fincas y haberlo notificado en tiempo oportuno.

DESAHUCIO: LA ACTORA ES TERCER ADQUIRENTE DE LA FINCA ARRENDADA Y CARECE, POR ELLO, DE LA ACCION EJERCITADA PARA EL DESAHUCIO DE LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1976).

Se solicita el desahucio de los arrendatarios ante el Juzgado de Marchena, oponiendo los demandados la excepción dilatoria de falta de personalidad en el procurador de la actora por insuficiencia o ilegalidad del

poder así como defecto legal en el modo de proponer la demanda. No estimó la demanda el Juzgado, pero la Audiencia Territorial revocó la sentencia anterior, declarando el desahucio de los colonos.

Tiene éxito el recurso de injusticia notoria, por cuanto la sentencia recurrida es incongruente, ya que la actual dueña de las fincas, y actora en el proceso, no se halla asistida de la acción que ejercita, ya que las fincas arrendadas fueron compradas para la sociedad de gananciales, régimen de su matrimonio, y, al fallecimiento de su marido por adjudicación en operaciones particionales, es decir, que la actora tiene la cualidad de tercer adquirente, lo que lleva como consecuencia la ineficacia de la acción que ejercita, pues no intervino en el contrato de arrendamiento, por cuya razón la acción inicio del proceso, apoyada en el artículo 11 y en el 28 del Reglamento, no puede prosperar, tanto más cuanto que no hay constancia del cumplimiento por parte de la actora de las obligaciones que le impone el artículo 27 del mismo Reglamento; es indiferente la forma en que la adquisición se haya producido, razones que llevan a estimar que se originó la denunciada incongruencia y, como consecuencia, que el motivo examinado sea acogido. Defectuosamente ejercitada la acción, la incongruencia se produce cuando no se llega a una resolución absolutoria, lo que no sucedió en este caso, tesis conforme con reiterada doctrina jurisprudencial, ya que los Tribunales no pueden dictar fallos apoyados en hechos que no hayan sido objeto de alegación y prueba

RETRACTO: NO CONOCIENDOSE EL PRECIO DE LAS FINCAS, OBJETO DEL MISMO, NO CADUCA LA ACCION PARA PEDIRLO (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1976).

El aparcerero ejercitó la acción de retracto de la finca rústica, consignando judicialmente el precio de venta. El Juzgado de Primera Instancia de Teruel estimó la demanda, pero la Audiencia de Zaragoza revocó esta sentencia.

Triunfa el recurso de revisión. Ambas sentencias coinciden en reconocer su derecho al actor, pero difieren en cuanto a la fecha en que el retrayente tuvo conocimiento de la transmisión efectuada. La primera considera que la demanda fue presentada dentro de los tres meses siguientes a esa fecha, pero la segunda cree que el plazo había transcurrido con exceso. El conocimiento de la venta ha de ser completo, de toda la operación transmisora, ya que si ha de subrogarse el adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de venta, mal puede hacerlo si las desconoce; en este caso, pese a las afirmaciones de las sentencias de instancia de que el retrayente conocía el precio, este hecho no es exacto, ya que de la lectura de la escritura pública de compraventa y del requerimiento notarial hecho, se deduce que el retrayente ni en aquellas fechas ni ahora conoce el precio de las fincas llevadas en aparcería, porque no se fija, referido a cada finca sino de forma global, quedando entre las arrendadas, fuera de las retraídas, una de once hectáreas y además existen otras en la escritura que no son objeto de retracto. En consecuencia, procede admitir la revisión por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental y por infracción del artículo 16 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO: EL ESTABLECIMIENTO DE UN INCREMENTO DE LA RENTA DEL DOBLE DE LA QUE SE VENIA PAGANDO DURANTE EL CONTRATO ES NULO Y NO IMPIDE LA CONTINUACION DEL DISFRUTE DE LA FINCA POR EL ARRENDATARIO, AVISANDO CON UN AÑO DE ANTELACION AL TERMINO DEL PLAZO DE SEIS AÑOS (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1976).

Solicitado el desahucio de los arrendatarios por finalización del contrato, lo concede el Juzgado de Torrijos, confirmando la Audiencia de Madrid.

No prospera el recurso de revisión. El arrendatario tiene derecho a la prórroga, pasados los seis años de un contrato de arrendamiento de finca rústica de renta igual o superior a cinco mil pesetas, pero siempre que lo notifique con un año de antelación al arrendador. El contrato tenía la cláusula de que, al terminar el mismo, si los arrendatarios quisieren continuar y no estuviesen conformes los arrendadores, la renta se subiría al doble de la consignada, con lo que se estableció una gravosa condición para impedir el uso de la prórroga, que por ser voluntaria para los locatarios y obligatoria para los propietarios en las mismas condiciones del contrato, es nula de pleno derecho y no hubiera privado a los arrendatarios de utilizar su derecho, avisando a los propietarios con un año de antelación. El abono de los impuestos por los arrendatarios, después de finalizar el arrendamiento, no implica la aceptación de la doble renta, sino la posibilidad de un comienzo de un nuevo contrato en condiciones a convenir, ya que el disfrute de la finca después de vencido el plazo obliga al arrendatario a seguir abonando la renta correspondiente al tiempo que posea la finca sin que el arrendador esté obligado a promover el desahucio inmediatamente de ponerse de manifiesto la conducta pasiva del colono, máxime cuando la existencia de la cláusula referida era indicio de la citada posibilidad.

RETRACTO: EL EJERCICIO DEL MISMO COMPETE AL NUDO PROPIETARIO SIN QUE PUEDA ADMITIRSE LA TESIS DE QUE SE DIVIDA LA POSESION ARRENDATICIA ENTRE USUFRUCTUARIO Y NUDO PROPIETARIO (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1976).

Ejercitado el retracto de las fincas por dos de las arrendatarias y por dos de los hijos de una tercera fallecida anteriormente, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba estima la excepción de falta de legitimación de dichos hijos, por no haberlo pedido el padre, usufructuario vitalicio de los bienes de su esposa, según el testamento de ésta; se concede respecto a los demás retrayentes. La Audiencia desestima todas las excepciones alegadas, confirmando en lo demás la sentencia de Primera Instancia.

No ha lugar a la revisión pedida. La falta de legitimación activa no puede admitirse porque los demandantes eran tales arrendatarios, como se deduce de los contratos en que fundan su acción, ya actúen como herederos de su madre o como arrendatarios por propio derecho, por ser los únicos que pueden invocar el carácter de herederos de la cotitular arren-

daticia. No puede admitirse que el arrendamiento sea ganancial por estar casadas las arrendatarias y corresponder el ejercicio a los maridos, ya que la actividad arrendaticia es personal y corresponde a la esposa arrendataria la acción sin más requisitos que la licencia marital para su ejercicio; en cuanto al viudo de la primitiva arrendataria, no ha querido continuar en el arrendamiento de la parcela porque ha preferido que lo hicieran sus hijos a la muerte de la madre, continuando desde entonces en la posesión de la finca, sin que pueda acogerse la tesis del recurrente de la división de la posesión arrendaticia de modo que se adjudique el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra, por ser contraria a la naturaleza del derecho de arrendamiento. También procede el retracto, aunque se ejercite sólo respecto a algunas parcelas y no respecto a otras, por constituir entre las tres retraídas más de la mitad de la extensión de la finca vendida, con lo que se cumple el artículo 16 del Reglamento. La petición del retracto en proindivisión sin concretar cuotas es lícita y correcta, ya que el precepto referido no exige determinación previa de partes para cada uno de los integrantes de ese conjunto, siendo evidente que la fijación de cuotas no afecta a vendedor y comprador sino a los propios retrayentes, quienes no han planteado cuestión sobre ello.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: NO VINCULA AL NUDO PROPIETARIO LA OBLIGACION DE CULTIVO DIRECTO ASUMIDA POR LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1976).

Ante el Juzgado de Don Benito se interpone demanda suplicando se declare que el arrendador ha incumplido su obligación de cultivo directo a la que se comprometió su madre y coarrendadora y el derecho del arrendatario a recuperar la posesión arrendaticia por el plazo de seis años. No se admitió la demanda, por lo que se interpuso la apelación ante la Audiencia de Cáceres, que tampoco prosperó.

No tiene éxito el recurso de revisión. La intervención del nudo propietario en la suscripción del contrato de arrendamiento rústico, formalizado por su madre usufructuaria, no confiere a aquél la cualidad de arrendador, ya que el nudo propietario no puede ceder unas facultades que no tiene, por corresponder a la usufructuaria. Sólo puede tener eficacia en el supuesto de extinción del derecho del usufructuario arrendador, facilitando la continuación de la relación arrendaticia, por adquirir la cualidad de arrendador a la muerte del titular. La propuesta del cultivo directo de la finca, hecha solamente por la usufructuaria, demuestra que ella sólo es la arrendadora. Careciendo el nudo propietario de la cualidad de coarrendador, la sentencia no ha violado el artículo 1, 2.º, del Reglamento en relación con los artículos 1.543 y 1.546 del Código, ya que no vincula a aquél la obligación legal de cultivo directo asumido por la usufructuaria. El mismo arrendatario reconoció esta desvinculación entre la madre y el hijo al concertar, fallecida ésta, un nuevo contrato de arrendamiento con el hijo, en quien se había consolidado el pleno dominio.

DESAHUCIO: PARA QUE EL ARRENDAMIENTO SEA CIRCUNSTANCIAL O DE TEMPORADA ES PRECISO QUE SE DETERMINE LA CLASE DE CULTIVO A QUE SE HA DE DEDICAR LA FINCA (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1976).

El contrato tenía un plazo de diez meses y, llegado el vencimiento del contrato el día 31 de octubre de 1973 se negó el demandado a desalojar la parcela, pretendiendo prolongar su posesión, por lo que se pidió el desahucio ante el Juzgado número 2 de Jerez de la Frontera. Se opuso el demandado alegando que este contrato, sujeto a la legislación especial, había de tener una duración mínima de seis años, sin perjuicio de la prórroga legal. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla dio lugar al desahucio.

El recurso de revisión es estimado en parte. No procede la excepción de la falta de legitimación pasiva porque el demandado es el que aparece designado como arrendatario en el contrato. En cambio, sí procede la admisión del tercer motivo en que se pide que se reconozca al contrato el carácter de arrendamiento ordinario y con un plazo de seis años, porque para que pueda tener eficacia la cláusula segunda de este contrato que determina su carácter de circunstancial o temporal, es preciso que se recojan en ella todas las circunstancias que han de concurrir para su concreción y una de ellas es la clase de cultivo a que ha de dedicarse, a fin de poderlo calificar como parcial o de temporada, y como tal requisito no consta, hay que llegar a la conclusión de que lo estipulado fue un contrato de arrendamiento ordinario de finca rústica.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: DEMOSTRADO QUE LA OCUPANTE DE LOS LOCALES ARRENDADOS ES UNA SOCIEDAD, AJENA AL ARRENDATARIO PRIMITIVO, PROCEDE LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1976).

Se solicita la resolución del arrendamiento por traspaso o subarriendo inconstituido. El Juzgado número 1 de Barcelona declaró resuelto el contrato y lo confirma la Audiencia.

El recurso de casación por infracción de Ley tampoco tiene éxito. Los actores han logrado acreditar que una sociedad, a la que es extraño el demandado, tiene a su cargo, desde abril de 1973, la explotación de la unidad comercial establecida en los cuatro locales a que la demanda se refiere, sin autorización expresa o tácita de los arrendadores y sin haber seguido para ello ningún camino legalmente hábil. El recurso se funda en que el arrendador no ha hecho el preaviso notarial a que estaba obligado por la condición 11.ª del contrato, lo que demuestra su falta de buena fe, pero esto es cuestión nueva que no puede ser examinada y que es causa

de inadmisión en este trámite del proceso. No se puede examinar, por tanto, la trascendencia, de aquella estipulación y, al realizarse el subarriendo sin consentimiento de la propiedad o el traspaso con infracción de lo establecido en la Ley, se da el incumplimiento por el arrendatario de una obligación que tiene a su cargo o más bien la desobediencia de una norma prohibitiva.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EL SOLO HECHO DEL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL DE NEGOCIO LLEVA IMPLICITA LA AUTORIZACION DE OBRAS DE INSTALACION DEL NEGOCIO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1976).

Se arrendaron varios pisos de un edificio para hostel-residencia, prohibiéndose al arrendatario la ejecución de obras, salvo en lo necesario para comunicar interiormente los pisos objeto del contrato. Enterados los propietarios de la realización de obras no autorizadas, consistentes en cuartos de ducha en las habitaciones, se les demanda para que desalojen el local. El juzgado número 8 de Madrid desestimó la demanda, como también la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de casación por infracción de Ley. Corresponde a los Tribunales de Instancia la interpretación de las cláusulas del contrato, sin que a ellas pueda oponerse el criterio de los litigantes, a menos que se padezca equivocación manifiesta. La aplicación de esta doctrina hace desestimables los motivos de casación alegados, pues como declara el tribunal *a quo*, el solo hecho del arrendamiento de un local de negocio lleva implícita la autorización de obras de instalación. Siendo el primitivo contrato que ligaba al arrendador con el traspasante de veinte años atrás, no es fácil suponer que el adquirente en 1965 tuviese el propósito de mantener el *status* en una industria de hostelería que, sin una nueva acomodación, sería ruinoso, por lo que se entiende concedida la autorización para las obras en cuestión, lo que hace desestimable la demanda.

DESAHUCIO: DEMOSTRADO QUE EL ARRENDAMIENTO LO ES DE INDUSTRIA, PROCEDE EL DESAHUCIO SOLICITADO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1976).

Se intenta el desahucio del arrendatario, ya que el contrato es considerado de industria, pero aquél se opone, alegando que el contrato es de local de negocio. El Juzgado de El Vendrell desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior sentencia.

No ha lugar a la casación por infracción de Ley. No se ha atacado la calificación de arrendamiento de industria por las normas hermenéuticas de los artículos 1.281 al 1.289 del Código, que ni siquiera se han citado en el recurso. Los documentos citados por el recurrente no tienen el carácter de auténticos a los efectos de la casación y es de confirmar la sentencia recurrida, que sienta como base fundamental lo siguiente: 1.º Que las partes suscribieron un contrato en 1 de diciembre de 1971 que

revela con claridad las intenciones de los contratantes de configurar un arrendamiento de industria, a la vista de las expresiones que emplearon; 2.º Que el citado contrato fue reconocido por el demandado en su contestación a la demanda, aparte de haber sido suscrito por él.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PRUEBA SUFICIENTEMENTE LA CONVIVENCIA UNICA Y EXCLUSIVA DEL RECURRENTE CON SU MADRE, ARRENDATARIA DE LA VIVIENDA (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1977).

Seguido juicio de cognición sobre resolución de arrendamiento de vivienda por fallecimiento de la inquilina, a lo que se oponen los demandados alegando subrogación de los dos hijos en los derechos de su madre, el Juez Municipal número 7 de Madrid estimó la demanda para uno de aquéllos y la subrogación en el arrendamiento para el otro. La Audiencia Provincial revocó la anterior declaración y afirmó la resolución del contrato para los dos.

Se interpone recurso de revisión que no prevalece. Amparado este recurso en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aportan dos documentos que se reputan decisivos, pero ninguno de ellos reúne los requisitos legalmente requeridos, ya que uno es una carta dirigida a la madre del demandado en la que se decía que el hijo viviría, una vez contraído matrimonio, al lado de ella, lo cual es intrascendente por sí solo y carece del carácter de decisivo que se exige en estos casos, para demostrar la convivencia única y efectiva del recurrente y el otro es una carta dirigida por éste a los inquilinos para que atestigüen que es el hijo que siempre convivió con la madre, la cual, aparte de carecer del valor decisivo que se le quiere dar, fue ya presentada en fotocopia con la demanda, señal de que no se trata de un documento que ahora se recobre ni estuvo detenido por fuerza mayor ni por la otra parte, por lo que procede desestimar la revisión pretendida.

C. R. R.

V. SUCESIONES

CUARTA FALCIDIA. REDUCCION DE LEGADO. CALCULO DE LAS LEGITIMAS EN CATALUÑA, RENDICION DE CUENTAS. NULIDAD DE PARTICION. INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Artículos 133, 198, 199, 222, 225 a 228 y 233 de la Compilación de Cataluña y 7, 675 y 885 del Código Civil (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1978).

El derecho al legado se adquiere por su delación en tanto que no haya sido renunciado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al re-

curso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal interpuesto por la actora y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había revocado la sentencia del señor Juez de Primera Instancia Decano de dicha capital.

La principal cuestión debatida gira fundamentalmente sobre si la detracción de la cuarta falcidia por los herederos puede afectar reduciéndolo al legado de bienes inmuebles establecido por el testador en los términos que recoge la sentencia, cuestión a la que responden negativamente el Juzgado y el Tribunal Supremo, basándose este último en la interpretación de los términos de dicho legado, según las siguientes consideraciones:

Considerando que, como aspectos esenciales en orden al recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta, de una parte, que las pretensiones formuladas por la demandante doña J. A. S., deducibles de los precisos y concretos términos de las súplicas de los escritos de demanda y de réplica que sirven de módulo rector al juicio en cuestión, con los siguientes: Primero.—Se corrija el inventario de los bienes relictos por don G. C. C., contenido en el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J. y protocolizado por el Notario de Barcelona, don ..., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, escritura número mil ciento cuatro de su protocolo de dicho año, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas; Segundo.—Se declare que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo; Tercero.—Se declare si es procedente en esta herencia que los herederos que lo desean puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidia, estableciendo asimismo, en caso afirmativo, su importe, declarando, en tal supuesto, que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del legado ordenado a favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacer suya la finca integrante; Cuarto.—Se declare que la citada demandante tiene derecho a disfrutar vitaliciamente de usufructo sobre los bienes libres de la herencia, y Quinto.—Se declare que la mencionada actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar un pase de cuentas de la administración, desde la fecha del fallecimiento de don G. C., del patrimonio por él relictos, incluidas las fincas durante el tiempo anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional, en que cada una de ellas haya sido administrada por persona o personas distintas de la que resulte ser definitivamente su adjudicataria; con la mención expresa de que una vez establecidas dichas cuentas, cada uno de los interesados tiene derecho a percibir lo que haya recibido en menos y la obligación de entregar lo que haya percibido de más, y, de otra parte, que la sentencia pronunciada en fase procesal de Primera Instancia, con desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario articulada por el demandado don P. C. A. y estimando la referida demanda formulada por doña J. A. S. contra don J. C. A., don P. C. A., don L. G. A. y don J.-M. P. J., declara: Primero.—Que procede corregir el inventario de bienes relictos por don G. C. C., contenido el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J. y

protocolizado por Notario don . . ., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas, adecuadamente al resultado de la prueba practicada para mejor proveer sobre dicho particular, adicionando el activo y detrayendo el pasivo que refiere el considerando décimo de tal resolución; Segundo.—Que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo; Tercero.—Que no procede, en la herencia litigiosa y por parte de los herederos, detraer ni retener falcidia; Cuarto.—Que la actora tiene derecho de usufructo vitalicio sobre los bienes libres de la herencia, y Quinto.—Que la actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar pase de cuentas de la administración desde la fecha de fallecimiento de don G. C. C., su causante, del patrimonio relicto, incluidas las fincas, durante el tiempo anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional en que cada una de ellas haya sido administrada por persona distinta de la adjudicataria, devolviendo o percibiendo lo que haya recibido de más o de menos, respectivamente.

Considerando que estableciendo un orden lógico en cuanto a los motivos formulados en apoyo del recurso de casación de que se trata, es de examinar en primer lugar los quinto y sexto amparados, respectivamente, en los números primero y séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentado el quinto en pretendida aplicación indebida del artículo trescientos cincuenta y nueve de dicha Ley de Trámites y de la doctrina legal establecida, entre otras en las Sentencias de diecisiete de abril de mil novecientos catorce, cuatro de julio de mil novecientos diecinueve, veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y tres y veintidós de abril de mil novecientos cincuenta, así como violación de los artículos mil setenta y nueve y mil doscientos sesenta y seis del Código Civil y de la doctrina legal establecida en las Sentencias de dos de julio de mil novecientos cuatro, cinco de marzo de mil novecientos veinte y veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, inaplicados al caso de autos debiendo serlo; y el sexto, en alegado error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos y actos auténticos que se citan, y que, en esencia y definitiva, se manifiestan consistentes en el resultado de valoraciones periciales, relación valorada de bienes notarialmente hecha por los señores C. A., informe de la Abogacía del Estado sobre el expediente de comprobación, en lo que afecta al *quantum* de los bienes hereditarios en cuestión, reconocimiento expreso de los citados señores C. en sus respectivos escritos de contestación a la demanda iniciadora del debate jurídico de que se trata y el propio contenido de la prueba pericial en que se basa la sentencia recurrida, en lo que se contrae a partidas omitidas.

Considerando que en trance de pronunciarse sobre el indicado quinto motivo, tendente a desvirtuar la apreciación de incongruencia que aprecia la sentencia recurrida, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número uno también de Barcelona, es de tener en cuenta que para apreciar la falta de congruencia, exigida por el artículo

trescientos cincuenta y nueve de la tan citada Ley de Trámites Civil, en el supuesto de discrepancia entre lo solicitado y lo resuelto, cual es lo contemplado en la tan mencionada sentencia recurrida, lo que ha de venir acreditado es no haberse dado cumplimiento al principio imperante en la materia *sentencia debet esse conformes libelle*, dejando sin posibilidad a los litigantes de rebatir los problemas planteados, con la indefensión que ello llevaría consigo, creándose discordancia y ausencia de correlación tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejercitado, según proclaman las Sentencias, entre otras, de seis de julio de mil novecientos cincuenta y dos, veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y veintiuno de marzo de mil novecientos setenta, toda vez que, como se pone de relieve en la de siete de mayo de mil novecientos sesenta y cinco y veinticuatro de febrero y veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y seis, el principio jurídico procesal de la congruencia supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos iniciales del pleito y la parte dispositiva de la decisión judicial que le ponga fin, y sin consideración a los razonamientos o fundamentación, según tiene establecido esta Sala en Sentencias, entre otras muchas, de diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, diecisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco y cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, ya que el principio *iura novit curia*, imperante en el ordenamiento jurídico procesal español, determina que los órganos jurisdiccionales no tengan obligación de ajustarse en sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes siempre que sean sustancialmente coincidentes con las peticiones formuladas, sin desviación de los aspectos fácticos en que aquéllos se soportan, como viene reconocido en Sentencia de veinte de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

Considerando que del mero aspecto comparativo entre las pretensiones insertas en la demanda de que se viene haciendo mención, reiteradas en réplica, y los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de la referida sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, de que se hace precisa y detallada expresión en el primero de los considerandos de la presente resolución, claramente se aprecia que ninguna discordancia se aprecia, en contra de lo apreciado por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, y, por el contrario, se observa en dicho fallo o parte dispositiva de la sentencia de Primera Instancia el debido rigor, en el orden decisor, de acatamiento a lo pretendido en la demanda en cuestión, y concretamente con limitación al pronunciamiento de corrección del inventario de los bienes relictos por don G. C. C. contenido en el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J. y protocolizado por el Notario de Barcelona, don . . ., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas, que autorizan los artículos mil setenta y nueve y mil doscientos sesenta y seis del Código Civil, el primero en tendencia complementaria o de adición de objetos o valores omitidos en el acto particional realizado y el segundo en efecto de corrección de error de cuanto derivado de tal complemento o adición, sin manifesta-

ción alguna, ni consiguiente pronunciamiento de nulidad de la referida partición, que desacertadamente aprecia la sentencia de Segunda Instancia objeto del presente recurso, pues que, en los aspectos de hecho y jurídico, en relación con pretensiones solicitadas, una cosa es la nulidad de una partición y otra el establecer en ella correcciones, reducciones de legado y denegación de cuarta falcidia, que, en cuanto ha sido también solicitado y acogido en la tantas veces aludida sentencia de Primera Instancia, implican mantenimiento de tal partición, aunque con las rectificaciones que esas declaraciones, de ser estimables, requieran realizar en ella, pero en manera alguna pueden generar incongruencia, dado que ésta se proyecta, según viene indicado, a la concordancia entre lo pedido y lo resuelto, y no con relación a la procedencia o improcedencia de los pronunciamientos solicitados sobre lo que deba manifestarse el órgano jurisdiccional, que no cabe apreciar faltar por la circunstancia que la repetida sentencia de Primera Instancia contraiga tal corrección de inventario solicitada dejándolo al resultado de la prueba practicada para mejor proveer sobre dicho particular, adicionando el activo y detrayendo el pasivo que refiere el considerando décimo de tal resolución, puesto que ese complemento declarativo no tiene más alcance que el de ser un extremo accesorio coadyuvante a la efectividad del fallo, que, como de esa índole, no genera incongruencia, según tiene declarado este Tribunal en Sentencias de siete de enero de mil novecientos veinte, veintinueve de mayo de mil novecientos treinta, veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y tres, nueve de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, once de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y treinta de mayo de mil novecientos sesenta y uno; y al no haberse entendido todo ello así en la sentencia impugnada origina violación de los preceptos y doctrina legal en que el examinado quinto motivo de casación se fundamenta, correctamente ejercitado en cuanto que se contrae no a un aspecto estricta y meramente procesal, sino de índole esencialmente sustantiva, al hacer aplicación con relación a la cuestión de fondo planteada en el juicio de una pretendida e inexistente apreciación de defecto de incongruencia en la sentencia de Primera Instancia, pero no manifestada en la sentencia recurrida, con lo que en realidad no se está contemplando en ésta una situación enmarcable dentro del ámbito de los números segundo, tercero y cuarto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectante a la incongruencia, sino una situación infractora en ellos reveladora, en definitiva, de una apreciación en rigor material del citado artículo trescientos cincuenta y nueve, en cuanto que, aplicándolo la Sala sentenciadora puede desvirtuar la solución dada por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia, afecta al problema de fondo, y en consecuencia, a dicho rigor material, con manifestación sustantiva de la indicada norma.

Considerando que tratando del sexto motivo, no puede olvidarse que la apreciación de documentos o actos auténticos tendentes a la demostración de evidente equivocación del Juzgador, y exigido por el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pueda ser apreciado alegando error de hecho, no puede deducirse, según pretende la recurrente, del resultado de informes periciales omitidos en las actuaciones, en que se apoya la Sala sentenciadora para dictar su fallo, ni de manifestaciones efectuadas en los escritos de contestación a la demanda; lo primero porque, siguiendo reiterada

doctrina jurisprudencial, no son documentos auténticos, a efectos de casación, los dictámenes periciales (SS. de esta Sala, entre otros de veintidós de junio de mil novecientos veinticuatro, treinta de enero y veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cinco, dieciséis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos y once de mayo de mil novecientos cincuenta y seis), y lo segundo a causa de que las manifestaciones de las partes en los escritos que integran el proceso, mientras no envuelvan un reconocimiento o allanamiento a las pretensiones contrarias, lo que no sucede en el supuesto actualmente contemplado, tampoco tienen el indicado preciso carácter de autenticidad, y mayormente, como se aduce en el presente caso, cuando las manifestaciones provienen sólo de algunos de los demandados, debido a que, de una parte, para que un documento o acto tenga el carácter de auténtico, a efectos de casación, es menester que por sí mismo haga prueba de su contenido, de tal suerte que contenga la demostración irrefutable sin acudir a analogías, deducciones, interpretaciones o hipótesis de un hecho que sea absolutamente contrario a las afirmaciones del Juzgador, mostrando la evidente equivocación de éste (SS., entre otras, de ocho de diciembre de mil novecientos treinta y tres, veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y seis, cinco de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, once de noviembre de mil novecientos sesenta y seis y veintiocho de abril y veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y dos), lo que de ninguna manera cabe apreciar del contenido de la contestación a la demanda efectuada por don J. C. A., obrante a los folios cuatrocientos trece y cuatrocientos cincuenta y tres de los autos, y a que la meritada recurrente se remite al respecto, pues que en tales manifestaciones, desvirtuando lo alegado en el motivo que se viene examinando, no se admite la procedencia de los incrementos y deducciones que la demandante alega a realizar en el inventario de las operaciones particionales controvertidas, sino, por el contrario, se afirma que «la herencia relicta por don G. C. C. es la relacionada en el cuaderno particional elaborado por el contador-partidor y liquidador don J.-M. P. J., y protocolizado en la Notaría de don , en veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, es decir, algo más de un año de la muerte del testador, y que obra acompañado a la demanda como documento doce, que se reconoce como auténtico», y aunque se admite por dicho demandado «también como formando parte de la herencia el montante de la mitad de los saldos de cuentas corrientes bancarias (hecho sexto de la demanda), seguidas a nombre del testador y de la actora—documentos veintitrés y veintiséis—y que ascienden en conjunto a la suma de ciento quince mil once pesetas con cuarenta y nueve céntimos», asimismo expresa «no pueden estimarse los supuestos créditos litigiosos referidos al mismo hecho de la demanda» y por lo que respecta al supuesto pasivo de la herencia que debe detraerse del activo sucesorio, para la exacta determinación del caudal relicto y al que se refiere la demanda (hecho seis, cuatro al seis, séptimo) esta parte no reconoce autenticidad a ninguna de las supuestas deudas de su fallecido señor padre, ni por los extraños recibos, casi todos prescritos, que exhibe la actora (documentos cuatro, cinco, seis, siete, ocho, nueve y diez de la demanda), reconociendo únicamente «los gastos de última enfermedad y entierro que ascienden a la suma de ciento setenta y cinco mil setecientas cincuenta y siete pesetas con diez céntimos (documentos setenta y dos a

ochenta y dos de la demanda)», «cantidad ésta que no figura en el cuaderno particional, al no figurar tampoco los saldos de cuentas corrientes, que en su integridad pertenecían al testador, y que se compensan mutuamente, por lo que ninguna alteración debe hacerse en el cuaderno particional por ambos conceptos», llegando, en definitiva, a establecer que «el caudal relicto de la herencia coincide, pues, con el inventario en el cuaderno particional»; y, de otra parte, porque la declaración de la autenticidad de un documento no puede limitarse reconociéndola en cuanto a unos contratantes y negándola para otros, por ser una cualidad objetiva (S. de este Tribunal de primero de julio de mil novecientos cincuenta y dos).

Considerando que continuando el desarrollo normal armónico de los motivos del recurso en cuestión, es adecuado centrarse en el primero, formulando, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tan repetida Ley de Trámites Civil, con fundamento en pretendida violación de los artículos doscientos veintiséis, ciento noventa y ocho y ciento noventa y nueve de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobado por la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, así como igualmente violación de los artículos doscientos veintisiete, doscientos veintiocho y doscientos treinta y tres de la propia Compilación, inaplicados al caso de autos, y de la doctrina legal contenida en las Sentencias de treinta y uno de diciembre de mil ochocientos noventa y uno y tres de junio de mil novecientos sesenta y siete, por entender la recurrente la no procedencia de la cuarta falcidia que la sentencia recurrida reconoce en favor de los demandados don J. y don P. C. A., por ser el parecer de aquella tanto que dicha cuarta falcidia está implícitamente prohibida por el testador don G. C. C., cuanto que el inventario exigible para que tal derecho pueda ser reconocido no cumple las formalidades legalmente requeridas a tal fin, al faltar en partidas del activo y del pasivo.

Considerando que la desestimación del invocado motivo primero, en cuanto al aspecto de prohibición implícita por el aludido testador en que se soporta, surge de que en el testamento otorgado por el causante don G. C. C., y que rige su sucesión, otorgado en la ciudad de Barcelona el día cinco de julio de mil novecientos sesenta y cinco, ante el Notario entonces con residencia en dicha capital don ..., ni en otro medio legal, no existe constancia alguna de que dicho testador hubiese establecido la prohibición de retención de la cuarta falcidia que autoriza el párrafo segundo del artículo doscientos veintiséis de la expresada Compilación, lo que determina que ninguna infracción, por violación, sea de apreciar en relación con tal precepto y doctrina legal a él referente, que la recurrente estima se ha producido en la sentencia impugnada, porque si ciertamente en la cláusula IV del referido testamento, al establecerse legado específico de la finca denominada «Plandolit y Ponet», sita en el término de Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana y, además, la mitad indivisa perteneciente al testador de dos fincas urbanas radicadas en la ciudad de Barcelona, una de ellas en Avenida General Goded, número cinco, y la otra en la calle Lincoln, número trece, cuya restante mitad indivisa de cada uno de estas dos últimas fincas pertenecía a la legataria, se consigna que es «libremente y sin limitación alguna» tal manifestación hay que entenderla relacionada exclusivamente con relación al legado a que se contrae y a los efectos que en cuanto al mismo pueda producir, pero no

entendiéndolo a prohibición de retención de la cuarta falcidia, a la que ninguna remisión se hace, ya que, conforme tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro y tres de febrero de mil novecientos sesenta y uno, toda interpretación, y por consiguiente, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigidas a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas en la Ley o en el acto jurídico y esa tesis referida a los testamentos, en cuanto se trata de una manifestación de voluntad no recepticia, alcanza especial relieve que el legislador reflejó en la normativa del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, concediendo notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, de acuerdo con la regla del Derecho romano *in testamentis voluntates testatium interpretantur*, y cuya aplicación en el supuesto actualmente contemplado conduce a entender que lo efectivamente querido por don G. C. C., mediante su examinada disposición testamentaria, fue que el legado específico aludido, conferido a su esposa doña J. A. S., lo percibiera ésta sin traba ni limitación, pero no que se privase del ejercicio del derecho de la cuarta falcidia que la meritada Compilación confiere a los herederos, y más habida cuenta que al consignarse la indicada manifestación testamentaria, referida a instituirse dicho legado «libremente y sin limitación alguna», a él exclusivamente hay que contraerlo, a tenor del criterio jurisprudencial al particular de que las palabras del testador han de entenderse llanamente y como suenan (SS. de este Tribunal de treinta y uno de diciembre de mil ochocientos setenta y dos y primero de febrero de mil ochocientos noventa y siete) y sin otra trascendencia, en cuanto a la cuarta falcidia, que el de examinar, cual se hará en posterior considerando, y en consecuencia decidir, si aquella expresión «libremente y sin limitación alguna», referida al mencionado legado específico, determina que haya de quedar exento de reducción que, en su caso, hubiere de practicarse en legados por no quedar libre a los herederos que hicieren uso de tal institución sucesoria, de lo prevenido, respectivamente, en los artículos doscientos veinticinco y doscientos veintiséis de la tan citada Compilación, en relación con el párrafo segundo del primero de tales preceptos y el también párrafo segundo, *in fine*, del artículo trescientos veinte del mismo ordenamiento jurídico.

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en lo que hace relación con el aspecto de pretendido incumplimiento en el inventario formado, como presupuesto preciso para el ejercicio de la cuarta falcidia, por los herederos demandados don J. y don P. C. A., de la formalidad requerida a tal fin de que no falten en él partidas del activo y pasivo, que la recurrente aduce se han omitido, dado que, al no venir desvirtuados los aspectos de hecho reconocidos en la sentencia recurrida, cual se deduce de la solución desestimatoria a que se llega en el quinto de los precedentes considerandos, cuyos razonamientos conducen a la no estimación del sexto de los motivos de casación formulados, por el que se pretendía el reconocimiento, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultantes de documentos y

actos auténticos que se expresaban encaminados a demostrar la equivocación evidente del Juzgador, no producida, y establecerse como probado por la Sala de Instancia, que dictó la recurrida sentencia, de una parte, la concurrencia de «... todos los requisitos exigidos en el artículo doscientos veintiséis de la Compilación» (considerando quinto, *in fine*, de la citada sentencia recurrida), así como que «... no se ha aportado prueba alguna, con suficiente fuerza demostrativa, de la de las distintas partidas, que según la actora, constituyen el activo con que debía adicionarse el inventario, e incrementarse el valor de los bienes relictos...» «y respecto de las distintas partidas que componen el pasivo, que según la actora se omitieron en las operaciones particionales tampoco se probaron “... con la reflexión de que...” en cuanto a los saldos de las cuentas corrientes indistintas, abiertas a nombre del causante y su esposa, fueron baja en la herencia por actos propios de ésta al ser percibidos por ella, después del fallecimiento de aquél, sin tener en cuenta que tales saldos, desde ese momento pertenecen únicamente a los herederos del marido, o en ambos cónyuges, según quién o quienes de ellos hicieron los ingresos dinerarios, con que nutrieron la cuenta...» (considerando sexto de la sentencia en cuestión) con la también apreciación probatoria de que «... el avalúo practicado, por el contador-partidor, es correcto» (final del considerando segundo de la tan citada sentencia recurrida), pone de manifiesto, bajo un aspecto de la cuestión, que se está en presencia de hechos inalterables en casación, al no haber sido eficientemente desvirtuados por la recurrente a medio del cauce adecuado prevenido en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la repetida Ley de Trámites Civil, originando, en consecuencia, que lo en definitiva pretendido a este respecto por la parte que formula el recurso es hacer valer su propio criterio sobre el más autorizado del Juzgador, evidenciando con ello, según constata la Sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, la insuficiencia de los medios empleados para justificar la infracciones que al particular alega; y, bajo otro aspecto, que no existe constancia de omisiones que demanden corrección del inventario de los bienes relictos de don G. C. C., contenido en el cuaderno particional de que se viene haciendo mención, porque ya viene dicho que las partidas de activo y pasivo alegadas por la actora no han sido probadas, y el saldo de las cuentas corrientes invocadas al reconocerse probado en la sentencia en cuestión que fueron baja de la herencia por actos propios de la demandante doña J. A. S., al ser percibidos por ésta a raíz del fallecimiento del causante, su esposo, no pueden tomarse como incremento susceptible de figurar en el inventario, al no ser un efectivo actual a efectos de éste, si se considera, como es procedente, que lo inventariable es lo realmente existente y no lo dejado de existir, por desplazamiento de la masa hereditaria determinante de su exclusión de ella, que por otra parte podría haber tenido un destino de efectividad de créditos a abonar por derivación de dicho óbito por otras causas, además de que, en el orden jurídico, en aplicación ortodoxa de la teoría de la «causa torpe», no puede alegar la existencia de un defecto quien es precisamente el que le haya dado origen; todo lo cual conduce a que ninguna violación se ha producido, en la sentencia que se recurre, de los artículos ciento noventa y ocho, ciento noventa y nueve, doscientos veintisiete, doscientos veintiocho y doscientos treinta y tres de la invocada Compilación del Derecho Civil

Especial de Cataluña, y doctrina legal con tales preceptos relacionada, por pretendida inaplicación al caso de autos, desde el momento en que no se dan los supuestos que contemplan, por la sencilla razón de que lógica y jurídicamente no puede entenderse aplicable lo que carece de aplicación al caso, en virtud de los principios de que faltando la causa no puede producirse el efecto» y que «no dado el antecedente no puede producirse el consiguiente».

Considerando que los antecedentes y razonamientos expuestos y desarrollados en los precedentes considerandos, apreciadores de la no situación de incongruencia en la sentencia de Primera Instancia, que la recurrida sentencia inadecuadamente establece, y la práctica en forma del inventario de la herencia del causante don J. y don P. C. C., cual exige el párrafo último del artículo doscientos veintiséis de la precitada Compilación, para viabilizar el ejercicio del derecho para detraer la falcidia, que autoriza el indicado precepto legal, determina la precisión de entrar en el examen y decisión, que aquella apreciación de incongruencia vedó, sobre los pronunciamientos instados, mediante los pedimentos segundo, tercero, cuarto y quinto de la súplica de la demanda rectora del juicio de que este recurso dimana, reiterados en réplica, tendentes a las declaraciones de que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponct» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día primero de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo; si es procedente en la herencia de que se trata que los herederos puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidia, estableciendo asimismo, en caso afirmativo, su importe, declarando, en tal supuesto, que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del legado ordenado a favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacer suya la finca íntegramente; si la demandante, doña J. A. S., tiene derecho a disfrutar vitaliciamente de usufructo sobre los bienes libres de la herencia, y si la referida actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar un pase de cuentas de la administración desde la fecha del fallecimiento de don G. C. C. del patrimonio por él relicto, incluidas las fincas, durante el tiempo, anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional, en que cada una de ellas haya sido administrada por persona o personas distintas de la que resulte ser definitivamente su adjudicataria; con la mención expresa de que una vez establecidas dichas cuentas, cada uno de los interesados tiene derecho a percibir lo que haya recibido de más, y en relación con cuyos pedimentos segundo, tercero, cuarto y quinto, que cobran nuevo vigor por la no estimación de la referida incongruencia apreciada por la recurrida sentencia, se proyectan los motivos de casación hasta ahora no examinados.

Considerando que reconocido en los séptimo y octavo antecedentes considerados, por consecuencia de los razonamientos en ellos consignados, la desestimación, y por ello de la pretensión a que el mismo tendía de mantenimiento, en lo afectante a los demandados don J. y don P. C. A., de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, de que se viene haciendo mención, en el particular que declara «en relación con lo postulado en el tercero de los pedimentos

de la expresada súplica, que no proceda, en la herencia litigiosa, y por parte de los herederos, detraer ni retener falcidia», es de pronunciarse sobre el motivo segundo, contraído a si es de llegar al mismo pronunciamiento, y por ello si es, asimismo, de acordar la improcedencia de tal declaración, en lo que guarda relación con los hijos legítimos naturales que pueda tener el también demandado don L. C. A., hijo del meritado causante don G. C. C., instituidos por ésta, en su dicho testamento de fecha cinco de julio de mil novecientos sesenta y cinco, con la salvedad de las disposiciones a que alude, y entre ellas del referido legado conferido a la demandante doña J. A. S., herederos universales en el remanente de todos los bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, no legados, en conjunción con los precitados don J. y don P. C. A., también hijos del indicado testador, en la proporción de una tercera parte a cada uno de dichos don J. y don P. y la restante a los designados hijos «legítimos naturales» que pudiera tener el don L., con las condiciones que en cuanto a ello se expresa en el precitado testamento, y singularmente de corresponder al citado don L. C. A. por durante toda su vida natural, el usufructo de la parte asignada a tales hijos «legítimos naturales» una vez extinguido el universal legado a la meritada esposa del causante tan referido (cláusula IV del testamento aludido).

Considerando que la desestimación del expresado primer motivo de casación y, por tanto, la no desvirtuación, según lo que viene anteriormente razonado, de la pretensión a que el mismo tendía de que los herederos don J. y don P. C. A. no tenían derecho a retener la cuarta falcidia, con base en la apreciación, no admitida, de incumplimiento del inventario exigido al efecto en el párrafo último del artículo doscientos veintiséis de la tantas veces aludida Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, y a causa de que, con su oposición a la demanda inicial y acogerse a dicha falcidia en cuanto por razón de los legados no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, han puesto en ejercicio ese derecho, lleva a examinar el segundo de los motivos, proyectado, según sus precisos términos y al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, a criterio de la recurrente, por estimar en lo que se contrae a los también designados herederos hijos no concebidos de don L. C. A., tanto con base en los indicados razonamientos desestimados empleados en el aludido motivo segundo con relación a los mencionados don L. y don P. C. A. cuanto por alegar que les fue concebida en las operaciones porticionales practicadas por el contador-partidor testamentario don J.-M. P. J., sin que hubiese sido pedido por quien debiera hacerlo, al no reconocerse por la invocada recurrente facultades a tal fin al referido contador-partidor testamentario.

Considerando que, para hacer una correcta consideración y dar ade-

día supone reducción de alguna de las fincas del legado, ordenado a favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacerlo suya íntegramente», en tanto que al referido motivo segundo, a lo que especialmente tiende no es a la obtención de esa declaración de si es procedente en la herencia de que se trata «que los herederos que *lo deseen* pueden detraer bienes en concepto de cuarta falcidia», con los aspectos declarativos complementarios postulados para una solución afirmativa, significativo implícitamente de un derecho al reconocimiento de la efectividad de dicha cuarta falcidia, siempre y cuando los herederos *lo deseen*, sino a que judicialmente se niegue tal derecho a los «herederos hijos no concebidos» de don L. C. A., conforme se deduce del aspecto fundamentado del precitado motivo segundo, con lo que se trata, mediante éste, el convertir en casación una solicitud de posibilidad de detraer bienes en concepto de cuarta falcidia, postulado en la citada demanda, de desearlo los herederos, con los indicados aspectos complementarios de producirse una solución afirmativa a tal pretensión, por otra, no formula en el juicio de que se trata, de negar el ejercicio de ese deseo, de ser formulado, en favor de los aludidos «herederos hijos no concebidos» de don L. C. A., creando, en su virtud, una cuestión nueva en casación que, como de tal índole, hace inadmisibile el examinado motivo segundo, y que en esta fase procesal en que se aprecia es causa de desestimación, porque, en materia de casación, dada su esencia y naturaleza, es fundamental que el recurso que se interponga por infracción de Ley o de doctrina legal haya de referir sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se hubiera debatido, y conforme a lo solicitado, sin que sea lícito proponer cuestiones que no lo han sido en él oportunamente (SS. de esta Sala de dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y cinco, veintidós de mayo de mil novecientos treinta y cinco, nueve de febrero de mil novecientos cuarenta, siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres y veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno, entre otras).

Considerando que tratando del tercero de los relacionados motivos de casación, formulado, al amparo también del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida violación de los artículos doscientos treinta de la Compilación tantas veces mencionado y seiscientos setenta y cinco del Código Civil, así como del artículo doscientos veintidós de la propia Compilación y ochocientos ochenta y dos y ochocientos ochenta y cinco del referido ordenamiento jurídico civil común, que en parecer de la recurrente no han sido aplicados al caso de autos debiendo serlo, es de llegar a la solución de su estimación, porque, de una parte, siendo normativa consignada en el artículo doscientos veintidós de la invocada Compilación de Cataluña, en específica regulación al respecto de lo establecido en los artículos ochocientos ochenta y dos y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil, que el derecho al legado se adquiere por su delación en tanto que no haya sido renunciado, lo que no consta haya sucedido en el presente caso, aunque sin consentimiento de la persona gravada o, en su caso, de la facultad para la entrega que, no podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derecho legados, salvo ciertos supuestos entre los que no se encuentra el contemplado en el actual debate jurídico, confiere facultad para solicitarlo ante la autoridad judicial po-

niendo en ejercicio la correspondiente acción al respecto, y en el presente caso promovido, mediante la pretensión de la declaración, postulada en el pedimento segundo de la súplica del escrito inicial de demanda, de «que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento—refiérase al aludido otorgado por don G. C. C.—, entre ellas la de denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S.—la legataria demandante—desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo»; y, de otra parte, a causa de que el específico legado a que se contrae dicho pedimento segundo no viene afectado por reducción alguna, toda vez que al haber sido instituido tal legado «libremente y sin limitación alguna», tanto implica una disposición expresa de disponer que ha de ser cumplida sin reducción alguna, toda vez que si gramaticalmente la expresión «libremente» es significativa de situación de exención, o sea, de producción del efecto de eximirse y privilegiado, que lo mismo quiere decir gracia, ventaja o exención especial que se concede, y la manifestación «limitación» es carencia de límites, determinando tales conceptos, conjuntamente examinados, toda ausencia de trabas o limitaciones, y ser lo libre e ilimitado equivalente, de hecho y jurídicamente, a carencia de todo régimen reductor, pues que no reducción, también apreciado gramaticalmente, equivale a no desminuir o minorar y, por tanto, a exención especial reductiva y carencia de límite en su efectividad, claro es que no ha de entenderse afectado en consecuencia por la cuarta falcidia, ya que si ciertamente esta institución, reflejada en la auténtica, Ley séptima, Título cincuenta, Libro sexto del Códex y la Novela primera, Título primero, Capítulo segundo, que fue aceptada en el Derecho de Castilla, mediante la Ley diez, Título sexto, Partida sexta, y detalladamente viene regulada en la vigente Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, promulgada por Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, en virtud de la cual se reconoce al heredero instituido en testamento el derecho, por lo menos, a la cuarta parte de la herencia, determinando que los legados cuyo valor exceda de lo que obtenga por causa de muerte la persona gravada por voluntad del testador, serán reducibles por ineficaces, salvo que el gravado los cumpla íntegramente sabiendo que son excesivos, como dispone el párrafo primero del artículo doscientos veinticinco de dicho cuerpo legal especial teniendo el heredero, a quien por razón de los legados no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, el derecho a retener en propiedad dicha llamada falcidia, a cuyo fin podrán ser reducidos los legados en la medida necesaria, como reconoce el párrafo primero del artículo doscientos veintiséis de la expresada Compilación, en tanto que el testador no hubiere dispuesto expresamente que se cumpliesen sin reducción alguna, que es lo ocurrido en el presente caso ante la expuesta equivalencia gramatical y jurídica del término «reducir», en cuanto a su alcance y efectos, con la expresión «libremente y sin limitación alguna», lo que en definitiva es consecuencia ineludible del concreto reconocimiento que en ese precepto de la invocada Compilación se viene a hacer del principio genéricamente acogido en el artículo seiscientos setenta y cinco, en relación con el seiscientos cincuenta y ocho, del Código Civil, de que la voluntad del testador manifestada en testamento es la Ley de la sucesión, y que ha sido reiteradamente reco-

nocido en doctrina jurisprudencial de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de veintidós de marzo de mil novecientos cinco, primero de febrero de mil novecientos seis y veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete; y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida produce evidente infracción de lo normado en los relacionados artículos doscientos veintidós y doscientos treinta de la Compilación aludida, seiscientos setenta y cinco, ochocientos ochenta y dos y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil y doctrina legal con ellos relacionada, en que se soporta el motivo tercero de casación de que se trata.

Considerando que la estimación del precitado tercer motivo de casación, conducente al reconocimiento de acción a la legataria doña J. A. S. para reclamar el referido legado específico, que es consecuencia del ejercicio de acción «ex testamento» amparada por los ya invocados artículos doscientos veintidós de la Compilación de Cataluña y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil, una vez transcurridos los términos que el mil veinticinco del mismo cuerpo legal sustantivo común previene al respecto y la no reducibilidad del legado en cuestión a que también se llega en el examen del referido motivo tercero, en virtud de venir exceptuando al respecto en el párrafo segundo, *in fine*, de la repetida Compilación, produciendo, en contra de lo apreciado por la Sala de Instancia que dictó la sentencia recurrida, el no tener la consideración de inoficioso en orden a la cuarta falcidia de que se viene haciendo mención, lleva a la innecesariedad del examen del motivo cuarto ejercitado en apoyo del recurso de que trata, al afectar a las mismas cuestiones y con la misma consecuencia estimatoria que al efecto viene acogida tratando del tan citado motivo tercero, y dado que el citado cuarto motivo viene expresamente formulado por la recurrente, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, también por pretendida violación de los artículos ochocientos ochenta y cinco y mil veinticinco del Código Civil, en relación con los doscientos veintidós de la expresada Compilación y ochocientos ochenta y dos del referido Código, y de la doctrina establecida, entre otras, por las Sentencias de veinticuatro de junio de mil novecientos once, tres de febrero de mil novecientos treinta y seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, pero con el expreso carácter de *ad cautelam*, o sea, en relación con los anteriores y para el caso de que no haya tenido ya acogida en el examen de los motivos precedentes al indicado cuarto, y concretamente de no obtener solución positiva, cual la ha tenido, el tercero.

Considerando que todo lo hasta ahora razonado, y singularmente la estimación a que en la presente resolución se llega en orden a los motivos de casación tercero y quinto, produce asimismo la lógica acogida del séptimo, formulado a amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tan aludida Ley de Enjuiciamiento Civil, por aducida aplicación indebida del artículo séptimo del Código Civil, en relación con el ciento treinta y tres de la citada Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, porque, en contra de la tesis sostenida en el penúltimo de los considerandos de la sentencia recurrida, reconocido que el legado específico establecido en favor de la demandante doña J. A. S., cónyuge supérstite del testador don G. C. C., y afecta a las fincas expresadas en la cláusula IV del testamento otorgado por dicho causante, entre

ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, con la consiguiente pertenencia de ellas, plena y exclusivamente, a la referida legataria desde eu día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo, claro es que ninguna ausencia de buena fe o falta de amparo legal al respecto, como tampoco los demás problemas planteados y que han sido objeto del debate jurídico de que se trata, cabe apreciar en la referida demandante-legataria doña J. A. S., ni, por otra parte, es de estimar la existencia en su actuar en la litis de una situación de abuso de derecho o de un ejercicio antisocial del mismo, dado que no pueden apreciarse tales circunstancias en quien se limita a poner en ejercicio un derecho y que, además, en ciertas facetas es procedente, bajo un aspecto a causa de que el principio jurídico *quod tibi non nocet et alteri potest ad id obligatus est* se refiere a los casos en que se trata de impedir el provecho ajeno sin ninguna utilidad ni ventaja propia, que aquí se produce, de tal manera que, como tiene proclamado este Tribunal en Sentencias, entre otras muchas, de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro y uno de junio de mil novecientos cuarenta y seis, quien usa de su derecho a nadie daña; bajo otro aspecto, debido a que tanto el abuso del derecho como el ejercicio antisocial del mismo, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son preciso exponente las Sentencias de esta Sala de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro y veintidós de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, requiere el uso de un derecho objetivo o externamente legal, un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica e inmoralidad o antisocialidad en ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo), o bajo una forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho), y esa situación no es de apreciarla en la meritada demandante legataria, cuya actividad ha venido limitada a poner en movimiento unos determinados derechos que le venían conferidos por el testamento de su difunto marido y que, por consecuencia de lo precedentemente expuesto, se le reconocen en la presente resolución como procedentes; y, finalmente, en el campo jurídico, la buena fe se presume y únicamente es de desvirtuar esa presunción acreditando conducta claramente contraria, que no procede reconocer en quien, una vez más sea dicho, ejercite derechos en determinadas manifestaciones se reconoce le amparan.

Considerando que a lo anteriormente expuesto en nada obsta el contenido del artículo ciento treinta y tres de la invocada Compilación, cuyo alcance si tiende a prohibir, por modo general, la imposición sobre la legítima de condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos y otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas, y con las proyecciones específicas que el mismo precepto detalla, es sobre la base de que no existan determinadas limitaciones legalmente reconocidas, como es la contenida en el tantas veces mencionado artículo doscientos treinta, *in fine*, de la referida Compilación, consistente en la admisión de que, en la institución de legados, el testador disponga se cumplan sin reducción alguna y que, como queda dicho, es la situación creada en relación con el legado específico instituido, a favor de doña J. A. S.,

en la cláusula IV del testamento otorgado por su fallecido marido don G. C. C.

Y en la segunda sentencia, nuestro más Alto Tribunal viene a decidir:

Considerando que en cuanto al primero de los pedimentos formulados en la súplica del inicial escrito de demanda rectora del juicio en cuestión, reiterado en réplica, tendente a la declaración de que «se corrija el inventario de los bienes relictos por don G. C. C., contenido en el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J., y protocolizado por el Notario de Barcelona, don ..., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, escritura número mil ciento cuatro de su protocolo de dicho año, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas», la revocación de la Sentencia dictada, con fecha veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y cinco, por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, surge de lo consignado al respecto en la precedente sentencia de casación, y concretamente en sus considerandos quinto, sexto, octavo y decimotercero, puesto en relación concordante con lo expuesto en el sexto de la dictada, con fecha ocho de octubre en fase procesal de Segunda Instancia, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia territorial de Barcelona, de lo que se deduce la ausencia de los presupuestos precisos para la viabilidad de tal pretensión; y mayormente en cuanto que, aun no siendo determinante de la situación de incongruencia que la recurrida sentencia aprecia en la de Primera Instancia por las razones expuestas en la precedente sentencia de casación, al requerirse para la apreciación de falta de congruencia disparidad entre lo pedido y lo resuelto y no en orden a la fundamentación ejercitada, sin embargo, lo que realmente implica lo solicitado en dicho pedimento primero de la súplica de la demanda, puesto en conexión con las restantes pretensiones insertas en la misma súplica, no es el ejercicio de una acción de mera corrección de inventario, inserto en cuaderno particional, instada en el tan citado pedimento primero, sino en realidad de nulidad de tal cuaderno, no ejercitada, desde el momento en que el conjunto de lo pretendido en la tan expresada demanda, de ser plenamente estimados, producirían una esencial transformación en sus bases, efectos y consecuencias, del meritado cuaderno y operaciones particionales que en consecuencia comprende.

Considerando que, por el contrario, es de confirmar la referida sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, en el particular afectante al pedimento segundo de la invocada súplica de demanda, también reiterado en réplica, encaminado a que «se declare que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento—refiérese al otorgado por don G. C. C., motivador del planteamiento de la litis de que se trata—, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo», por conducir a ese pronunciamiento los argumentos consignados en el duodécimo considerando de la referida precedente sentencia de casación, en conexión con los considerandos segundo y tercero de la precitada sentencia de Primera Instancia, y que se dan por reproducidos al respecto.

Considerando que lo expuesto en el mencionado considerando duodécima de la expresada sentencia de casación que precede, lleva asimismo a estimar el pedimento tercero de la tan repetida súplica de demanda, asimismo reiterado en alzada, por el que se interesa que «se declare si es procedente en esta herencia—alúdese a la de don G. C. C.—que los herederos que lo deseen puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidia», pero sin que sea procedente, cual también se postula por la demandante, establecer el órgano jurisdiccional «su importe» ni declarar que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del legado ordenado en favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacer suya la finca íntegramente; pues, en cuanto a lo primero, por la sencilla razón de que en este caso a los Jueces y Tribunales sólo corresponde hacer declaraciones conforme a expresas, claras y precisas peticiones de las partes, y no a fijar aspectos indeterminados que requieran una actividad valorativa técnica que no es propia de realizar por el Juzgador, cuyo comportamiento al particular no puede rebasar de la convalidación judicial de la requerida valoración de técnicos; y lo segundo, porque estimado el pedimento segundo de la demanda en cuestión, reconocedor de pertenencia plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo, de las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento de que se viene haciendo mención, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet», de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, deviene inconsistente la referida solicitud de que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del referido legado, la legataria tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacerla suya íntegramente, toda vez que esta modalidad del pedimento tercero de la meritada demanda claramente da a entender viene subordinada a la no estimación del pedimento segundo del propio escrito rector, en ortodoxa aplicación del principio lógico, con proyección jurídica, que la concesión del pleno y exclusivo dominio sobre un bien impide el reconocimiento de limitaciones o reducciones, en razón a que lo que se reconoce como pleno y exclusivo, y en consecuencia absoluto, no admite aquéllas.

Considerando que en trance de pronunciarse sobre los pedimentos cuarto y quinto de la demanda tan citada, por los que se insta, respectivamente, la declaración de que la demandante, doña J. A. S., «tiene derecho a disfrutar vitaliciamente del usufructo sobre los bienes libres de la herencia» y que «se declare que la actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar un pase de cuentas de la administración, desde la fecha del fallecimiento de don G. C., del patrimonio por él relictó, incluidas las fincas durante el tiempo, anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional—se contrae al formado por el contador-partidor don J.-M. P. J. nombrado por el testador referido—, en que cada una de ellas haya sido administrada por persona o personas distintas de la que resulte ser definitivamente adjudicataria; con la mención expresa de que una vez establecidas dichas cuentas, «cada uno de los interesados tiene derecho a percibir lo que haya sido recibido en menos y la obligación de entregar lo que haya percibido de más», la estimación de tales pretensiones tiene:

adecuado fundamento en los razonamientos expuestos en el decimotercero de los considerandos de la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, a que se viene haciendo referencia y que se dan aquí por reproducidos; y puesto que, en lo que a dicho pedimento cuarto de demanda se refiere, el usufructo vitalicio a que hace referencia, reconocido por el testador don G. C. C., en favor de su viuda, la demandante doña J. A. S., mediante la cláusula V del testamento que exige la sucesión hereditaria del primero, implica una declaración meramente del reconocimiento de tal derecho o de usufructo vitalicio y, por tanto, con independencia de que puedan existir o no bienes con que atenderlo, ya que, en el orden jurídico, una cosa es el reconocimiento de la existencia de un derecho y otra la posibilidad de hacerlo efectivo y más en cuanto que la inexistencia de bienes hereditarios que puede revelarse en una partición no veda la posibilidad de que puedan aparecer como existentes con posterioridad, según revela el contexto del artículo mil setenta y nueve del Código Civil, y en cuanto al pedimento quinto aludido, a causa de que al reconocerse que las fincas objeto del legado dispuesto por dicho testador en la cláusula IV de su testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a la precitada legataria demandante doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo, unido a que hayan venido poseyendo y administrando alguno de los hijos de la mencionada demandante legataria bienes adscritos a tal legado, según se evidencia de lo actuado en los autos motivadores del presente recurso, determina que sea procedente la declaración solicitada de la obligación de pase de cuentas de la administración efectuada, por ser una consecuencia fáctico-jurídica del dominio reconocido a la que insta ese pronunciamiento, en aplicación del principio genérico de que las cosas producen normalmente sus beneficios en favor de su dueño.

COMENTARIO.—La cuarta falcidia es el derecho que tiene el heredero que adquiere la herencia en primer lugar—aunque sea por sustitución vulgar, pupilar o ejemplar—al que por razón de los legados y disposiciones asimiladas no le queda libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, para retener en propiedad dicha parte, reduciendo a este fin los legados en la medida necesaria, siempre que practique el inventario de la herencia en tiempo y forma oportunos, que son los mismos preceptos para la cuarta trebeliánica, y, además, el testador no se lo haya prohibido. Esta prohibición puede ser terminante y expresa o bien conjetural y tácita, resultante de los términos en que esté redactado el legado o cláusula testamentaria. Esto último es, cabalmente, lo que ocurre en el caso debatido, en que al haber sido dispuesto el legado «libremente y sin limitación alguna», entiende el Tribunal Supremo, coincidiendo con el Juzgador de Primera Instancia, que esos términos impiden que el legado de cosa específica sea reducido por el juego de la cuarta falcidia.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

ACCIDENTES DE CIRCULACION POR EL MAL ESTADO O DEFICIENTE SEÑALIZACION DE LAS CARRETERAS. RESPONSABILIDAD EN ESTOS SUPUESTOS DE LA ADMINISTRACION.

I. PLANTEAMIENTO

Que circular en automóvil es un riesgo no plantea discusión alguna: recientemente se ha podido leer en la prensa diaria que las muertes ascendieron a más de veinte millones; existe un seguro obligatorio como en otros campos en la que el riesgo determina la responsabilidad objetiva; para imprudentes e inexpertos que hacen gala de irresponsabilidad asesina aumenta el repertorio de sanciones, etc.

El tema de estas líneas se va a centrar en el de los accidentes que se producen, no por inexperiencia o imprudencia, ni siquiera por el fatalismo que la misma carretera presupone, sino tal y como se enuncia, por el mal estado de las carreteras que es algo que la mayoría de los españoles en mayor o menor grado sufrimos.

El tema es la posibilidad (y la importancia de esta posibilidad) de hacer responder a la Administración cuando el prudente y experto conductor, a pesar de sus precauciones sufre un accidente achacable al mal estado del bien de dominio público de que hace uso.

La Jurisprudencia que voy ha exponer es significativamente sugestiva, pero para comprenderla en todo su alcance se hace preciso esbozar el contexto general en que se encuadra.

II. FUNCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD, POR DAÑOS, DE LA ADMINISTRACIÓN

Evidentemente el contexto histórico en que vivimos no es el de hace un siglo. El Estado Burgués de Derecho se ha ido (o está) transformándose en un estado social de Derecho. El Estado se ha extendido y entrado en reductos antes ajenos, o menos afectados, por la «cosa pública». La separación entre Estado y Social Civil parece desaparecer.

Para comprender este fenómeno puede muy bien servir la expresiva metáfora que F. GARRIDO toma de RIPER (1).

(1) *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pág. 133.

«El Estado en el proceso de agrandamiento progresivo de sus esferas de acción había de encontrar la resistencia de la libertad. Y para vencerla no alegó su condición de ACREEDOR, sino que antes bien se constituyó en DEUDOR del individuo. Y si en efecto el Estado se constituyó en deudor es porque el individuo HA PAGADO POR ADELANTADO Pago que podría decirse que ha sido en especie (su libertad): más interesa que la bella libertad de morir de hambre un sistema de servicios sociales que seguren un minimum vital.» (2).

Contexto social, por tanto ante el que el Estado ha tenido que responder. Exigencia por la sociedad de una serie de prestaciones cuya efectividad afectará no sólo a lo personal, sino también a lo patrimonial de los individuos. Tópica pero real, la concurrencia, entre otras causas, de los postulados socialistas (3). En nuestra sociedad el hecho, hoy, con todas sus matizaciones, es bien palpable.

Debe añadirse que el fenómeno no se limita a constatar una multiplicación heterogénea de actividades estatales o en general públicas; lleva implícito algo más hondo y significativo: Un emplazamiento que se hace a los «poderes públicos» para llevar a cabo una auténtica reforma de estructuras sociales y políticas. El hecho se advierte, también, sin esfuerzo y debe relacionarse con la progresividad del sistema fiscal que instrumenta la financiación de los costes que toda la actividad prestacional implica, y, por otro lado, con la participación ciudadana y consiguiente desburocratización que posibilite la detección de las *verdaderas* necesidades o más simplemente la determinación (no puede ser mercantil) democrática de las necesidades (4).

Pues bien, en todo este contexto, el Derecho administrativo, como garantizador de la sujeción del poder Administrativo al Derecho (5), ha desplegado las sutilezas que su mismo principio comporta. La progresión hacia una legalidad no sólo formal sino, sobre todo, material, explica perfectamente el fenómeno. Cristalización de ello es la admisión de la desviación de poder «*como vicio*» del acto administrativo, pero que viene a significar mucho más que un simple contrapeso para contener la actuación pública (ilegal) ante los derechos de los individuos: el hecho de atender al fin de la actuación administrativa viene a significar, además, una salvaguardia del propio interés público, frente a los administrantes, de aquí que la Jurisdicción al enjuiciar esté colaborando en la consecución de lo que debe ser la función administrativa, como bien dice la Exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que introduciría positivamente dicha figura.

El juego de la responsabilidad en este contexto (6), debe calibrarse, en

(2) Sobre el tema de las libertades en sus sentidos formal y material siguen siendo cada día más sugestivas las palabras de R. ARÓN en su («simple») *Ensayo sobre las libertades* («un problema eterno e inagotable»), Alianza Editorial, núm. 3.

(3) S. MARTÍN RETORTILLO, *Revista de Administración Pública*, 50, págs III y ss. y la bibliografía seleccionada.

(4) En este sentido, KEN COATES en *The Politics of Technology*, open University. Longman, 1977, páginas 46 y ss y la bibliografía que cita.

(5) Pueden recordarse en este sentido las palabras que A. NIETO escribiera hace dieciocho años. «La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial—tanto político como jurídico—no está en la amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son—y deben ser—desmesuradas en la sociedad presente, sino más bien en la posibilidad de su control».

(6) A partir de la Ley de Expropiación Forzosa esencialmente Prescindido de la evolución del Derecho Positivo en este punto.

un primer acercamiento al tema, como un complemento a la figura de la Expropiación Forzosa: se trata de compensar aquellas legítimas situaciones que han tenido que ceder cuando la Administración se está dirigiendo efectivamente hacia el interés general. Se configura como un principio de indemnización que tiende a dar satisfacción a todos aquellos daños *incidentales* que la actuación administrativa (funcionamiento normal del servicio público) —*indirectamente*— ocasiona y que no son encuadrables en la Expropiación. Si la expropiación supone la exigencia de las garantías formales del procedimiento y previo pago, la responsabilidad presupone casos de daños en los que se da acción para reclamar la indemnización *a posteriori* (7). Por ejemplo, la diferencia entre la ocupación de los terrenos necesarios para construir una carretera (expropiación) y las limitaciones que suponga para los colindantes la existencia de dicha carretera (8).

La procedencia de la indemnización en estas causas puede fundamentarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas y en el enriquecimiento sin causa que tales sacrificios particulares suponen para la colectividad y se relaciona con el ejercicio por la Administración de poderes que el ciudadano debe soportar y que no tendría que soportar si se les atribuyese otro particular (9) y sobre todo con un contexto de solidaridad social. Y en relación, con esto creo que es rechazable la idea de que la solidaridad debería entenderse en el sentido de soportar el afectado los perjuicios que le toque sufrir en bien de la colectividad; sigue siendo claro que el problema es determinar qué debe indemnizarse pero una tendencia ampliatoria debe desprenderse del dato de que es más solidario que se pague al que la ruleta de la fortuna haga sufrir en beneficio de los demás con el sacrificio programado según criterios de efectiva solidaridad que implican los impuestos.

Hasta ahora hemos visto cómo la responsabilidad (en realidad principio de indemnización) se relacionaba con la expropiación forzosa, en tanto el funcionamiento del servicio público o, lo que es lo mismo, la actuación administrativa, fuese normal. Nos interesa sobre todo el supuesto contrario de la responsabilidad (en estos casos con razón «responsabilidad») cuando el funcionamiento del servicio público *es anormal* (10).

Si antes veíamos cómo el contexto histórico impuso la desviación de poder como control (sustantivo y teleológico) a la actividad formal de las Administraciones, en este punto se subraya por la Doctrina, la funcionalidad análoga respecto de la actuación material de las mismas Administraciones. Se viene a decir que ante la amenaza de tener que responder indemnizando, la Administración se cuidará de servir eficazmente los in-

(7) Así, NIETO en *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 106 y ss., siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA.

(8) Sobre el tema, T. R. FERNÁNDEZ, *Revista de Administración Pública*, 68, en relación con las críticas puntualizaciones de F. GARRIDO en *Revista de Administración Pública*, 81, sobre todo pág. 19. El tema primero es determinar si debe haber (o no) indemnización (la posición negativa sustentada fundamentalmente por el Consejo de Estado) y determinada contestación positiva a la distinción con la expropiación (así las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1966, 16 de marzo de 1972 y 14 de febrero de 1972 exigen procedimiento expropiatorio). Como es lógico, todo en función de la legislación específica aplicable.

(9) F. GARRIDO, *loc. cit.*, págs. 10 y ss.

(10) En estos supuestos resulta claro que no puede plantearse el problema del deslinde con la expropiación. En palabras de F. GARRIDO «A nadie se le puede ocurrir—salvo que esté aquejado de un ataque de desorden mental—que cuando se produce daño por el deficiente estado de una carretera, esto constituye el ejercicio de la potestad expropiatoria».

terceres generales, prestando a los particulares los servicios que justificaron su aumento orgánico y funcional.

Profundizando en esta idea, la metáfora de Ripert es bien sugestiva. Si los poderes públicos deben proporcionar entre otras prestaciones, unos bienes de dominio público y uso público, en el suficiente buen estado para circular, caso de no producirse esta situación esperable y exigida esencialmente, surgirá la responsabilidad por las consecuencias del funcionamiento anormal (o no funcionamiento) de un servicio público.

¿Puede exigirse jurídicamente de la Administración la existencia de una carretera, paso a nivel, desviación circunvalatoria . o por lo menos, que esté en buen estado la vía existente? Fácilmente se advierte cómo el tema hace referencia a la planificación sectorial (carreteras) y general (Planes de ordenación), donde debe concretarse la primera respuesta a la pregunta. Respecto de la posibilidad de exigir que la Administración conserve en buen estado las carreteras, como en general el tema de la exigibilidad jurídica de actuaciones materiales de la Administración Pública, es un punto cada vez más sentido socialmente dado el contexto antes apuntado. Sin prejuzgar la técnica (política o jurídica) ideal para la consecución de estos fines, es evidente que hoy por hoy es difícilmente conseguible superar la inactividad material de la administración (11) no sólo por el derecho positivo todavía vigente (12), sino también por la insuficiente utilización de los medios existentes (13).

Siendo por tanto esta la situación, ante normas de acción más que de relación (14) ante la dificultad técnica y ante los escasos supuestos, todavía, en que los Tribunales se pronuncian obligando a la Administración a prestar la actividad esperable, surge la responsabilidad como instrumento clave, todavía insuficiente, pero al menos asidero fundamental en este tema. Es bien significativo en este sentido el artículo 106 de la Constitución (aunque sólo alude al funcionamiento de los servicios públicos y no, incluso, al no funcionamiento o funcionamiento anormal) al contener unidos el control de la legalidad en su más amplio sentido y el principio de responsabilidad.

La responsabilidad tal y como queda configurada en el Derecho español, sobre todo desde la Ley de Expropiación Forzosa (15) supone la posibilidad de controlar judicialmente el funcionamiento de la actividad material de la Administración, a efectos de determinar la procedencia de una indemnización a un particular lesionado por un deficiente funcionamiento de servicios. Y, claro está, ello implica determinar cuál es el estándar de rendimiento por debajo del cual se debe de responder (16).

Lo dicho nos pone de manifiesto una idea que nos es familiar y a la que hicimos referencia al hablar del significado de la Desviación de poder: que no sólo se trata con este control de satisfacer a un particular lesionado por no merecer la situación en que se ha visto metido, sino además

(11) Pueden verse en este sentido A. NIETO, *RAP*, 37, y el esquema que G. DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ ofrecen en su *Curso*, II, págs. 66 y ss. También T. R. FERNÁNDEZ en *REDA*, 5, págs. 275 y ss.

(12) Carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(13) En este sentido, entre las interesantes excepciones, la sentencia de 5 de julio de 1976 Comendada por F. SAINZ MORENO en *REDA*, núm. 15.

(14) GONZÁLEZ BERENGUER, *RAP*, 39, pág. 190.

(15) Sobre la explicación sociológica de tan avanzada legislación «todavía dentro de los cuarenta años». MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración», *Civitas*, 1977, II, páginas 34 y ss.

(16) L. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 42, págs. 178 y ss., GARCÍA DE ENTERRÍA en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 163 y 211.

de que la Administración funcione mejor y utilice los medios de que está dotada para la eficaz realización de los fines que se le encomiendan, y que como vimos son cada vez más amplios.

¿Hasta qué punto la funcionalidad de la responsabilidad en estos supuestos se constata? Ella merece algunas consideraciones, partiendo de que se ha producido un funcionamiento anormal (incluido no funcionamiento) del servicio público (17).

Si la causa ha sido el comportamiento culposo (o doloso) del funcionario de turno, lo que parece evidente es que si bien la Administración responde directamente, debe evitar que sean los presupuestos del Estado, y en definitiva los ciudadanos (que no se han beneficiado, sino al contrario; prueba de ello la lesión producida a uno de ellos) los que padecen las consecuencias. El sentido, en estos supuestos de la Institución está en garantizar la reparación del daño frente a la insolvencia del causante y sobre todo ante las dificultades que la prueba de responsabilidad del mismo traería consigo. A lo que nos debe conducir es a una mejor selección de los funcionarios, para evitar tales supuestos y, como decía, caso inevitable de la responsabilidad en el supuesto, exigir con firmeza que queden garantizados los intereses públicos ante el comportamiento del administrante. (Evidentemente ello dependerá de otros administrantes) (18).

Hay otros supuestos, en los que no tiene tanto énfasis la nota de la responsabilidad en cuanto *directa*, sino en tanto *objetiva*. En tales casos, aunque no haya mediado culpa alguna, y los resultados dañosos se produjeran, sigue respondiendo la Administración (esto es: todos los ciudadanos).

Habrà que advertir en primer lugar aquellos casos en los que si bien no hay responsabilidad exigible al funcionario, si hay en cierto modo responsabilidad por mala organización del servicio (de reparación de carreteras por ejemplo) que con algo más de capacidad e interés no se hubiera producido. En este supuesto, vuelve a cobrar importancia la necesidad de seleccionar el personal público (19).

Hay otros supuestos en los que el funcionamiento anormal se deriva de la verdadera fatalidad ínsita en el riesgo que la actividad asumida por la Administración implica. (Por ejemplo: explosión de polvorines del ejército, utilización por las Fuerzas de Seguridad de su armamento, etc.). En tales casos, creo que de nuevo estamos ante planteamientos análogos a los expuestos al hablar del funcionamiento normal de los Servicios Públicos. No se trata de que hayan funcionado normalmente (herir al delincuente en vez de al ciudadano) pero el riesgo debe de imputarse a alguien, y ese alguien parece que sea, lógicamente, la colectividad que se beneficia de un servicio con sus correspondientes riesgos. La idea de solidaridad vuelve a aparecer referida de nuevo a la reparación de unas lesiones que la ruleta de la fortuna ha hecho recaer en uno y no en otros.

En relación con el tema de las carreteras, parece evidente afirmar que la responsabilidad no debe relacionarse con el tema del riesgo. Sería utópico pensar que el riesgo que la misma existencia que las carreteras

(17) Se advierte claramente la justificación del sentido amplio de servicio público por lo dicho. Ver, por ejemplo, L. MARTÍN RETORTILLO, cit., pág. 191.

(18) De aquí que deba valorarse en todo su sentido la idea de participación que late en toda nuestra Constitución (aparte, como es lógico, de la representación parlamentaria).

(19) Y los controles a que me refiero en la nota anterior.

y vehículos implica, deba sufragarse, de convertirse en efectivo, por la colectividad.

La referencia al riesgo debe entenderse en otro sentido. Partiendo del dato de que en unas zonas o regiones del País existen muy buenas carreteras, y muy bien conservadas, y en otras sucede todo lo contrario. Partiendo incluso de la falta de responsabilidad personal de los funcionarios. Partiendo de que no supone riesgo el que exista un servicio de reparación y señalización de carreteras. Parece que al sujeto que le haya tocado vivir (nacer) en determinado lugar no es justo que deba sufrir una política de distribución del gasto público de construcciones y reparaciones de viales, que está beneficiando a otros. Ciertamente que la decisión es política y debe asumirse en atención a los intereses generales, pero caso de producirse resultados dañinos, el principio de responsabilidad OBJETIVA tiene una evidente conexión con la idea de solidaridad: los ciudadanos beneficiados por determinada planificación, en perjuicio de otros, parece justo que paguen y reparen las consecuencias que la existencia de un estándar viario inferior al *NORMAL* produzcan a los otros. En este sentido la tesis que desde GARCÍA DE ENTERRÍA, parece venir imponiéndose en los trabajos sobre el tema, sería de perfecta utilización: no hay que atender tanto a la causa productora del daño, cuanto a si hay o no deber de soportar el daño sufrido. Aquí por tanto, la anomalía, entendida como nivel de prestación inferior al esperable, determinaría la responsabilidad, con el fundamento y funcionalidad indicadas.

La imputación a una u otra Administración pública, vendrá dada por la simple titularidad del servicio (carretera nacional, etc.) y la determinante será verificar la relación de causalidad (20) esto es: que tal funcionamiento del servicio público implique un mal estado de la vía, y que tal estado de la vía cause daños; y que ni entre el funcionamiento y el estado de la carretera se interponga una fuerza mayor, ni entre el estado de la carretera y el daño se interponga culpa del lesionado (21).

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. *Antes del primer fallo afirmativo*

Dentro del contexto general de la responsabilidad de la Administración se ha constatado reiteradamente por la Doctrina (22) la lenta digestión judicial de la reforma introducida por la Ley de Expropiación Forzosa. Los casos de accidentes de carretera por deficiencias de mantenimiento del bien de dominio público no fueron la excepción.

Deben tenerse en cuenta las sentencias de 12 de julio de 1960, 13 de febrero de 1965 y 25 de noviembre de 1967.

2. *El primer fallo afirmativo. La sentencia de 28 de enero de 1972. Sala 3.ª, Pte. PEREZ FRADE*

La primera vez que se abrió brecha exigiéndose responsabilidad a la Administración por la mala conservación de una vía pública fue en esta

(20) J. LEGUINA en RAP, pág. 60.

(21) L. E. F. 121 y correlativos de la Ley y Reglamento LRJ, 40 y ss.

(22) Por todos, MARTÍN REBOLLO, cit., págs. 34 y ss., y las remisiones que contiene.

sentencia, que se aireó incluso por la prensa (23) y que no sólo supone un primer paso, sino una gran aportación doctrinal.

Los hechos fueron los siguientes: don José y su hijo circulan en motocicleta por la carretera de circunvalación de El Ferrol. En determinado momento entran en una zona llena de baches profundos perdiendo don José el control de la moto y cayendo padre e hijo sobre el adoquinado, falleciendo como consecuencia del golpe.

El Tribunal Supremo reconoce la pretensión de la viuda y madre, reconociéndola una indemnización de 704.250 pesetas, tal y como había pedido.

La conciencia del Tribunal Supremo al operar de esta manera es absoluta y queda reflejada en el 5.º Considerando, en el que después de resumir la evolución ampliatoria de la legislación sobre el tema, valora el sentido de la intervención judicial, tal y como habíamos señalado líneas antes. Dice dicho considerando:

«Que la responsabilidad de la Administración que aparece tímidamente aplicada, dentro del ámbito de la Administración Local, en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, inspirados en la anterior Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 (R. 1913) adquiere un sensible grado en su ascendencia en virtud de lo establecido en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en cuyo artículo 121 se habla de una indemnización genérica por daños que devendrá de toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que tiene su complemento en el artículo 141 del Reglamento para aplicación de aquella Ley, pero no alcanza una plenitud total hasta la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que en su Exposición de Motivos ya establece que no obstante, el gran avance que supone la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos más generales a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a soportar el daño sin indemnización, y termina el título 8.º de tal Exposición: «... en la seguridad de que todo lo que robustece el principio de responsabilidad viene a consolidar el prestigio y eficacia de la Administración y la leal colaboración de los administrados», frases ellas solamente equiparables por la magnitud de su sentido jurídico con las contenidas en el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, Título II, número 1.º, párrafo final, cuando dice: «cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimienta la autoridad pública.»

(23) Así en el *Sábado Gráfico* de 26 de febrero

El segundo considerando contiene un resumen de los requisitos generales de la responsabilidad. Dice:

«Que el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración consagra en nuestra legislación administrativa un avanzado principio de responsabilidad objetiva, si bien con los condicionamientos que en el mismo se contienen y que han sido matizados por la densa jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en casos debatidos dentro de la misma materia, que en sus últimas sentencias configura la responsabilidad contraída con los elementos de la efectiva realidad de un daño, evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o colectividad, así como que la lesión, sea personal o patrimonial, se produzca como consecuencia del funcionamiento, no sólo anormal, sino aún normal de un servicio público, o bien devenga de una situación de hecho administrativa o de un giro o tráfico de la misma clase, lo cual ha de venir determinado en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, y con ausencia de fuerza mayor, a lo que cabe añadir que el anexo causal expuesto no ha de sufrir intervención extraña en la que haya podido cooperar el propio lesionado, o la misma naturaleza del derecho objeto del sacrificio, lo cual excluiría la responsabilidad administrativa que no permite ser interferida, ni por derechos de mera expectación, ni por derechos debilitados, ni aun por aquellos que pudieren neutralizarse en su vigencia por la aplicación de un quehacer discrecional administrativo.»

Debe señalarse en relación con este considerando, cómo el concreto supuesto de la sentencia hace referencia «a una situación de hecho administrativa». Y la expresa alusión a que la lesión «sea personal o patrimonial» que debe relacionarse con la evaluación de la misma y a la que luego haremos referencia.

Establece el principio general respecto de la carga de la prueba en el principio del considerando 3.º.

«La carga de la prueba respecto al hecho, situación o funcionamiento del servicio público, así como del nexo causal entre los mismos y la lesión ha de correr a cargo de la parte actora, como consecuencia de lo establecido en el artículo 1.214 del Código Civil y por otra parte la existencia de fuerza mayor, a cargo de la titularidad de lo causante de la lesión.»

Así como el otro de que:

«La resolución (en el proceso penal) no puede tener más consecuencias que las de este orden, pero independientes en absoluto de la responsabilidad administrativa.»

En base a una fotografía aportada, una certificación del Ayuntamiento, el informe de la Guardia Civil y un parte fotocopiado de un Guardia mu-

(24) En el mismo sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (ya posterior) de 18 de septiembre de 1974.

nicipal (25) llega a la conclusión de que el accidente debe imputarse al mal estado de la carretera.

No se plantea el tema de la «*fuera mayor*» que no fue ni alegada ni probada, pero sí el de actos del propio conductor; según el Guardia municipal «bajo el efecto de bebidas o estupefacientes». El certificado del doctor que dictaminó la defunción sirve para negar dicha intoxicación.

Debe resaltarse por otro lado cómo se subraya la responsabilidad, todo lo anterior:

«Obliga a afirmar el incumplimiento por parte del Ministerio de Obras Públicas de sus obligaciones primordiales en orden al cuidado, conservación y señalización de vías encomendadas a su custodia.»

Estas ideas deben valorarse en relación con el último inciso del considerando 2.º, que hace referencia a «un quehacer discrecional administrativo» y con todo lo que decíamos con anterioridad: La conservación y señalización de la carretera es una obligación, que si bien plantea problemas en su exigibilidad, porque no lo es en sentido técnico, es claro fundamento de la responsabilidad de la Administración. Por otro lado, con ello en modo alguno se quiere decir que el fundamento esté en la *culpabilidad* administrativa: el hecho de que en el principio del considerando 2.º se haya subrayado su carácter OBJETIVO evita cualquier duda, así como el contexto del considerando donde se hace la afirmación (el tema es la imputación, precisamente, al Estado).

Por último y en relación con la cantidad a pagar por el Estado, el criterio que el Tribunal Supremo acepta es el de la viuda, que es concretamente la diferencia entre la pensión que la corresponde y el jornal que correspondía al fallecido don José, su marido.

3. La sentencia de 8 de febrero de 1973 (Sala Cuarta, Pte. GORDILLO) (26)

En esta sentencia se confirma la línea iniciada en la que acabamos de ver. Los hechos fueron los siguientes: don Jesús circula con su camión por la carretera provincial que va de Omoño a la Estación de Hoz de Anero, al pasar una curva bastante cerrada y sin que hubiese señalización alguna, se encuentra como a unos 35 metros dos grandes socavones a ambos lados de la carretera. Sorprendido trata de pasar entre ambos socavones volcando y quedando el camión prácticamente destrozado.

Su pretensión de exigir responsabilidad a la Diputación de Santander es aceptada por el Tribunal Supremo, que hace suyos los considerandos de la Audiencia (3.º y 4.º).

«En examen ya de la cuestión de fondo, no se advierte la razón para afirmar que la responsabilidad civil de las Corporaciones Locales se atiene a otras reglas de fondo que la atribuible a la Administración General del Estado, pues bien claramente disponía el artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa (R. 1957, 843 y Ap. 51-66, 5726), en su párr. 2, que «las Corporacio-

(25) En las anteriores sentencias la rigurosidad de la prueba implicada rechaza la pretensión: en ésta se sale al paso de las presunciones (favorables a la Administración) que podrían establecerse.

(26) Recogida en la REDA, 1, por T. R. FERNÁNDEZ

nes locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo». En consecuencia, responden de *toda lesión que sufran los particulares a «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios Públicos»*, como previene el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y reitera la Ley de 26 de julio de 1957. *Y difícilmente podría estimarse normal la existencia de grandes baches en la carretera durante varios días, sin que se proceda a su señalización hasta después de ocurrido un accidente, máximo cuando ello responda a un deficiente régimen de personal.* Efectivamente en el informe de la Sección de Vías y Obras posterior al hecho de autos, se decía a la Diputación el 20 de enero de 1968 que «en el tramo del camino provincial en que se ha producido el accidente existía hasta hace unos tres años un caminero. Este caminero, desmoralizado como tantos otros, por prolongarse su situación de interinidad, por no percibir ni siquiera el jornal mínimo que prescriben las disposiciones laborales vigentes y por las corrientes anticaminero que ahora rigen, dejó el servicio. Ocioso es decir que ni siquiera se ha intentado proponer la provisión de la vacante dejada por el citado caminero».

Tampoco se ha comprobado que mediara culpa en el chófer del camión accidentado, pues los baches estaban próximos a la salida de una curva, se iba a realizar un cruce con un turismo en sentido contrario y —sobre todo— los conductores deben poder confiar en que los obstáculos en la calzada estarán reglamentariamente señalizados.»

Se trata en primer lugar de constatar que la legislación aplicable es la Ley de Expropiación Forzosa y no la Ley de Régimen Local (27).

En segundo lugar, y partiendo de lo anterior, basta constatar que hay anormal funcionamiento de un servicio público para que pueda haber responsabilidad (no se alude para nada a la culpabilidad, que alegaba la Diputación) y no cabe duda de que la existencia de baches de tales proporciones es anormal y no puede aducirse culpa del chófer, cuando:

«Sobre todo los conductores deben poder confiar en que los obstáculos de la calzada están reglamentariamente señalizados.»

La referencia por demás a un deficiente régimen de personal, sirve para subrayar tal anormalidad. Unos considerandos, en definitiva que por su síntesis son muy expresivos.

4. *La Sentencia de 16 de noviembre de 1974* (Sala tercera. Pte. MENDIZABAL)

Don Felipe circula por la Nacional 525 de Zamora a Santiago de Compostela, se encuentra con un bache que hace perder la estabilidad de la motocicleta en la que viaja, desplazándose a la margen izquierda de la

(27) En la doctrina esta tesis es unánime. Excepción hecha de RODRÍGUEZ MORO, por ejemplo, *La Expropiación Forzosa*, 2ª edición, Madrid, 1962, págs. 424 y ss

calzada por donde, en sentido contrario, viene un Land Rover. Chocan. Don Felipe sale despedido hacia atrás, se golpea la cabeza contra el pavimento falleciendo en el acto.

Ante estos hechos la viuda consigue la cantidad de 939.000 pesetas fruto de su reclamación.

La doctrina de esta sentencia es altamente significativa, no sólo por ser tercera, sino por conexas expresamente con la de 1972. También de la Sala tercera.

Constata la independencia del proceso penal, en relación con la responsabilidad administrativa. Descarta una actuación incorrecta de la víctima o del conductor del automóvil y sobre todo descarta la fuerza mayor, dado que si bien el bache se debió (o pudo deberse) a las lluvias caídas en días anteriores no fue debidamente reparado y señalizado.

Pero sobre todo el valor de la sentencia está en la configuración de la lesión producida. Según el considerando primero:

Configuración objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado exige la concurrencia de una serie de factores convergentes, entre los cuales se encuentran la realidad o efectividad de un menoscabo cuantificable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas y desde tal perspectiva resulta evidente que el fallecimiento de don Felipe R. D., el día 14 de febrero de 1972 produjo una profunda alteración desfavorable de las circunstancias de su familia como consecuencia de afectar de modo directo no sólo al derecho a la vida e integridad personal del fallecido, sino también a la asistencia afectiva y económica respecto de la esposa y los tres hijos del matrimonio, por lo cual parece clara e inequívoca la existencia de un daño en el sentido que recoge el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, según ha reconocido este Tribunal Supremo para un caso análogo en su Sentencia de 28 de enero de 1972.

En base a este considerando se ha dicho que se identifica daño y lesión, sin establecer la distinción técnica exigida por la doctrina para limitar el alcance de la amplia cláusula legal de responsabilidad (28). En realidad lo que se está haciendo es decir, expresamente, que en el supuesto hay que entender que el daño es lesión resarcible. Se parte conscientemente de la distinción, y en base a la interpretación que se hace (refrendada por la STS del 72) del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, se concluye, que la pérdida de la vida para un ser querido, que esa «alteración de las circunstancias de existencia», es resarcible. Que luego se cuantifiquen de una manera u de otra luego lo veremos.

Interesa también subrayar la última parte del considerando cuarto:

«Por lo cual las deficiencias ya indicadas en la adopción de las oportunas medidas preventivas y reparadoras para eliminar o, al menos, aminorar el riesgo implícito en el uso de las vías de comunicación, constituyen una anomalía funcional del servicio público competente que, aun cuando resulte disculpable en

(28) Así, MARTÍN REBOLLO, cit., pág. 64.

el estricto sentido semántico de la expresión e impida así la imputación a las personas encargadas de tal actividad administrativa, no rompa la relación de causalidad entre el resultado dañoso (lesión), y la falta de bacheo o de la señal correspondiente, según ha establecido esta misma Sala en la Sentencia de 28 de enero de 1972, donde se fundamenta la imputabilidad de la Administración en el incumplimiento de las obligaciones primordiales en orden al cuidado de las carreteras, con especial énfasis en la urgencia inherente a las medidas mencionadas más arriba, por las graves consecuencias que su omisión puede ocasionar, y de hecho ocasiona.»

Respecto de esto sirve lo dicho al referirnos a la Sentencia del 72.

Por último, la determinación de la cuantía, se hace también según el criterio que estableció la aludida sentencia. Se trata de:

«La conservación del nivel de ingresos que procedentes de su trabajo como obrero aportaba el padre fallecido.»
«Conseguir una renta vitalicia equivalente.»

De aquí que se proceda a restar del nivel salarial, la cantidad de la correspondiente pensión.

Debe resaltarse, que en la Sentencia del 72, se otorgó lo que se pedía. Aquí se rectifica la cuantía pedida (millón y medio) apoyándose en el criterio precedente. Pero lo que no queda claro es que el criterio del Supremo fuera precisamente éste, en la Sentencia del 72, sino que más bien se limita a aceptar como justa la cantidad pedida en base a tal criterio; podía haberse aceptado otro. Como veremos en las sentencias siguientes, se matiza este criterio.

5. *La sentencia de 3 de marzo de 1977 (Sala Tercera. Pte de nuevo, PEREZ FRADE)*

Don Antonio circula por la Nacional VI, encontrándose con una gran mancha de alquitrán, procedente de bidones rotos depositados en una caseta de Peones Camineros, que le hace patinar estrellando su vehículo contra un muro del que derriba 8,5 metros, causándose graves desperfectos a su vehículo.

El Tribunal Supremo, después de sentar el principio general de prueba (Considerando Tercero) idénticamente que en la sentencia del 72, y entender que no se adoptaron las correspondientes medidas de seguridad, como era señalización de peligro de la vía, así como esparcir grava o arena sobre la zona deslizante, lo que tuvo que llevar a cabo la Guardia Civil con colaboración de varios vehículos del lugar, ante la inactividad del personal de Obras Públicas, condena al pago de 105.398 pesetas (cantidad probada en autos) y *a los intereses legales a partir de la reclamación ante la Administración* (29).

La anormalidad, incluso culpabilidad, tal y como resulta de la sentencia no obliga al Supremo a mayores precisiones, lo que sí debe resaltarse

(29) Sobre este tema, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso*, cit., págs. 345 y ss.

es el reconocimiento de la obligación de pagar intereses desde que se reclamó.

6. *La sentencia de 26 de septiembre de 1977 (Sala Tercera. Pte. ROLDAN)*¹

En esta sentencia (30) el tema se centra en la determinación de la cuantía, aunque para ello también se haga una importante referencia a los daños resarcibles. Según el considerando tercero:

La obligación de reparar establecida en la amplia fórmula legal contenida en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración alcanza a toda clase de perjuicios económicamente evaluables que haya sufrido en sus bienes y derechos el perjudicado, es decir, tanto los perjuicios directos como los indirectos, los materiales como los morales, y, aun siendo manifiesto que para estos últimos no existe una regla para establecer la evaluación de los daños morales y poder fijar la cuantía de las indemnizaciones debidas por la muerte de las personas, pero, lo cierto y evidente es que el principio de la responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios, está establecido en una Ley General y con la técnica de la cláusula general, sin que ésta la condicione o limite a supuestos concretos por lo que no cabe, en su aplicación, seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas, sino que debe seguirse o aplicarse el general o común de protección del ciudadano establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, que alcanza o extiende, sin limitación, el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración del Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, por lo que no es de aplicar, al caso que se examina el criterio o sistema especial establecido en la Reglamentación del Seguro Obligatorio de Viajeros, pues las prestaciones de este Seguro son insuficientes para aplicar como criterio valorativo por responder a indemnizaciones no derivadas de la responsabilidad civil sino de un Seguro Obligatorio, el criterio único de valoración aplicable es el de la Jurisprudencia de los Tribunales; con arreglo a este criterio la indemnización correspondiente al daño inmaterial, derivado en el presente caso de la pérdida de toda la familia, aunque el valor de cuyas vidas no sea cuantitativamente evaluable por la utilidad o costo económico que para el actor fuesen susceptibles de producir las víctimas de dicho accidente, y en principio existan dificultades para efectuar jurídicamente la valoración de los daños morales originados por la pérdida de las vidas de sus familiares la cuantía ha de obtenerse guardando una moderada adecuación a los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal y laboral en casos de accidentes mortales procediendo en aplicación de este criterio y atendidas las circuns-

(30) Hay un breve comentario de F. SAINZ MORENO en la REDA, núm. 16.

tancias personales de toda índole concurrentes en cada una de las víctimas del accidente singularmente la edad, sexo, situación familiar económica y equivalencia a la renta de trabajo que por las obligaciones que corrían a cargo de la esposa del recurrente fallecido es susceptible de valorar procede fijar como cantidad en concepto de indemnización por los daños morales por pérdidas de vida la cifra inicialmente estimada por el propio interesado en el escrito de interposición del presente recurso que vincula a esta Sala de 1.000.000 de pesetas y como daños causados al vehículo la de 56.059 pesetas, según peritación efectuada en el expediente de valoración, aceptada por la Administración, cantidad que sumada a la anterior hacen un total de 1.056.059 pesetas que el Ministerio de Obras Públicas debe abonar al actor siguiendo así el criterio establecido por la jurisprudencia civil y contenciosa en esta materia de indemnizaciones en casos de muerte—Sentencias de 28 junio 1974, 10 octubre 1975, 28 enero 1972 y 20 enero 1976.

Debe subrayarse, por tanto, la admisión de reparación de los «daños morales» tal y como se dice expresamente en la sentencia y según resulta del hecho de que se valore la vida de la esposa, un hijo de cuatro años y otro próximo a nacer. Por demás son sentencias contencioso-administrativas, sólo las dos últimas que se mencionan, haciendo referencia la del 76 a la caída del muro de un lavadero.

Por otro lado, según el considerando cuarto:

«Respecto a la segunda cuestión debatida, la referente a la indemnización complementaria que se demanda por el retraso injustificado en la tramitación del expediente de reclamación, que estuvo paralizado más de dos años, si bien el actor estima que la Administración debe abonar además de la cifra fijada como importe de las indemnizaciones por los daños sufridos en el accidente, aquellas otras que sufrió durante la tramitación de las actuaciones administrativas como consecuencia del gran retraso sufrido por la inactividad administrativa en la resolución del expediente, esta pretensión debe ser desestimada porque el sistema legal establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial directa de la Administración descansa sobre el concepto técnico de lesión o daño material al titular de un patrimonio con ausencia de causas de justificación en su producción y posibilidad de imputación del resultado dañoso a la Administración, por lo que las infracciones formales, que originen un perjuicio generan responsabilidad civil directa si la comisión del perjuicio es sólo imputable a la Administración pero no cuando sea al mismo tiempo también imputable al titular del patrimonio, ni cuando ya la propia Ley contempla y fija la responsabilidad que dimana de la infracción formal, tal es el caso de las infracciones por demora en la conclusión de un expediente administrativo que con carácter general contemplan los artículos 49, 61-2 y 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que no es procedente indemnizar por el

retraso en la terminación del expediente pues, con arreglo al último precepto citado el actor pudo reclamar en queja al superior jerárquico contra el funcionario que cometió la infracción de retrasar la tramitación del expediente, y no formuló la queja, por lo que no se trata de un hecho que sea sólo imputable a la Administración, por cuya razón y no existir una disposición especial que obligue a la Administración a pagar intereses por causa de indemnización, no hay posibilidad legal de estimar la indemnización complementaria que se pide para actualizar, a tenor del índice del coste de vida, la cantidad debida por la Administración como valoración del conjunto de las indemnizaciones con independencia de cualquier responsabilidad que el interesado estime procedente exigir al funcionario responsable del retraso del expediente.»

Debe resaltarse el criterio contrapuesto a la sentencia antes vista en la que se reconocía el derecho a intereses (31). Y sobre todo lo débil de la argumentación para excluir responsabilidad administrativa en la tramitación del procedimiento: contraposición con el supuesto de «infracciones formales». Y considerar que el retraso es imputable al interesado por no haber formulado la queja conforme al artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ¡como si el procedimiento no debiese impulsarse de oficio!

7. *La Sentencia de 17 de noviembre de 1977.*
(Sala Tercera; Pte. RODRIGUEZ HERMIDA)

Don Manuel circula por la carretera Lugo-Orense encontrándose con un tronco de árbol en la parte derecha de la calzada sale proyectado hacia la banda de rodadura contraria, chocando con otro vehículo que circula en dirección opuesta. El Supremo concede una indemnización de 180.000 pesetas por gastos de reparación del vehículo, médicos y tiempo de estar imposibilitado para el trabajo.

El carácter de esta sentencia es fundamentalmente revisor, de aquí que hagamos más detenida referencia a la misma posteriormente.

Ahora interesa destacar por qué no admite la concurrencia de fuerza mayor. Según el considerando quinto:

«Contra la realidad y concreción de los supuestos daños y perjuicios no puede invocarse la concurrencia de fuerza mayor, habida cuenta que, si en un principio pudiere haber existido, no lo fue posteriormente, en cuanto se reconoce por la Administración que la carretera en donde ocurrió el siniestro de litis se abrió al público después de limpiarse de los efectos del huracán, sin que se señalizase convenientemente los obstáculos, como la prueba que el árbol en cuestión, causante del accidente, no fue retirado convenientemente, limitándose el personal de Obras Públicas a serrar las ramas de él, pero sin retirar el

(31) Ver artículo 45 de la Ley General Presupuestaria, 1977.

tronco de la carretera, abriéndose ésta al tráfico, por ello, si en un principio pudo haber nexo causal entre el huracán y la caída del árbol, no lo hay con posterioridad, en cuanto se reabrió la carretera al tráfico, después de limpiarse de los efectos del huracán, apertura que se hizo sin retirar el tronco causante del accidente, por lo que el siniestro tuvo por causa la existencia de ese árbol, que pudo y debió ser retirado por la Administración antes de abrirse nuevamente la carretera al tráfico, debiendo, en el peor de los supuestos, señalizarse convenientemente para evitar toda colisión con él.»

Se trata, como se advierte, de un supuesto análogo al de la Sentencia de 1974: el hecho de haber intervenido el servicio entre el momento de la producción de la fuerza mayor y el del accidente, sirve para justificar la exclusión. Lógicamente, de aquí no cabría deducir, que si no han intervenido los servicios pueda rechazarse la fuerza mayor dada la tardanza en intervenir.

8. *Sentencia de 10 de marzo de 1978*
(Sala Tercera; Pte. de nuevo: PEREZ FRADE)

Un matrimonio circula por la carretera Burgos-Santander, al llegar a un triple cruce, ante la mala señalización, que parece indicar la continuidad de la carretera, sufren un accidente que les cuesta la vida. El tutor consigue tres millones de pesetas para los hijos.

La sentencia, como las dos anteriores que vimos del mismo ponente consigna el principio general a que ha de ajustarse la carga de la prueba, en este caso haciendo alusión a la reiterada jurisprudencia.

«La prueba de los hechos cuyo resarcimiento se pretende con el ejercicio de la tan repetida acción corresponde a la parte actora como de manera insistente se ha afirmado doctrinalmente por esta Sala en numerosas Sentencias entre las que figuran la de 25 febrero 1975, 22 noviembre 1976 y 3 marzo, 16 y 31 mayo 1977, por no citar sino algunas de ellas, pues la prolijidad de las mismas hace innecesario la citación de otras.»

Constatada la señalización existente en el lugar, se concluye que «el error de apreciación por parte de la conductora del vehículo obedece a un funcionamiento anormal del servicio público».

Sólo queda determinar la cuantía de la indemnización. Según el considerando quinto:

«Resta un último extremo respecto a la evaluación e individualización económica del daño efectivo, que es otro de los requisitos exigidos por el repetido artículo para lo cual, y pese a la petición global y completa de la cantidad de 3.000.000 de pesetas de indemnización para los menores, no es pertinente diferir a ejecución de sentencia el abono de dicha cantidad por cuanto la Sala en uso de sus facultades discrecionales y habida cuenta del cómputo de necesidades de los mismos, huérfanos

del matrimonio fallecido, entiende que una ponderación de todas, con arreglo a un índice actual de vida y mucho más a un futuro coste de la misma, en el que ha de entrar no solamente la cuestión alimentaria, sino lo referente a estudios y demás vicisitudes, entiende que dicha cantidad global está ajustada a la realidad de las enunciadas necesidades derivadas de la responsabilidad objetiva contraída por la Administración pues si bien el daño moral, el *pretium doloris*, no es indemnizable, la Administración está obligada al abono de lo que se entienda por justo, cuya apreciación dentro del contexto del tan repetido artículo 40, tanto en lo que se refiere a la prueba, a la relación de causalidad como a esta indemnización, es—se repite—de la libre apreciación de esta Sala, y en tal sentido la Sentencia de 25 febrero 1975.»

Resalta la afirmación de que el «daño moral», el *pretium doloris* no es indemnizable, en contraposición con la Sentencia de septiembre de 1977. El Tribunal se mueve dentro del criterio que la Sentencia del 74 llamara renta vitalicia equivalente a nivel de ingresos, pero en este caso, no haciendo alusión alguna a los ingresos de los padres sino a las necesidades de los hijos. Y sobre todo resaltando que la determinación de la concreta cuantía es de la libre apreciación de la Sala. El criterio es solamente que sea «justa».

9. *La Sentencia de 9 de mayo de 1978*
(Sala Cuarta; Pte. MEDINA BALMASEDA)

Don Emilio circula con su camión por el camino de Murtas, advierte que en el mismo hay grandes piedras que estrechan el paso, procede a pasar con las debidas precauciones, pero el muro de contención de la carretera cede cayendo por un terraplén y sufriendo los consiguientes daños el vehículo.

El Supremo acepta las consideraciones de la Audiencia, siendo el tercero y cuarto un claro resumen de los requisitos de responsabilidad:

«Indiscutida por las partes la competencia con que actúa esta Jurisdicción, al contrario reconocida, y transcurridos más de tres meses desde que se formuló la reclamación sin notificarse la resolución a que hace referencia el artículo 134, 3, del Reglamento de 26 abril 1957, queda clara la procedencia de entrar a examinar aquella pretensión. Y a tal efecto, se hace obligado destacar que las reclamaciones de indemnización a la Administración en general y, por tanto, al Órgano Provincial aquí demandado, tienen en la actual normativa un enfoque distinto del que era tradicional en nuestro Derecho, ya que hoy no es posible eludir las interfiriendo la posible responsabilidad de la Autoridad o funcionario en el daño sufrido por el reclamante, sino que surge siempre y en primer lugar la directa de la Administración, sin perjuicio de las posibles acciones y medidas de regreso—Sentencia de 9 noviembre 1965—, con lo que se tras-

lada el centro de gravedad a otro factor, el de la lesión sufrida por el particular, alrededor de la cual ha de girar la procedencia o no de la compensación pretendida; debiéndose dejar constancia igualmente de que, para que el perjuicio del administrado frente a los Entes públicos sea indemnizable, se requiere su antijuridicidad, en el sentido de que no pese sobre quien lo sufra ninguna obligación de soportarlo (S. de 8 noviembre 1969), pues, como tiene admitida la jurisprudencia y recoge unánimemente la doctrina, la regulación establecida por la Ley de Régimen Local, está en la actualidad superada por lo dispuesto en los artículos 121 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, de aplicación al ámbito local conforme al 133.2 de su Reglamento, además de las directrices que respecto a la Administración del Estado establece la de Régimen Jurídico en sus artículos 40 y siguientes.»

«Por lo dicho, es ya intrascendente, salvo supuestos de fuerza mayor, que el daño sea consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, al ser dicha responsabilidad secuela del riesgo que supone la actividad administrativa, quedando marginadas la licitud o ilicitud de su actuar o el que se produzca por actos u omisiones puramente materiales o de hecho, bastando con que causen perjuicios a los administrados —postura que empieza a abrirse paso y de ello es ejemplo la Sentencia de 15 noviembre 1962 y que adquiere carta de naturaleza en las de 14 octubre 1969 y 27 enero 1971—, con lo que indudablemente se ha dado entrada a criterios de responsabilidad objetiva; por lo que podemos afirmar, recogiendo la expresada doctrina de la que se hace eco la Sentencia de 23 enero 1970, que ya no se requiere en este tipo de pretensiones la concurrencia de aquellos tres clásicos requisitos tomados del campo civil, realidad del daño, culpa o negligencia y relación de causalidad entre aquéllos y la acción u omisión culpable o negligente, sino que, conforme a la actual normativa, hay que estimarlos modificados en el sentido de que la efectiva realidad del daño material e individualizado, para recoger los términos del artículo 406 de la Ley de Régimen Local, no sean consecuencia de fuerza mayor y procedan del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación de causa a efecto, sin interferencias en el nexo causal, correspondiendo la prueba del daño y su origen al reclamante de la indemnización y la de los hechos impositivos de la pretensión, fuerza mayor y culpa del agente, a la Administración demandada, en adecuada y correcta aplicación del artículo 1.214 del Código Civil y de la doctrina legal producida en su entorno.»

Las consideraciones que se hacen tienen singular valor, por cuanto suponen una expresa alusión a la teoría sustentada por la doctrina mayoritaria y que tiene su origen en GARCÍA DE ENTERRÍA, como veíamos al principio. También se destaca correcta aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa y no la Ley de Régimen Local a las Diputaciones Provinciales en esta materia, cuestión a la que también aludimos antes. No obstante, sor-

prende que el Tribunal Supremo, en su primer considerando, diga todo lo contrario (32):

«Es claro que aunque esta Sala comparta y prescinda de repetir los acertados razonamientos de la de Primera Instancia en orden a la responsabilidad de la Diputación Provincial de Granada, incurso en tal responsabilidad por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en relación con el 405 y número 2 del 406, ambos de la de Régimen Local de 24 junio 1955.»

Después de terminar el cuarto considerando de la Audiencia de Granada, con una referencia al principio de la carga de la prueba, procede en consecuencia a determinar la procedencia de indemnización.

En el quinto considerando expresamente se dice que:

«Se hace innecesario llegar a una específica conclusión sobre si el hecho desgraciado se produjo por negligencia de los servicios técnicos. . y, consiguientemente, por la Diputación.»

Basta, según el considerando, constatar la relación de causalidad y establecer que la circunstancia motivadora del accidente está:

«Intimamente relacionada con la vigilancia y cuidado que compete a las Diputaciones Provinciales respecto a los caminos de esta clase.»

Se prescinde de toda referencia a la culpabilidad, consecuentemente, con la tesis expuesta en considerandos anteriores. La referencia a la vigilancia, es referente a la imputación precisamente a la Diputación y no a la Administración del Estado. Todo ello se ve claro en el sexto considerando, donde se excluye la concurrencia de fuerza mayor:

Se viene a decir que las abundantes lluvias que cayeron el mes anterior incidieron en lo catastrófico y, consecuentemente, podría haberse comprendido como fuerza mayor cualquier evento dañoso *entonces* producido. Pero habiendo transcurrido ya tiempo y habiéndose procedido a abrir dichos caminos (independientemente de que las reparaciones definitivas se hubieran hecho o no; lo que no resulta probado) el que existan piedras (que incluso pudieran caer después de la reparación definitiva, si se hizo) y el reblandecimiento en el camino, determinan que deba rechazarse la fuerza mayor:

«Aunque pudiera admitirse la del caso fortuito, que en la versión administrativa no es excluyente de responsabilidad como lo sería en el campo de las relaciones privadas conforme al artículo 1.105 del Código Civil, puesto que, como observa la interesante Sentencia de 23 febrero 1965, entre los eventos que lo suponen están los insitos al funcionamiento de los servicios públicos derivados de su propia naturaleza, que no son obstácu-

(32) Sólo hay una referencia a la Ley de Régimen Local en el 4º considerando. Pero en un punto que coincide con la L. E. F., que, según se dice en el considerando 3º, es la aplicable al ámbito local.

lo a la declaración de responsabilidad, pese a ser independientes del actuar del Organó administrativo e incluso a la imposibilidad de evitar los efectos dañosos aun empleando la máxima diligencia.»

En el noveno considerando se descarta que hubiera imprudencia del conductor no sólo porque el reblandecimiento del muro no fuese apreciable a simple vista sobre todo porque el lugar no estaba señalado.

Respecto de los considerandos del Tribunal Supremo, debe destacarse la admisión de lucro cesante para determinar la cuantía de la compensación, en base al artículo 1.106 del Código Civil, aunque hubiera bastado la amplia fórmula legal de responsabilidad. (Cantidad dejada diariamente de percibir por el tiempo que el camión no pudo estar en funcionamiento.)

10. *Aspecto formal de la responsabilidad*

Bajo este epígrafe pueden resumirse una serie de cuestiones también desarrolladas en la jurisprudencia que analizamos.

En primer lugar, hay que recordar el tema de la jurisdicción competente (33). Resulta admitido generalmente que en el ámbito local al derogar en este punto la Ley de Expropiación Forzosa la Ley de Régimen Local y al aplicarse la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (no la Ley de Régimen Jurídico porque se refiere a la Administración del Estado) hay unidad de jurisdicción y corresponde a lo Contencioso-Administrativo. Por demás, el supuesto de hecho hará que en todo caso sea ésta la jurisdicción competente (34). Todo esto se resume magistralmente en la Sentencia de 8 febrero 1973, considerando primero:

«Ha suscitado en primer término la Abogacía del Estado una excepción sobre competencia, con apoyo en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que estima parcialmente derogatorio el artículo 3.º, párrafo *b)*, de la Ley reguladora de esta jurisdicción. No obstante, y aunque así fuere, tal excepción carecería de viabilidad en este caso, no sólo por hallarnos ante un supuesto de responsabilidad exigida a una Corporación Local, no a la Administración del Estado, sino porque el citado artículo 41 sólo reserva los Tribunales ordinarios, cualquiera que sea el alcance que se atribuye a esta expresión, el conocimiento de los daños y perjuicios causados en “relaciones de Derecho privado”. Obvio es, sin embargo, que la conservación y señalización de carreteras, origen de la petición de responsabilidad, nada tiene que ver con tal género de relaciones, pues se hallan plenamente incursas en el régimen de los servicios públicos.»

Por otro lado, el carácter revisor de esta jurisdicción, determina que no se pida directamente la indemnización, sino que previamente debe

(33) MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 42, CLAVERO ARÉVALO, *RAP*, 66

GONZÁLEZ PÉREZ, *REDA*, 4; *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, págs. 571 y ss

(34) Aparte la penal, como es lógico.

recurrirse en vía administrativa (Ley de Expropiación Forzosa, 124). Ello determina el problema del plazo y el poder pedir lo que no se pidió administrativamente. Por demás, como la simple anulación de la resolución administrativa no da lugar a indemnización y el cauce procesal exige determinados presupuestos, éstos habrán de cumplirse.

En este último orden de ideas resalta el considerando sexto de la Sentencia de 1972, que se repite en la del mismo ponente de marzo de 1977 (cuarto). Dice:

«Resta una cuestión final, dado que el artículo 40 establece en su número 2 que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales de lo Contencioso de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización, sino que ésta podrá pedirse en vía contenciosa y con arreglo a la Ley de la Jurisdicción, precepto que es preciso adecuar a lo establecido en esta última Ley, que en su artículo 42 establece que la parte demandante podrá pretender. “la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda”, y en su artículo 84, apartado c): “que si se hubiese pretendido el resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados y quedará diferido al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos”, salvo lo previsto en el artículo 79, párrafo 3.º, que a su vez dice “que el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos“.”

El tema de la caducidad (35) se matiza en el siguiente sentido en la Sentencia de marzo del 77. Considerando segundo, *in fine*:

«Es doctrina mantenida por este Tribunal Supremo la de que aunque es cierto que la responsabilidad patrimonial de la Administración es ajena a la responsabilidad criminal e incluso a la patrimonial civil ante la jurisdicción ordinaria, se estima que la previa causa criminal interrumpe el plazo para ejercitar el derecho de reclamar ante la propia Administración.»

Según la Sentencia de noviembre del 77. Considerando segundo:

«Constando que hubo un proceso penal que finiquitó por Sentencia firme de 6 julio 1972, es indudable que durante este lapso de tiempo se interrumpió el citado plazo de daño porque habiéndose instado la reclamación de litis el 5 julio 1973, resulta incuestionable que la misma se interpuso dentro de dicho plazo pues, su preclusividad, Sentencia de este Tribunal de 5 junio 1967, no puede ser tan absoluta que no admita ponderadas y racionales interrupciones, como así ya proclamó este Tribunal en sus Sentencias de 11 noviembre 1965, 4 noviembre 1969 y 11 diciembre 1974, al declarar que la previa causa criminal interrumpe el plazo para ejercitar el derecho a recla-

(35) Ver *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 354, MARTÍN REBOLLO, cit., pág. 141. Considerando el plazo de caducidad, GONZÁLEZ BERENGUER, *RAP*, 39, pág. 169.

mar ante la propia Administración, si tenemos en cuenta el hondo criterio expansivo de la responsabilidad de la Administración reducido en la Ley de 1935, y progresivamente ampliado a partir de la misma, pasando por la Ley de Régimen Local y Expropiación Forzosa hasta la última y completa normación contenida en la Ley Jurídica de la Administración del Estado, en todas las cuales se manifiesta el propósito claro paladinamente expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de 26 julio 1957, de cubrir lo más posible los riesgos que para los particulares pueda entrañar la actividad del Estado, propósito que, como ha dicho este Tribunal, debe entenderse con un criterio ampliatorio y favorable para el perjudicado y para el cómputo del año en el supuesto de que éste se ofrezca como dudoso, no pudiendo prosperar el criterio de la Administración en cuanto éste se reduce, conculcando el criterio finalista de toda la normativa mencionada, por lo que a la vez un obstáculo legal para el cómputo de tal plazo, el proceso criminal previamente interpuesto, el mismo debe computarse desde el momento que desapareció el mencionado obstáculo.»

Análogamente la Sentencia de 10 de marzo de 1978. Considerando segundo:

«Pues, como establece la Sentencia de este Tribunal Supremo de 11 diciembre 1974, aunque es cierto que la responsabilidad patrimonial de la Administración es ajena a la responsabilidad criminal e incluso a la patrimonial civil, moderaciones y así este mismo Tribunal, en sus Sentencias de 11 noviembre 1965 y 4 noviembre 1969, establece, que en el plazo del año debe ser orientado en un sentido ampliatorio y favorable para el perjudicado en los casos en que éste se ofrezca como dudoso, por lo que ha de desestimarse así mismo la alegación respecto a la extemporaneidad opuesta por el Abogado del Estado.»

En relación con el otro punto, la Sentencia de 8 de febrero de 1973 rectifica la de la Audiencia, reduciendo la cuantía que había admitido porque:

«no es admisible formular en vía judicial peticiones que no fueran debatidas ni resueltas en la Administrativa».

Análogamente la Sentencia de 17 de noviembre de 1977 rechaza la posibilidad de indemnizar determinadas reparaciones mecánicas y el *Pretium doloris*. Considerando cuarto:

«en cuanto que esta petición no se formuló en vía administrativa, por lo que al ser esta jurisdicción esencialmente revisoria, el enjuiciamiento de esta pretensión no puede hacerse aquí *por venir huérfana de todo enjuiciamiento administrativo*».

«Toda vez que la naturaleza esencialmente revisoria de esta jurisdicción exige que lo por ella enjuiciado lo hubiere sido antes por la Administración» (considerando quinto).

J. G. S.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

CREDITO HIPOTECARIO. CESION.—LA SUBROGACION EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO DEBE SER CONSIDERADA A EFECTOS FISCALES COMO VERDADERA TRANSMISION DE DERECHOS, SUJETA A TRIBUTACION POR EL NUMERO 5 DE LA TARIFA DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Girada liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a cargo del Banco de Crédito a la Construcción, en concepto de cesión de crédito hipotecario, sobre escritura pública de «cesión de derechos y ampliación de beneficios» otorgada el 19 de noviembre de 1968 entre el Instituto Nacional de la Vivienda, el Banco de Crédito a la Construcción y la Delegación Nacional de Sindicatos, el citado Banco interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial solicitando la exención del Impuesto, petición que es denegada por el citado Tribunal como igualmente por el Tribunal Central.

Interpuesto posteriormente el contencioso-administrativo ante la Sala de jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, recae sentencia anulando los acuerdos recurridos y declarando que el acto gravado está exento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Finalmente, en el recurso de apelación correspondiente, el Tribunal Supremo, desestimándolo y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, declara conforme a derecho la liquidación girada en concepto de cesión de crédito hipotecario, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso de apelación, consiste en determinar: si la subrogación en los derechos del acreedor hipotecario que se contiene en la escritura pública de 19 de noviembre de 1968, debe ser considerada a efectos fiscales como verdadera transmisión de derechos, sujeta a tributación por el número 5 de la tarifa del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, como la Administración mantiene, o si, por el contrario, procede calificarlo como «modificación» de los contratos de «anticipo» y «préstamo», a que se refiere el primero de los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada del Tribunal Económico-administrativo Central, con la consecuencia de quedar exenta de gravamen, al amparo de los números 50, 51, 63 y 65

del artículo 65-1 del Texto Refundido del mencionado Impuesto de 6 de abril de 1967 según se sostiene por el Banco recurrente.

Considerando que de estos dos términos de la controversia sólo el primero puede defenderse con éxito en el presente caso, en primer lugar, porque dentro del marco del calendario texto refundido, no es válido identificar la «transmisión del derecho, con la modificación del mismo, como claramente resulta de los números 2.º y 4.º de su artículo 54; en segundo lugar, porque a «efectos fiscales», tampoco es posible contemplar en la «subrogación de litis», una «modificación» subjetiva del contrato, al amparo del artículo 1.203 del Código Civil, artículo, que si a la luz de las más modernas formulaciones doctrinales, ya es, de suyo, de «construcción arbitraria», en el orden fiscal, ha de ceder el paso al terminante contenido del artículo 84 del expresado texto—que prima sobre aquél por razón de la materia—a tenor del cual «la subrogación en los derechos del acreedor hipotecario, prendario o anticrético, se considerara como “transmisión” de derechos y tributara por el número 5 de la Tarifa», y en tercer lugar, porque una solución contraria del problema, sin duda equivaldría a extender a las «transmisiones» de derechos, la exención concedida por la Ley al «préstamo» y su «modificación», en los referidos números del artículo 65-1 del Texto Refundido, con indudable infracción del artículo 24-1 de la Ley General Tributaria, en el que claramente se establece que «No se admitirá la analogía—analogía que aquí, por lo demás, brilla por su ausencia—para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, o el de las exenciones o bonificaciones.»

BASE IMPONIBLE. REDUCCION DEL 50 POR 100.—APLICABILIDAD A LA ADQUISICION EN PROPIEDAD DE UNA VIVIENDA REALIZADA POR EL INQUILINO DE LA MISMA EN BASE AL DERECHO DE TANTEO ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—La cuestión fáctica planteada consiste en dilucidar si la adquisición en propiedad de una vivienda realizada por el inquilino de la misma—cumpliendo los requisitos legales—como consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo arrendaticio, aunque sin acogerse a las actividades crediticias oficiales reguladas por la Ley de Préstamos a Inquilinos de 22 de julio de 1958, debe o no gozar del beneficio fiscal que concede el párrafo e), apartado C), número 1 del artículo 66 del Texto Refundido del Impuesto, que otorga una reducción del 50 por 100 de la base imponible a «las transmisiones de viviendas», como consecuencia del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 19 de la Ley de 22 de julio de 1958.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, confirmando la ya citada por la Audiencia Territorial de Madrid, considera de aplicación la reducción pretendida en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que el problema planteado en el presente recurso extraordinario de apelación consiste en determinar . si procede aplicar o no la reducción pretendida al supuesto de hecho reflejado...

Considerando que en relación con el tema, los criterios de litis son muy claros: 1.º el de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid—sentencia apelada—construido sobre la base de que el mencionado artículo 19, que concede la bonificación, se está refiriendo al «derecho de tanteo», con «independencia o al margen» de que con anterioridad se hubiese obtenido por el inquilino un crédito oficial, y 2.º el defensor de la administración, a cuyo juicio, la remisión del artículo 66 al Texto Refundido de la Ley de Préstamos a Inquilinos, aprobada por Decreto de 22 de julio de 1958, está claramente demostrado que sólo se bonifican las adquisiciones de viviendas—en virtud de tanteo o retracto—que se realicen por inquilinos acogidos a las actividades crediticias reguladas en el Texto Refundido de referencia.

Considerando que de estas dos posiciones contrapuestas es la primera la que debe, en justicia, prevalecer por las siguientes razones: *en primer lugar*, porque si «cualquier duda u oscuridad que aparezca en un texto refundido, habrá de ser despejada, en lo posible, acudiendo a los preceptos que ofrecieron el material legislativo auténtico que, despues de aprobado el proyecto de que se trata, fue objeto de refundición», como ya ha declarado esta Sala, entre otras Sentencias, en la de 20 de enero de 1977, y si uno de los textos que se refundieron en el de 22 de julio de 1958, fue, sin ninguna duda, el de la Ley de Préstamos a inquilinos de 15 de julio de 1952; basta estudiar esta materia legislativa auténtica y concretamente su artículo 15, párrafo 2.º, para, a seguido, advertir que lo que se bonifica con el 50 por 100 son simplemente las «adquisiciones de las viviendas como consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto», sin otras limitaciones ni añadiduras y, sobre todo, sin exigirse en absoluto el previo acompañamiento de un préstamo oficial, cuya solicitud podrá ser, sin duda, una facultad del inquilino, pero jamás—un condicionante de la bonificación, entre otras razones porque con ella no se trata de favorecer otros intereses, ni de lograr otros objetivos que el de ese «acceso a la propiedad de las personas modestas», a que se refiere el preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, bien sea como consecuencia de los derechos que se otorgan en el Texto Refundido de 22 de julio de 1958—entre ellos el de opción de compra de su artículo 4.º—bien sea en virtud del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, a que se refiere su artículo 17, pero generados fuera de su texto, en los artículos 62 a 69 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, y 47 a 53 de la 13 de abril de 1956, y si a esto se añade: 1) que la referencia al Texto Refundido de la Ley de Préstamos, de 22 de julio de 1958, que hace el del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no es una referencia genérica, sino una remisión concreta y específica a un precepto individualizado del primero: el ya referido artículo 17, cuyo antecedente, el artículo 15, párrafo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1952, es de tan expresiva significación; 2) que—como se declara certeramente en la sentencia apelada—el artículo 19 no hubiera hecho referencia alguna al derecho de tanteo, de haber querido que la reducción no se aplicara al mismo, sin la ayuda del crédito oficial, y 3) que, por consiguiente, ni por los «antecedentes legislativos» que explica y justifican la bonificación, ni por los términos en que se deja configurado por las Cortes, el mencionado artículo 19, puede limitarse su alcance con lo ya expresado, siempre que se cumplan, como en este caso, los presupuestos legales exigidos;

claro es que por dichos fundamentos y porque, además, en relación con el otro problema planteado—haber suplido la Sala *a quo* la función gestora de la Administración—ha sido también correcto el contenido de la sentencia objeto de la presente apelación, teniendo por cierto, a falta de comprobación administrativa, el valor declarado por el contribuyente al amparo del artículo 70 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; consecuentemente procede la desestimación del presente recurso en interés de la Ley, sin que proceda hacer especial declaración sobre el pago de las costas, a tenor del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

BUQUES. PRESTAMOS CON GARANTIA HIPOTECARIA.—A EFECTOS FISCALES EL BUQUE SE CONSIDERA BIEN MUEBLE, NO PROCEDIENDO APLICAR, POR TANTO, EL ARTICULO 62-1 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIAS DE 22 DE FEBRERO DE 1978, 16 Y 28 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—La cuestión fáctica planteada en las mencionadas sentencias estriba es decidir—como ya en otras anteriores—si el buque debe tener consideración de bien inmueble a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por consecuencia de su caracterización como bien de esta naturaleza en el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval de 1893 o si, por el contrario, como se postula por la recurrente, dicha ficción legal no surte efecto en la aplicación del citado impuesto cuyo artículo 62-1 indica que estarán sujetos al impuesto los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles como supuesto excepcional a la regla general de no sujeción al mismo de los préstamos cuando constituyan actos habituales de tráfico de las empresas.

El Tribunal Supremo, reiteradamente, ha optado ya por la segunda de las posiciones, como lo pone de manifiesto a través de la siguiente:

Doctrina.—Considerando que reciente jurisprudencia de esta Sala, de que son muestra las Sentencias de 27 de mayo y 15 de diciembre del pasado año—resolutorias de recursos análogos a los presentes, en los que se discutía como aquí la pertinencia de liquidaciones por el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales en relación a préstamos concedidos con garantía hipotecaria sobre buques mercantes—, ha establecido la doctrina de que la ficción legal determinada en el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893—que a este solo efecto considera a los buques como bienes inmuebles—no puede tener eficacia en la aplicación del artículo 62-1 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, artículo éste que en todo caso sujeta al mismo impuesto los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, como supuesto excepcional a la regla de no sujeción de los préstamos que constituyen actos habituales del tráfico de las empresas; llegando la Sala a semejante conclusión, después de proclamar la calificación del buque como bien mueble según se desprende de los artículos 333 y siguientes del Código Civil y 585 del de Comercio, en virtud de los argumentos legales y jurisprudenciales que *in extenso* se contienen en las aludidas sentencias.

C. M. A.

LIBROS

La Scienza del Diritto nell'ultimo secolo. «Inchieste di Diritto Comparato». Parte 6. CEDAM, Padova, 1976.

MARIO ROTONDI, en su calidad de Director del Instituto de Derecho Comparado de Milán, interesó de destacados juristas de diversos países un conciso informe relativo al desarrollo de la doctrina jurídica en los mismos durante los siglos XIX y XX. Las 29 comunicaciones recibidas, en sus seis idiomas originales, constituyen esta obra que, en términos generales, permite obtener una visión de conjunto de la evolución de sistemas y doctrina aunque, como en una exposición de pinturas con tema determinado, el paralelismo de los estudios es muy relativo. La personalidad y formación del artista, su enfoque o perspectiva y aun sus propósitos, convierten en policromía lo que se proyectaba sinfónico. Juzgamos de interés una pincelada superficial, pero característica, de cada uno de dichos trabajos que agrupamos en unidades relativamente afines.

1.—CHINA destaca por su singularidad, y los apuntes de TSIEN TCHÉ-CHAO ofrecen una preciosa panorámica centrada en el tránsito de este país, en pocos decenios, del feudalismo al socialismo. Ya antes de J. C. se producen las luchas entre la Escuela de Confucio y la de las Leyes, conservadora y progresista, prevaleciendo la primera durante muchos siglos. La guerra del opio, en 1840, produce el primer movimiento de occidentalización al estimarse que China, en un exceso de idealismo, había prescindido de medios materiales, pero que obtenidos éstos su inmensa base espiritual le permitiría readquirir la prevalencia. Se cosechan grandes fracasos y aparecen los reformistas, la Escuela de las Leyes, con originalísimos proyectos de los que citamos el de Liang, Ministro de Justicia, que preconiza el matrimonio por plazo no superior a un año, sin perjuicio de tácita reconducción. Con Shen se obtienen algunos éxitos, pero es imposible evitar la revolución y las doctrinas de Sun Yat-Sen.

La anarquía eleva a Chiang Kai-Shek, del que es consejero el gran Escarrà quien, pese a su orientación occidentalizadora, inicia una vuelta a la tradición. Pero el marxismo y Mao han penetrado ya profundamente y la negación de la independencia judicial, la de la distinción del Derecho en público y privado, la presunción de culpabilidad del acusado y la consideración meramente instrumental del Derecho, al servicio de la clase dominante, el proletariado, son divisas de la intelectualidad que asume el nuevo Estado.

En 1957, y ya con toda la población agrupada en comunas, se produce lo que los observadores rusos califican de «chinización», vuelta al confucianismo con apariencia de apartamiento del socialismo revisionista ruso que se juzga no comunista sino simplemente dictatorial e imperialista, con

marxismo aparente. La inestabilidad política y doctrinal no permite codificación estable y aunque en toda su historia apenas si puede hablarse de producción jurídica, pues el concepto de «Derecho» en China es muy fluido, en el período actual la doctrina jurídica es nula. Pese a la citada revalorización del pasado, en 1966 se produce un confuso movimiento—apenas comprensible para una mente occidental, en el que se combate duramente a Confucio, el Kuo-Mi-Tang, los reaccionarios burgueses, el revisionismo soviético, Lin-Piao y otras cosas, todas ellas envueltas en el mismo saco.

2.—GRUPO GERMANICO: COING, destacado filósofo del Derecho, enfoca su informe de Alemania desde su particular perspectiva. Nos habla del Derecho romano vigente en la Alemania del siglo XIX, de Savigny, del renacimiento del Derecho privado germano, de la dogmática pandectista, la jurisprudencia de conceptos, la de intereses... todo ello con autores y obras más destacados. La Codificación, la primera guerra y la Constitución de Weimar son otros hitos en que encuadra actividades legislativas y doctrinales. Anota la jurisprudencia sociológica y el entronque de las corrientes alemanas con la filosofía utilitaria inglesa, para acabar resaltando la doctrina de su escuela: la postura valorativista, el Derecho natural variable.

Con procedimiento inverso, SCHWIND nos ofrece para Austria, debidamente clasificada, relación de doctrina, autores y obras. Una amplia parte dogmática y otra histórica, ésta con secciones romanista, germanista y canonista, le sirven de estructura.

Integrada Suiza por cantones con cuatro idiomas y singulares tradiciones cantonales y normas jurídicas, con la modificación constitucional de 1898 se abre paso a numerosas unificaciones, en especial en los ámbitos penal y procesal, culminando con el Código de Obligaciones. TROLLER enfoca su estudio con desfile de los más eminentes juristas desde VON KELLER hasta BURKHARDT comprendiendo, entre otras muchas, figuras tan señeras como HUBER y WIELAND. Hay una referencia a las más importantes revistas y en este patriótico y emotivo informe se realiza la afirmación de MOTTA de que el más importante logro alcanzado con la Federación ha sido la unificación de amplias zonas del Derecho.

A partir de 1839, nos dice OZUNAY, se inicia la apertura de Turquía a Occidente, publicándose varios Códigos, simples calcos de los franceses. En otros (territorial, familia y sucesiones), aunque la forma externa es también occidental, su contenido se ajusta casi íntegramente a la tradición. La propia orientación europea tienen la doctrina y estudios superiores; hasta el Derecho romano adquiere destacada posición. A partir de 1923 se aceptan el Código de Obligaciones suizo, el Penal italiano y el Procesal alemán, pero, sobre todo, es el HGB el que influye en la revisión del de Comercio. Se contratan profesores extranjeros y con la emigración de los años 30 el predominio alemán es considerable. Los profesionales, además del nativo, acostumbran poseer otro idioma. Se lucha incansablemente por el nivel europeo.

Aun antes de la insurrección de 1821, bajo el dominio otomano, nos dice ZEPES, en Grecia regía el Derecho romano-bizantino y el Código de Comercio francés, todavía no traducido al griego. Bajo Otón I se dictan normas profundamente influidas por el racionalismo dominante en los asesores germánicos de su corte, pero el auge de la Escuela Histórica

impide la elaboración del Código Civil. Con Jorge I se regulan numerosas instituciones mercantiles, con corte europeo. Algunas islas elaboran Códigos Civiles propios, pero el nacional no se completa hasta 1940, para empezar a regir en 1946. Su principal modelo es el BGB.

3.—GRUPO ANGLOSAJÓN: EHRENZWEIG, profesor de Berkeley, indica que en Estados Unidos, con escasas excepciones, durante muchos años apenas existe nada comparable a lo que se conoce como doctrina o ciencia del Derecho continental. El imperio judicial, la *dikastocracia*, apenas permite otra cosa que los *Casebooks*, *Restatements*, enciclopedias, digestos o colecciones legales o de casos concretos, con comentarios. El campo de la filosofía del Derecho constituye una excepción. Las escuelas de jurisprudencia sociológica, pragmática o experimental y nombres como los de HOLMES, R. POUND, CARDOZO, STONE, LEWELLYN y otros muchos, son comparables a los europeos. Alrededor de los años 50 empiezan a aparecer monografías sobre materias contractuales, administrativas, procesales, penales, etc., constituyendo un hábito doctrinal que revive las esperanzas de supervivencia del *common law*, cuya única progresión, en estos tiempos, parecía reducirse a la utilización de computadores en la compilación y clasificación de casos, lo que realmente constituye una pseudociencia.

En Inglaterra, nos dice STEIN, de Cambridge, la enseñanza del Derecho romano equivalía a la de parte general del Derecho civil y por ello en esta materia hay que anotar muchos tratadistas. La del Derecho inglés, iniciada en el último tercio del siglo XIX, motiva la aparición de bastantes obras y aunque alguna, como la de AUSTIN, contiene aspectos doctrinales, impera la jurisprudencia analítica. No obstante, van apareciendo monografías sobre Contratos, *Torts*, *Real Property*, *Equity*, etc. El informe contiene una amplia reseña de ellos, así como de obras relativas al campo de las compañías, internacional, penal, constitucional, administrativo y otras, y detalle de las principales revistas jurídicas.

El Profesor JORGENSEN analiza el tema en los Países Nórdicos que, aunque con influencias romanísticas y continentales, en especial germanas y francesas, se orienta decididamente hacia el Derecho anglosajón en el pasado siglo. Un marcado pragmatismo, realismo y funcionalismo impregna los estudios jurídicos. En lo doctrinal la Escuela de Uppsala tiene muchas raíces comunes con la del Derecho libre o la jurisprudencia de intereses.

DERRET, el informante de India, destaca que la ocupación europea, principalmente la inglesa, cegó las tradicionales fuentes hindúes e islámicas. La introducción del *case-law* incrementó considerablemente el número y actividades de los *Pleaders*, que demostraron dotes excepcionales para las materias jurídicas, incluso para el Derecho extranjero, de lo que es paradigma el caso de CUNHA GONÇALVES. Cara a la independencia renacen corrientes doctrinales no extinguidas totalmente en materias como familia y propiedad, aparte que en ciertos territorios, Punjab y Kerala principalmente, el Derecho consuetudinario había subsistido casi íntegro. Con la Constitución de 190 las sucesivas normas van apartándose del Derecho inglés, imitando al de Estados Unidos y a los europeos. No posee todavía Código Civil y el inmenso país debe considerarse como un laboratorio o campo experimental del Derecho comparado.

4.—GRUPO FRANCES: El Código de Napoleón que, con visión aquiliana, unificó las innumerables disposiciones territoriales que torturaban y trituraban la nación de Francia, es un hito en la civilización moderna, aceptado universalmente. El maestro SAVATIER, en elegantes párrafos, destaca tal acontecimiento que produce eminentes exegetas que alcanzan hasta la aparición de figuras como PLANIOL, GENY, RIPERT y CAPITANT, con sus escuelas y seguidores. Su exposición penetra en las esferas de las disciplinas tradicionales y examina otras recién salidas a la luz y de discutible entidad y autonomía. Se detiene en el llamado Derecho económico o de los negocios y concreta los problemas jurídicos que juzga de más acuciante actualidad. Concluye interrogándose si el fabuloso monumento levantado sobre la base de dicho Código no habrá desbordado los límites razonables. La mecanización más que contribuir el engrandecimiento del arte jurídico preludia su desvalorización y decadencia.

En Bélgica, como indica RIGAU, se adopta el Código francés ya en 1807 lo propio que sus comentaristas influyen en los belgas. Los detalles de disciplinas y los más importantes autores (PICARD, LAURENT, DE PAGE, DE VISSCHER, etc.), incluso su vida y milagros, constituyen el cje de su trabajo. Los estudios especulativos no han sido abundantes.

LANGMEIJER nos dice que aunque Holanda quedó desvinculada del Imperio Francés en 1813, sus cinco grandes Códigos continuaron rigiendo en ella hasta que los propios quedaron redactados, lo que no concluyó hasta 1938. Las influencias francesas alternan con las germánicas, cada vez más penetrantes. El informante se muestra muy preocupado por las actuales orientaciones de algunos profesores universitarios, sobre todo en el ámbito penal, relativas a hechos que juzga volcánicos o anárquicos.

También en Egipto es considerable la influencia francesa según detalla CHEFIK CHEHATA, en especial en el Código de 1948, aunque en materias de estatutos personal y familiar el predominio de la tradición musulmana es casi absoluto. Las penetraciones occidentales y otomanas datan de 1876, fecha de la instauración de los Tribunales Mixtos. Al Código Civil han seguido otros. Se observan tendencias socialistas en los clásicos campos del derecho de la propiedad y la autonomía contractual.

5.—GRUPO HISPANO-AMERICANO: El Profesor don JORGE CARRERAS, que asume el informe de España, después de breves consideraciones históricas, doctrinales y administrativas facilita relaciones de las más importantes obras de las diversas disciplinas jurídicas.

El mismo criterio sigue para Argentina BOFFI BOGERO, con detalle exhaustivo, precedido de notas sobre las influencias hispanas, francesas, germanas e italianas.

En cambio, FUEYO LANERI, para Chile, se concentra fundamentalmente en el Código Civil de ANDRÉS BELLO y su abundante exégesis. La producción jurídica no es excesiva, pero el Estado es joven y el futuro dilatado.

FIZ-ZAMUDIO y HURTADO MÁRQUEZ señalan las diversas etapas de la historia de Méjico y la considerable influencia ejercida por la revolución social y la emigración española de los años 40. El enunciado de publicaciones es abrumador y muy interesantes los comentarios que dedica a los esfuerzos de las nuevas generaciones y las actuales orientaciones jurídicas.

MELICH, en relación con Venezuela, se ensaña con la España absolutista y confesional que consideraba a su patria como una oscura colonia

y detalla los esfuerzos para la ruptura con tan ominoso pasado y la adopción de modelos italianos más adecuados para una sociedad liberal, laica e igualitaria como la de su patria. Ciertamente que la doctrina venezolana no es demasiado floreciente pero el alumnado de las Facultades de Derecho es muy importante y el futuro debe considerarse óptimo. No deja de señalar alguna influencia de los emigrantes de España, entre ellos MOLES, al que considera Catedrático de Derecho de Barcelona.

6.—GRUPO LUSITANO: Apenas terminada la lectura de dos recientes obras de NOGUEIRA PINTO y AMORIM DE CARVALHO, con los significativos títulos de *Portugal, años do fim* y *O fim histórico de Portugal*, se siente un cierto escalofrío al consignar el precedente grupo tan tradicional. ESPINOSA G. DA SILVA, con la colaboración de RIBERO, toma para Portugal, como fecha clave, el año 1867, en que se redacta el primer Código Civil: reseña los importantes exegetas y las enseñanzas que se imparten en la Facultad de Coimbra, con tantas resonancias positivistas que pasa a ser fortaleza de la jurisprudencia de intereses, y en la de Lisboa, creada en 1913, con CAETANO como figura señera, antipositivista y conceptualista. Con este esquema traza el desarrollo jurídico en las diversas esferas para terminar con el nuevo Código Civil de 1966 y la penetración de la jurisprudencia valorativista.

Consigna REALE que en el período imperial de Brasil (1822-89) se publican varios Códigos de influencia europea que comentan numerosos tratadistas, algunos de calidad excepcional. Con la república parece acelerarse la renovación de ideas y penetran las de las escuelas positivistas y naturalistas y a partir de 1940 irrumpe la jurisprudencia de intereses, el culturalismo jurídico con sus variantes fenomenológicas, el marxismo, el estructuralismo y hasta la llamada teoría jurídica tridimensional. Apunta la influencia de Estados Unidos en la moderna legislación procesal. El Código Civil de 1966 produce una pléyade de comentaristas. El informe, lamentablemente, no alcanza la modernísima Ley de Sociedades Anónimas, tan meritoria.

7.—GRUPO SOCIALISTA: El estudio, debido a la pluma de K. GRZYBOWSKI, da cuenta de que la influencia occidental penetra masivamente en Rusia a partir de 1860, si bien no llega a publicarse Código Civil: se estaba discutiendo en la Duma al iniciarse el período soviético. Con la estabilización de éste empiezan a aparecer juristas, incluso especulativos, entre los que destaca PASHUKANIS y su escuela, que sufren serios embates por parte de VYSHTINSKII y otros que los consideran derrotistas o anarquistas, y algunos de sus seguidores son internados hasta el fin del período stalinista. STUCHKA, REISNER, YUDIN y otros son figuras de la propia ciencia especulativa, si es que puede llamarse tal lo que RECASENS SICHES ha calificado de «paisaje de indigencia y debilidad mentales... vacío mental, completa ausencia de pensamiento pseudoteoría jurídica, titubeante y oscilante, elaborada por mercenarios». De HOIBARGH es la frase de que el Derecho es más opio del pueblo que la religión. En las publicaciones, como en las normas, predomina la influencia marxista-leninista, pero las constantes de la civilística occidental permanecen en su base.

Bulgaria, según ANDRÉEV, desde su constitución como Estado en 1878 sigue las corrientes germano-rusas, aunque la primera se acentúa consi-

derablemente, en especial en el período posterior a la primera guerra, en la que la producción jurídica es abundante. La instauración de la República Popular orienta las actividades hacia la edificación de la civilización socialista y los modelos rusos prevalecen.

SZABÓ se ocupa de Hungría, donde a partir de 1867 puede empezar a hablarse de derecho propio, no siempre escrito, pues la costumbre predomina. La doctrina, eminentemente burguesa, sigue las corrientes kantianas y neo-kantianas y las positivistas. En el período transitorio, 1945-49, la burguesía, bajo la capa de democracia, intenta defender sus privilegios, pero es aniquilada. Los modelos soviéticos pasan a primer plano y la producción jurídica, no ciertamente escasa, aparece con orientaciones sociológicas y comparatistas.

Nos dice S. GRZBOWSKI que Polonia inicia su reconstrucción jurídica a partir de 1918. Las universidades y la doctrina tienen profunda influencia francesa y germana. En 1945 unifica escuelas, pero no mengua la enseñanza universitaria ni la producción jurídica, que es considerable.

IONASCO expone la evolución de Rumania a partir de 1859 en que los principados de Moldavia y Valaquia se unen. El Código Civil de 1864, y calco del francés, y la Constitución de 1866 solucionan satisfactoriamente el problema de la diversidad de legislaciones que se reproduce al incorporarse otras regiones. A partir de 1944 se dictan el Código de Familia, el de Trabajo, las normas reguladoras de contratos de los entes económicos, las relativas a la propiedad personal dimanante de trabajo y ahorro, la propiedad socialista del Estado y las cooperativas, etc., todas ellas en la más pura ortodoxia marxista.

Checoslovaquia corre a cargo de KNAPP y LUBY. Su ciencia jurídica alcanza remotas profundidades, pero se desarrolla ampliamente a partir de 1918 en que empiezan las luchas universitarias: Praga es positivista, Brno neo-kantiana y Bratislava está ligada a las tendencias históricas y sociológicas, pero todas ellas son profundamente antimarxistas. En 1945 se produce la revolución democrático-burguesa que abre paso a la socialista de 1948 en que la doctrina y producción jurídica se acomodan a las directrices socialistas. Un intento revisionista de 1968 es duramente rechazado por el pueblo.

Indica PRETNAR que Yugoslavia nace en 1918 como una agrupación de pueblos no todos de cultura común o próxima, pero el clima unitario se va abriendo paso y la doctrina alcanza considerable desarrollo. A partir de 1946 se produce primero el socialismo estático, en que se forma el patrimonio del Estado, al que sigue el período dinámico con la llamada autogestión bajo la dirección y control del Estado. Los juristas, con notables obras, figuran entre los entusiastas arquitectos de la nueva edificación de la sociedad. Se publican seis revistas jurídicas.

8.—ITALIA: Merece capítulo especial el informe del propio ROTONDI relativo a Italia que nos hace penetrar en su mundo jurídico de inicios del siglo XIX acompañando los ejércitos revolucionarios franceses que imponen su Código Civil u otros en él basados. La pléyade de comentaristas y el florecimiento extraordinario que registra en todos los sectores la ciencia jurídica italiana hasta el Código Civil de 1942, es una de las más brillantes epopeyas de su historia jurídica y aun del mundo, pues su influencia es considerable. Imposible citar los inúmeros juristas de excepcional calidad y billantez increíble. No obstante, ROTONDI no es opti-

mista. El florecimiento se debió a la alta calidad de la enseñanza universitaria y del mismo fue consecuencia la excelencia de la administración de justicia. Hoy, pese a que existen más de 200 revistas consagradas al Derecho y que la producción no desciende, ni la base citada ni su consecuencia tienen ya tal calidad. Difícil es juzgar lo contemporáneo; imposible predecir el futuro.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

FIESTAS LOZA, A.: *Los delitos políticos (1808-1936)*. Salamanca, 1977.

La tesis doctoral de ALICIA FIESTAS LOZA, convertida en monografía, nos trae en un estudio histórico el actual tema de los delitos políticos. La actualidad del tema para el recensionista tiene dos claras vertientes que trataré de precisar y así situar la monografía.

A primeros del año 1977 tuve que ir a dar unas conferencias en algunas capitales de América. Tenía que cuidar un poco las iniciaciones, pues en ellas había alusiones a personas, costumbres, legislaciones e historia de los sitios en que se estaba hablando. Precisamente la de Managua tiene en su comienzo una referencia a la dedicatoria que un gran jurista—padre de uno de los que motivó nuestra gira, IVÁN ESCOBAR FORNOS—estampaba en una de sus publicaciones. En el fondo la dedicatoria no hace al caso en este momento, pero sí era importante, pues la publicación en la que se contenía era nada menos que sobre un estudio del *Delito político* y en ella se percibía cómo ni en el Código Penal de 1891, ni en la Constitución de 1939 se regulaba el delito político, aunque en la última había una alusión al mismo para excluirlo como posible causa de extradición de extranjeros. Cuento la anécdota porque esta cita pudo ser—para un jurista que milita en el campo del Derecho privado—una especie de lujo, al igual que tomar vino en las comidas en aquellos países. El lujo sigue persistiendo debido al atrevimiento que supone esta recensión, pues dentro de mi limitado campo privado se hace patente mi falta de «soltura» en este ambiente.

Hablar en el año 1977 de delitos políticos creo que es importante y actual. Nuestro pueblo, aun con la «suelta de palomas» que puede haber significado la autorización de diversos partidos políticos, el voto libre y decisorio de mayorías gobernantes, los esfuerzos de culturizar la masa, de despolitizar las fuerzas armadas, de hacer aséptica la función judicial y de elaborar una pródiga Constitución en artículos y principios, es muy dado a los gritos de muera, aunque ellos se refieran a la misma España, la bandera, el Rey, la república o lo que sea. En este pueblo de contrastes donde se elimina la pena de muerte y se admite la despenalización del aborto, donde los símbolos son más importantes que las instituciones, donde nadie obedece y todos quieren mandar, bien está que detrás de la norma aparezca la amenaza del delito como fuerza coactiva para su cumplimiento. Mentalizar a la gente para el respeto de instituciones y principios es labor de siglos y como la cultura está en relación inversa con el derecho, a mayor cultura el derecho es menor porque se respeta

el de los otros y viceversa, se hace necesaria la amenaza del delito. Por eso apareció el fiscal. Así surge lo que yo llamo «la gran tristeza del ejercicio del Derecho».

La obra se prologa por FRANCISCO TOMÁS VALIENTE, Catedrático de la Universidad de Salamanca. El bien intencionado arranque del mismo, sin embargo a mí no me parece correcto, pues al utilizar el Derecho registral para encubrir la «finalidad política de la norma» se hace una afirmación que es incorrecta y criticable, pues se dice que el Derecho hipotecario descansa sobre una ideología socio-política que tiende a proteger ciertas formas de propiedad privada. No fue ésa la finalidad histórica ni crediticia, pues sea cualquiera la forma individual o social de concebir la propiedad, lo que el Registro de la Propiedad pretende es la seguridad jurídica en su versión del «tráfico jurídico», principio recogido en la mayor parte de las Constituciones mundiales. Puede ser, como dice el prologuista, que cuando el legislador tipifica determinadas conductas como delictivas por estimar que atentan contra el poder político establecido y en cuanto tal las pena, es evidente que ese poder se protege a sí mismo al punir tales acciones, pero lo que no es cierto o es poco feliz la referencia a la legislación hipotecaria.

El resto del prólogo me parece acertado en cuanto señala cómo en el estudio de la autora se demuestra la poca fiexa del concepto del delito político, la diferente valoración de que fueron objeto dichos delitos y de que es a la hora de aplicar una amnistía cuando sale a la luz qué es y qué delitos abarca la delincuencia política.

Ante estas ideas del prologuista viene a mi memoria aquellas frases con las que GONZÁLEZ PÉREZ termina uno de sus trabajos: «Lo grave no sería nunca un Gobierno de los Jueces, sino una Justicia de los políticos. Pues el peligro, el verdadero peligro, está en que, bajo la toga de Magistrado, se oculte un político que utilice la Administración de la Justicia para hacer política.» Tendremos que despolitizar, además de al ejército, al clero, a la justicia, a los funcionarios... y al final quedará, lo estoy viendo, el pueblo soberano.

El libro tiene en su estructura una división en cinco capítulos, aparte de una introducción, que marcan lo que podríamos considerar como etapas históricas de la exposición de un concepto. Se apoya en un sumario, contiene unas claves de abreviaturas y al final lleva un índice bibliográfico importante y muy útil. El trabajo se realizó en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de que hemos citado como prologuista. Descendamos ya a cada parte de las apuntadas.

1. LA ESPAÑA DE FERNANDO VII

La autora de esta monografía acerca al lector en una especie de introducción a lo que podríamos llamar teoría general de la historia del delito político, para poder enlazar el mismo con la llamada época decimonónica española, aunque esta época nunca pudo calificarse de creadora del delito, pues bajo uno u otro nombre, los delitos de tal naturaleza han existido en todos los lugares desde tiempos remotos y nuestro país no constituyó una excepción a este aspecto, aunque, desgraciadamente, la constituyera en muchos otros.

Resulta interesante leer historia y al mismo tiempo enterarse de una evolución de un concepto. Es el mismo estilo literario empleado por los grandes maestros de las biografías o de «los momentos estelares de la humanidad». Al mismo tiempo que se enseña, se deleita.

La España de Fernando VII va enlazada con las Cortes de Cádiz, dos etapas absolutistas y un trienio liberal. Es el primer capítulo que la autora nos dedica para exponer su temática. Quizá a Fernando VII la Historia le «puso así las cosas» para que se iniciara en España el Estado constitucional y se preparara un rodaje popular de dos importantes manifestaciones del delito político: la libertad de imprenta y lo que podía contener la Constitución de 1812.

Las etapas que la autora nos ofrece están constituidas por las Cortes de Cádiz, con su famoso delito de «infidencia» y de las infracciones de Leyes Fundamentales, así como el tema de la jurisdicción encargada o legitimada para juzgarlas, la primera etapa absolutista con las medidas represivas de Fernando VII contra los diputados de las Cortes gaditanas, los afrancesados y los liberales, el trienio liberal y la nueva década absolutista con sus disposiciones contra liberales y apostólicos, así como la amnistía del año 1832.

2. LA EPOCA ISABELINA

La etapa de 1833 a 1868 nos la cuenta la autora en forma abreviada y entretenida, para luego introducirnos en el tema del delito político que atraviesa, según ella, tres fases: en la primera de ellas, estuvo vigente toda la legislación absolutista, es decir, las normas sobre el crimen de lesa majestad y traición contenidas en las Partidas y en la Novísima Recopilación, así como las disposiciones que sobre estos mismos delitos dictó Fernando VII a lo largo de su reinado. La segunda se enlaza con el motín de La Granja que declara aplicable la Ley de 1821 sobre penas a los conspiradores e infractores de la Constitución, sin perjuicio de las remisiones a la legislación del antiguo régimen. La tercera fase por la que pasaron los delitos políticos en la época isabelina tuvo su origen en el pronunciamiento de 1843, que culminó con la promulgación del Código Penal de 1848, en el que se recogían los delitos contra la religión, contra la seguridad exterior del Estado, contra la seguridad interior y el orden público. A su lado existían los delitos de imprenta regulados por Real Decreto de 1844.

En esta época se regularon esos delitos y se determinó la jurisdicción de procedimiento y se dictaron disposiciones en contra de la posible extradición de extranjeros «perseguidos y procesados por hechos o delitos políticos».

3. EL SEXENIO REVOLUCIONARIO

El dibujo de la situación política es importante en esta fase en la que los dos platillos de la balanza van a reflejar el abandono de España por Isabel II y la subida al cenit de la Constitución de 1869 que al aceptar la monarquía como sistema de gobierno provocó la traída de un rey extranjero: Amadeo de Saboya. La renuncia de éste, la ya incipiente

Asociación de Trabajadores de carácter Internacional (AIT) y otros factores trajeron la República y a Pr y MARGALL que elaboró otro proyecto de constitución federal, pero entre Pavía y Martínez Campos acaban con la República y entra como Rey de España Alfonso XII.

Así las cosas históricas vienen a reflejarse en los delitos políticos. El Código Penal de 1848 se sustituye por el de 1870 en el que parecen distinguirse los delitos comunes de los políticos, aunque deben registrarse diversas disposiciones que recogen puntos concretos, así la Ley de 18 de junio de 1870 sobre materia de indultos, la de 31 de julio de 1870 sobre amnistía, la de 1873 sobre condiciones de presos políticos, etc. Igualmente el Código Penal recogía los delitos de traición, los que comprometen la paz o la independencia del Estado, los contra el derecho de gentes, contra la Constitución, contra las Cortes, sus individuos y el Consejo de Ministros, contra la forma de Gobierno, cometidos durante el ejercicio de los derechos individuales reconocidos por la Constitución (reuniones ilegales, asociaciones, enseñanza, imprenta, etc.) o por los funcionarios públicos (contra la división de poderes, detenciones ilegales, domicilio, correspondencia, etc.), delitos relativos al libre ejercicio de los cultos y delitos de orden público.

Este cuadro enumerativo es desarrollado por la autora con reproducción de artículos claves y comentarios ilustrativos. Igualmente se estudian los procedimientos y se culmina con un comentario sobre la llamada *cláusula del atentado* que no reputa delito el atentado contra los Soberanos de los dos Estados contratantes, cuando ese atentado constituyera el «crimen de homicidio y envenenamiento».

4. RESTAURACION Y CRISIS DE LA MONARQUIA PARLAMENTARIA

El período histórico se inicia con la figura de un nuevo Borbón en el trono de España y se cierra con las elecciones municipales de abril de 1931, que significaron el fin de la monarquía. En esta época, como señala la autora, es preciso distinguir dos fases bien claras que las separa el 13 de septiembre de 1923, fecha del golpe de Estado del General Primo de Rivera.

Durante la primera de ellas (1874-1923) continuó vigente el Código Penal de 1870 que continuó sin reformarse a pesar de los cambios políticos habidos. Se registraron numerosas disposiciones a este respecto, como la del establecimiento de los jurados, las de indultos, las amnistías, los delitos electorales, la Ley de reuniones de 1880, la de imprenta de 1883, la de asociaciones de 1887, etc. La segunda etapa la constituye la promulgación del Código Penal de 1928 que no definía los delitos políticos, pero que se descubren por la autora a través de las disposiciones sobre indultos y amnistías. Se suprimió el juego de los jurados y se trasladó a la jurisdicción militar los delitos políticos más peligrosos. Estudia también la autora la problemática de la extradición, el trato en prisión del preso político y lo que podría llamarse «delito social» y el derecho a la huelga, ingeniosamente calificado como «derecho a la pereza» por LAFARGUE.

5. LA SEGUNDA REPUBLICA

Hace falta mucha objetividad para recorrer este período de tiempo sin sufrir alteraciones nerviosas, pues la Historia que se cuenta nunca suele recoger el hecho vivido por una persona o grupos de ellas y, por ello, creo que lo mejor es aplazar lecturas como sucede con las películas eróticas: para cuando no hieran nuestra sensibilidad.

Como mi República fue de pantalón corto, puedo adentrarme en ese mapa de variopintos sucesos históricos que van desde la proclamación de la amnistía, hasta la «Ley de Defensa de la República», pasando por la Constitución, la Ley de Reforma del Ejército, la reforma agraria, el Estatuto catalán, la Ley de Congregaciones, la de responsabilidades políticas, la quema de conventos, la huelga de la Telefónica, el Código Penal de 1932, etc.

La autora va relatando estos acontecimientos para ir viendo cómo ellos influyen en el concepto y enumeración de los delitos políticos. Inevitablemente esta época tiene como protagonista del intento constructivo de la figura a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien al distinguir la delincuencia evolutiva de la delincuencia atávica, sitúa sólo en la primera al delito político, reduciendo el campo del delito político del cual quedaron excluidos los delitos contra las Cortes, sus individuos y el Consejo de Ministros, los delitos contra la forma de Gobierno, la rebelión, la sedición, el asesinato, homicidio, lesiones e incendio cometidos con móviles terroristas y los delitos cometidos por explosivos. Menos mal que en 1933, a través de la amnistía, se amplía el círculo de dichos delitos. A través de las amnistías de 1934 y 1936 se van dibujando por la autora los delitos políticos que durante esta etapa histórica se admitieron contenidos algunos en el Código Penal y otros en Leyes especiales.

Igualmente se estudian por la autora los problemas de jurisdicción, los del trato penitenciario a los presos políticos, la problemática de la extradición y la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA y los llamados delitos sociales.

Se termina la publicación con una reflexión final en la que la autora, que a mi entender ha dado muestras de una objetividad al relatar los períodos históricos y señalar las diferentes concepciones sobre el delito político, se pone nerviosa y se contagia de uno de los males de nuestro momento actual: la crítica negativa a cuarenta años de historia.

En mi calidad de jurista—hombre de Derecho y no hombre de Leyes—creo que es más importante la refacción que la obra nueva. Destruir para construir implica una total falta de imaginación. Es moral de albañil. Pero dejando a un lado la forma por la que se logre ese nuevo amanecer democrático, lo que sí me preocupa, al terminar la lectura de este libro, es si esos hombres que «parlan» en el Parlamento conocen algo de lo que la autora nos brinda, pues si es así podemos entender que el pueblo—además de soberano—ha sido sabio al elegirlos, pero si como preveo no es así, a lo más que podemos llegar es a una nueva y dramática improvisación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y-ORTIZ

OTAEGUI, JULIO C.: *Fusión y escisión de sociedades comerciales*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1976.

No sorprende, aunque sí inquieta, contemplar cómo jóvenes Estados del continente iberoamericano, sin siquiera aperebirse de ello, van acompañando sus estructuras jurídicas al ritmo de hegemonía que les impone la historia para un período inmediato. Es la sucesión a la capitania de aquella Europa débil, decadente, con escasas virtudes y sin nostalgia de lo divino, que abandonó los sentimientos primarios de patria y familia, se halla subdividida geográfica y espiritualmente y parece cabalgar velozmente hacia destinos de sombras y silencios.

Ayer nos ocupábamos del nuevo derecho de sociedades del Perú; hoy es noticia Brasil, con recién estrenada legislación de Anónimas que empezó a regir en enero de 1977 y recoge las más estridentes novedades: acciones sin valor nominal, acciones sin voto, sindicación con efectos vinculantes para la sociedad y los terceros adquirentes, depósito obligatorio de títulos, con el consiguiente reconocimiento de la propiedad genérica y transmisión por simple anotación en los libros del establecimiento depositario y, cómo no, la *cisão* o escisión.

El libro enunciado analiza este instituto, junto con su hermana mayor la fusión, en la normativa societaria argentina que desde su nueva formulación de 1972 está produciendo abundantes y cualificados comentaristas. La obra de HALPERIN «Sociedades Anónimas» es ejemplar y ha sido reimpresa reiteradamente. Sobre fusiones y escisiones en revistas jurídicas y económicas aparecieron algunos estudios, entre ellos los de OTAEGUI que con la obra objeto de recensión culmina un dilatado *cursus* de hiperespecialización. Sobre fusiones en España contamos con excelente literatura y, últimamente, han empezado a preocupar las escisiones habiéndose referido a ellas GIRÓN, DE LA CÁMARA, SÁNCHEZ CALERO, MENÉNDEZ y recientemente DUQUE, en el «Homenaje a Uría». En Europa sólo están consagradas legislativamente en Francia y esto desde la reforma del 66/67, aunque la existencia en varios países de regulación fiscal evidencia una cierta amplitud de tradición y práctica. En Argentina la Ley se ocupa de las fusiones en sus artículos 82 a 87 y a las escisiones dedica el 88.

Las fusiones tienen acusado interés en el ámbito empresarial, incluso internacional. El artículo 220 del Tratado de Roma y el 66 de la C.E.C.A. apuntan las posibles entre las sociedades de nacionalidad diversa e incluso el C. C. italiano parece autorizarlas pero exige reciprocidad, supuesto que no se ha producido. Para Hispanoamérica enfocó el tema Bustamante.

La materia es compleja, sugestiva, sobre todo en el campo doctrinal en el que el estudio de OTAEGUI no es profundo. Ciertamente que incluye leves esbozos históricos y apuntes de derecho comparado, no faltando incursiones dogmáticas, pero el enfoque es fundamentalmente de cara a la praxis y aunque el campo es árido, una exposición diáfana que discurre por un ancho cauce poblado de una excelente casuística ejemplarizadora, hace plácidos y sinuosos los más quebrados perfiles. Cita los mejores autores hispanos, es exhaustivo en los americanos de lengua española,

no faltan franceses, italianos y anglosajones, pero se echa de menos el nombre de SANTAGATA y aun los de PEPE y GALGANO, además de una referencia a la actual doctrina mercantilista italiana o germana.

En Argentina la fusión se admite para todas las sociedades comerciales dotadas de «personería jurídica» sea cual fuere la sociedad resultante. A juicio de OTAEGUI la misma forma parte de una especie de «derecho familiar» de las personas jurídicas, lo que lleva a recordarnos a Ivonne Cheminade que nos habla de las «capitulaciones matrimoniales de fusión», el «Bureau de Mariages» o Sección de Grupos de la C.E.E. y aun las acciones convertibles y su condición de matrimonios a prueba.

Como muchas legislaciones y doctrinas, la argentina y nuestro autor hablan de la disolución que el instituto produce, que actualmente se puntualiza como extinción y aun desaparición formal y todo él, tal vez con más adecuado encuadre, como procedimiento liquidatorio que se practica por cuenta de los accionistas que son los que reciben las nuevas acciones. Se considera la fusión como un negocio autónomo, típico, operativo de una sucesión universal inter-vivos del que son simple secuela la desaparición de las absorbidas o fusionadas, sus efectos en los accionistas y otros problemas propios de este procedimiento simplificador, fórmula algebraica con efectos determinados por la Ley y que considerados individualmente, en el cielo de los conceptos clásicos, se ofrecen como un conjunto de engendros diabólicos. El orden de registración, salvo el caso de fundación de nueva sociedad en el que ésta tiene carácter constitutivo pese a las recientes lucubraciones de FIGA FAURA, es relativamente indiferente y aunque una Resolución de nuestra DGR de 21 de julio de 1971 solventó agudos problemas de sincronización, la misma parece adolecer de una concepción discutible, tal vez inmadura, de nuestro instituto.

Como es de rigor OTAEGUI plantea las clásicas distinciones de la fusión respecto a las más ágiles, pero menos intensas, fórmulas de aproximación económica *holdings*, venta-fusión, compra de capa, etc. y parece llegar a la consecuencia de que las sociedades en liquidación pueden fusionarse, oponiéndose a amplias corrientes que la juzgan inadecuadamente salvo remisión de la causa de disolución, cuando es posible. La legislación alemana, con su evolución, es altamente significativa.

Es sabido que no todas las legislaciones regulan la fusión en forma autónoma y en caso negativo existe una implícita remisión a la disciplina del aumento de capital, para las absorciones, y a la fundacional, en caso de fusiones estrictas o «consolidaciones» en la nomenclatura o léxico de OTAEGUI. Las que la regulan ofrecen las variantes de un solo procedimiento, con matizaciones, para ambas formas o dos distintos. No obstante, siempre se advierte que en la absorción late la concepción del aumento de capital con modificaciones estatutarias. Se eliminan balances de la absorbente, se reducen derechos de «receso» o separación o, de concederse, se fundan en el cambio de objeto, lo propio que otros derechos de socios o acreedores. Ello a pesar de anotarse que una fusión en pésimas condiciones económicas puede afectar considerablemente a la sociedad que absorbe, cuyos socios y acreedores merecen igual protección que los de la absorbida.

En Argentina, según la Ley, el balance debe redactarse tanto en los casos de incorporación como de consolidación. Pero OTAEGUI sigue a

ZABALA y estima que no procede en el primer caso y para la incorporante lo propio que los derechos de receso. Para la absorbente los *quorums* de aprobación son los mismos del aumento de capital.

En lo esencial el procedimiento es similar en todas las legislaciones. Acuerdo primario, *Verschmelzungsvertrag* en Alemania, *Projet de contrat* en Francia, *Piano di fusione* en Italia y *Boleto de Contrato* en Argentina o *Plan of Merger* en el mundo aglosajón cuyas instituciones, *Amalgamation*, *Reconstruction* o *Take Over*, no distan mucho de las continentales.

Al mismo sigue la ratificación de los organismos soberanos —en ciertas legislaciones y casos concretos de absorción para la absorbente basta actuación de la Administración— y amplia publicidad-tutela en la prensa, pues la registral no merece excesiva confianza de efectividad.

Transcurridos los plazos legales, que impugnaciones de acreedores pueden dilatar considerablemente, se llega al acuerdo definitivo. La Ley argentina no prescribe la escritura, pero la imponen la jurisprudencia y la Inspección de Personas Jurídicas.

Indudablemente podrían anotarse algunas especialidades en tal normativa pero no son excesivamente trascendentes; el curso del proceso se ajusta al clásico español. Apuntamos, no obstante, algunas consideraciones que sugiere la lectura de OTAEGUI:

Señala nuestro autor que en el compromiso primario es preciso incluir ciertos márgenes de seguridad, condicionamientos o «recaudos», que eviten excesivos desniveles patrimoniales entre el inicio y el fin del proceso de fusión, destacando los basados en determinados porcentajes de accionistas ejercitantes del receso o de acreedores que soliciten el pago. No incluye, en cambio, el que en España se ha puesto de moda desde la Ley de 1968: obtención de beneficios fiscales, condicionamiento no estrictamente técnico pues de alcanzarse el supuesto no se produce retroacción de efectos. Tal imprevisión de OTAEGUI no es de extrañar: Las fusiones argentinas están exentas de los Impuestos de Sellos y Ganancias y para el acosado «eurocontribuyente» Hispanoamérica es un reflejo del paraíso.

Que el procedimiento abreviado de 1968 ha dilatado todavía más las fusiones se comprueba acudiendo a la historia de la que ofrecemos solamente dos ejemplos:

a) El 12 de junio de 1973 las Juntas Generales de las Editoras Seix-Barral y Ariel acuerdan la fusión, condicionada a los beneficios fiscales. Estos se conceden por Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1974. Se publican los anuncios y los balances finales y escritura de fusión tienen fecha 23 de mayo de 1975.

b) En junio de 1974 se acuerda por los respectivos Consejos que la Sociedad A, poseedora de todas las acciones de la B, absorba a ésta; ratificado el acuerdo por las Juntas el mes siguiente, a reserva de los propios beneficios fiscales, se acuerdan éstos en diciembre siguiente. En enero se publican los anuncios y la escritura final la autoriza el Notario de Madrid De la Cámara, el 10 de marzo de 1975. A la misma se incorpora exclusivamente el balance de la absorbida, lo que VELASCO en su monografía «La separación del accionista» estudia y considera corruptela insostenible.

De lo expuesto parece deducirse lo siguiente: no es posible que en tan amplio paréntesis temporal pueda hablarse de bases inmutables; es anormal que los patrimonios discurran paralelos o hibernados, no sólo imponiendo inactividad a las empresas, sino inafectos a inmisiones exteriores. Realmente parece que la fusión se realiza con independencia de la representación practicada, formal cumplimiento de una normativa de escasa efectividad para los terceros y de vacío contenido en el orden interno.

Algunas sugerencias podrían formularse para la reducción o eliminación de plazos, balances y trámites, sobre todo en los casos en que acuerdos unánimes hagan improcedente el ejercicio del acosado derecho de separación: siendo innecesario garantizar a accionistas disidentes, los acreedores quedarían mucho más tranquilos con un aval bancario que supliría anuncios, garantías y suspensiones.

Es de observar que los que ejerciten el derecho de separación difícilmente considerarán justo percibir el valor de sus títulos por el resultado de los balances; en defecto de convenio podría acudir a una velocísima *arbitration*, tipo anglosajón, que obligara a la adquisición de acciones sin reducción de capital.

La formalización de balances por la absorbente parece excesiva en casos en que se limite a eliminar pequeños satélites que navegan alrededor del gran astro. Y en otros muchos.

Pero volviendo a OTAEGUI indiquemos que el acuerdo final debe inscribirse en el Registro Público de Comercio cuyo Juez titular ordenará, asimismo, la inscripción en los otros registros procedentes, según la naturaleza de los bienes afectados. Sería el momento de plantear el problema de cuál es el momento de transmisión de los bienes, del valor constitutivo de los asientos de fusión, disolución y constitución según las diversas legislaciones. Pero ello es amplio y complejo y escapa a la finalidad de estas notas.

Volvamos al Registro. El argentino, como el inglés, funciona incorporando los duplicados de los documentos presentados. El Juez encargado superpone su rigurosa calificación a la desorbitada actuación de la Inspección de Personas Jurídicas, por lo que la inscripción no es nada fácil, lo propio que la consulta o certificación, pues los rudimentarios procedimientos hacen del mismo un verdadero cementerio en el que la localización, examen y remoción están sólo al alcance de cualificados expertos. El C. R. Ó. de Inglaterra en cuanto a procedimientos, y sin apenas calificación, parece de la era espacial, comparado con el paleolítico argentino. Ello no implica ningún elogio para los numerosísimos españoles (aunque, con escasas excepciones, casi todos meramente decorativos) con arcaicos procedimientos y en los que el deporte rey lo constituye la localización de tomos obligada por los infinitos pases. Un solo registro modernizado debería sustituir esta lujuriente vegetación de escasa efectividad.

Y para concluir hablemos de las escisiones argentinas. La Ley sólo se refiere a las denominadas «excorporaciones», vocablo opuesto a las incorporaciones o absorciones. Se trata de aquellos supuestos en los que la sociedad matriz continúa con vida, cuando se divide totalmente, léxico francés, se produce la operación inversa a la «fusión propiamente dicha». La sociedad primitiva desaparece. Aunque la ley no hable de ella,

OTÁEGUI, siguiendo a otros autores argentinos, la reputa admisible. La regulación de estas instituciones se realiza mediante el oportuno reenvío.

Sin duda ni en Argentina, ni en otros países, las instituciones examinadas deben considerarse perfectas. Pero Argentina, para la que auguramos un pronto liderazgo, está obligada a superar rápidamente sus imperfecciones.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

UNGER, MAURICE ALBERT: *How to invest in Real Estate*. Ed. McGraw-Hill Paperbacks, New York, 1975.

Tal vez por reputarse una noción subyacente, un valor entendido, rara vez vemos reflejado en las informaciones el vertiginoso desarrollo de Estados Unidos y Canadá. Muchas poblaciones cuya partida bautismal apenas ha cumplido el siglo cuentan sus habitantes por centenares de millares o millones y su incremento industrial es apreciable en espacios temporales no dilatados. A primeros de septiembre de 1978 en una emisión de TV, en lengua española en Las Vegas, relativa a temas inmobiliarios, se expresaba que el valor de los inmuebles se acrecentaba mensualmente y que el poderoso ritmo de la construcción no podía atender el veloz aumento de población.

No es posible eludir un retorno nostálgico y recordar que hasta fines del siglo XVIII más de dos tercios de lo que hoy es EE. UU. era dominio español y que el mismo no había disminuido excesivamente en 1830. Una publicación onomástica muy reciente, que recopila los nombres hispanos de tal país, inserta mapas que hoy nos parecen escalofrantes.

La obra que pasamos a recensionar está dedicada al hombre de la calle y bajo el lema de quien no se arriesga no gana. Constituida por una serie de informaciones útiles, consejos y advertencias de un experimentado maestro, en su especialidad puede considerarse ejemplar, pues además es amena y está atestada de situaciones humorísticas y hasta cáusticas. Pero su autor es Profesor de Real Estate y Business Law, en la Universidad de Colorado y, como jurista completo, da a la publicación una estructura sólida en este aspecto y muy asequible a aquellos de nuestros juristas no versados en el derecho del mundo anglosajón y nos ofrece una verdadera descripción del quehacer diario en el mercado inmobiliario americano. Por ello juzgamos útiles unas breves pinceladas de su contenido.

Este se inicia con graves advertencias contra la inflación, uno de los inventos más infernales para ahorradores e inversores, a los que pretende encaminar hacia el «Real Estate», aproximadamente inmuebles —aunque del concepto estricto se excluyen los que exigen roturación anual— por estar a prueba de los riesgos corrientes. Sólo les afecta, fundamentalmente, la no liquidez. Por lo demás se ha demostrado repetidamente que tales inversiones se revalorizan en proporción superior a la curva de inflación, que no debiera tener tal configuración geométrica, pues raras veces deja de tener sentido ascendente. Además es un

escudo utilísimo contra los impuestos, pese a que normalmente inmuebles e impuestos van tan unidos como tocino y huevos.

En el ámbito jurídico hay que referirse previamente al *deed*, documento mediante el que se transmite un *interest*, que puede ofrecer muchas variantes pero que, esencialmente, se concretan en tres tipos:

a) El *Quitclaim Deed* en el que se transmiten los «intereses» que correspondan al titular de una finca, si tiene alguno, de lo que no se responde.

b) El *Bargain and Sale Deed* que garantiza la titularidad de «algún» interés, aunque no se concrete.

c) El *Warranty Deed* que garantiza la existencia de un título legal, con posesión (*seizin*) material y jurídica que se incluye en la transmisión, evicción frente a tercero de mejor derecho; *covenant of further assurance* u obligación de proceder a la adecuada rectificación del título, caso de error; *covenant against encumbrances* o garantía por cargas, así como el *covenant of warranty title*, caso de aparecer un título mejor.

La propiedad puede ser colectiva y en este caso ofrece el siguiente catálogo de fórmulas:

1) *Tennancy in common* o propiedad indivisa.

2) *Joint Tennancy* o titularidad indistinta, situación similar a la de nuestros pactos de sobrevivencia. Al fallecer un titular su participación acrece la de los condóminos.

3) *Tennancy by entreties*, fórmula similar a la anterior pero convenida sólo entre esposos. La particularidad es que en caso de divorcio se transforma automáticamente en propiedad indivisa por igual.

4) *Community property* entre esposos equivalente a nuestros gananciales. En vida disponen ambos y al fallecimiento se liquida por mitad el patrimonio subsistente.

5) *Partnership Propiety* en régimen de sociedad civil, aproximadamente.

6) *Sindicate Property*, idéntica fórmula que la del apartado anterior pero con amplio núcleo de socios.

7) *Limited Partnership*, sociedad limitada y que, según UNGER, es una forma muy utilizada por la limitación de responsabilidad y tratamiento fiscal.

8) A través de una *Corporation* o sea, aproximadamente, una Anónima «persona artificial sin alma para ser condenada y sin espalda para ser azotada».

9) Mediante un *Investment Trust*, un REIT que sin ser *Corporation* admite muchos pequeños partícipes con responsabilidad limitada. Es el paralelo de nuestros Fondos Mobiliarios. Los Inmobiliarios en el derecho continental tienen amplio desarrollo en Suiza mediante los bonos de participación. En España en formas de Cuentas en Participación (que pasaban a ser las menos secretas de las sociedades) se hicieron varios experimentos en estos últimos años, en vías de absoluta transformación en anónimas corrientes. El esquema de los fondos no encaja en la doctrina jurídica romanista, aunque su utilidad práctica ha sido realmente importante.

La financiación tiene considerable papel. *No financing, no transaction.* Tiene un cierto interés la descripción de los sistemas más comunes:

a) La asunción de una *Mortgage* o un *deed trust* anterior. Este último, no permitido en todos los Estados, implica una especie de transmisión fiduciaria del *Deed* a un tercero en interés del prestamista. El tercero, según sea o no satisfecha la deuda, transmite el inmueble, en su día, al prestatario o al acreedor.

b) El *Contract for Deed*, financiación a cargo del vendedor. Se entrega el *deed* a un tercero, *escrow agent*, con el propio carácter fiduciario. Tiene por objeto evitar los inconvenientes dimanantes del fallecimiento o divorcio del vendedor mientras el precio aplazado esté pendiente. UNGER recomienda que la compra *on contract* se haga en forma «recordable» (registrable) y por tanto mediante documento firmado en presencia notarial que debe pasar inmediatamente por el Registro del *Clerk of County*, para evitar la doble venta: *first in time, first in right*.

Sugiere el propio autor que esta forma se utilice sólo en casos extremos y se tengan muy en cuenta cláusulas escritas en letra pequeña que contienen condiciones resolutorias en caso de impago de algún plazo y que aunque no gozan del favor de los Tribunales pueden ocasionar considerables *troubles* al adquirente.

c) El *Purchase-Money Mortgage* es cuando el vendedor acepta una hipoteca en pago de parte del precio. Para nosotros sería en garantía de precio aplazado, pero la versión anglosajona no es exacta. Se dice entonces que el inmueble se halla *hypothecated* (a fancy word for hocked).

d) La utilización de la opción de compra, en variadas fórmulas, se halla tan extendida como en España, donde sigue con vida lozana, pese a los anatemas de ROCA SASTRE.

e) El examen de los préstamos de las instituciones especializadas, lo relativo a las segundas *mortgages* y los préstamos con participaciones en beneficios no merecen un especial detalle, no obstante las pintorescas consideraciones con que los describe UNGER.

Uno de sus capítulos está destinado al análisis del *Leverage*, la utilización de dinero prestado para aumentar rendimientos. Más interesante es el que advierte a futuros adquirentes sobre el *zoning* o situación urbanística y las *nubes* o cargas que hay que investigar concienzudamente. Para analizar la real titularidad y cargas lo procedente es encargar a un *Attorney* la redacción de un *abstract* en el que analice el estado jurídico de la finca hasta fechas alejadas de la más dilatada prescripción. Pero como el *Attorney* puede sufrir error lo mejor es obtener una póliza de seguro del título en la correspondiente compañía. Los aspectos económicos a tener en cuenta en la compra son objeto igualmente de profundos y agudos comentarios, sumamente orientadores.

Especial mención merece la parte de su estudio dedicada a la adquisición del propio domicilio o de otras inversiones inmobiliarias, pero recomendando la primera con el máximo interés de la misma forma que aleja a los compradores de los graves inconvenientes de residencias veraniegas que aparte de su reducida renta, limitada a unos meses, están administradas por unos *managers* que son a *band of ripoff artists whose directs ancestors were horsethieves, born on the wrong side of the*

sheets. Creemos que sin traducir el calificativo complejo es más aceptable.

La residencia propia tiene las enormes ventajas de su revalorización y los beneficios fiscales, en especial cuando existe precio aplazado o ésta grava con una *mortgage*. Los tres tipos bases de *mortgage* para la compra de tales residencias son:

1) El «FHA (Federal Housing Administration) Insured Mortgage» que garantiza los préstamos efectuados en determinadas condiciones y entre las que normalmente figura la variabilidad de los intereses según la alteración efectuada por uno o varios bancos.

2) El *VA-Guaranteed Mortgage* préstamos que garantiza la Administración cuando se efectúan a veteranos de guerra o sus familiares. Observamos que como en el caso anterior se trata de «garantías» dadas a prestamistas particulares. También deben ajustarse a predeterminados modelos.

3) La *Mortgage* convencional, sin garantía, que se diferencia de las consignadas en plazo, intereses y proporción de la cuantía del préstamo en relación con el valor de lo hipotecado. No hay inconveniente en estipular que la transmisión del inmueble dará lugar al vencimiento del plazo, ni en la revisión de intereses. La base del «Federal Land Bank» es la comúnmente señalada a tales efectos. Han aparecido ya Compañías privadas que, mediante la correspondiente prima garantizan estas *mortgages*.

Examina, con detenimiento, las inversiones de tipo comercial o industrial con destino al *lease* haciendo provechosas observaciones respecto al *Gross Lease*, el *Net Lease* y el *Percentage Lease*, los casos en que la inversión en *shopping centers* o locales de oficina ofrece interés y las inversiones en terreno urbanizable y granjas. Separa perfectamente el *land speculator*, del *subdivider* o parcelador y el *developer*, urbanizador-constructor. Las granjas sólo son aceptables en cuanto a plusvalía, no con finalidades de renta: mediante el contrato habitual —aparecería al tercio— apenas se cubren los gastos asignados al propietario.

Es curioso el apartado dedicado a la especulación en segundas *mortgages* y *deeds*. Los domingos, en la prensa, puede leerse numerosos anuncios ofreciendo *well-seasoned mortgage*, con primera ya pagada en parte y con descuento en el importe de la segunda. Señala que jamás el comprador de la segunda debe efectuar la adquisición sin que el titular de la primera señale la cuantía pendiente de la deuda, cuyo reconocimiento escrito constituirá un *estopped* en el caso de que se pretenda se halle pendiente el importe de la totalidad de la primera. Hay poca confianza en el Registro.

Finalmente, el tema de impuesto y tasas le ocupa amplio espacio. afectan a las transmisiones y a la plusvalía y deben ser objeto de la máxima atención por el inversor. El ejemplario es considerable y resalta una vez más la utilidad práctica de este libro, no muy extenso pero sí altamente recomendable.

ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, T.: *Causa y abstención causal en el Derecho Civil español*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1977.

Los que no hemos sido «buenos» opositores, porque ni la facilidad de palabra ni la memoria nos acompañaban, hemos soñado siempre con que en las actuaciones orales nos tocasen temas genéricos y conceptuales como el de la causa. Por supuesto, este deseo de que la suerte nos favoreciese con temas de tal clase era siempre frenado por la realidad viva que normalmente te hacía recitar los de foros, el de censos, las excusas de la tutela, especialidades de servidumbres en las legislaciones forales, el contrato de arrendamiento y aparcería, etc. Pero un buen día recuerdo que hasta la cara se me iluminó al ver que el primer tema a desarrollar era nada menos que la «causa». Era mi «momento estelar», el momento que deseé toda mi vida y aunque lo tenía «lejano» pensé que aquella era «la mía» ...y desgraciadamente fue la mía, pues el segundo tema —también sacado a suerte— era el de los contratos abstractos. Había notado cierta sonrisa en algún miembro del Tribunal, cuando después de oírme durante veinte minutos el tema de la causa, pensó «vamos a ver lo que éste nos puede decir de los contratos abstractos» ...Después de bastante tiempo tuve que aprobar a pesar de tocarme —también en suerte— el tema del Catastro.

Si cuento esta anécdota es para comunicar al lector la conclusión a la que he llegado después de leer el libro, la monografía, de TOMÁS ZUMALACÁRREGUI: yo creí que sabía algo de la causa y la tesis doctoral del autor me viene a demostrar todo lo contrario. Yo no había llegado en mis incursiones sobre el tema más que a la afirmación de que fue el Código Napoleónico en su hecho histórico de haber elevado la causa a condición del contrato, el que provocó la discusión y confusión en torno a la teoría de la misma, viniendo a ser oscurecida la cuestión a través de la escuela histórica con su «contrato real abstracto», llegándose de una parte al sistema de la causa habilitante, que afecta a la esfera de la legalidad y al de la causa justificante que se refiere al de la legitimidad. En uno hay requisito, en otro justificación. De ahí no pasé y ya veréis como TOMÁS me saca «muchos cuerpos en la recta final».

La monografía va prologada por el ilustre hipotecarista ROCA SASTRE, el cual aconseja leer el libro con «generosidad y detenimiento». Ambas cosas las he cumplido en estos momentos de difícil logro. He sido generoso en horas, en tranquilidad de lectura y en el minucioso y habitual subrayado que me ayuda en la síntesis. Lo que sucede es que el autor al dedicarme particularmente el ejemplar espera de mí un «desapasionado juicio sobre el trabajo» y yo lo que voy a ofrecer al lector es una breve síntesis del contenido sin entrar ni salir en la tesis sustentada por el autor, pues para ello sería preciso una mayor dosis de conocimiento del tema y, de otra, un campo más idóneo que este de la recensión.

Estructuralmente el trabajo monográfico se divide en cuatro secciones o partes que vamos a respetar en aras de la claridad, contiene un

índice bibliográfico, un código de abreviaturas y un índice general sumarial. Ajustándonos a las diversas partes de la obra expondremos su contenido en esta recensión. Antes, sin embargo, habría que hacer una especie de juicio crítico del trabajo que, dicho sea para evitar olvidos, mereció el sobresaliente *cum laude* que normalmente adorna a todas las tesis que se publican. Estimo que el estudio ofrece un primer frontis de valentía, pues sobre el tema de la causa se ha escrito mucho y, a veces, muy bien. La valentía va, en este caso, rodeada del éxito, pues de la monografía no puede decirse más de lo que ya ha dicho Roca en su prólogo: «proporcionará y clarificará ideas, resolverá dudas y hará ascender al técnico lector e investigador jurídico un eslabón más en la sapiencia jurídica». TOMÁS ZUMALACÁRREGUI disecciona con su bisturí la teoría de la causa y aporta a ella, aparte de su sentido humorístico que resplandece en ciertos pasajes, una nueva proyección sobre todo referida a la inscripción y demás asientos que se practican en el Registro. Creo, por ello, que su tesis es importante y, por supuesto de necesario conocimiento para todos aquellos que ejercen la diaria labor de calificadores de legalidades, para los que el problema de la causa es crucial y decisivo. Por supuesto, si este libro hubiese existido, creo que cuando me tocaron aquellos temas de causa y contratos abstractos, yo hubiese sido Notario en vez de que Dios se apiadase de mí y me hiciera Registrador. Es lo del cuento conocidísimo del escritor americano y el sacristán.

A. EN TORNO AL CONCEPTO DE CAUSA

Creo que son cuatro los capítulos o apartados con los que el autor trata de llegar al lector para explicarle no sólo la postura de nuestro Código civil, sino las razones históricas de una evolución en la teoría, la postura objetiva y la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su labor interpretativa.

La causa en el Código civil es el primer ofrecimiento que el autor hace al lector, estudiando no sólo el aspecto del cual la causa puede ser elemento integrante, sino la multiplicidad de artículos y acepciones que contiene el Código en orden a dicha figura. De verdad, sin embargo, el autor se centra en el examen de los artículos referidos fundamentalmente al problema, para sacar la primera y gran conclusión: la regulación legal de la causa, en términos generales, peca más de omisión y oscuridad que de sinrazón. Esa oscuridad y esa omisión unidas a una evidente falta de unidad y uniformidad provocan serias dificultades al intérprete en torno a la anatomía, la fisiología y la patología de la causa (por ejemplo, el 1.275 y el 1.301 del Código civil). La causa es siempre lícita, la causa es a la vez un concepto jurídico y económico y la teoría de la causa en el Código civil ofrece el olvido de una regulación: el error en la causa. Si estas dichas pueden ser las primeras conclusiones, es evidente que el autor en su desarrollo va recorriendo diversos puntos fundamentales entre los que destacan los de la inexistencia de la causa, su ilicitud y el error.

Para exponer la llamada teoría clásica de la causa arranca, como no podía menos, del Derecho romano en sus dos etapas, pasando al intermedio, las aportaciones de DOMAT y POTHIER, nuestro derecho histórico,

el Code y el proyecto de Código civil. Es evidente el origen romano y es también evidente el origen francés de la discusión, aunque el autor apunta que el el Codice italiano donde la causa es considerada como elemento del contrato, pues la teoría clásica no pasó de estudiarla en el reducido marco de las obligaciones contractuales. Así se llegó a una separación entre causa y motivos, a la precisión de fraude, motivos y objetos ilícitos y se siguió hablando de «causa ilícita». Junto a ello examina otros temas como los de la causa «función social» y la extensión teórica de la teoría de la causa al campo del negocio jurídico.

Es ciertamente interesante el capítulo que se destina a exponer las diferentes posturas adoptadas por el Tribunal Supremo en orden a la teoría de la causa y aunque el autor advierte su restringida aportación a este respecto, lo que sí resulta cierto es que tocan los fundamentales problemas apoyándose en diversas sentencias que pueden constituir los vértices en los que se parte para ir delimitando conceptos.

B. EN TORNO A LA ABSTRACCION DE LA CAUSA

En todo buen tratado sobre la causa hay que hacer entrar en escena al fenómeno de la abstracción de la mano de SAVIGNY. La escuela histórica, decía yo en aquel tema de la causa, da un paso decisivo para oscurecer la teoría de la causa. Arrancando de SAVIGNY se construye sobre la antigua «*traditio*» romana el contrato real abstracto de transferencia desconectado de la causa, surgiendo así el sistema de la causa justificante. La causa es un elemento implícito y subterráneo que sirve a *posteriori* de justificación del desplazamiento patrimonial.

El autor al exponer tan fundamental materia se plantea inicialmente un problema sobre el tratamiento unitario de la abstracción causal, para llegar a la conclusión que ello ofrece más obstáculos que dificultades, por lo que procede a un análisis separado de lo que podría llamarse el contrato abstracto de transferencia (*traditio*) y ciertas manifestaciones del contrato abstracto de obligaciones (promesa de deuda). En el esquema de la *traditio* se acude a la trayectoria histórica romana, germánica, intermedia y española histórica, para luego hacer un desarrollo concreto en la doctrina germánica en su decisiva aportación sobre el tema, la postura española en la legislación, la doctrina y el Tribunal Supremo, para luego llegar al examen de las promesas autónomas de pago y sus reflejos y diferencias con los reconocimientos de deuda.

He preferido hacer esta exposición casi con concepto de índice, pues creo que lo importante es destacar la posición del autor que considera y opina «no a la abstracción causal». Así escueta y tajante, podemos resumir el sentido y capital pensamiento de nuestro Derecho, ahora y siempre, desde las Partidas y las Leyes de Toro, hasta el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento. En materia de actos traslativos de dominio, es más evidente que nuestro derecho se rige y ha regido siempre por la teoría del título y el modo. Ni basta el puro consentimiento, como en Francia e Italia, ni la concorde voluntad de adquirir y transmitir acompañada de la efectiva entrega o inscripción, como en Alemania. Ni sobre todo, cabe desligar la nueva titularidad de su «causa eficiente: cualquier irregularidad del acto o contrato dotado de inicial virtualidad traslativa repercute fatalmente en la legitimidad y supervivencia de la

entrega. Por otra parte, la entrega en sí es un acto de mera ejecución de una obligación anterior, es decir, la entrega es un pago».

Creo que estas frases pueden ser el testimonio más claro de la opinión del autor, que completa su exposición con la doctrina del Tribunal Supremo y el examen de las promesas autónomas de pago, que rechaza como admisibles en nuestro Derecho.

C. CAUSA Y ABSTRACCION CAUSAL EN EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

Pudiera ser que la motivación de la tesis, hecha monografía, que el autor nos ofrece tuviese en su origen esta parcela que aborda con singular desenvoltura, es decir, la proyección del tema de la causa y la abstracción de la misma al Derecho registral inmobiliario. Lo que sucede es que era imprescindible explicar antes la teoría general para aplicarla luego a este campo. Y para responder a ese reto del principio de abstracción en el mundo «tabular» del Registro de la Propiedad, lo primero que hace es un examen de los principios o instrumentos legales de que se vale la legislación para lograr la anhelada seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario. Inmediatamente después se plantea ya la problemática de hasta qué punto un asiento registral puede no mencionar aquella «relación básica» de que hablaba la doctrina alemana en orden a los actos relativos al dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles. Esto es, el llamado principio del consentimiento, en su doble versión material y formal. El autor es tajante en este punto: no sólo es necesaria la expresión de causa, sino que, además, ésta despliega todos sus efectos en la medida en que consta registrada.

En torno a esta postura aplica la misma conclusión a la teoría del asiento cancelatorio, con gran dominio del articulado y aportación de doctrina. Los tres temas siguientes que el autor trata son los de renuncia, alteración de rango y la constitución unilateral de hipoteca, que son virtualmente los tres puntos en los que la doctrina ha intentado hacer penetrar en nuestro ordenamiento la tesis de la abstracción causal. La exposición que hace el autor no puede ser más brillante y más valiente al defender situaciones contrarias a un criterio que parecía había tomado «carta de naturaleza», pues su conclusión final es que la modificación del contenido de un asiento no es, ni puede serlo jamás, un fin en sí mismo: si se quiere, se quiere por algo y, sobre todo, para algo. Culmina el estudio con una exposición del espíritu que anima a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado en estos temas fundamentales antes tratados.

D. RECAPITULACION GENERAL

En esta parte, última ya de la monografía, el autor hace un alarde de síntesis, condensando en breves páginas todo el desarrollo hecho a lo largo de la monografía. Repetir aquí sus ideas resulta ya innecesario, pues en los diferentes apartados creo que hemos dejado clara la postura que se sustenta.

Para nosotros también llega el colofón o «momento más temido» como dice el autor donde debe quedar nuestra «generosidad y detenimiento» en la lectura del libro, como exige ROCA SASTRE y donde debemos dejar claro nuestro «desapasionado juicio» que nos pide el autor. Ninguna, absolutamente ninguna, crítica negativa puede hacerse a la monografía como aportación al estudio de la teoría de la causa. Al revés, creo que toda la crítica ha de ser positiva. Puede ser o no discutible la tesis, pero lo que sí es cierto es que resulta punto de partida para posibles discusiones y aporta claridades en torno a un problema complejo y difícil. En esto no hago más que ratificar las ideas apuntadas al comienzo de esta recensión.

De la utilidad y el manejo que se haga de esta tesis pueden depender en un futuro mayores sutilezas de calificaciones registrales que se hagan, pero he de advertir que al ser la «teoría de la causa» una materia de difícil manejo hay que ser pródigos en profundidades no vaya a suceder como con aquella Resolución de la Dirección de los Registros de 27 de diciembre de 1973 donde a través del informe del Registrador y las alegaciones del Notario recurrente se mezclan de tal modo la teoría de la causa y los motivos con las ideas de perfección, consumación y ejecución del contrato, que más valiera no haber planteado el recurso ni solicitado la inscripción. Pero si de lo que se trata es de aplicar todo lo leído para interpretar esa «causa legítima» esa «justa causa» o esa otra «causa cualquiera» de que habla el Reglamento Hipotecario en su última y desafortunada reforma llevada a cabo por Real Decreto de 27 de agosto de 1977 y su Resolución de 12 de diciembre de 1977, las dificultades subirán de tono. Legislar mucho y malo, debe ser fácil, pero hacer Leyes o Reales Decretos de calidad, jurídica e idiomáticamente hablando, es tarea de pocos y muy elegidos. Por la causa y por su realización nacional calificadora.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

REVISTA DE DERECHO
MERCANTIL

Núms. 147-148. Enero-junio 1978

Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima, por José Manuel Otero Lastres, páginas 7 a 51.

La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada, por José Barba de Vega, págs. 51 a 109.

REVISTA DE DERECHO
PROCESAL IBEROAMERICANA

Núm. 1. Año 1978

El defecto legal en el modo de proponer la demanda, por Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, págs. 7 a 45.

Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (II), por Fernando Jiménez Conde, págs. 45 a 119.

Problemática del Juez Decano ante el actual ordenamiento jurídico en su aspecto orgánico y procesal, por Daniel Mata Vidal, págs. 119 a 137.

El acceso a la justicia y los no privilegiados en México, por Santiago Oñate, págs. 137 a 191.

El indulto anticipado en el ámbito procesal-penal, por J. F. Valls Gombau, págs. 191 a 221.

REVISTA DE DERECHO
PRIVADO

Abril 1978

El Modo como elemento accesorio de la voluntad negocial, por José Luis de los Mozos, págs 223 a 234.

Cuestiones en torno al domicilio civil de las personas, por José Luis Puig Ferriol, págs. 235 a 252.

La prodigalidad como institución de protección a la legítima, por Xavier O'Callaghan Muñoz, págs 253 a 268.

La responsabilidad civil del productor en Derecho español, por Francisco Rico Pérez, págs. 269 a 284.

Mayo 1978

El abandono y su declaración judicial en orden a la adopción de menores abandonados, por Joaquín Arce y Flórez Valdés, páginas 351 a 383.

Ley alemana occidental sobre «Condiciones generales», por Manuel García Amigo, págs. 384 a 401.

Las relaciones paterno-filiales en el sistema español de Derecho internacional privado, por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, págs. 402 a 415.

Consideraciones sobre la dación en pago, por Eduardo Serrano Alonso, págs. 416 a 433.

Junio 1978

La posesión y el Registro de la Propiedad, por José A. Alvarez Cape-rochipi, págs. 465 a 490.

Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial, por María Angeles García, páginas 491 a 512.

Arbitrio y actividad judicial, por Manuel Novaldos Pérez, págs. 513 a 522.

El Derecho privado como límite al poder soberano, por José Manuel Martín Bernal, págs. 523 a 533.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Julio-agosto-septiembre 1978

La responsabilidad civil de los administrados en materia de licencias de urbanismo, por Jesús González Pérez, págs. 13 a 33.

Los actos preparatorios del planeamiento y la iniciativa privada, por Federico Larios Tabuenca, páginas 33 a 69.

Incidencia de las carreteras y autopistas en los usos del suelo: aspectos jurídicos, por Víctor F. Labarga Tejada, págs. 69 a 97.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Enero-marzo 1978

Estratificación social en el campo español, por Manuel García Ferrando, págs. 7 a 33.

La integración en el capitalismo de la explotación olivarera de carácter familiar, por Venancio Bote Gómez, págs. 33 a 63.

Factores socioeconómicos que condicionan la producción tabaquera en la provincia de Cáceres, por

Alfonso Lozano Guerra, págs. 63 a 101.

El derecho de acceso a la Propiedad de la tierra en los arrendamientos rústicos especialmente protegidos, por José Luis Algibez Cortés, págs. 101 a 169.

La empresa agraria y el concepto jurídico unitario de empresa, por Antonio Agúndez Fernández, páginas 169 a 195.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Junio 1978

Una lectura del Código de Familia de Cuba, por Teresa Puente Muñoz, págs. 578 a 594.

La institución del defensor judicial en su proyección del Derecho sustantivo, por José María Ramos González, págs. 594 a 604.

Julio-agosto 1978

Poder judicial y Estado de Derecho, por José María Ramos González, páginas 722 a 729.

Sobre los bienes inmuebles del activo del suspenso, por Luis Alberto Navarro Martínez, págs. 729 a 734.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 4. Abril 1978

Efectos del matrimonio que significan ampliación de la capacidad de obrar y son comunes a ambos cónyuges, por María D. Núñez Boluda, págs. 309 a 345.

Cuestiones prácticas: Valor de la Propaganda en la compraventa de un piso, por Francisco Rico Pérez, páginas 345 a 359.

Num. 5. Mayo 1978

Las empresas multinacionales y la reforma del Derecho, por José M. Martínez Val, págs. 397 a 421.

Derecho de la radiodifusión, por Félix Fernández-Shaw, págs. 421 a 441.

Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal, por Manuel Ortells Ramos, páginas 441 a 491.

Núm. 6. Junio 1978

La financiación de las mejoras integrales, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 509 a 543.

Ceuta y Melilla en el contexto internacional, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, págs. 543 a 583.

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA

Núm. 2. Abril-junio 1978

¿El primer testimonio de la recepción del Derecho romano en Cataluña?, por Aquilino Iglesias Ferreiros, págs. 277 a 313.

Psicología del daño moral contractual, por Luis Muñoz Sabaté, páginas 313 a 321.

La competencia de la Jurisdicción Eclesiástica sobre los hijos, por Feliciano Gil de las Heras, páginas 321 a 335.

El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial ¿es indisoluble o disoluble?, por Enrique Fosar Benlloch, págs. 335 a 417.

La asamblea general de la cooperativa, por Francisco Vicent Chuliá, páginas 417 a 499.

