

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIV ● Julio - Agosto 1978 ● Núm. 527

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.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Meditaciones sobre la causa», por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ.	637
«Los orígenes del Registro de la Propiedad en España», por MARIANO PESET	695
«Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia», por M. ^a LUISA MARÍN PADILLA	717

VIDA JURIDICA:

«Un interesante ciclo de conferencias sobre «La Propiedad y la distribución de la tierra en España», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.	777
---	-----

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	809
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	823
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	857
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	871

LIBROS:

«Prácticas de Derecho civil», de RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO y MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ.	879
--	-----

«La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual», de L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	883
«Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario», por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	887
«Il Contratto», de ENZO ROPPO, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	891
«Fenomenología elemental de la estructura jurídica», de J. SAINZ MO- RENO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	894

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	901
--------------------------------	-----

ESTUDIOS

Meditaciones sobre la causa

A propósito del libro de Tomás Zumalacárregui *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*

SUMARIO: I. *El tema.*—II. *El libro de Zumalacárregui.*—III. *Algunas anotaciones marginales:* 1) Justificación de este comentario. 2) La explicación de un equívoco y el planteamiento correcto de la doctrina de la causa. 3) En particular sobre la causa de las donaciones. 4) La falta de causa. 5) La causa ilícita. 6) La falsedad de la causa. 7) La abstracción causal y los negocios obligatorios. 8) Consideración especial de la letra de cambio. 9) La abstracción causal y los negocios dispositivos. 10) Los negocios dispositivos y la presunción del artículo 1.277 del Código Civil.

I. EL TEMA

La causa es uno de los grandes temas (un «clásico») del Derecho Civil. Junto con la voluntad y la forma, preside la doctrina del negocio jurídico, casi toda ella transida de causalismo (o de anticausalismo). Ante todo, la existencia y licitud de la causa se postulan como requisitos para la validez del negocio y más concretamente del contrato. Lo que, de inmediato, determina una cuestión previa: ¿Cabe la posibilidad de que el Ordenamiento jurídico reconozca eficacia, al menos «prima facie», al negocio dirigido a operar un desplazamiento patrimonial prescindiendo de su causa? ¿Es admisible, que, junto a los negocios «causales», se admitan los llamados, con mejor o peor fortuna, negocios «abstractos»?

Al margen de este problema, la exigencia de que el negocio responda a una causa verdadera se utiliza para justificar la nulidad del negocio si-

(*) Editado por el Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1977. Un volumen de 379 págs.

mulado (con simulación absoluta), o para descubrir la realidad negocial que se esconde bajo una causa falsa (simulación relativa). La causa se invoca también como explicación de que un negocio válidamente celebrado deje de surtir efectos; porque no se alcanza el resultado previsto (así, en la resolución de los contratos bilaterales por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes), o porque aquel resultado no es equitativo, o persigue un designio fraudulento (lesión, rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores).

La tipificación y clasificación de los contratos se hace depender de su causa e, igualmente, la protección que el Derecho objetivo dispensa a la voluntad negocial, influyendo, de esta suerte, en la posibilidad de que los particulares puedan dar vida a relaciones contractuales que no encajen dentro de los esquemas legalmente previstos, a no ser que se trate de combinar varias formas típicas. El ámbito de la causa no sólo desborda el campo del contrato, en donde encuentra su origen, para proyectarse sobre el negocio jurídico en general, sino que en un intento todavía más ambicioso, aunque hasta el momento no haya tenido demasiado éxito, se pretende construir un concepto de causa, válido para todos los actos jurídicos, sean lícitos o ilícitos, civiles, penales, procesales o administrativos (1).

Aun prescindiendo de esta última extrapolación del instituto y remitiéndolo a su sede tradicional, la que podría llamarse, sin exageración, «omnipresencia de la causa», suscita la duda de hasta qué punto no se está operando con una noción en alguna medida hipertrofiada, lo que conduce a preguntarse si la monumental polémica montada sobre su naturaleza tiene importancia práctica o se resuelve en su debate de alcance meramente teórico. Por ejemplo, si tanto los causalistas como los anticausalistas coinciden en que una donación disimulada bajo el ropaje de una compraventa debe ser tratada conforme a su verdadera naturaleza, y también están de acuerdo en considerar nulo un convenio por el cual una persona se obliga a realizar un acto ilícito a cambio de un precio que se compromete a pagar otra, cabe poner en tela de juicio la utilidad de justificar la aplicación de la normativa atinente a las liberalidades, o la nulidad del pacto, en la falsedad o ilicitud de la causa.

Sin embargo, que esta visión pragmática no carezca del todo de fundamento no autoriza a instalarse en una cómoda y desdeñosa postura escéptica. Ciertamente, la misión del jurista, tanto a la hora de contribuir a la formación de nuevas leyes como al tiempo de interpretarlas, debe ser, principalmente, la búsqueda de soluciones justas, pero en tanto el Derecho es también una ciencia no puede renunciar a explicarlas conceptualmente. El conceptualismo no debe presidir el proceso de creación e interpre-

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del Derecho Procesal Civil*, traducción española de ALCALÁ ZAMORA y SENTIS MELENDO, III, págs. 451 y sigs.

tación del Derecho, pero de ahí no se sigue que se pueda prescindir de los conceptos, que constituyen, en definitiva, un instrumento insustituible para captar y conocer la realidad. Por lo demás, y al margen de que sea constatable una cierta hipertrofia en las funciones que a veces se asignan a la causa, una concepción causalista del negocio jurídico puede ser, y de hecho ha sido, rica en consecuencias prácticas. Aparte de que ha servido para resolver problemas no contemplados expresamente por las leyes, que el Derecho positivo eleve la causa a requisito esencial de los contratos significa, cuando menos, que no se reconoce, sin más, a la voluntad, si no existe una razón que lo justifique, el poder de establecer obligaciones o de transmitir, constituir o modificar derechos de contenido patrimonial. Con lo que, de cara a la viabilidad de los negocios abstractos, no es admisible mantener una actitud negativa o agnóstica ante la virtualidad de un concepto, que se sitúa así más allá de la simple especulación doctrinal.

En fin, si acierta nuestro refranero cuando asegura que «algo tendrá el agua cuando la bendicen», habrá que convenir en que algo tendrá la causa cuando su estudio ha hecho correr verdaderos ríos de tinta. Tan caudalosos han sido estos ríos que, de cuando en cuando, parece que se ha perdido el interés o el estímulo por tratar de nuevo el tema causal, al menos a nivel monográfico. Se tiene la impresión, después de todo cuanto se ha dicho sobre la causa, de que no es posible ya añadir nada más. Se trata, sin embargo, de una apreciación inexacta. La causa, como el Guadiana, no desaparece definitivamente, se oculta tan sólo, y de pronto vuelve a la superficie y hace de nuevo acto de presencia en la bibliografía jurídica. Esta vez gracias a la pluma, ágil y brillante, de un joven e inquieto Registrador de la Propiedad, TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI MARTÍN CÓRDOVA, que ha consagrado a la causa su tesis doctoral, ahora publicada bajo los auspicios del Centro de Estudios Hipotecarios.

II. EL LIBRO DE ZUMALACARREGUI

Es difícil, al menos para mí, calificar un libro jurídico. Ha de atenderse no sólo a su fondo o contenido, sino también a su forma. No basta tener cosas que decir si no saben expresarse correcta y pulcramente. Un libro, cualquiera que sea el tema sobre el que verse, es siempre lenguaje escrito, circunstancia ésta que nunca debe olvidar quien escribe, aunque no lo haga con fines literarios. No cabe reprochar ese olvido a ZUMALACÁRREGUI. En su libro hace gala de un estilo fluido y fácil, pletórico de imágenes ingeniosas, que si bien en algún caso pudieran parecer atrevidas

—dada la sobriedad que se supone ha de tener toda obra científica— contribuyen, sin embargo, a hacer más grata la lectura. GONZÁLEZ PALOMINO dijo en cierta ocasión— y lo demostró siempre cumplidamente— que se puede escribir sobre Derecho (escribir bien, se entiende) sin que sea menester ponerse innecesariamente serio.

¿Y el fondo? Para mí un libro jurídico sólo se justifica plenamente en función de su utilidad. Un libro es útil si nos enseña algo que no sabíamos, si nos aclara ideas o conceptos que antes de leerlo teníamos confusos, o simplemente si nos obliga a pensar. Claro está que la utilidad de un libro, juzgado bajo esta triple perspectiva, depende mucho de quien sea el lector. Ciertamente que este criterio puede en cierta medida objetivizarse; en tanto se trate de una monografía, es lícito presumir que, quienes se interesen por su lectura, poseen sobre la materia unos conocimientos previos y mínimos.

En el orden informativo o didáctico, la obra de ZUMALACÁRREGUI es, en términos generales, completa. Aparecen recogidas, y bien expuestas, las principales corrientes del pensamiento jurídico en torno a la causa y a la abstracción causal. No hay, empero, una superabundancia de citas, lo que, a mi juicio, es encomiable. Detesto esos libros farragosos en los que parece que el autor se ha propuesto, como objetivo principal, hacer gala de su erudición. En cambio, ZUMALACÁRREGUI se preocupa, cuidadosamente, de «ambientar» su obra. La historia que se nos cuenta no es sólo jurídica. El antecedente histórico aparece siempre referido al contexto social, económico y filosófico de cada época, abocetado con trazos firmes y seguros. Incluso a veces, al citar a un gran maestro del pasado (más o menos próximo) se nos brinda un breve apunte biográfico, como para recordarnos que detrás del nombre con el que nos familiarizamos desde nuestros primeros escauceos como civilistas en ciernes existió un ser humano. ZUMALACÁRREGUI evidencia así que su inquietud cultural no se limita al Derecho, lo que, en último término, equivale a potenciar sus posibilidades como jurista, pues el Derecho es siempre fruto de la realidad social.

Sin embargo, mi comentario, desde este primer punto de vista, sería insincero si no hiciese constar que, a mi modo de ver, la exposición de las distintas doctrinas en torno a la causa registra una omisión que no encuentro suficientemente justificada. El poco aprecio que para ZUMALACÁRREGUI merece la concepción subjetiva de la causa quizá le hace olvidar que dicha concepción, aunque tenga sus orígenes inmediatos en las aportaciones de DOMAT y POTHIER, no se agota con ellas. Su más ilustre defensor, en la doctrina moderna, es seguramente el profesor HENRI CAPITANT, cuya monografía, *De la causa de las obligaciones*, a pesar de haber sido escrita en 1923 (fecha de la primera edición) y prescindiendo de que se compartan o no los puntos de vista de su autor, conserva aún su lozanía

y es, por supuesto, aprovechable. No me atrevería a asegurarlo, pero me parece que, ni siquiera de pasada, ZUMALACÁRREGUI, cita el libro de CAPITANT. (No aparece, desde luego, mencionado en la «bibliografía consultada».)

¿Qué decir de la obra de ZUMALACÁRREGUI en cuanto a su virtualidad esclarecedora y sugeridora? Los planteamientos del autor, al enfrentarse con los temas centrales que aborda en su trabajo, son simples y claros y tienen, por consiguiente, el atractivo cautivador de la sencillez. ZUMALACÁRREGUI, como ya he apuntado, considera inservible la teoría clásica de la causa, cuyas críticas asume. La causa, tal como la concibieron DOMAT y POTHIER, es un requisito inútil, en tanto se exige su existencia y certeza, pues se confunde con el objeto, y perturbador, porque a la hora de explicar lo que se entiende por contratos con causa ilícita, o incide en la misma confusión, o se remite a los motivos, con lo cual se está operando con un concepto distinto del que previamente ha tratado de concretarse.

La idea de causa, en el sentir de ZUMALACÁRREGUI, tiene y debe tener un significado diferente según lo refiramos a las obligaciones y atribuciones patrimoniales o al negocio jurídico. Respecto de las primeras (el «facere» y el «dare») el concepto de causa hay que centrarlo en el principio de causalidad. «Una “facere”—dice ZUMALACÁRREGUI—cuyas causas no pueden ser otras que la Ley, los contratos y cuasi contratos, y los actos dolosos o negligentes. Y un “dare” cuyas causas han de ser la Ley, la donación, la sucesión testada o intestada y ciertos contratos seguidos de la tradición». Con relación a las obligaciones, pues, «causa» y «fuente» son conceptos equivalentes, y tratándose de obligaciones de origen negocial el contrato viene a ser la causa por excelencia. Contrariamente, y respecto del negocio jurídico, ZUMALACÁRREGUI sigue la orientación de la moderna doctrina italiana, e identifica la causa con la función económico-social que el negocio cumple, o está llamado a cumplir. Las conclusiones a que llega ZUMALACÁRREGUI son, pues, claras aunque quede por ver si son exactas las premisas de que parte para llegar a ellas. Puesto que después me permitiré esbozar mi propio punto de vista acerca de cómo debe entenderse la causa, entonces podrá advertirse hasta dónde estoy o no de acuerdo con la tesis del autor. En cualquier caso, el libro de ZUMALACÁRREGUI me ha obligado a repensar sobre el tema y ha contribuido a perfilar mi propio concepto de la causa. Leerlo ha constituido, pues, una experiencia útil e interesante.

Procede ahora dar cuenta, esquemáticamente, del contenido del libro. ZUMALACÁRREGUI ha dividido su exposición en tres partes o secciones y una recapitulación final. En la primera parte estudia, en general, el concepto de causa, en la segunda la abstracción causal y en la tercera exami-

na la causa y su abstracción en el Derecho registral inmobiliario. La recapitulación general contiene las conclusiones definitivas.

La primera parte se inicia con el examen y exégesis de los artículos del Código Civil atinentes a la causa. Después de subrayar la «multivocidad de la palabra y de aludir a los preceptos que, con uno u otro significado, la utilizan, la atención del autor se centra en aquellos que se refieren específicamente a la causa como requisito o elemento del contrato. Se examinan, por este orden, los artículos 1.261, 1.274, 1.262, 1.276 y 1.275 del Código y aquellos otros con los que se relacionan más directamente. El juicio que esas normas le merecen es, como ya hemos anticipado, adverso. Así, mientras el artículo 1.261 refiere el requisito de la causa no tanto al contrato como a la obligación que en él se establezca, el artículo 1.274 procede a la inversa, y nos brinda una definición inexacta y una clasificación de las causas posibles incompleta y arbitraria. La causa falsa a que alude el artículo 1.276 se subsume en una hipótesis de simulación relativa, y la falta de causa en la simulación absoluta; la causa ilícita, expresamente aludida por el artículo 1.275, nos sitúa ante una hipótesis inexplicable a la luz de lo que por causa entiende el 1.274. «Podrá ser ilícito el objeto—dice ZUMALACÁRREGUI—(cosa, promesa o prestación) si no reúne los requisitos de legalidad y/o moralidad a que alude el artículo 1.271 en su último apartado, y bastará esta interpretación para entender que el contrato es irregular en los términos del artículo 1.255». La Historia, la Doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se encargarán de explicarnos, en opinión del autor, el origen de esta poco afortunada normativa causal, y en particular, que la causa «es siempre lícita, con licitud *acreditada*, como el valor de los laureados, y no solamente *supuesta*, como el de los militares que aún no han recibido su bautismo de fuego».

En su recorrido histórico, ZUMALACÁRREGUI parte del Derecho romano, en el cual, y de conformidad con la opinión de DÍEZ PICAZO, MARTÍN BALLESTERO y DUALDE, no encontraremos un concepto sintético de la causa del contrato; pasa después por el Derecho intermedio, en el que destaca la influencia de la filosofía aristotélico-tomista (con sus cuatro causas: eficiente, material, formal y final), para llegar, finalmente, a los padres de la teoría clásica de la causa: DOMAT y POTHIER.

DOMAT, dice ZUMALACÁRREGUI, no es un innovador. En su escueta referencia (primero al fundamento de las obligaciones y después a su «causa») no hace, según confesión previa, sino resumir, cartesianamente, sistematizándolo, el caótico «Droit coutumier» francés. Ocurre, sin embargo, que la claridad brilla por su ausencia, y de ahí deriva un concepto inane, cuando no inexacto, de la causa. POTHIER completa la formulación de la causa del contrato. Con relación a ésta, su estudio es más profundo

que el de su predecesor, pero tampoco resulta satisfactorio; en particular cuando se refiere a la causa ilícita.

Las tesis de DOMAT y de POTHIER son acogidas, con todos sus defectos, por el Código francés, de donde las toma nuestro GARCÍA GOYENA, quien, al tratar de mejorar su modelo, lo estropea. ZUMALACÁRREGUI se detiene en el examen pormenorizado de los artículos del Proyecto de 1851 que constituyen el inmediato precedente del Código Civil en este punto. La construcción de GARCÍA GOYENA sobre la causa se caracteriza, según ZUMALACÁRREGUI, por su desorientación; una «desorientación que comienza a fraguarse con los postglosadores, se agudiza con DOMAT, se agrava en POTHIER, remite un tanto en el «Code» y alcanza su clímax en el Proyecto de 1851 y en el Código de 1889». En cambio, la postura del Código italiano de 1942 (el de 1865 tampoco pudo sustraerse al poderoso influjo francés) le parece a ZUMALACÁRREGUI respetable, a pesar de que (o más bien precisamente por eso) no define la causa, si bien la eleva a requisito del contrato. Únicamente estima censurable la exigencia legal de que la causa tenga que ser lícita.

Descartada, por estéril y equivocada, la concepción subjetivista de la causa, ZUMALACÁRREGUI proyecta su atención sobre las llamadas teorías objetivas. De la mano de algún jurista francés (DEMOGUE y LOUIS-LUCAS en particular), y sobre todo de los civilistas italianos modernos (BETTI, FERRI, PUGLIATTI y CARIOTA FERRARA, cuya influencia sobre alguno de nuestros civilistas es innegable), destaca que la causa, entendida como elemento del contrato, hay que referirla a éste como un todo. Se transcribe literalmente una frase de BETTI que, a mi juicio, resume (bien que sólo respecto de los contratos sinalagmáticos) en qué consiste la causa. «En los contratos sinalagmáticos, escribe BETTI, la causa no es el objeto cambiado, sino la relación asociativa entre ambas prestaciones. Sólo una visión atomista, que despedace la unidad del negocio, puede ver la causa para el vendedor en el precio o para el comprador en la cosa. No advierten, quienes así piensan, el absurdo de justificar un elemento del todo con otro elemento del mismo todo, en lugar de reconocer la subordinación de ambos a la unidad funcional del todo de que forman parte.» En virtud de esta concepción «totalitaria» (el subrayado es mío) de la causa, un sector mayoritario de la doctrina italiana, concluye que la causa es la «función social del negocio», idea ésta aceptada por algunos juristas españoles y que comparte ZUMALACÁRREGUI. La reseña y comentario de alguna de las sentencias que al autor le parecen más interesantes acerca del concepto de causa, delimitación entre causa y motivos, causa inexistente, causa falsa y causa ilícita, preceden a las conclusiones con que se cierra la primera parte.

La segunda tiene por objeto, como ya se ha indicado, la abstracción

causal. ZUMALACÁRREGUI nos brinda, primeramente, un anticipo de lo que generalmente se entiende por negocio abstracto, que consiste en aislar el «dare» o el «facere» del contrato del que tales efectos derivan, de suerte que «las posibles irregularidades de éste no afectan para nada ni a la efectividad de la transmisión ni a la exigibilidad de la prestación prometida o reconocida». Después de criticar la terminología, se pregunta si la abstracción causal admite o no un tratamiento jurídico unitario, según se refiera al Derecho de cosas o al Derecho de obligaciones. Siguiendo la orientación de HECK contesta negativamente. Para HECK—nos recuerda ZUMALACÁRREGUI—en los negocios jurídico-reales juegan primordialmente los intereses de terceros adquirentes, sin dar gran importancia a la facilidad de la prueba. En los obligacionales, se atiende, sobre todo, a facilitar la prueba, y ello en beneficio e interés del acreedor. De conformidad con este planteamiento sistemático, se examinan separadamente la «traditio», por un lado, y la promesa y el reconocimiento abstractos de deuda, por otro.

El estudio de la «traditio» tiene como pórtico la transcripción de los artículos 609, 1.095, 1.462, 1.463 y 1.464 del Código Civil, y la comparación entre los sistemas español (coincidente con el austriaco), francés y alemán. Según el «Code», la propiedad se transfiere al perfeccionarse la obligación de dar; para el Código alemán, por el contrario, la concorde voluntad de transmitir y adquirir la propiedad es suficiente, independientemente de la existencia de un fundamento jurídico que justifique el desplazamiento patrimonial. El Derecho español, más próximo al francés, exige, sin embargo, la entrega real o simbólica de la cosa. «¿Qué ha podido ocurrir—se pregunta ZUMALACÁRREGUI—para que cinco Códigos de la Europa continental (se han incluido en la enumeración el Código austriaco y el italiano) todos ellos enraizados en el Derecho romano, presenten tan irreconciliables diferencias a la hora de configurar la naturaleza, los requisitos y sobre todo la mayor o menor desconexión causal de la *traditio*?» La contestación nos demostrará, como ha subrayado CASTRO, que la enorme importancia política, económica y social de la teoría jurídico civil de la causa hay que buscarla a través de la historia.

En las fuentes romanas—punto de partida obligado—hay textos favorables tanto a la construcción causal como a la construcción abstracta de la *traditio*. ZUMALACÁRREGUI, conforme con URSICINO ALVAREZ, considera más decisivos y reveladores los primeros. Es más, a su juicio, en los segundos no hay base suficiente para afirmar, fundándose en ellos, que la *traditio* romana fue abstracta y no causal. El Derecho germánico no arroja ninguna luz sobre la cuestión, aunque se deba a él una aportación fundamental: la publicidad en los actos de transmisión, llamada a proteger la seguridad del tráfico. Y tanto en el Derecho intermedio (donde se perfila la clásica teoría del título y del modo) como en el Derecho histó-

rico español, la transmisión de la propiedad es causal, si bien no baste el mero contrato o título, si no viene seguido del modo o tradición.

La concepción abstracta de la *traditio* tiene su verdadero origen en la doctrina alemana del siglo XIX. SAVIGNY es un indiscutible fautor y de la mano de otros eximios juristas posteriores, principalmente IHERING, el famoso contrato real abstracto resulta recogido y sancionado por el BGB. El partidismo de SAVIGNY—hostil al Código francés—, su historicismo y también el clima que por entonces se respiraba en Alemania, le llevan a la conclusión—que trata de apoyar en textos romanos (en particular el famoso de JULIANO, en D. 41, 1, 36)—de que, en la *traditio*, hay un acuerdo real cuyo contenido es la transferencia de la propiedad, que unido a la entrega, basta para que aquella transferencia se produzca, resultado que se obtiene a costa de fraccionar, artificialmente, el proceso traslativo. La afición, propia de la época, por los conceptos, y el afán de proteger la seguridad de las transacciones, explican el éxito de la *traditio* abstracta, de la que, sin embargo, pronto se empieza a estar de vuelta. El recurso al enriquecimiento injusto—que se establece como correctivo mínimo indispensable—no parece bastante. Los intereses del tráfico se tutelan suficientemente mediante la protección al adquirente de buena fe.

¿Es abstracta o causal la *traditio* en el Derecho español? ZUMALACÁRREGUI contesta tajantemente. La *traditio* no puede ser abstracta porque, para articularla de este modo, sería menester configurarla, previamente, como negocio jurídico autónomo. La separación, artificial, entre el contrato de que trae su causa la *traditio* y ésta, presupone elevar la última a la categoría de negocio jurídico. Pero tal cosa no es posible en el Derecho español. Para nuestro Código Civil, la *traditio* no es más que el pago o cumplimiento de una previa obligación de dar. ZUMALACÁRREGUI coincide, pues, con la opinión mayoritaria de la doctrina española. La excepción cualificada que representan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER tiene un punto de apoyo sumamente débil. El artículo 1.160 del Código Civil sanciona, es cierto, el juego de la *condictio*, pero para su caso especial: que el pago haya consistido en dinero u otras cosas fungibles (supuestos en que, por la propia naturaleza de la cosa entregada, no cabe, al menos como regla general, la reivindicación) y salvo que el acreedor hubiera gastado o consumido, de buena fe, la cantidad recibida.

Respecto del Derecho de obligaciones, la abstracción causal tiene su manifestación en las «promesas autónomas de pago». El BGB considera equivalentes la promesa de pago y el reconocimiento de deuda, si bien, por lo que hace referencia al último, se entiende que la asimilación sólo es posible cuando el reconocimiento se ha emitido con voluntad de obligarse. Únicamente entonces cabe sostener que el reconocimiento funda, por sí mismo, la obligación. La distinción entre el reconocimiento-confesión y

el reconocimiento-declaración de voluntad, aparece ya en WINSCHIED y es comúnmente aceptada por los más prestigiosos comentaristas del Código alemán. En la práctica, no siempre será fácil deslindar las dos hipótesis. Tampoco está demasiado claro cuál es el funcionamiento abstracto de la promesa y del reconocimiento, dado que la normativa del BGB sobre tales contratos es muy parca, lo que, con razón, sorprende a ZUMALACÁRREGUI.

Nuestro autor—al plantearse el problema en el Derecho español—sostiene que, ante todo, no es admisible la ambivalencia entre reconocimiento y promesa. El reconocimiento de deuda es, únicamente, una confesión extrajudicial y, por consiguiente, un medio de prueba, sometido al principio general de libre apreciación de las probanzas por el Juez, en particular a la vista de lo dispuesto por el artículo 1.239 del Código Civil. Es más, ZUMALACÁRREGUI ni siquiera cree que el artículo 1.277 del Código Civil sirva para exonerar del todo al demandante de la carga de probar cuál fue la causa de la deuda reconocida. El actor tendrá, si no que demostrar, sí al menos que alegar la causa a que obedece la obligación. La trascendencia del artículo 1.277—de acuerdo con la tesis patrocinada por ESCRIVÁ DE ROMANÍ—queda así reducida a su mínima expresión. Las mismas conclusiones se proponen para la promesa que no exprese su causa. La promesa no es, en el Código Civil español, una figura contractual autónoma. La eficacia de un documento por el que una persona promete pagar a otra cierta cantidad sin indicar el verdadero origen de la obligación—que no puede ser la simple promesa por sí misma—, únicamente podrá ampararse en el artículo 1.277, al que, como hemos visto, se atribuye un alcance sumamente limitado. En suma ZUMALACÁRREGUI sostiene (también con la doctrina dominante) que en el Derecho Civil español no hay, ni puede haber, verdaderos contratos obligacionales abstractos. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956 y de 13 de junio de 1959 (ambas abstraccionistas, a diferencia de otras) son severamente criticadas y tildadas de germanismo.

La tercera y última parte del libro refiere el tema de la causa y de la abstracción causal al Derecho registral inmobiliario. Se inicia esta tercera parte con la enunciación y exposición sucinta de los llamados principios hipotecarios. El fundamento del sistema se encuentra, según ZUMALACÁRREGUI, en el principio de legitimación («eje diamantino de todo el Derecho registral español») del cual los demás son consecuencia, o desempeñan una función auxiliar. ¿También el principio del consentimiento? Como es lógico, éste es el principio hipotecario que principalmente preocupa al autor, pues sólo aceptando su existencia sería posible dar carta de naturaleza a la abstracción causal en nuestro Ordenamiento, aunque con-

cretada a las modificaciones jurídico-reales que hayan de tener, o tengan, acceso al Registro.

El comúnmente denominado por los hipotecaristas «consentimiento material» es propio del Derecho alemán y reposa en las mismas ideas que explican el carácter abstracto de la *traditio*. La transmisión del dominio, o la constitución o transmisión de un derecho real, se operan en el BGB gracias al acuerdo entre el disponente y el adquirente (acuerdo independiente del negocio jurídico en el que tenga su causa), y la constancia del acto en el Registro. La exigencia de este consentimiento, autónomo y abstracto, en el Derecho registral español supondría la coexistencia, dentro de nuestro régimen inmobiliario, de una verdadera dualidad legislativa. Mientras el sistema del título y el modo, sancionado por el artículo 609 del Código Civil, se aplicaría a las transmisiones inmobiliarias que tienen lugar fuera del Registro, la legislación hipotecaria vendría a instaurar un sistema distinto. Pero es el caso que «si bien el Código Civil respetó la vigencia de la Ley Hipotecaria, no delegó en ella funciones sustantivas. El Registro recibe el acto que se inscribe *ya formado*, fortaleciéndole, desde luego, pero sin variar su naturaleza». El consentimiento de las partes en orden a la modificación jurídico real es, según dice ROCA SASTRE, de naturaleza institucional, y no puede faltar en ningún Ordenamiento jurídico, pero esto no significa que se erija en negocio jurídico independiente (del contrato causal), y menos aún que se trate de un contrato abstracto. Ni siquiera es lícito entender que la inscripción—como pretendió LA RICA—sustituye a la tradición. En suma, pues, el consentimiento material es, en el Derecho Hipotecario español, un mito del que hay que prescindir.

Mas, ¿qué decir del tan traído y llevado «consentimiento formal»? La figura encuentra igualmente su explicación en el Derecho alemán. Para que tenga lugar la modificación jurídico-real se requiere no sólo el consentimiento material, sino, además, una especial declaración del titular del derecho transmitido o gravado autorizando al Registrador a llevar a cabo un asiento que, desde entonces, publicara la nueva titularidad. Esta declaración (consentimiento «formal») se exige no sólo para los actos de transmisión o gravamen, sino también para los extintivos. Por esta vía (la de los actos dirigidos a extinguir un derecho real inscrito) parece haberse introducido el consentimiento formal en nuestra Ley Hipotecaria, por cuanto su artículo 82 exige que «preste su consentimiento *para la cancelación* la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación».

ZUMALACÁRREGUI, cuya postura es justificadamente contraria a la necesidad de un consentimiento especial «para la cancelación», funda su negativa en dos consideraciones, a mi modo de ver, rigurosamente exactas.

Ni la cancelación es un asiento «accesorio», como pretende la doctrina tradicional, ni tiene un significado distinto que el propio de la inscripción. Su función se reduce a recoger la mutación que ya ha tenido lugar en el *status* jurídico de la finca y que, en el caso de la cancelación, consiste en reflejar la extinción de un derecho que ha dejado de existir. La extinción del derecho inscrito puede ser o no la consecuencia de un acto dispositivo del titular. En el primer caso, es claro que se precisa el consentimiento de aquél, pero tal consentimiento es el que, de suyo, incorpora el acto dispositivo, no siendo necesario, para nada, un superfluo y adicional consentimiento cancelatorio. En el segundo, bastará que el titular registral admita la existencia del hecho, acto o negocio, que dio lugar a la extinción del derecho.

El negocio dispositivo de signo extintivo, por excelencia, es la renuncia. ZUMALACÁRREGUI distingue aquí entre la renuncia al derecho inscrito (que no siempre se traduce en una cancelación, y que no exige ni debe exigir consentimiento formal alguno) y la renuncia al asiento. Tal vez esta última variante de la renuncia (que parece concretada a la anotación preventiva) constituye el único supuesto en que sería lícito (y necesario) hablar del consentimiento formal. Pero es el caso, advierte ZUMALACÁRREGUI, que al Reglamento Hipotecario le basta, para que pueda procederse a cancelar la anotación, que la persona a cuyo favor esté extendida lo pida o lo solicite. Esto quizá nos descubra (la apostilla es mía) que el famoso consentimiento formal no es sino una aplicación del carácter rogado del procedimiento registral, que si bien no exige una declaración expresa cuando se trata de que acceda al Registro un acto o hecho inscribible, ha de formularse expresamente si lo único que se pretende es que se cancele un asiento, hipótesis, por otra parte, excepcional, como ZUMALACÁRREGUI se cuida de señalar.

Creo que interpreto bien el pensamiento del autor si, al resumir los capítulos de su libro relativos al rango registral y sus posibles alteraciones, y a la hipoteca constituida por acto unilateral, formulo estas aseveraciones. El consentimiento de que se ocupa el artículo 241 del Reglamento Hipotecario (necesario para que pueda inscribirse la posposición de hipoteca) no es otro sino el embebido en el negocio dispositivo que el acreedor hipotecario tiene que otorgar para que su hipoteca retroceda en beneficio de la que avanza, y la escritura cancelatoria que exige el artículo 237 del propio Reglamento, cuando puede procederse a cancelar la hipoteca unilateral sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó (porque todavía no la ha aceptado), no comporta otra cosa sino la solicitud expresa (que no tendría que plasmarse obligadamente en una escritura) de que desaparezca un asiento que sólo refleja un derecho en fase de formación. Por lo demás, y como subraya ZUMALACÁRREGUI siguiendo

a CHAMORRO, es claro (aunque otra cosa piense la Dirección) que la declaración del dueño de los bienes que se hipotecan no implica consentimiento formal alguno, sino un acto dispositivo pendiente, para su plena eficacia, de la aceptación. Que ésta surta efecto retroactivo puede explicarse, si se quiere, como reserva de rango, pero eso no priva al acto de su naturaleza sustantiva, aunque el Registro, obviamente, tenga que recogerla para que sirva de algo, pues lo que la hipoteca no surte efectos sin la inscripción.

III. ALGUNAS ANOTACIONES MARGINALES

1) Con lo escrito hasta aquí concluye la recensión crítica de la monografía de ZUMALACÁRREGUI y espero que mi buen amigo y compañero considere cumplida, aunque con alguna morosidad, la promesa que en su día le hice. Promesa que tiene su «causa» en el elogioso comentario que él hizo de un libro mío, y por «móvil», además del afecto, el deseo de aventurar algunas opiniones propias acerca de un tema tan sugestivo como la causa, y sobre el que, sin embargo, nunca escribí nada. He aquí, pues, la razón que justifica esta especie de apéndice que redacto, innecesario es decirlo, sin otra pretensión que la de formular algunas precisiones que ya existían en mi mente y que han adquirido un mayor grado de concreción gracias a la lectura de la obra que he tenido el placer de resumir.

Creo que con la causa acontece un fenómeno curioso. Cualquier jurista, y en general cualquier profesional del Derecho, aunque sus conocimientos no sean demasiado profundos, no vacilará al contestar, ante un caso concreto cuyos datos se le faciliten, si el contrato que se somete a su consideración tiene o no tiene causa, si ésta es verdadera o falsa, lícita o ilícita. Las dificultades empiezan, al revés de lo que corrientemente sucede, cuando se pasa de la práctica a la teoría, es decir, cuando se trata de definir la causa y explicar, *claramente*, en qué consiste. Subrayo el adverbio porque yo no he sido capaz de entender con absoluta nitidez nada de lo que he leído, a propósito de esta oscura y huidiza noción. Después de haberme devanado los sesos tratando de comprender lo que leía he abandonado el empeño en medio de un lamentable caos mental acompañado, generalmente, de un fuerte dolor de cabeza. Tal vez porque yo o no entiendo una cosa o la entiendo del todo. Dicen que escribo sobre Derecho con claridad. Yo mismo no puedo, naturalmente, afirmarlo, pero lo que sí estoy en condiciones de asegurar es que procuro, por todos los medios, ser claro, y bien sabe Dios el trabajo que me cuesta intentar conseguirlo. Mi supuesta claridad—si es que existe—no tiene más que

un secreto. Solamente escribo sobre aquello que, previamente, yo he comprendido muy bien.

Siendo esto así, nada de extraño tiene que haya tratado de explicarme la causa a mi modo, ya que la manera que los demás tenían de hacerlo escapaba a mi comprensión. El propósito que persigo con estas líneas es simplemente dar cuenta de esta autoexplicación, por si alguien se encuentra en la misma circunstancia que yo y mis reflexiones pueden servirle de algo. Quiero también dejar bien establecido que no tengo la absurda pretensión de ser original. En Derecho, y en particular en Derecho civil, siempre está uno expuesto a descubrir el Mediterráneo. Admito la posibilidad, y aun la probabilidad, de que alguien haya llegado por su cuenta a iguales o parecidas conclusiones que las mías. Sin ir más lejos, entiendo que, en alguna medida, mi versión de la causa no está demasiado distante de la que hace ya bastante tiempo apuntó ALVARO D'ORS (2), aunque, para mí, las cosas no sean tan simples como él las presenta.

2) La raíz del enorme equívoco que la causa ha suscitado se debe, en mi sentir (y aquí empieza y probablemente concluye, mi coincidencia con D'ORS), a haber referido el concepto al contrato en su conjunto. Se olvida que un contrato, cualquier contrato, es siempre el resultado de sumar dos o más actos humanos. Que la concurrencia de esta pluralidad de actos y su íntima trabazón (determinada precisamente por la causa de cada uno) sea imprescindible para que se produzcan los efectos jurídicos que del contrato derivan, no es razón para negarse a ver su estructura compleja y plural. Que el contrato sea (en tanto fuente de obligaciones) un todo no significa que no esté compuesto de partes, perfectamente discernibles, y que el todo no sea concebible sin las partes, y éstas, en tanto tales, postulen un todo, no autoriza a confundir éste con aquéllas. La denominación del contrato sinalagmático por excelencia, la compraventa, es tan significativa como reveladora. La compraventa se llama precisamente así porque mientras una de las partes compra la otra vende, y si bien es cierto que el acto de comprar no se concibe sin el de vender, y a la inversa, no lo es menos que vender y comprar son dos actos distintos y opuestos.

Si aceptamos esta proposición el paso siguiente ha de ser el análisis, por separado, de los actos que, juntos, integran el contrato. La observación de la realidad pone de relieve que cada uno de estos actos consiste precisamente en una promesa o en una prestación (3). Pero como los actos

(2) Cfr. «Sobre la causa de los contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, págs. 579 y sigs.

(3) Así, en los contratos reales, y hasta tanto se configuren como consensuales, solo una de las partes (el *accipiens*) promete. La otra no formula una promesa, sino que entrega una cosa bajo ciertas condiciones. La entrega, se dirá, tiene lugar *causa credendi*. Existen, además, ciertas figuras contractuales típicas en que la perfección del contrato exige que la prestación prometida se cumpla al

humanos, en tanto voluntario (y por consiguiente conscientes) persiguen siempre un resultado, se llama causa al que cada parte contratante pretende conseguir merced al acto del otro, y que incorpora, como condicionante, a su declaración de voluntad. Siguiendo con la compraventa, el comprador promete pagar un precio *a cambio* de obtener la propiedad de la cosa vendida que ha de proporcionarle el vendedor. La promesa de éste es necesaria, pero no suficiente para que el comprador pueda conseguir el resultado apetecido. De aquí que, como antes decía, aunque comparto, en principio, la misma idea de D'ORS, me parece que su concepto de la causa se queda a medio camino, con lo que la institución pierde, al menos, parte de su utilidad y de su sentido.

La génesis histórica de la doctrina de la causa pone de relieve que la exigencia del requisito causal se predica precisamente del acto de cada contratante, de su promesa. La afirmación de que toda promesa ha de tener una causa para ser eficaz deviene rotunda tan pronto como el contrato, basado en el acuerdo de voluntades, adquiere el rango de categoría general y no limitada a una serie de figuras típicas, como acontecía en el Derecho Romano (4). Particular interés tienen, desde nuestro punto de vista, las promesas unilaterales, es decir, aquellas en que sólo una de las partes promete, sin que su promesa aparezca ligada a otra formulada por el destinatario de la primera. Las vicisitudes que experimentan estas promesas unilaterales arrancan de la *stipulatio* romana y concluyen cuando, debido a la influencia de los canonistas, se admite que la promesa, aun desprovista de toda formalidad, obliga, pero a condición de que responda a un «porqué» (causa) susceptible de justificarla. La causa consistirá en la *liberalitas*, o habrá que buscarla en la promesa o prestación de la otra parte, en tanto la propia promesa no la revele. El problema que se plan-

menos en parte. Esto acontece cuando se constituye una sociedad anónima o de responsabilidad limitada. En el primer caso se exige el desembolso mínimo del 25 por 100 de las acciones suscritas. En el segundo que todo el capital se desembolse al tiempo de fundar la sociedad. Sin embargo, tal vez pueda sostenerse que el desembolso es, más bien, una *condictio iuris* de que depende la eficacia del contrato (sin perjuicio de su provisional eficacia vinculante) y no un requisito necesario para su existencia o perfección.

(4) En el Derecho romano, la idea de que la esencia del contrato descansa en el consentimiento (en la *conventio*) no se abre paso, probablemente, hasta la última fase de su evolución. Cfr. al respecto el enjundioso estudio de ALBERTARIO, «Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile», en *Studi di Diritto Romano*, III, págs. 73 y sigs.

Con todo, ni siquiera entonces se admite que baste el acuerdo de voluntades para que pueda nacer una obligación negocial. Ciertamente, el ámbito de las relaciones contractuales se amplió considerablemente al admitirse, de una parte, los contratos consensuales nominados y, de otra, los contratos reales innominados. Sin duda, la idea de causa, en el sentido de causa final, como requisito justificante, influyó, de hecho, en esta evolución. Pero, de todos modos, no llegó a reconocerse eficacia vinculante, en consideración a su causa, a los nudos pactos.

tea en tal caso (*«cautio indiscreta»*) estriba en decidir sobre quién pesa la carga de la prueba (5).

Cuando el estudio de la causa se traspasa de las promesas unilaterales a los contratos sinalagmáticos, se sigue operando con la misma idea. La causa continúa, en rigor, referida al acto (o promesa) de cada parte (como también acontece en el vituperado artículo 1.274 de nuestro Código Civil), pero empieza a fraguarse la confusión cuando, quizá por un afán simplificador, se habla no de causa de cada promesa, sino de causa del contrato. Justamente, quien no incurre en esta confusión es DOMAT. Pero también simplifica en exceso. De una parte, al decirnos que en los contratos «que no sean donaciones» la obligación de cada una de las partes es la causa o fundamento de la otra, está confundiendo la causa de la promesa (causa final) con la causa de la obligación (causa eficiente, que sería el contrato mismo). De otra, y aun salvando este error, y dando por bueno que quiso aludir a la causa final, no es cierto que el resultado perseguido por cada parte consista simplemente en que la otra se obligue. Además, la tesis de DOMAT resulta inexpresiva si se la saca del círculo de los contratos de intercambio, e incongruente proyectada sobre las donaciones.

Es curioso, sin embargo, que lo más útil y clarificador de la aportación de DOMAT—no considerar la causa como requisito del contrato—no se aprovecha por la doctrina posterior, y tanto los causalistas como los anticausalistas centran su polémica en torno a si la causa es realmente un elemento contractual distinto del consentimiento y del objeto, polémica que, a mi juicio, y tal como está planteada, ha sido poco o nada fructífera.

Los anticausalistas han operado críticamente sobre la tesis de DOMAT, y fuerza es reconocer que si las escuetas afirmaciones del ilustre juriconsulto francés se toman al pie de la letra, la crítica ha sido certera. Sin duda por eso el contrataque de los neocausalistas parte de un planteamiento más amplio y, sobre todo, de un concepto distinto de la causa. No puede decirse, sin embargo, que el éxito haya coronado sus esfuerzos.

Los defensores de la teoría subjetiva de la causa (que son, a mi modo de ver, quienes más cerca se encuentran de la verdad) y que, en el fondo, han trabajado sobre la teoría clásica de la causa, tratando de pulirla y de perfeccionarla, no acaban de ser coherentes consigo mismos. Puesto que quienes defienden esta posición (CAPITANT es, posiblemente, su más destacado representante) identifican la causa con la finalidad perseguida por el contratante, lo lógico hubiera sido proclamar abiertamente que la causa es un requisito de la declaración de voluntad de cada contratante. Mas en lugar de admitirlo así, lisa y llanamente, siguen hablando de causa

(5) Sobre la evolución histórica a que se alude en el texto, cfr. la muy completa exposición de CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, traducción española de TARRAGATO, págs. 124 y sigs.

de la obligación (lo que equivale a incurrir en la confusión imputada a DOMAT entre causa eficiente y causa final) o de causa del contrato, sin advertir que, si la causa es, efectivamente, el fin que cada parte persigue al obligarse no tiene sentido referirlo al contrato, entendido éste como un todo. Lo necesario para que haya contrato es el acuerdo de los contratantes sobre el contenido (objeto y causa) de sus respectivas declaraciones de voluntad y sobre la recíproca interdependencia de ambas.

La obsesión por encontrar un concepto unitario de la causa, predicable del contrato en su conjunto, ha dado lugar a formulaciones a veces confusas, a veces inanes, y eventualmente peligrosas. De la confusión, y digo esto con el explicable temor del discípulo que se atreve a contradecir al maestro, no se libra, en mi opinión, el que es sin disputa, y con toda clase de merecimientos, el primero de nuestros civilistas. Innecesario es aclarar que aludo a don FEDERICO DE CASTRO, a quien, por tantas razones, quiero y admiro.

En su magnífica obra sobre el negocio jurídico dedica un extenso apartado a la doctrina de la causa. Vaya por delante que cuando trata de las aplicaciones concretas de dicha doctrina mis coincidencias son mucho mayores que mis eventuales discrepancias. Sin embargo, y si he de ser sincero, me veo obligado a proclamar que no veo muy claro qué es lo que el maestro entiende, en última instancia, por causa del contrato. Al combatir la teoría anticausalista, DE CASTRO propone el siguiente ejemplo: «En la compraventa de un reloj por mil la causa no será el reloj ni las mil, sino la *reciprocidad* entre el precio y la cosa» (6). La primera aseveración me parece rigurosamente exacta. Ni la cosa ni el precio son, obviamente, la causa de la compraventa. Pero tampoco creo que lo sea la reciprocidad entre el uno y la otra. La idea de reciprocidad, en sentido técnico jurídico, hay que postularla, en puridad, de la obligación de pagar el precio y entregar la cosa, y significa la correspondencia que entre dichas obligaciones existe. Ahora bien, sostener que la reciprocidad es la causa de la compraventa, equivale a esterilizar dicho concepto en la medida en que pueda servir para explicar por qué las obligaciones del comprador y del vendedor son, precisamente, recíprocas, o, para ser más exactos, lo que queda sin explicación son los efectos que se siguen de esta circunstancia. La reciprocidad (o sus efectos) son, cabalmente, la consecuencia de que la finalidad que se propone el comprador es adquirir una cosa a cambio del precio que va a pagar por ella, y la que persigue el vendedor es obtener una suma de dinero a cambio de desprenderse de la cosa vendida. Ambas finalidades, como antes he subrayado, son rigurosamente opuestas (por eso el contrato, para decirlo con palabras de CARNELUTTI,

(6) Cfr. *El negocio jurídico*, pág. 178.

se traduce en la composición de intereses antagónicos), aunque complementarias por la potísima razón de que no es posible alcanzar la una sin la otra. Evidentemente, yo no puedo comprar el reloj si no quiere vendérmelo su propietario, ni éste podrá pretender que yo la pague mil pesetas si no quiero comprárselo. Si la idea de reciprocidad la entendiéramos como exigencia de que exista un cierto grado de equivalencia entre la cosa y el precio (exigencia que—salvo en la hipótesis límite de la venta *nummus unu*—es, en principio, extraña a nuestro Derecho positivo común) tampoco la reciprocidad sería la causa del contrato, sino un requisito que la causa tendría que cumplir.

En el polo opuesto a la teoría subjetiva de la causa hay que situar la denominada teoría objetiva. La teoría objetiva de la causa, de gran predicamento en la doctrina italiana, estima que causa del contrato es la «función económico-social» que el mismo está llamado a cumplir. En mi opinión, esta definición de la causa es conceptualmente tautológica, técnicamente inútil, e inadmisibles en tanto pretenda convertirse en el eje de la política legislativa sobre los límites de la autonomía de la voluntad.

Defender que la causa es la función económico-social del negocio, y llegar a esa conclusión para «evitar la visión atomista que despedace la unidad del negocio» (recordemos las palabras de BETTI antes transcritas) equivale a confundir las partes con el todo. Ciertamente que, como acabamos de indicar, la causa en la compraventa no es (y en esto tienen razón tanto BETTI como DE CASTRO) «el precio» para el vendedor o la «cosa» para el comprador. Lo que realmente constituye la causa de la promesa del vendedor es la finalidad de adquirir una cantidad de dinero, y para el comprador la propiedad de una cosa, resultados ambos que, entendidos como fines, son perfectamente racionales y explicables. El concepto de causa, en sentido de fin, no autoriza, obviamente, a identificarla con el objeto, sobre todo si, como estamos tratando de demostrar, la causa debe predicarse de cada declaración de voluntad y no globalmente del contrato. Claro es, y así lo hemos indicado ya, que en tanto el comprador y el vendedor compaginan sus objetivos mediante sus promesas respectivas, ambos quieren el cambio de cosa por precio (es decir, quieren la compraventa), aunque cada uno para conseguir un resultado distinto y opuesto. Ahora bien, si no aceptamos a ver la distinción entre fin y medio, si prescindimos del resultado que cada parte se propone alcanzar y que justifica el compromiso que contrae, para concluir que la causa de la compraventa es el trueque de una cosa determinada por un precio, también determinado, no estaremos definiendo la causa de aquel contrato, sino la compraventa misma. Una cosa es que los contratos se tipifiquen por su función y otra que ésta sea la causa del contrato.

A la luz de la teoría objetiva—y de aquí su esterilidad técnica—la causa deja de ser un instrumento utilizable para la mejor inteligencia de la biología y la patología del contrato. Es más, la unidad del mismo—que no pretendo naturalmente negar, y que es tan cara a los partidarios de la concepción objetivista de la causa—sólo se comprende cabalmente gracias a la causa de las diversas declaraciones que lo integran. La unidad del contrato es una verdad que exige demostración y no basta invocarla como si fuese un dogma de fe. El consentimiento de las partes incluye, desde luego, el acuerdo sobre el carácter recíproco e interdependiente de sus declaraciones de voluntad, pero este acuerdo se funda en el hecho de que cada contratante se obliga en consideración al resultado que va a conseguir mediante la promesa que le hizo el otro, fraguándose, de esta suerte, la unidad contractual. En fin, el propio ZUMALACÁRREGUI, que se adhiere a la teoría objetiva de la causa, no parece muy convencido de que con ella se llegue demasiado lejos. «¿Nos es realmente útil—se pregunta en la página 114 de su libro—referir el concepto de causa al contrato y al negocio jurídico, dando el caso como visto para sentencia? ¿Hemos conquistado algo deteniéndonos en el centro de las coordinadas función social-negocio jurídico?» Las dos preguntas quedan sin respuesta a pesar de que, a renglón seguido, asevera que «la idea de la función social es incuestionablemente luminosa». Por mi parte, no alcanzo a ver cuál pueda ser el área iluminada y creo que ZUMALACÁRREGUI tampoco o, al menos, no la señala y delimita.

En rigor, y éste es el aspecto más destacable de la teoría objetiva de la causa y el que puede tener mayor trascendencia práctica, la función económico-social del contrato no es tanto su causa—aunque se la presente como si lo fuera—como la razón de que el Ordenamiento sancione los diversos contratos que conoce y etiqueta atribuyéndoles efectos jurídicos.

La teoría subjetiva—viene a decirse— exalta en exceso el poder creador de la voluntad humana en el campo del Derecho, con olvido de que sólo puede ser jurídicamente eficaz en la medida en que la norma quiera y admita que lo sea. Sin perjuicio de que esta acusación tenga algún fundamento, aunque aplicada al papel predominante que algunos de los partidarios de la teoría subjetiva, con evidente exageración y hasta con cierta inconsecuencia, atribuyen a la voluntad negocial, creo que el planteamiento del problema por parte de los defensores de la teoría objetiva de la causa peca de tendencioso.

Nadie duda, desde luego, de que la voluntad del hombre no es jurídicamente eficaz al margen de la norma. De otra parte, la causa, en tanto se postula como requisito de la declaración de voluntad, desempeña y ha cumplido siempre, una función habilitante o justificante. La exigencia—como antes se ha recordado—de que la promesa responde a una fina-

lidad susceptible de justificarla se encuentra en los mismos orígenes del instituto. La validez del pacto *nudum a solemnitate sed non nudum ad causam* significa, ni más ni menos, que la voluntad, por sí sola, no basta para que surja una relación obligatoria. Es menester que quien se obliga lo haga en virtud de un fin, que se valora no sólo desde el punto de vista subjetivo del obligado, sino bajo la óptica de una consideración objetiva.

Otra cuestión es la de fijar el margen de tolerancia operativa que el Derecho positivo debe reconocer a la voluntad negocial. La ley no puede proceder en este orden de cosas arbitrariamente, o en atención a simples circunstancias coyunturales. El principio de respeto a la autonomía de la voluntad, aunque naturalmente haya de tener sus límites, es una manifestación del debido a la libertad y a la dignidad de la persona. Y he aquí el peligro que entrañan las teorías objetivas sobre la causa. Entendida ésta como la función económico-social del contrato, la tentación de limitar la libertad de los particulares a la simple posibilidad de dar vida a supuestos contractuales que encajen dentro de los esquemas típicos contemplados por el legislador, es casi insoslayable. Sólo estos esquemas negociales responden claramente a una función que el legislador ha valorado previamente y ha juzgado suficiente para otorgarle su bendición. Los contratos innominados o atípicos quedarán desprovistos de valor salvo que, trabajosamente y con calzador, puedan asimilarse a alguna forma típica, aisladamente considerada, o combinada con otra u otras. A fuerza de querer objetivizar la causa se termina por asignarle un significado opuesto al que históricamente desempeñó.

Ni que decir tiene que el Código Civil español es ajeno a este sistema que no vacilo en calificar de retrógrado. Su espíritu liberal en este punto resplandece en el artículo 1.255. «Los contratantes—nos dice—pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.» Este triple freno, que puede ser manejado con gran elasticidad tanto por el legislador como por el juez, asegura, siempre que sea utilizado diestramente, que la libertad que se reconoce a la persona no se convertirá en libertinaje. Siempre que se respeten aquellas limitaciones, el contrato, cualquier contrato, aunque no esté legalmente tipificado, será válido, en principio, a condición de que la obligación que se asuma o la prestación que se realice comporten una contrapartida, tengan por fin remunerar un servicio (7), o favorecer, sin exigir una compensación, al beneficiario. Este es el significado normativo del artículo 1.274 del Código Civil, y esto es lo que importa destacar al comentarlo, sin dar demasiada importancia a

(7) Sobre el posible significado de la «causa remuneratoria», además de la previsible alusión a las donaciones de esta clase, *vid.* la interesante explicación de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 269.

sus indudables deficiencias técnicas, acaso no tan graves como pretenden sus detractores.

Hasta aquí he expuesto mis ideas sobre la causa partiendo (como por lo demás es usual en la doctrina) de los contratos de intercambio, y dentro de ellos, de la compraventa. Pero creo que la concepción finalista de la causa, tal como yo la entiendo, puede adaptarse sin grave dificultad a otras figuras contractuales. No es posible, obviamente, que intente ahora recorrerlas una por una (si bien el recorrido tendría que limitarse necesariamente a los contratos típicos), pero de todos modos y ya que, casi sin proponérmelo, he empezado a escribir sobre la causa por cuenta propia, parece inexcusable que diga algo a propósito de ciertos contratos en los que concretar lo que sea su causa puede revestir alguna complejidad, y que me refiera, siquiera sea muy brevemente, a los contratos reales y a la donación.

Las hipótesis complejas a que acabo de aludir son la sociedad y la transacción. La diferencia entre estos dos tipos contractuales (a su vez tan distintos entre sí, aunque haya una nota común que, salvando todas las distancias, les asemeja) es que, al revés de lo que acontece en los contratos de intercambio, las partes no persiguen fines opuestos (aunque complementarios), sino que en ellos se da una coincidencia de fines. En la sociedad (contrato plurilateral por excelencia) el resultado que cada parte se propone conseguir no se obtiene sólo merced al cumplimiento de las prestaciones de los demás, porque las mismas, en lugar de intercambiarse, están destinadas a constituir una masa patrimonial común, que servirá de base para el ejercicio de una actividad de la que se espera un beneficio también común. Cada declaración de voluntad incluye, pues, un doble objetivo coincidente. En la transacción también hay un fin común (evitar un pleito o poner fin a uno ya comenzado, según reza el artículo 1.809 del Código Civil) que se alcanza mediante las recíprocas concesiones de las partes. El hecho de que el fin, tanto en la sociedad como en la transacción, sea común, en el sentido expuesto, no quiere decir, sin embargo, y esto es lo que ahora quiero destacar, que la causa deba predicarse en estos casos del contrato en su conjunto y no de cada declaración, pues tanto en la sociedad como en la transacción, cada contratante persigue satisfacer su propio interés particular. Ambos contratos dan solución a un conflicto de intereses (como acontece en todos los contratos onerosos), lo cual se ve muy claro en la transacción, pero también puede aplicarse a la sociedad (8).

Por lo que dice a los contratos reales, y mientras continúen siéndolo (otro tema es que deban o no dejar de serlo), hay que atender, de una

(8) Cfr. al respecto mis *Estudios de Derecho mercantil*, 2.ª ed., I, pág. 276.

parte, a la entrega que realiza el acreedor, que es necesaria para que el contrato se perfeccione, y de otra, a la obligación (u obligaciones) que asume el deudor. El fin de la entrega en el comodato y en el mutuo es facilitar a otra persona el uso de una cosa o la disponibilidad de una suma de dinero, y obtener, además, eventualmente, una compensación o contrapartida, lo que sólo está permitido en el segundo supuesto. A su vez, el deudor se obliga a devolver la cosa o cantidad recibida (y adicionalmente a pagar intereses) para poder usar la una o disponer de la otra, ya que si no contrae dicha obligación el comodante o prestamista no realizará la entrega. En el depósito, la entrega se hace para que la cosa depositada sea custodiada por el depositario, quien, por su parte, se obliga a fin de prestar un servicio al depositante, desinteresadamente o para obtener una remuneración. Por último, en la prenda, la cosa pignorada se entrega con la finalidad de garantizar una deuda, lo que explica que, para obtener la garantía, el acreedor pignoraticio tenga que obligarse a cuidar de la cosa y sobre todo a devolverla, una vez que la deuda garantizada haya sido satisfecha.

3) Pasemos, por último, a la donación, arquetipo de los actos gratuitos, con la advertencia de que lo que se diga de ella es aplicable *mutatis mutandi*, en lo fundamental, a los demás contratos que merecen aquella connotación, es decir, a los que el artículo 1.274 del Código Civil llama de «pura beneficencia».

Es evidente que en la donación la causa hay que referirla exclusivamente al acto del donante, pues salvo en las donaciones modales u onerosas, es sólo él quien da o se obliga a dar (9). La cuestión, aun vista desde la óptica de la teoría subjetiva de la causa, no ha dejado de suscitar algunas dificultades. Se ha señalado la confusión, al tratar de la causa de las donaciones, entre causa y motivos y entre causa y consentimiento. La equiparación entre la causa, de la donación y los móviles que han impulsado al donante es imputable a DOMAT. Posiblemente porque, al tratar de la causa, no se planteó claramente la contraposición entre causa eficiente y causa final, y pensando, tal vez, más en la primera que en la segunda, creyó que al no poder ser la donación causa de sí misma, su fundamento había que buscarlo fuera de ella. La pretendida fungibilidad entre causa y consentimiento es la objeción que formulan los anticausalistas a la doctrina clásica de la causa, que, a partir de POTHIER, entiende que la causa de la donación consiste en la «pura liberalidad». Sin embargo, y como ha señalado con justeza CAPITANT (10), la supuesta confusión

(9) Según los artículos 609 y 618 del Código Civil, la donación es un acto dispositivo. Sin embargo, no parece imposible la donación obligatoria. Cfr., por ejemplo, el artículo 1.397, que alude al que diere o *prometiere* capital para el marido.

(10) *Ob. cit.*, pág. 82.

obedece a un defectuoso análisis del acto volitivo del disponente, en el que es perfectamente discernible «la pura voluntad de obligarse o de transferir la propiedad» y «la razón inmediata de esta voluntad».

A mi juicio, decir que la causa de la donación estriba en la «mera liberalidad del bienhechor», como afirma el artículo 1.274 del Código Civil siguiendo a POTHIER, no es, quizá, del todo exacto. Me parece preferible situar la causa de la donación en el propósito de enriquecer a otro sin ánimo de obtener la seguridad jurídica de una contrapartida, es decir, sin que el donatario quede obligado a dar o hacer cosa alguna en beneficio del donante o de tercera persona, excepción hecha de las donaciones «con causa onerosa», en las que se impone al *accipiens* una carga cuyo valor se estima inferior al de los bienes donados. La concepción del acto gratuito como contrapuesto al oneroso, debe llevar a esta acepción más restringida del *animus donandi* en lugar de fundarlo en la simple *liberalitas* que, entendida con todo rigor, no siempre existe, sin que por ello dejemos de estar, necesariamente, en presencia de una verdadera donación. Todos sabemos que al lado de donaciones totalmente desinteresadas y espontáneas hay otras que se hacen para cumplir con un uso social, por compromiso, en las que podría ponerse en cuestión si verdaderamente hay ánimo liberal, más difícil de localizar todavía si con la donación se pretende predisponer favorablemente al donatario del que se espera algún favor o compensación. En tanto la liberalidad comporta «generosidad» o «desprendimiento», según nos dice el Diccionario de la Real Academia Española, no parece que las donaciones de que acabamos de hacer mención encajen en esas categorías. Consecuentemente, para saber si se da o no la «mera liberalidad» habría que descender al examen de las motivaciones del donante (con lo que, en alguna medida, se vendría a coincidir con ДОМАТ) para concluir que, cuando aquel requisito falte, el acto no sería donación. Se trataría de una disposición falta de causa.

Por mi parte, estimo que esto sería ir demasiado lejos. No parece dudoso que el artículo 1.274 del Código Civil, al definir la causa de los contratos «de pura beneficencia» se inspiró—vía GARCÍA GOYENA—en POTHIER y éste a su vez quiso fijar la causa de la donación haciendo abstracción de los móviles en cuya virtud obró el donante, separándose así de la tesis de ДОМАТ. Entiendo, por tanto, que, como regla general, la distinción entre causa y móviles es también válida para las donaciones, salvo que el móvil tiña al acto de ilicitud (más adelante me ocuparé de este particular), o se trate de un móvil causalizado, bien por el propio donante (si lo incorpora como condicionante a su declaración de voluntad) o por el Derecho objetivo. Esto último acontece, por ejemplo, en las donaciones remuneratorias y en las otorgadas por razón de matrimonio. En dichos supuestos quiebra, en parte, la disciplina peculiar de la dona-

ción (11) e incluso se desvanece totalmente si la ley considera, a la vista de la naturaleza de la situación de hecho que ha determinado la disposición, que el acto no puede ser conceptuado como gratuito. Lo que sucede cuando la entrega se hizo en virtud de alguna de las «justas causas» de que nos habla el artículo 1.901 del Código Civil, precepto que, de suyo, merece un comentario especial, imposible de hacer aquí.

4) Perfilado el concepto de causa, tal como yo lo entiendo, y sin perjuicio de que la cabal expresión de mi pensamiento exigiría mayores desenvolvimientos, que ahora serían improcedentes, pues no sería oportuno que bajo el pretexto de comentar una monografía sobre la causa me lanzara a escribir otra por mi cuenta, cumple que, siguiendo el ejemplo de ZUMALACÁRREGUI, trate de sentar mis propias conclusiones. Estimo que la idea matriz que inspira mi punto de vista, es decir, que el contrato consiste en la resultante de sumar dos o más actos humanos, de donde se sigue que la causa justificante o final hay que contemplarla en función de cada uno de ellos, permite puntualizar con alguna precisión, cuando la causa existe o no, si es lícita o ilícita, verdadera o falsa. Puede también contribuir a la mejor comprensión de la verdadera naturaleza de los negocios jurídicos abstractos (12).

¿Cuándo puede decirse que la promesa del que contrata carece de causa? Relativamente a los contratos onerosos (en particular si son consensuales, pues de los reales me ocuparé seguidamente) la causa de la promesa estriba en el resultado que el promitente pretende conseguir merced a la promesa de la otra parte, y como este resultado se traduce en la contraprestación que ha de recibir, faltará la causa si esa prestación no se ha concretado suficientemente, si su cumplimiento deviene imposible, si no se han dado los supuestos fácticos previstos para que realmente haya contraprestación, cuando el promitente tenga derecho a percibirla por otro concepto y, en general, siempre que, de hecho, sea inexistente. Por ejemplo, la prestación no estará suficientemente concretada si el señalamiento del precio se dejó al arbitrio de persona determinada (artículo 1.447 del Código Civil) y aquélla no lo fija dentro del plazo que se le señaló al efecto; el cumplimiento de lo prometido resultará imposible si la cosa vendida se pierde al tiempo de celebrarse la venta (artículo

(11) Sin embargo, y respecto a las donaciones remuneratorias, su régimen jurídico es oscuro. La oscuridad es imputable a la confusa redacción del artículo 622. La que llamo causalización del móvil aparece más clara en las donaciones por razón de matrimonio. Según resulta del artículo 1.333, la donación es revocable si el matrimonio no llegara a celebrarse, con lo que se añade una nueva causa revocatoria. En cambio, parecen excluirse la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos y por ingratitud.

(12) Prescindo de otras posibles aplicaciones de la doctrina de la causa para no alargar excesivamente estas notas y ceñirme, además, a las que ha estudiado ZUMALACÁRREGUI.

lo 1.460-1.º) (13); faltan los supuestos fácticos contemplados, en el caso de que una persona adquiriera unas acciones, que no valen nada, por una determinada cantidad, a cambio de que quien la percibe libere al adquirente de unas responsabilidades que no le llegan a ser exigidas (supuesto contemplado por la sentencia de 8 de enero de 1964); el promitente tiene derecho a la contraprestación si se trata de servicios que el que los promete está obligado a prestarlos por razón de su cargo, o si la prestación se le debía por otro concepto (14); por último, no hay propiamente contraprestación si el señalamiento del precio se deja al arbitrio del comprador (art. 1.449 del Código Civil y sentencia de 25 de abril de 1960). También carecerá de causa la promesa, aunque se cumpla (o pueda cumplirse) la contraprestación prometida por la otra parte, si el resultado perseguido ya se ha conseguido. Así, la transacción celebrada en la ignorancia de que el pleito ha sido zanjado por sentencia firme. En todas estas hipótesis, la promesa carece de justificación y debe estimarse nula. En última instancia, como anteriormente subrayé, la función de la causa es esencialmente justificante (15).

En los contratos reales la entrega del acreedor ha de ser simultánea o anterior a la perfección del contrato. La estructura técnica del contrato real, por tanto, exige que la prestación del acreedor y que justifica la promesa del deudor, se verifique al mismo tiempo o previamente. En otro caso, la promesa carecerá de causa. Con todo, si los contratos reales pa-

(13) Si la cosa se ha perdido sólo en parte no falta totalmente la causa, pero la finalidad que se ha propuesto el comprador se frustra parcialmente. Por eso, el párrafo segundo del artículo 1.460 le permite optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido.

(14) Para POTIER, los casos del acreedor que entrega una suma al deudor para que éste cumpla la prestación debida o del litigante que satisface una cantidad al juez para que falle con arreglo a Derecho dan lugar a convenciones con causa ilícita. En rigor, la promesa o la *datio* del acreedor o del litigante carecen de causa, mientras que el compromiso asumido por el deudor o por el juez tienen causa ilícita. Si, por el contrario, se defiende una concepción «unitaria» de la causa, la catalogación de ambos supuestos se hace de forma ambigua. Así, DE CASTRO estima que falta la causa «cuando no hay servicio que remunerar, pues, por ejemplo, se actúa cumpliendo las obligaciones de funcionario público»; pero, al propio tiempo, sostiene que hay causa ilícita «en lo dado o prometido... para que el funcionario cumpla con su deber». (Cfr. *El negocio jurídico*, cit., páginas 232 y 251.)

(15) Se dirá tal vez que, si no en todas, por lo menos en muchas de las hipótesis examinadas es inútil fundar la nulidad del contrato en la falta de causa cuando basta aducir la carencia de objeto. A mi juicio, este expediente simplifica con exceso la cuestión. En el caso, por ejemplo, de pérdida anterior o simultánea de la cosa vendida, que la promesa del vendedor sea nula, no significa, sin más, que también haya de serlo la del comprador. Esto es efectivamente lo que sucede, pero la nulidad total del contrato sólo se explica en virtud del carácter interdependiente de las dos promesas, que obedece, según antes procuré demostrar, a que el resultado que cada parte persigue se obtiene precisamente mediante el cumplimiento de la promesa que le ha hecho la otra.

sasen a ser consensuales—y éste debe ser el desenlace de su evolución—la no entrega de la cosa dejaría de constituir un caso de falta de causa. El deudor, sin embargo, estaría legitimado para oponer al acreedor la *exceptio non adimpleti contractus*, que también encuentra su fundamento en el significado y función de la causa.

5) La causa no sólo ha de existir, sino que, además, tiene que ser lícita. Los contratos, sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, dice el artículo 1.275 del Código Civil, aunque en el segundo caso (ilicitud de la causa) el alcance de la declaración de ineficacia viene mitigado por lo establecido en los artículos 1.305 y 1.306 que consagran la antigua regla *nemo suam turpitudinem allegans auditur*. El propio artículo 1.275 indica que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Lo que quiere decir, de acuerdo con nuestro concepto de la causa, que ésta será ilícita si el resultado perseguido por los contratantes, o al menos por uno de ellos (después aclararé esta matización) es contrario a las leyes o inmoral.

La ilicitud de la causa puede derivar del propio contenido de las declaraciones de voluntad negociales. Así sucede si una persona se obliga a realizar un acto ilícito mediante el pago de una cantidad que le ofrece otra. En este caso, la causa de ambas promesas es ilícita, aunque el resultado que cada parte se propone conseguir es diferente (16). La ilicitud es igualmente común, claro está, si el resultado (ilícito) perseguido es el mismo, en lugar de ser distinto. Se trata, por ejemplo, de constituir una sociedad para dedicarse a actividades prohibidas, o de concertar un convenio de limitación de precios en contravención de las leyes de defensa de la competencia. Cabe también que sólo sea ilícito el resultado perseguido por una de las partes, supuesto en el cual la ilicitud viene determinada por la relación de medio a fin entre la promesa y su causa, o para ser más exactos, entre lo prometido y lo que se quiere conseguir a cambio. Si se exige el pago de una cantidad por devolver unas cartas comprometedoras (típico caso de chantaje) la entrega de aquéllas (obligación asumida por el promitente) no es un acto ilícito; la inmoralidad dimana de exigir un precio por la devolución. La circunstancia de que sólo una de las promesas esté viciada porque su causa es ilícita no obsta a la nulidad total del contrato (dada la interdependencia entre las declaraciones de las

(16) Para quien se ha obligado a llevar a cabo un acto ilícito—atentar, por ejemplo, contra la vida o la libertad de otra persona—la promesa es doblemente ilícita, en cuanto al objeto y en cuanto a la causa. Respecto de ésta porque, indudablemente, es inmoral exigir una cantidad por llevar a cabo un acto penado por la ley. Por ello, y porque, además, la contrapromesa es sólo ilícita en cuanto a su causa, debe aplicarse lo dispuesto por los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, siendo de advertir que el primero (y no hay razón para pensar otra cosa si procede aplicar el segundo) considera equivalentes los supuestos de ilicitud de la causa o del objeto.

dos partes), pero exige aplicar la regla segunda, del inciso final, del artículo 1.306. El contratante inocente podrá reclamar lo que hubiese dado y no está obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

Empero, la praxis jurisprudencial pone de relieve que la causa puede ser ilícita aunque el contenido o la naturaleza de las respectivas promesas o prestaciones no sea inmoral o ilegal. Lo que acontece, generalmente, si el contrato tachado de ilicitud, es un contrato típico. Para alcanzar esta solución los Tribunales han tenido que profundizar en el concepto de causa, y saltar sobre una distinción tradicional: la que contrapone la causa a los móviles. Ello ha determinado no poco escándalo entre los partidarios de la teoría objetiva de la causa, hasta el punto que se ha llegado a decir que «la expresión causa ilícita es una equivocación del legislador» (17), pues, ciertamente, si llamamos causa a la función económico-social del contrato, la ilicitud causal es inimaginable, al menos cuando se trate de una causa legalmente tipificada.

Por supuesto, la dificultad deja de ser insuperable si prescindimos de esta equivocada manera de entender la causa y nos centramos en su verdadero sentido. En tanto la causa se conciba como el resultado que cada parte persigue alcanzar por medio del contrato, y dado su valor justificante, se advierte sin el menor esfuerzo que, *desde el punto de vista lógico*, no hay razón alguna para detenerse en el primero y más inmediato de los fines perseguidos por quienes contratan, desentendiéndose de los demás. Si se ha de dictaminar sobre la licitud o ilicitud de una compra no cabe despachar la cuestión argumentando que causa de la compraventa, para el comprador, es la adquisición de la cosa vendida, pues entonces (y salvo que se intente comprar una cosa cuya venta esté prohibida) todas las compras serían lícitas. La separación entre causa y motivos no viene impuesta por ninguna exigencia lógica, repito, sino por una consideración práctica: la necesidad de proteger la seguridad del tráfico. Al amparo de esa necesidad se ha producido la escisión, por lo demás un tanto artificial, entre el resultado que se obtiene en virtud de la propia dinámica del contrato, al que se llamará causa, y los demás fines concretos que mueven a los contratantes. Se compra una cosa para adquirir su propiedad, pero, a la vez, para usarla, para regalarla, para invertir dinero, etc.

En principio, es natural que estas motivaciones concretas y subjetivas sean jurídicamente irrelevantes. La otra parte contratante no puede resultar afectada o perjudicada por ellas (la eventual transcendencia del móvil no se circunscribe necesariamente al caso de que sea ilícito), porque, de lo contrario, la contratación sería impracticable. Mas la irrelevancia del móvil debe cesar tan pronto como cesa, asimismo, la razón en que se

(17) CARIOTA FERRARA, citado por ZUMALACÁRREGUI, pág. 53.

funda. Es decir, y como indiqué anteriormente al ocuparme de la donación, si el móvil se incorpora como condicionante a la declaración de voluntad, o el propio Derecho objetivo le concede, de alguna manera, repercusión sobre los efectos del contrato. A estas dos hipótesis hay que agregar otra que es la que aquí interesa; en la hipótesis de motivo ilícito, que la contraparte lo conozca y, en alguna medida, participe de él. En este supuesto (como en los anteriores) debe desaparecer la distinción, que antes he calificado de artificial, entre fin primario y fines secundarios, para causalizar todos los que efectivamente han sido tenidos en cuenta por los contratantes. El problema, que habrá que resolver caso por caso, estriba en decidir cuándo existe aquella participación en el móvil ilícito que, *prima facie*, sólo es privativo de uno de los contratantes. Como criterios orientadores, y a título indicativo, pueden adelantarse los siguientes. Se participa en el fin ilícito cuando, en consideración al mismo, se pactan condiciones más ventajosas que las usuales, o si se celebra el contrato con el propósito de colaborar en la consecución del designio prohibido por la ley o contrario a la moral.

Estas consideraciones ponen de manifiesto hasta qué punto es inaceptable la visión aséptica y objetiva de la causa que estoy tratando de combatir. Claro es que, quienes así piensan, no pretenden negar la nulidad de los contratos en que los contratantes se propongan un fin inmoral. Pero siendo esto así, cabe preguntarse qué utilidad tiene forjar un concepto de la causa cuya esterilidad, como antes denuncié, es manifiesta. Aducir que el propio artículo 1.274 del Código Civil obsta a la causalización del móvil equivale a incurrir en el contrasentido de argumentar tomando como base un precepto que, previamente, ha sido acerbamente criticado, por responder, según se dice, a una idea equivocada de la causa. Significa también ignorar que los pronunciamientos de ese artículo (cuya insuficiencia técnica soy el primero en reconocer, lo que no postula, sin embargo, su total inoperancia) no se oponen rotundamente, sino que antes bien propician una construcción de la causa dentro de la línea que propugno, lo que permite insuflar virtualidad práctica al requisito de la licitud de la causa, el cual resultaría casi sin sentido en cuanto hubiera que proyectarlo sobre los contratos típicos. Por otra parte, si se renuncia a causalizar el motivo se priva al intérprete de un precioso elemento auxiliar, cuando, enfrentado con el caso concreto, ha de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del contrato que se somete a su consideración. Por último, sólo si la causa se concibe como el fin que justifica la promesa o declaración de *cada contratante* es posible interpretar y aplicar racionalmente los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

Ambos preceptos—de acuerdo con la tradición histórica en que se inspiran—distinguen según que la «causa torpe» esté de parte de ambos contratantes o sólo de uno. En el primer caso, la *soluti retentio* es recíproca, mientras que, el segundo, sólo podrá oponerla el contratante no culpable, que está facultado, en cambio, para reclamar lo que hubiese dado (consecuencia o efecto normal de la nulidad). Ahora bien, en mi opinión, si la causa se imagina como un elemento del contrato, en su unidad, la contraposición entre causa torpe común y causa torpe singular es punto menos que inconcebible. Contrariamente, en cuanto refiramos la causa, por separado, a cada declaración de voluntad, a cada promesa, desaparece este obstáculo lógico. Al poner algunos ejemplos de convenios (atípicos) con causa ilícita he destacado que, en algunos, las respectivas promesas tenían causa ilícita, mientras que en otros la ilicitud sólo afectaba a una de ellas. Así, en los casos de chantaje, la causa torpe sólo existe del lado del chantajista, no del lado de la víctima. También en los contratos típicos (en que la ilicitud proviene de la causalización del móvil) no es indiferente, o por lo menos no lo es siempre, que uno de los contratantes asuma el papel de protagonista y el otro el de colaborador. En el ejemplo clásico, préstamo hecho a un jugador para que pueda seguir jugando (la despenalización del juego no ha terminado con la distinción civil entre juegos lícitos o ilícitos), parece que se debe conceder al prestamista que prestó desinteresadamente derecho a repetir lo prestado. Lo contrario, en particular, si además el jugador ha ganado, sería manifiestamente inmoral.

6) De la existencia y licitud de la causa dependen la validez misma del contrato, pero no sucede necesariamente lo mismo si la causa es falsa. La expresión de una causa falsa en los contratos—dice el artículo 1.276 del Código Civil—dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

La causa es falsa si el resultado a que responde la declaración, de conformidad con el contenido, no es el que el declarante se ha propuesto conseguir. Si este resultado consiste, simplemente, en crear una mera apariencia formal, de suerte que no se ha querido que la declaración surta efectos jurídicos no sólo falta la causa (por tanto, la que se ha expresado es falsa), sino que falta la voluntad negocial. Cuando esta actitud es unilateral, es decir, cuando sólo concurre en uno de los contratantes, estamos en presencia de la llamada reserva mental, jurídicamente inoperante, como regla general (18), en atención a consideraciones tan

(18) Se señala como excepción a la inoponibilidad de la reserva mental el hecho de que haya sido conocida por la otra parte. Excepción ésta sancionada por el BGB que, como advierte DE CASTRO, resulta de difícil justificación (cfr. *El negocio jurídico*, págs. 97 y sigs.). Se aproxima a la reserva mental el supuesto de declaraciones hechas en la inteligencia de que no serán tomadas en consideración.

elementales como el respeto debido a la buena fe y a la seguridad jurídica. Contrariamente, si ninguna de las partes quiere que su declaración sea jurídicamente operativa, y están de acuerdo en este punto, se tratará de un contrato simulado, con simulación absoluta. Se ha querido la forma del negocio, pero no el negocio mismo (19). La finalidad real-

La trascendencia invalidatoria de la ausencia de voluntad negocial depende, claro es, de las circunstancias del caso.

El Derecho canónico, sin embargo, estima que la reserva mental determina la nulidad del contrato matrimonial (cfr. canon 1.086). La solución, desprovista de fundamento, está sirviendo para que los Tribunales Eclesiásticos gocen prácticamente de un poder ilimitado a la hora de declarar nulidades matrimoniales y facilita, por tanto, la posibilidad de obtener, por vía indirecta, lo que, en rigor, son verdaderos divorcios. Con lo que, de paso, se pone en entredicho la indisolubilidad del vínculo, tan ardientemente defendida.

(19) Lo característico de la simulación es, pues, que aun habiéndose querido la declaración no se han querido los efectos jurídicos que derivan de la misma. Pienso, por consiguiente, que la ineficacia propia del acto simulado sólo se explica suficientemente desde el punto de vista de la llamada teoría de la voluntad, si bien para que cobre todo su sentido es menester percatarse de la distinción apuntada.

La dirección normativista repudia esta manera de entender el fenómeno simulatorio. La voluntad del agente, viene a decirse, no es la que produce los efectos jurídicos y ni siquiera depende de ese factor que aquéllos tengan lugar o no. Todo lo más que el agente puede querer, dice CARNELUTTI (*Sistema*, cit., III, página 463), puesto que depende de su voluntad, es la forma del acto, pero cuando la ha querido los efectos que de ella se derivan están fuera de su dominio. Querer la forma y no querer el efecto sería como querer apretar el gatillo de la escopeta cargada y no querer que salga el disparo. En términos más sofisticados, aunque menos claros, se produce BETTI. Según BETTI (*Il negozio giuridico*, págs. 37 y siguientes) es equívoco e inexacto suponer que el negocio jurídico consiste en una o varias declaraciones de «voluntad». Cuando el sujeto emite una declaración de contenido negocial no afirma, o al menos al Derecho le es indiferente que lo afirme, la existencia de una volición interna. La palabra voluntad no es unívoca, sino equívoca. Significa tanto lo querido, el objeto del querer, como la volición, entendida como hecho psíquico interno. El Ordenamiento prescinde de estas sutilezas para atender sólo a lo declarado.

En vista de ello, la anomalía que la simulación comporta se centra en la causa. CARNELUTTI estima que causa del acto es el interés inmediato que mueve al agente, y en la simulación sucede que el acto se realiza sin interés en la producción del efecto jurídico que se deriva de su forma. Supuesto que la causa es, para BETTI, la función económico-social a que el negocio responde, la simulación consiste en la falta de concordancia entre aquélla y el fin práctico que las partes realmente se proponen alcanzar. Se abusa de la función instrumental del negocio porque se le pone al servicio de una función que no es la suya.

¿Qué hay de cierto en todo esto? En mi opinión, un enorme equívoco. En primer lugar, no se entiende cómo se puede prescindir de la voluntad si se dice que la simulación estriba en la falta de interés en la producción del efecto jurídico correspondiente a la forma del acto. Esa falta de interés obedece, en suma, y sólo así la idea resulta comprensible, a que no se ha querido el efecto jurídico ligado a la forma negocial escogida. El símil de la escopeta propuesto por CARNELUTTI, aunque brillante, no es afortunado. No se quiere apretar, ni se aprieta, el gatillo, no se dispara, pues, el arma, sólo se aparenta (se simula) la acción de disparar. Paralelamente, la discrepancia entre la función económico-social del negocio y el fin práctico perseguido postula que la primera no ha sido querida. En segundo término, que los efectos jurídicos del negocio sean obra de la norma

mente perseguida, al dar vida a un negocio sólo aparente, puede ser inocua, aunque, generalmente, tendrá por objeto perjudicar a terceros. El negocio absolutamente simulado se inscribe, entonces, en la órbita de los hechos ilícitos y de aquí que, sin perjuicio de que pueda ser declarada su ineficacia (20), dará lugar a que sean exigibles las responsabilidades civiles o penas que procedan.

Asimismo, es falsa la causa si el resultado perseguido es distinto del declarado, pero sin que se excluya totalmente la eficacia jurídica de la declaración. La simulación, que también en esta su segunda variante exige el acuerdo simulatorio, es, en tal caso, solamente relativa. Suele decirse que en la hipótesis de simulación relativa las partes llevan a cabo dos negocios, uno real, secreto, u oculto, y otro aparente o fingido, que es el que se revela al exterior. En mi opinión, esta manera de construir el supuesto no es del todo exacta. Las partes, en realidad, han adoptado una forma negocial determinada porque previa la eliminación (interna o secreta) de alguno de los efectos jurídicos que se han dicho queridos, los restantes son aptos para alcanzar el resultado apetecido. Si yo

no excluye que ésta deje de tomar en consideración la voluntad de producirlos. No es decisivo, desde luego, que el agente los haya previsto todos, pero sí se necesita que haya tenido conciencia de los que se corresponden con el fin que se ha propuesto. La bizantina discusión acerca de si el fin que cada parte persigue al contratar es un fin práctico o un fin jurídico debiera haberse zanjado hace mucho tiempo, dando por bueno que esas dos vertientes (la práctica y la jurídica) son inseparables. Si al pasar por delante de una pastelería me apetece comerme un pastel y entro en el establecimiento para comprarlo, el fin práctico que me he propuesto es, por supuesto, satisfacer mi apetito. Pero ¿es éste el único fin inmediato que he perseguido? Ciertamente, no. Si así fuera, en verdad que no hubiera necesitado comprar el pastel; me habría bastado cogerlo, y es seguro que antes que nadie hubiera podido impedírmelo, la golosina habría pasado a mi estómago. Si he comprado el pastel no ha sido sólo para comérmelo, sino porque, además, quería tener derecho a hacerlo.

Sostener que el Derecho atiende sólo a la forma y prescinde de la voluntad como elemento integrante del negocio constituye una manifiesta petición de principio. Que excepcionalmente los efectos jurídicos derivados de la forma negocial adoptada se produzcan, aunque no hayan sido queridos (así, en el caso de la reserva mental), puede demostrar que, en última instancia, no es el agente quien los crea, pero de ahí no se sigue que la norma, para darles vida, al fijar los requisitos del supuesto de hecho negocial, haga caso omiso de la voluntad que, como regla general, debe realmente existir. Lo que ocurre, cuando en Derecho hablamos de «voluntad», es que no nos estamos refiriendo a un concepto técnico desde el punto de vista de la psicología. Entendemos por voluntad simplemente el proceso mental que preside el acto y que opera en una doble dirección. De un lado, hay o debe haber una resolución en orden a la adopción de aquella conducta exterior en que consiste la forma. De otro, la conciencia de que dicha conducta nos vincula y nos permite, al propio tiempo, adquirir derechos. Cuando el negocio es simulado no se quiere la vinculación ni se quiere la adquisición. Por eso, no basta recurrir a la causa para comprender su esencia, aunque, desde luego, el contrato simulado sea un contrato sin causa o con causa falsa (en el caso de simulación relativa).

(20) La declaración de nulidad no perjudica, según entiende con unanimidad la doctrina, los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

quiero donar la propiedad de una finca, pero quiero, asimismo, ocultar la donación, simularé una venta, que es una forma comercial cuyos efectos coinciden en parte con los que me he propuesto conseguir, pero no se me ocurrirá simular un arrendamiento. En la simulación relativa, por tanto, las partes, de común acuerdo, quieren únicamente aquellos efectos jurídicos que riman bien con la finalidad realmente perseguida. Únicamente los que son incompatibles con ella quedan excluidos (21).

A la simulación relativa alude claramente la proposición final del artículo 1.276. La falsedad de la causa no dará lugar a la nulidad si se prueba que existe otra, verdadera (que sea distinta de la declarada) y lícita. La validez del contrato empero, y como acertadamente señala DE CASTRO (22), se subordina, una vez demostrada la simulación, a la prueba de aquella doble circunstancia (no juega, pues, la presunción del artículo 1.277), siendo de advertir que la causa se reputará ilícita cuando el acuerdo simulatorio obedezca a un fin ilícito. Por ejemplo, según ha puntualizado la Jurisprudencia, lesionar los derechos de los legitimarios o de la mujer casada bajo el régimen de gananciales (23).

7) Que el contrato consista en la suma de dos o más promesas, y que cada promesa tenga su propia causa, ayuda a comprender la estructura de los contratos obligacionales abstractos. En ellos la promesa de quien se obliga no expresa su causa, no revela cuál es el resultado que el promitente se propone alcanzar al obligarse. Consecuentemente, la promesa se separa (se abstrae) del contrato del que forma (o está destinada a formar) parte integrante (24). En función de una promesa for-

(21) La simulación relativa consiste, por tanto, en un negocio disimulado y no en dos negocios: uno ficticio y otro oculto. Ello permite defender, con mejor fundamento, que las formalidades exigidas como requisito *ad solemnitatem* se consideren cumplidas cuando las haya llenado el negocio aparentemente realizado. Sobre la cuestión, respecto de la donación de inmuebles, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «Las donaciones de inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 669 y sigs.

(22) *El negocio jurídico*, cit., págs. 350 y 353.

(23) La causa falsa de que trata el artículo 1.276 se refiere, sin duda, a la hipótesis de simulación relativa. En cambio, la falsedad de la causa como razón determinante de la simple anulabilidad (art. 1.301) está pensada, seguramente, para el supuesto de error en los motivos (cuando éstos puedan reputarse causalizados). Este es el parecer de DE CASTRO (cfr. *El negocio jurídico*, cit., páginas 242-243). Confirma este punto de vista el artículo 1.185 del Proyecto de 1851. La nulidad de las obligaciones por falsedad de la causa, decía el precepto proyectado, podrá pedirse dentro del término de cuatro años, contados desde que se tuvo conocimiento de la falsedad. GARCÍA GOYENA fundaba la solución en la analogía con el error y el dolo. (Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, edición numerada, Barcelona, 1973, I, pág. 195.)

(24) Salvo que la promesa (o el reconocimiento) tengan su justificación en una relación extracontractual. Por ejemplo, se promete pagar una cierta suma para cumplir un deber de conciencia. También puede suceder que obedezcan a la finalidad de concretar el importe de una obligación de indemnizar o cualquier otra

mulada abstractamente, y ateniéndose sólo a la misma, no es posible saber cuál es el negocio jurídico que en la realidad ha mediado entre las partes, ni, por consiguiente, si tal negocio cumple o no los requisitos necesarios para su validez. Ante una promesa abstracta de pago y supuesto que en alguna medida se le conceda valor jurídico, hay que preguntarse hasta qué punto es posible reinsertarla en el contrato de que procede (llamado, generalmente, contrato causal) con objeto de que el deudor pueda excusar el pago, no sólo si la promesa carece de causa *sensu strictu*, sino también cuando, por cualquier razón, aquel contrato sea ineficaz, el deudor pueda pretender su resolución o alegar el incumplimiento de la promesa que le hizo el otro contratante.

El planteamiento es similar si en lugar de operar con una promesa (abstracta) de pago nos enfrentamos con un reconocimiento abstracto de deuda, figuras ambas que el BGB prácticamente equipara. La equiparación está, en mi opinión, justificada, aunque, a primera vista, no lo parezca. Ciertamente, el contenido de la promesa es claramente dispositivo, mientras que el reconocimiento asume estructura testimonial (en sentido amplio) o confesoria. Sin embargo, y en tanto el reconocimiento en lugar de referirse a un hecho verse escuetamente sobre la existencia de una deuda, la diferencia entre promesa y reconocimiento se atenúa en términos tales que, en el fondo, desaparece. Quien reconoce deber implícitamente promete pagar (25).

cuya cuantía se discuta. En tales casos, la promesa o el reconocimiento tienen su base en un convenio que se sitúa en los alrededores de la transacción, si es que no se trata de una transacción propiamente dicha.

(25) Tanto la promesa de pago como el reconocimiento de deuda pueden tener carácter dispositivo (si son simultáneos al nacimiento de la obligación) o testimonial (si de lo que se trata es de facilitar la prueba). También cabe que el reconocimiento se haga con fines de fijación jurídica, caso en el cual constituye, sin duda, una declaración de voluntad. (Cfr. al respecto CANDIAN, *Nozioni istituzionali di Diritto privato*, pág. 296, y VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, traducción española de RAVÀ, III-1, pág. 280.)

Se ha hablado también (así CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pág. 540) de «fungibilidad» entre las declaraciones de voluntad y las declaraciones de verdad cuando las segundas gozan de valor probatorio absoluto. En mi opinión, y vista la doctrina legal en sede de confesión extrajudicial, no cabe fundar en este dato la equivalencia entre el reconocimiento de deuda y la promesa. Ni tampoco, por tanto, predicar del primero, en función de su apariencia confesoria, unos efectos que le aproximen al reconocimiento abstracto del Derecho alemán. Insistiré después sobre este particular.

Otra cuestión es que el reconocimiento tenga *per se* el carácter de causa (en el sentido de causa eficiente) de la obligación. Así lo pretendió BÄHR, que fue uno de los auténticos artífices de la dogmática alemana sobre el negocio abstracto. Para BÄHR, cuya tesis ha sido explicada magistralmente entre nosotros por NÚÑEZ LAGOS (cfr. «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, I, págs. 482 y sigs.), el reconocimiento es un subrogado de la relación causal de deuda que, en sí mismo, puede fundar una obligación o un pago (el que paga reconoce que debe). Consiguientemente, el desplazamiento patrimonial ha de considerarse eficaz, por de pronto, mientras

Así las cosas, la cuestión que plantea al Derecho una promesa o un reconocimiento de deuda abstractamente formulados, se reconduce al mayor o menor grado de eficacia que cabe otorgarles. Teóricamente, son imaginables cuatro sistemas, dos extremos y dos intermedios. Conforme al primero de ellos la promesa o el reconocimiento abstractos fundan, por sí, una obligación sin que el deudor pueda acogerse a recurso alguno que le exima de pagar, en tanto afecte a la causa de la declaración o a la relación negocial en que la misma se inscribe. El papel justificante de la causa desaparece para ser sustituido por el rigorismo formal. La forma—que se exigirá como requisito constitutivo—sustituye a la causa. Así ocurría, posiblemente, con la *stipulatio* en el primitivo Derecho Romano (26). La solución opuesta estriba en negar efectos a la promesa que no exprese su causa (*cautio indiscreta*) mientras no se demuestre su existencia y licitud. Fue la tesis predominante entre los canonistas y los civilistas franceses anteriores al «Code civil». Por último, los sistemas intermedios atribuyen a la promesa o al reconocimiento abstractos de deuda, eficacia provisional, pero no definitiva.

La provisionalidad aludida puede articularse de dos maneras distintas. Cabe imaginar que la declaración en que no se menciona la causa, y con tal que haya sido aceptada por la otra parte, constituye de suyo

no se pruebe que el *solvens* procedió con error, en cuyo caso debe concedérsele la *condictio indebiti*. El reconocimiento, para que tenga ese carácter, debe hacerse, según BÄHR, en forma tal que no haga de la originaria subsistencia o insubsistencia de la obligación una condición de eficacia del reconocimiento. Yo prometo pagar (y el que reconoce deber promete que pagará) *porque (no si) debo*. Estas son las palabras textuales de BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, páginas 132-133, cit., de CANDIAN, en *Saggi di Diritto*, 11, pág. 24). Con posterioridad a BÄHR, ARNDTS todavía irá más lejos. Para él, verdadero reconocimiento sólo será el que se haga a conciencia de que no se debe, por lo que, si se trata de un reconocimiento propiamente dicho, la *condictio* queda excluida. *Vid.* al respecto lo que se dirá más adelante.

Al margen de las objeciones críticas que, en el orden meramente teórico, cabe oponer a estas construcciones (en particular a la de ARNDTS) no parece que puedan tener acogida en un sistema netamente causalista como es el propio del Derecho español.

(26) Que la primitiva *stipulatio* funcionase, de hecho, como un contrato abstracto químicamente puro no quiere decir que la noción del negocio jurídico abstracto, tal como lo elaboró la escuela pandectista, fuese familiar a los juristas romanos de la época clásica. Es menester recordar que el Derecho romano clásico tenía un concepto del *contractus* que no se corresponde con lo que hoy entendemos por contrato. *Contractus*, dice ALBERTARIO (*ob. cit.*, pág. 78), equivale a *negotium* y *negotium* (por oposición a *delictum*) es aquel acto lícito que produce ciertos efectos jurídicos, y concretamente una *obligatio* (figura típica del *ius civile*). *Contractus* y *negotium* eran para el Derecho clásico—continúa ALBERTARIO—el cobro de lo indebido y la *negotiorum gestio*. Siendo esto así se comprende, como dice MALVAGNA (*Rivista di Diritto civile*, 1934, págs. 122 y sigs.), que el concepto mismo de contrato abstracto, como contrato sin causa o contrato con causa presunta, o por de pronto irrelevante, no podía tener, para los romanos, significado alguno. Contrato abstracto (en este sentido) hubiera querido decir contrato prohibido o no querido por la ley, «no contrato».

un contrato autónomo o independiente (contrato abstracto propiamente dicho) que funda, por sí mismo, la obligación cuyo pago se promete o cuya existencia se reconoce, independientemente de que el acto tenga o no tenga causa y de su relación con un negocio previo, del que aquél vendría a destacarse con valor sustantivo (27). Ahora bien, el deudor no queda absolutamente indefenso. Cuando la promesa carezca de causa, o la obligación no hubiera debido nacer atendidas las circunstancias del negocio causal en que encuentra su origen último, e incluso si este negocio resulta, por cualquier razón, privado de efectos, el obligado se ve asistido de una acción de enriquecimiento injusto contra el que se haya enriquecido gracias al mecanismo de la abstracción causal. Se dirá entonces que la abstracción de la causa opera en el terreno del Derecho material. A esta concepción responde la normativa del BGB sobre los contratos obligacionales abstractos. En los países latinos, por el con-

(27) La doctrina alemana estima que la promesa o el reconocimiento de deuda constituyen un negocio jurídico, aunque, además, medie entre las partes un negocio causal perfecto. Los autores alemanes, dice NÚÑEZ LAGOS (*El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pág. 55, nota 48), hablan siempre de dos negocios, el causal y el abstracto. Así es, en efecto. Si la promesa o el reconocimiento de deuda, escribe WOLFF (*Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS, traducción española de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Derecho de Obligaciones*, 2, páginas 517-518), se emiten, como es corriente, para asegurar el cumplimiento de una obligación existente, nace junto a ésta una segunda obligación de igual contenido, pero de manera que la satisfacción de la una extingue a la vez la otra, pues ambos créditos se dirigen a la satisfacción del mismo interés. Cuando una cosa se vende a cambio de una letra, afirma VON TUHR (*ob. cit.*, pág. 140, nota 128), o del mismo modo se efectúa un mutuo, nacen al mismo tiempo el crédito causal en virtud de la compraventa o del mutuo y el crédito abstracto derivado de la letra. Esta «superposición» de negocios ha sido combatida, con relación a la cambial, por CARNELUTTI (cfr. *Teoria giuridica della circolazione*, páginas 252 y sigs.). Pensar—dice CARNELUTTI—en una relación causal *ex contractu* y en una relación abstracta *ex literis* es arbitrario porque no se puede admitir una duplicidad de obligaciones entre los mismos sujetos sobre el mismo objeto y con el mismo contenido. Los términos o elementos de identidad de la relación jurídica son tres: sujeto (persona), objeto (cosa, la *res debita*) y contenido (interés). Si no se demuestra que al menos uno de estos tres elementos es diverso, la relación no puede ser más que una. Cuando entre las partes media una relación causal, por ejemplo, obligación de pagar el precio de una compraventa, la declaración documental posterior representada por la letra de cambio ni quiere ni puede fundar una obligación diferente de la que ya existe. Los que pretenden que hay un negocio cambiario junto al negocio causal incurrir en una confusión entre el negocio y su forma (*L'errore e, in fondo, quello stesso di chi pigli un ritratto per un uomo*). La letra de cambio, y en general la promesa abstracta de deuda, vendrían a ser, pues, para CARNELUTTI, la nueva forma de un negocio ya existente.

A mi juicio, la tesis de CARNELUTTI es perfectamente válida en función del sistema de abstracción procesal de la causa (aunque lo cuestionable es que este sistema tenga validez para explicar la peculiar eficacia de la letra de cambio), pero parece difícilmente defendible cuando el Derecho positivo acepta que la declaración abstracta funda directamente la obligación, aunque no exista o sea nula la convención causal, caso en el cual no hay dos negocios ni, por tanto, puede haber duplicidad formal. En particular, si se estima que las excepciones fundadas en el negocio causal (incluso las que no tienen su fundamento en la nulidad o

trario (28), se entiende que la inexpressión de la causa no trasciende al Derecho sustantivo. La promesa abstracta, o el reconocimiento abstracto de deuda, no constituyen, de suyo, un negocio jurídico que deba estimarse eficaz prescindiendo de la causa, sino que sólo permiten al acreedor ampararse en ellos para reclamar el pago, sin necesidad de alegar ni de probar a qué negocio o relación obedecen (y en los que habrá que buscar la causa de la promesa o del reconocimiento), si bien el deudor podrá demostrar cuáles sean aquéllos si pretende, fundándose en los mismos, enervar o paralizar la acción que contra él se ejercita. Se produce, pues, simplemente, una alteración en la carga de la prueba. La cuestión se desplaza, por tanto, del Derecho material al Derecho procesal.

Ahora bien, esta diferencia teórica entre los sistemas de abstracción material y de abstracción procesal de la causa, ¿tiene realmente repercusiones prácticas? A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa, aunque, a primera vista, el diverso significado de ambos sistemas, en el orden práctico, no sea demasiado fácil de percibir, particularmente porque, bajo el sistema (alemán) de la abstracción material de la causa, la acción de enriquecimiento puede hacerse valer no sólo por vía de pretensión, sino también de excepción. Es decir, no se aplica con todo rigor el viejo aforismo romano *solve et repete*, sino que el deudor podrá paralizar la reclamación del acreedor (y eludir el pago, por consiguiente) si al exceptuar el enriquecimiento injusto, consigue probar los presupuestos fácticos que condicionan el éxito de la acción dirigida a eliminarlo. Sin embargo, de aquí no cabe deducir que la abstracción material de la causa sólo afecte al tema de la prueba. Precisamente porque la posibilidad de que el obligado se oponga al pago descansa solamente en el enriquecimiento sin causa, quiere decirse que la excepción únicamente puede oponerse al acreedor primitivo, pero no a los cesionarios del crédito (salvo que lo hayan adquirido a título gratuito), pues de ellos no cabe predicar,

inexistencia de éste) son inoponibles a los cesionarios del crédito (cfr. lo que se dice más adelante en el texto). La explicación de CARNELUTTI para justificar la inoponibilidad de excepciones al acreedor cambiario que no ha sido parte en la relación causal (se trataría de un caso de responsabilidad sin débito) no convence y resulta artificiosa, por lo menos para quienes pensamos que deuda y responsabilidad son conceptos inescindibles. Sólo si la promesa o el reconocimiento se otorgan sobre la base de un contrato válido puede aceptarse que la una o el otro son una nueva forma de aquel contrato.

(28) Se exceptúan los autores que, con base a la presunción sobre la existencia y licitud de la causa, han pretendido otorgar carta de naturaleza a los contratos abstractos peculiares del Derecho alemán. Así, en Francia, CAPITANT (*obra citada*, págs. 379 y sigs.), y entre nosotros NÚÑEZ LAGOS (*El enriquecimiento sin causa*, cit., núms. 27-30, y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho civil de Enneccerus*, II-2, pág. 515). Conviene subrayar, sin embargo, que estos autores no se plantean claramente la distinción entre abstracción procesal y abstracción material de la causa, por lo que, tal vez, no se deba exagerar el alcance de sus apreciaciones.

en principio, enriquecimiento alguno. Por lo mismo, debe ser irrelevante que el cesionario haya tenido o no conocimiento de la existencia de la causa o de las razones en que el deudor puede fundar su acción, ejercitada en la hipótesis que estamos considerando por medio de una excepción (29). Lo contrario acontece bajo el imperio del sistema de la abstracción meramente procesal. El deudor, al oponerse a la acción del acreedor, no se ampara en el enriquecimiento sin causa, sino en la nulidad o ineficacia de la promesa (o del reconocimiento) y, por ende, las excepciones causales son oponibles tanto al acreedor primitivo como a los posteriores adquirentes del crédito.

¿Cuál es la postura del Derecho español al respecto? Pienso que la respuesta es clara. No hay base suficiente que permita sostener la admisibilidad, en nuestro Código Civil, de los negocios abstractos propiamente dichos tal como los concibe el BGB. Según se desprende de los artículos 1.261 y 1.276 del Código Civil es indudable que la causa constituye un requisito necesario para la validez y la existencia de las promesas que integran el contrato y, consecuentemente, éste no puede consistir, sin más, en una promesa o en un reconocimiento de deuda, aceptados por el destinatario, abstracción hecha de que respondan o no a una causa y de cuál sea ésta. El artículo 1.277, al decirnos que «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario», no tiene otro significado que el que se desprende de su literal contexto. Se trata de una simple presunción, que, conforme al artículo 1.250, releva al acreedor de la carga de probar cuál es la causa a que responden la promesa o el reconocimiento concebidos en términos abstractos. Este es el alcance que cabe atribuir exclusivamente al expresado precepto, lo que concuerda con su evolución histórica (30).

(29) WOLFF, sin embargo, parece admitir la posibilidad de que la excepción de enriquecimiento pueda oponerse al cesionario del crédito (no en cambio al delegatario o endosatario). Se funda para ello en el parágrafo 404 del BGB, según el cual el deudor puede oponer al nuevo acreedor las excepciones fundadas, frente al antiguo, en causas ya existentes en el momento de la cesión (cfr. *ob. cit.*, página 509). En mi opinión, la oponibilidad de excepciones fundadas en la relación causal al cesionario del crédito es incongruente con el sistema de la abstracción material de la causa y con el concepto mismo del negocio abstracto *sensu strictu*.

Sobre la incompatibilidad del sistema de la abstracción material de la causa con la posibilidad de que se opongan excepciones fundadas en la relación causal a los cesionarios del crédito, cfr. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, pág. 165.

(30) Cfr. en este sentido ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, pág. 90. La desconfianza frente a las promesas no causadas se extendió a aquellas en las que el deudor reconocía haber recibido el importe del préstamo a que obedecía la *stipulatio*. En el documento (*cautio*) que reproducía la estipulación (que requería forma oral, aunque llegó un momento en que el requisito de la oralidad llegó a presumirse con presunción *iuris et de iure*) se mencionaba que el deudor había recibido la suma prestada, a pesar de que a veces no fuese

Tampoco es dable ir más lejos apoyándonos en el valor confesorio que expresamente tiene el reconocimiento, e incluso la promesa de pago. Si, como antes hemos indicado, el que reconoce deber implícitamente promete pagar, no es menos cierto que quien promete pagar (o paga) está reconociendo tácitamente que debe (31). La doctrina española, contraria a la admisibilidad en nuestro Ordenamiento de los negocios jurídicos abstractos, pone un énfasis especial en rebatir la posibilidad de que, por la vía de la confesión, se conceda el *placet* al negocio abstracto. Para lo cual se minimizan los efectos y el valor de la confesión extrajudicial apoyándose en la Jurisprudencia sobre el particular, no demasiado feliz a mi juicio, y que, además, no siempre se interpreta correctamente (32). Por mi parte, estoy conforme en negar que la confesión pueda servir, indirectamente, para consagrar los negocios abstractos, pero estimo innecesario que ello exija desconocer los efectos probatorios peculiares de la declaración confesoria (33).

cierto. Como los abusos debieron ser frecuentes se otorgó al deudor, a partir del siglo III, la *exceptio non numerate pecuniae*, que imponía al prestamista la carga de probar, por otros medios distintos de la escritura, la entrega efectiva del capital prestado. Con ello se evitaba una injusticia, pero se cometía otra al agravar considerablemente la posición procesal del acreedor, lo que significó, además, una dificultad para la obtención de crédito. De aquí que casi siempre el acreedor exigiera la renuncia a la *exceptio*, que se reputó válida, después de algunas vacilaciones. Convertida la renuncia en cláusula de estilo, la *exceptio* llegó a desaparecer. Pero lo que se siguió discutiendo fue la eficacia procesal que había que otorgar a las promesas que no indicaban su causa. Bajo la influencia de la doctrina canonista se exigió al acreedor que probase la causa de la promesa si quería que su reclamación tuviera éxito. CAPITANT nos cuenta la famosa frase de BEAUMANOIR: «La carta que dice que yo debo cierta cantidad y no hace mención de por qué debo es sospechosa de falsedad, y si esa carta *vient en cort* debe saber el juzgador de dónde procede esa deuda antes de exigir que se pague». Posteriormente, este rigor se dulcifica y los pareceres se dividen. Llega a distinguirse según la fórmula empleada. Si se dice «prometo pagar», la promesa no es bastante para fundar la demanda mientras no se pruebe la causa, pero si el título indica «reconozco deber» se estima que, en cierto modo, hay una confesión y no se exige otra causa. Cuando se aproxima el momento de la codificación la doctrina se inclina por presumir la existencia de la causa. Esta es la solución que consagra el artículo 1.132 del Código francés en el que se inspira el artículo 1.000 del Proyecto de 1851, después reproducido por el artículo 1.277 del Código Civil. El artículo—dice GARCÍA GUYEN—corta de raíz toda controversia: la expresión de la causa de deber no será ya necesaria. La ley la presume salvo el derecho de la parte contraria para probar que no la hubo (cfr. *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, cit., II, pág. 35).

(31) La idea de que quien paga (o promete pagar) reconoce deber está claramente formulada por BÄHR. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, cit., pág. 485.

(32) Cfr. en el sentido de cegar el acceso al negocio abstracto por el camino de la confesión, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 302 y sigs., y ZUMALACÁRREGUI, págs. 234 y sigs.

(33) En rigor, y como ha sostenido un distinguido sector de la doctrina notarialista, del artículo 1.239 del Código Civil no se desprende que el valor probatorio de la confesión extrajudicial dependa del libre arbitrio de los Tribunales. Es el hecho de la confesión y no la confesión misma, se dirá, lo sometido a la

Como observa con gran agudeza CANDIAN (34), el Juez puede resultar vinculado por la reconstrucción de los hechos que de común acuerdo realicen las partes. Concretamente, en nuestro Ordenamiento, si la confesión judicial se realizó bajo juramento decisorio, o si uno de los litigantes reconoce todos los hechos que le son perjudiciales. Igualmente, si los hechos reconocidos por medio de una confesión extrajudicial abarcan todos los que son constitutivos del supuesto de hecho y después el confesante no contradice o impugna su confesión, ni alega otros hechos que desvirtúen los confesados. Pero una cosa son los hechos y otra las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan. En la determinación de cuáles sean esas consecuencias jurídicas el juez no depende para nada de la apreciación, aun concorde, de las partes. Ahora bien, el reconocimiento abstracto de deuda, y en tanto se intente presentarlo como con-

libre apreciación del juzgador. El artículo 1.232, pues, al decir que la confesión hace prueba contra su autor, resulta aplicable tanto a la confesión judicial como a la extrajudicial. El precedente inmediato del precepto se encuentra en el Proyecto de 1888, y aunque obedezca—como indica DE CASTRO (*El negocio jurídico*, citado, pág. 301)—al propósito de eliminar las restricciones que el Derecho francés anterior a la Codificación, el artículo 1.355 del Código de Napoleón y el 1.229 del Proyecto de 1851, imponían a la confesión extrajudicial, al negar valor a las hechas verbalmente, en los casos en que no se aceptaba la prueba de testigos, de ahí no se sigue que la eficacia probatoria de la confesión haya de ser distinta, en principio, según que la misma sea judicial o extrajudicial.

A mi modo de ver, una cosa es que una prueba vincule al juez de suerte que no sea libre de dar o no por probado el hecho a que se refiera y otra que la vinculación sea absoluta. Puede establecerse una clasificación de los medios de prueba en tres grupos según su mayor o menor fuerza probatoria. En el primer grupo se incluyen aquellos que no vinculan al juez, quien podrá estimar insuficientemente probado el hecho de que se trate. Esto acontece con la prueba testifical. Al segundo corresponden los que coartan la libertad del juez relativamente, es decir, el juez ha de estimar probado el hecho salvo que por otros medios de prueba se intente demostrar su inexactitud, caso en el cual el juez decide libremente. Finalmente, en el tercero se incluyen los que vinculan plenamente al juzgador. Sólo la confesión judicial prestada bajo juramento decisorio, o aquella en que el confesante reconoce la certeza de todos los hechos que le son perjudiciales, encajan dentro del tercer grupo; salvo las excepciones que resultan de los artículos 1.232-2 y 1.334. La confesión extrajudicial pertenece, por tanto, al segundo grupo; consecuentemente sólo vinculará al juez como prueba individual o aislada, es decir, cuando no concorra con otras que se dirijan a destruir su eficacia. Hipótesis, esta última, a la que habrá que agregar los casos de vicios del consentimiento (y que no deben limitarse al error) o de que, por medio de la confesión, no resulte totalmente probado el supuesto de hecho. *Vid.* para más detalles sobre mi posición acerca del valor de la confesión extrajudicial mis trabajos *La separación de hecho y la sociedad de ganancias* (págs. 45 y sigs.) y *El Notario latino y su función* (págs. 248-249). En suma, la confesión extrajudicial sólo funda, por sí misma, la presunción de que el hecho confesado es cierto. De esta suerte, e independientemente de las consideraciones que se hacen en el texto, la contemplación del reconocimiento de deuda bajo el prisma de la confesión vendría a coincidir, en el orden práctico, con lo establecido por el artículo 1.277 del Código Civil.

(34) «Confessione, apprezzamento, riconoscimento», en *Saggi di Diritto*, II, página 22.

fesión extrajudicial, nos sitúa ante una situación anómala e inadmisible. De una parte, la supuesta confesión no se referiría para nada a los hechos de donde procede la obligación reconocida (y los hechos son la materia propia de la confesión en su dimensión de medio de prueba); de otra, el juez se vería obligado a aceptar, a ciegas y al menos *prima facie*, las consecuencias jurídicas de unos hechos que por hipótesis no conoce.

De aquí que los fautores del negocio obligacional abstracto en la dogmática alemana, aunque de alguna manera pretendan relacionarlo con la fuerza vinculante de la confesión como medio de prueba, vayan bastante más lejos. Para que exista verdadero reconocimiento de deuda, entendía BÄHR, es fundamental que el que reconoce *tenga voluntad de obligarse*. Esa idea, que con diversas variantes está presente en las aportaciones posteriores de los autores que escriben después de BÄHR, aunque no coincidan con él en matices importantes, aparece destacada por los más autorizados comentaristas del BGB. Así, WOLFF (35) indica que reconocimiento de deuda es el contrato por el cual se reconoce una deuda *en el sentido de querer considerarla existente contra el que la hace*. En términos más concluyentes, para la promesa de pago (asimilada por el BGB al reconocimiento abstracto que no es más, dice VON TUHR (36), que una especie de la promesa abstracta de deuda) el parágrafo 780 del Código alemán requiere que la declaración se haga de tal manera que deba fundar, por sí misma, la obligación.

Lo que acontece es que, por este camino, puede ser difícil, en la práctica, concretar si nos hallamos ante una verdadera promesa o un verdadero reconocimiento (abstractos) de deuda. Para saberlo será necesario remontarse a los antecedentes del caso concreto, lo que, a la postre, resulta difícilmente compatible con la finalidad última a que responde el contrato obligatorio abstracto, es decir, dar facilidades al acreedor (37). En rigor, un sistema que admita la abstracción causal, si quiere

(35) *Ob. cit.*, pág. 513.

(36) *Ob. cit.*, pág. 294.

(37) En la mayoría de los casos, indica WOLFF (*ob. cit.*, pág. 513), la promesa de deuda tiende a dar seguridad contra toda duda o a facilitar la fundamentación de la demanda y consiguientemente la prueba. Mas en estas hipótesis —y particularmente en la última— no se alcanza a ver esa especial voluntad de obligarse que parece exigirse para la existencia de un auténtico negocio abstracto.

De aquí que el reconocimiento, a mi juicio, y salvo que el Ordenamiento le atribuya siempre valor dispositivo en el sentido que se indica en el texto, sólo tendrá aquel carácter cuando se realice con fines de fijación jurídica. Se reconoce una deuda, aun a sabiendas de que puede no existir, para evitar o zanjar un pleito (reconocimiento transaccional que exigirá una contrapartida), para concretar la cuantía de una indemnización o para eliminar la incertidumbre sobre el importe de lo debido (así, cuando han mediado entre las partes relaciones largas y complejas y existen discrepancias para establecer el saldo). También tiene alcance dispositivo el reconocimiento hecho para novar o modificar de algún modo la primitiva obligación. Está claro, sin embargo, que en todos estos supuestos y ante

ser consecuente consigo mismo, ha de prescindir de las razones en virtud de las cuales se ha otorgado una promesa o un reconocimiento abstracto para otorgar a los mismos en todo caso el carácter de negocio jurídico apto para fundar por sí una obligación. En tanto este negocio responda a otro ya realizado previamente, el Ordenamiento vendrá a admitir la superposición de dos obligaciones que responden a la misma causa y por ello el cumplimiento de la una determinará la extinción de la otra. Si, por el contrario, no se ha perfeccionado, es nulo, o se resuelve o revoca el llamado negocio causal, habrá nacido una sola obligación—en virtud del contrato abstracto—y para corregir la injusticia que supone dejar en la indefensión al deudor, las consecuencias del negocio abstracto se rectificarán por la vía del enriquecimiento injusto, que, en puridad, debería funcionar estrictamente de acuerdo con el aforismo *solve et repete*.

Por supuesto, éste no es el sistema del Código Civil. El artículo 1.277 se limita a establecer una presunción que exime al acreedor, en principio, de probar la causa a que responde la promesa. Pero el deudor podrá demostrar que tal causa no existe, o es ilícita, y, consecuentemente, acreditar el verdadero origen de la obligación, pudiendo alegar, además, si procede, cualquier excepción, fundada en el negocio de que la promesa forma parte, para excusar el cumplimiento. La promesa o el reconocimiento que no expresen su causa no son, pues, negocios sustantivamente independientes (38). Desde el punto de vista práctico, y en lo que

un reconocimiento hecho en forma abstracta es menester remontarse a los antecedentes para pronunciarse sobre su carácter dispositivo.

(38) Se ha puesto de relieve que si el artículo 1.277 se interpreta rígidamente, el deudor se encontrará prácticamente perdido, pues jamás podrá suministrar la prueba (verdadera *probatio diabólica*) de que la promesa no responde a ninguna causa susceptible de fundarla válidamente. En vista de ello se pretende que el artículo 1.277, si bien exime al acreedor de la carga que comporta probar la causa, no le exonera, en cambio, de alegarla. (Vid. en este sentido ESCRIVÁ DE ROMANÍ, «El reconocimiento abstracto de deuda y la Sentencia de 8 de marzo de 1965», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, págs. 1057 y sigs., y ZUMALACÁRREGUI, págs. 239 y sigs.)

No comparto esta opinión. En primer lugar, no existe precepto alguno que permita fundamentar esta tesis intermedia. La pretendida insuficiencia de la demanda basada exclusivamente en la promesa o en el reconocimiento abstractos, porque «los hechos—que ha de exponer el demandante y que sirven de base a su pedimento—quedarían incompletos», es inoperante porque tales hechos (la causa y, en definitiva, la total relación básica) están amparados por una presunción legal. Es decir, la ley supone que efectivamente concurren. GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.000 del Proyecto de 1851, es concluyente y subraya la diferencia entre aquel precepto y el artículo 1.132 del Código francés. Mientras la norma francesa se limita a afirmar que la validez de la convención no depende de que se exprese o no la causa, el texto español remacha el clavo. La existencia y licitud de la causa se presumen mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Por otra parte, es necesario «desdramatizar» el problema, como ahora se dice. Bastará que el deudor demuestre cuáles fueron las circunstancias fácticas a que respondió el otorgamiento de la promesa o del reconocimiento, y de ellas cabrá deducir la inexistencia o la ilicitud de la causa, y, en su caso, las razones jurí-

atañe a las relaciones entre el acreedor originario y el deudor, el sistema de la abstracción procesal de la causa, al que en definitiva responde el Código Civil, no se diferencia demasiado del opuesto, sobre todo si se tiene en cuenta que la doctrina alemana permite que la acción de enriquecimiento injusto funcione como excepción. Con todo, no hay dos negocios porque o bien la promesa es de suyo nula—aunque la carga de la prueba en cuanto a la nulidad dimanante de la falta de causa o de su ilicitud recaiga sobre el deudor—o porque, en el supuesto de que la promesa o el reconocimiento obedezcan a un contrato válido, no habrán nacido a favor del acreedor dos créditos, sino a lo sumo dos acciones distintas (en cuanto que los presupuestos para su ejercicio son diferentes) puestas al servicio de un mismo derecho (39).

Inversamente, las diferencias son grandes para el caso de que el crédito haya sido transferido. El deudor, bajo el sistema de la abstracción material de la causa, no podrá ejercitar su pretensión de enriquecimiento contra el cesionario, mientras que si la abstracción es meramente procesal, no hay razón para distinguir entre el primer acreedor o sus causahabientes. No existe base alguna en el Código Civil para sostener que si el acreedor ha cedido el crédito formalizado por una promesa o un reconocimiento de deuda que no expresen su causa, el deudor no pueda hacer valer frente al cesionario los mismos recursos que le hubieran permitido oponerse a la pretensión del cedente.

8) Sin embargo, esto que parece muy cierto en el campo del Derecho Civil, no lo es tanto si pasamos al Derecho Mercantil y nos planteamos el problema respecto de los títulos de crédito, en particular si se trata de la letra de cambio, destinada, precisamente, a circular, de suerte que, si no siempre, al menos en muchísimos casos quien reclama el pago no es precisamente la persona ligada causalmente con el deudor.

La Jurisprudencia y la doctrina han llegado, trabajosamente, a esta conclusión: las excepciones fundadas en la relación causal pueden ser opuestas por el deudor cambiario si quien reclama el pago de la letra es parte en aquella relación, pero no son oponibles al tercero ajeno a la misma que ejercita la acción cambiaria, bien en el juicio ejecutivo, bien

dicas en que el deudor se funde para no pagar. Tampoco es preciso que suministre una prueba totalmente terminante sobre cuáles fueron aquellas circunstancias. Una presunción *iuris* puede desvirtuarse por cualquier medio de prueba (y el juez es libre a la hora de calibrar su suficiencia), incluso aunque se trate de una simple presunción de hecho (cfr. en este sentido DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 238).

(39) En este orden de cosas el sistema español (y, en general, el que confiere a la abstracción de la causa mero valor procesal) es superior al alemán. Por mucho que se amplíen las posibilidades de que el deudor se oponga a la pretensión del acreedor ejercitando (como excepción) la pretensión de enriquecimiento injusto, no parece que por esta vía pueda alegarse, por ejemplo, la *exceptio non adimpleti contractus*.

el declarativo ordinario (40). Sin embargo, no está suficientemente aclarado si la inmunidad que protege el tenedor de la letra está subordinada al hecho de que desconozca que la declaración cambiaria del demandado carece de causa o ignore las excepciones que dimanen del negocio a que obedece aquella declaración.

(40) El tema de la oponibilidad de excepciones causales a la acción cambiaria, de suyo delicado y difícil, se complica en nuestro Derecho por razones de dos tipos: la excesiva severidad con que están concebidos los distintos preceptos que sancionan la responsabilidad de los obligados cambiarios (en particular el art. 480 del Código de Comercio) y la equivocada creencia de que sólo es acción cambiaria la que se ejercita en el juicio ejecutivo.

El primer problema puede considerarse completamente resuelto. La Jurisprudencia, en una larga serie de Sentencias que se inicia con la de 12 de julio de 1899, ha puntualizado que, pese a lo que dice el artículo 480 del Código de Comercio, el aceptante puede excusar el pago de la letra si falta la provisión de fondos (típica excepción causal) cuando quien demanda es precisamente el librador. La doctrina ha generalizado este criterio a todas las excepciones fundadas en la relación causal, y lo aplica no sólo al aceptante, sino a los demás obligados cambiarios.

La segunda cuestión—improcedencia de identificar acción cambiaria y acción ejecutiva—ha tardado más en esclarecerse y acaso no esté aún totalmente zanjada. Está claro—a partir de las fundamentales aportaciones de GARRIGUES—, y en particular después del enjundioso estudio de OLIVENCIA («La acción cambiaria declarativa en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, págs. 273 y sigs.)—, que el acreedor cambiario puede ejercitar la acción, fundada exclusivamente en la letra, en juicio ordinario y que en tal caso lo que hace valer es la acción cambiaria que le asiste. El hecho de que la acción se plantee en un juicio ordinario no afecta a dos circunstancias: la reclamación podrá fundarse únicamente en la letra y el demandado no podrá oponer excepciones basadas en la relación causal más que si el actor fue parte de ella. En orden a estos extremos, la acción cambiaria declarativa y la ejecutiva están sujetas al mismo tratamiento. La diferencia—aparte las puramente procedimentales—se refieren al sistema de tasa de excepciones que no funciona en el juicio declarativo—aunque no quepa oponer excepciones causales si el demandante es un tercero—y que, por el contrario, es peculiar del juicio ejecutivo. Aunque la posibilidad de alegar la nulidad del juicio ejecutivo cuando «la obligación o el título por cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulos» (cfr. art. 1.467-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) priva prácticamente de eficacia a la supuesta limitación (por lo que a las excepciones causales respecta), salvo que el precepto se interprete en la forma que propone, acertadamente a mi juicio, GARRIGUES. (Vid. *Tratado de Derecho mercantil*, II, pág. 241. A favor de una interpretación amplia de la norma, que desnaturaliza, a mi modo de ver, el sistema, cfr. RUBIO, *Derecho cambiario*, pág. 166.)

Sin embargo, hay todavía una incógnita que no ha sido definitivamente despejada. ¿En qué casos el tenedor de la letra, no obstante haber perdido la acción ejecutiva, puede ejercitar todavía la acción cambiaria declarativa? Parece cierto que en algunos eventos la imposibilidad de acudir al juicio ejecutivo (por razón de la cuantía de la letra, reintegro defectuoso, tacha de falsedad del aceptante, falta de reconocimiento de firma, etc.) no obsta a que la acción cambiaria se conserve, aunque sea necesario ejercitarla en el juicio ordinario que proceda. Pero ¿qué acontece si la letra se ha perjudicado porque el tenedor omitió presentarla al pago o no se levantó el protesto en tiempo oportuno?

OLIVENCIA (*ob. cit.*, págs. 293 y sigs.) estima, siguiendo la opinión de GARRIGUES, que el perjuicio de la letra determina la extinción de la acción cambiaria ejecutiva y de la acción cambiaria de regreso (sea ejecutiva o declarativa), pero que

Si se supone que las declaraciones cambiarias dan lugar a sendos negocios abstractos que constituyen el fundamento de una obligación nueva, habrá que inclinarse, parece, por la inmunidad absoluta. En tanto el crédito del tenedor tenga su origen material inmediato en la propia letra, se comprende que no pueda afectarle la existencia, la nulidad o la resolución de una relación causal en la que no fue parte, e incluso que el conocimiento de dichas circunstancias no baste para constituirle en situación de mala fe (41). Contrariamente, si se piensa que la letra no es de suyo un negocio independiente, sino tan sólo la nueva forma de un negocio que documenta separadamente una de las promesas que lo integran, la inmunidad del tenedor descansará exclusivamente en la consideración de que la cambial es un instrumento destinado a facilitar la circulación del crédito derivado de aquella promesa (42). El tercero, ti-

la acción declarativa directa contra el aceptante subsiste a pesar de la falta de presentación al pago o la omisión del protesto. La tesis es, a mi juicio, discutible, puesto que si cabe la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria declarativa, aunque la letra esté perjudicada, no tiene fácil explicación la acción de enriquecimiento que el artículo 460-2 del Código de Comercio concede al tenedor contra el librador que no pruebe haber hecho provisión de fondos.

También es discutible si la acción cambiaria declarativa—incluso en vía de regreso—se pierde o se conserva si la letra (no protestada) lleva incorporada la cláusula «sin gastos». (Vid. el comentario de ANGEL ROJO a la Sentencia de 19 de noviembre de 1976 en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1977, páginas 557 y sigs.)

(41) Así lo estimaba la doctrina italiana en trance de comentar el Código de Comercio de 1882. GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 231) recoge las opiniones de VIVANTE y BONELLI. Entendían estos autores que la inmunidad absoluta (referente a las excepciones causales) favorece a cualquier tercer poseedor de la letra, incluso al que la haya adquirido conociendo la existencia de la excepción, porque este conocimiento no vale para constituir la mala fe del tercero.

En realidad, la concepción de la letra como negocio abstracto presupone que las excepciones causales se ejerciten por la vía del enriquecimiento injusto y, consecuentemente, sólo se pueden hacer valer contra el enriquecido (normalmente la contraparte en el contrato causal). GARRIGUES viene a reconocerlo así y explica muy gráficamente cómo funcionan aquellas excepciones en los sistemas que articulan la letra como negocio abstracto. «El deudor cambiario—dice GARRIGUES (*obra citada*, pág. 199)—no puede incumplir su obligación invocando la relación causal. Pero puede, si el poseedor de la letra no es extraño a esa relación, paralizar su acción invocando los vicios del contrato causal o su falta absoluta. Esta excepción no se funda sobre la obligación cambiaria, que es en sí misma inatacable, por cuanto es abstracta, sino que funciona como *contraderecho* fundado en la relación causal y que puede paralizar por vía de compensación la acción del acreedor derivada de la letra de cambio.» Lo extraño es que, a renglón seguido, GARRIGUES califique de «artificiosa» esta construcción. El Derecho moderno no admite—porque sería inícuo—la abstracción total, sino que funciona bajo el correctivo del enriquecimiento injusto. No es cierto, por otra parte, que la posibilidad de ejercitar excepciones causales a través del enriquecimiento sin causa equivalga, en el orden práctico, a borrar toda diferencia entre la concepción causalista y la abstracta de la letra. Lo que se dice en el texto ilustra suficientemente esta opinión.

(42) Con todo, no es fácil adaptar la concepción «causalista» de la letra a su estructura formal. En la doctrina española moderna, RUBIO es el más caracterizado defensor de aquella concepción, pero al tiempo de explicarnos, bajo esta

tular del crédito incorporado a la letra, cuando dicho crédito no exista o sea susceptible de ser enervado por el deudor en virtud de defectos

visión causalista, en qué consiste la letra de cambio, sus ideas no están, a mi juicio, suficientemente claras. RUBIO comienza por afirmar que «el ordenamiento español previene la letra de cambio como documento de un contrato» (cfr. *Derecho cambiario*, pág. 141). Y agrega: «Existe una conexión íntima entre el documento y el contrato que provoca su redacción. No hay un contrato causal y un contrato—otro contrato—cambiario. No hay más que un sólo contrato, el llamado por la doctrina negocio fundamental: la compraventa, el préstamo o el arrendamiento de que nace el crédito; y un modo especial de circulación y tutela de ese crédito. En la cual aparecen como referencias al negocio que la provoca dos permanentes e insoslayables manifestaciones: la valuta y la provisión... La declaración de voluntad que recoge una letra de cambio significa un acto jurídico encaminado a la transmisión del crédito con arreglo al sistema de legitimación nominal de los títulos a la orden. El endoso, unido a la entrega de la letra, supone el sistema de «tradición» para la transferencia del crédito. Y del mismo modo que la tradición no es un negocio, la emisión de la letra de cambio tampoco lo es, sino en todo caso un pacto complementario, una cláusula más del mismo negocio» (*ob. cit.*, págs. 141-142).

Parece, pues, que RUBIO imagina la letra como una cesión del crédito derivado del negocio causal. La emisión de la letra supondría la cesión al tomador del crédito que el librador tiene contra el librado. En el endoso, el endosante volvería a transferir ese crédito al endosatario, y a dicha transferencia vendría a añadirse la del crédito derivado de la relación de valuta y del que el tomado es titular frente al librador.

Sin embargo, más adelante (*vid.* págs. 143-144) recurre al mecanismo de la delegación. En la letra de cambio—nos dice—“existen tres personas íntimamente vinculadas a las funciones que ha venido desempeñando tanto en el tráfico económico como en su instrumentación jurídica: un «librador», deudor del tomador y acreedor del librado, que ordena a un «librado», deudor del librador, para que pague esta deuda a un «tenedor» (o a un tercero designado por éste), acreedor del librador, y de este modo extinga la deuda del librado con el librador. Se trata, expuesta así, de una delegación pasiva, una sustitución en la condición de deudor que cabe enfocar como una *delegatio solvendi* (o *dandi*) respecto del pago sin aceptación, o como una *delegatio promittendi* cuando se implica la aceptación por el librador. Pero como toda delegación—cuando se contempla en su estructura total—puede concebirse también como delegación de crédito: el librador (delegante; lo será siempre porque, lógicamente al menos, toma siempre la iniciativa; no hay letra de cambio sin librador), acreedor del librado (delegatario, ahora), encarga al tomador (delegado) que asuma la posición de acreedor frente al librado, que bien acepta, vinculándose como deudor, o simplemente paga”.

Ahora bien, prescindiendo de que la letra de cambio pueda construirse como una variante de la delegación o asignación (figura que el Código Civil no regula, pues sólo se ocupa de ella de pasada—en el artículo 1.206—y con referencia a la delegación novatoria), es lo cierto que esta institución (de contornos poco definidos) difiere de la cesión de créditos. En la cesión el cedente deja de ser acreedor, pues su puesto lo ocupa el cesionario, lo que no acontece en la delegación (activa) o por lo menos no tiene por qué ocurrir necesariamente (cfr. Díez Pícazo, cit., pág. 824), y, desde luego, no tiene lugar cuando de la letra de cambio se trata. El propio RUBIO lo admite así al ocuparse del problema (conexo) que plantea la llamada «cesión de la provisión», en tanto niega (coincidiendo con GARRIGUES) que la transmisión de la letra comporte la cesión del crédito «correspondiente a la deuda del librado como consecuencia de la provisión» (*vid.* páginas 214 y sigs.).

A mi juicio, la estructura formal de la letra recuerda a la delegación o asignación, aunque se presenta con perfiles propios y está sujeta a una normativa pe-

del negocio causal o de incidencias derivadas de su cumplimiento, se encontrará en una posición similar a la del adquirente *a non domino* y,

culiar. En principio, la letra es una orden que el librador da al librado para que pague a un tercero (el tomador o quien aparezca legitimado en virtud del endoso o endosos correspondientes) una suma de dinero. Salvo en la letra de favor, el librado pagará o se obligará a pagar (si acepta la letra) porque es deudor del librador por igual o mayor cantidad, y de esta suerte se extinguirá, además, la deuda que, en virtud de la relación de valuta, el librador tiene contraída con el tomador. De ahí no se sigue que el librador haya cedido su crédito (fundado en la relación causal) al tomador. Ni la letra formaliza semejante cesión ni cabe imaginar que su emisión comporta la transmisión tácita de aquel crédito. Cuando el librado acepta (dentro de la concepción causalista de la letra), lo que en realidad hace es comprometerse a pagar al tomador (o a un tercero de orden suya) lo que debe al librador (o cree deberle, y siempre salvo la hipótesis de la letra de favor) o una parte de lo que le debe (si la letra se ha girado por una suma inferior a la deuda). En virtud de esa promesa (aceptación) el librado-aceptante deviene deudor del tenedor (aunque la causa de la promesa se encuentre en la contraprestación que ha recibido o espera recibir del librador), pero no por eso deja de serlo de este último. Acontece, sin embargo, que el librador, y en tanto la letra esté pendiente de pago, no puede ejercitar la acción causal porque se lo veda el artículo 1.170-3.º del Código Civil, precepto que los mercantilistas no suelen tener en cuenta al estudiar la cesión de la provisión, y que sirve para paliar las consecuencias desfavorables que puede comportar el hecho de que el crédito del librador no sea objeto de transmisión. No cabe entender, a mi juicio, que el artículo 1.170 se refiere tan sólo a la relación entre librador y tomador, y, por consiguiente, a la acción causal del segundo contra el primero (fundado en la valuta). En la práctica quien «entrega» la letra es el librado aceptante al librador, a quien debe, por ejemplo, el precio aplazado de una cosa que le ha comprado. Mediante el juego del artículo 1.170 se consiguen, al menos en parte, los mismos resultados prácticos que merced a la cesión de la provisión, sin incurrir en sus inconvenientes. Dificilmente se puede defender la inoponibilidad de excepciones causales por parte del aceptante si se supone que el tenedor ha adquirido el crédito que el librador tenía contra el librado. La cesión de la provisión, aunque en cierta medida sirva al interés de la Banca, resulta contradictoria con el afán de proteger al poseedor de la letra frente a las excepciones que tengan su fundamento en la relación causal, y es incongruente con los fines prácticos que persigue la articulación de la letra como negocio abstracto.

El pago de la letra por parte del librado sirve también, según se ha dicho, para saldar la deuda del librador contra el tomador dimanante de la relación de valuta y, en su caso, la del tomador respecto del primer endosatario o la de éste (convertido en endosante) para con el segundo, y así sucesivamente. El librador (o los endosantes) ceden, mediante el endoso, la autorización, implícita en la letra, para cobrar su importe y hacerlo suyo.

Falta por explicar la responsabilidad (cambiaria) del librador y de los endosantes. A mi entender, esta responsabilidad no se funda (al contrario de lo que sucede con el aceptante) en ninguna promesa incorporada a la letra y que ésta, por supuesto, no formaliza en su texto. Dicha responsabilidad dimana de la ley (artículos 459, 467, 516 y 519 del Código de Comercio), quien la impone con carácter solidario a fin de robustecer la posición del acreedor y facilitar la circulación del efecto. Sin embargo, y en la medida en que la letra ha sido entregada con el fin de que sirva de pago a una deuda (del librador para con el tomador o del endosante con el endosatario), se comprende que el demandado pueda fundarse en la relación causal (o en su inexistencia) para no hacerla efectiva. Si bien la concepción abstracta de la letra, o la protección a la seguridad del tráfico, obstan a que puedan oponerse excepciones fundadas en la relación de valuta si el

en consecuencia, sólo deberá ser protegido cuando haya confiado en la apariencia derivada de la cambial (43).

Los términos estrictos en que están concebidos los artículos 459, 467 y en particular el 480 del Código de Comercio producen la impresión de que la letra funda de suyo obligaciones que nacen con independencia de los respectivos negocios causales. Concretamente, el artículo 480 establece que «la aceptación de la letra constituirá al aceptante en la obligación de pagarla a su vencimiento». Por añadidura, el artículo 1.170 del Código Civil, al considerar la incidencia de la entrega de una letra de cambio (o pagarés a la orden u otros documentos mercantiles) sobre la obligación derivada del negocio causal, dispone, en su último párrafo, que «entre tanto—es decir, mientras la letra está pendiente de pago—la acción derivada de la *obligación primitiva* quedará en suspenso». Todo ello permitiría afirmar que la letra da lugar, en efecto, a la celebración de un nuevo negocio (o negocio «cartaceo», según la terminología de los mercantilistas) que se superpondría al contrato o negocio causal y que, a su vez, habría que configurar como negocio abstracto. Sin embargo, y como ahora vamos a ver, ésta sería posiblemente una conclusión precipitada.

En primer lugar, el tenor literal de los artículos del Código de Comercio que han sido citados conduce a resultados inadmisibles, como han denunciado la jurisprudencia y la doctrina. No es verdad, por ejemplo, que el aceptante no pueda oponer más excepciones que la falsedad de la aceptación. Aparte de que podrá alegar otras (44), el Tribunal Supremo le permite, según antes se apuntó, excepcionar la falta de provisión de fondos (y en general oponer cualquier excepción que descansa en el contrato causal) cuando quien exija el pago sea precisamente el propio librador, o quien fue parte en aquel contrato. En segundo término, y aun dando por supuesto que el deudor cambiario no se obliga de nuevo, es lo cierto que, de alguna manera, se modifica el tenor de la obligación contraída, aunque esta modificación no implique nova-

que demanda es un tercero ajeno a ella; en el segundo caso (es decir, si se prescinde de la abstracción causal) cuando el adquirente sea de buena fe.

(43) Este es el punto de vista de quienes conciben la letra como negocio causal. Cfr. al respecto la exposición de la doctrina causalista en GARRIGUES, citado, pág. 197, y en particular las afirmaciones de FERRARA que aparecen allí recogidas. *Vid.* igualmente RUBIO, *ob. cit.*, pág. 142.

(44) Como dice GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 239), el artículo 480 del Código de Comercio, al impedir que el aceptante alegue la excepción de falta de provisión de fondos ni otra alguna, ha querido referirse con estas palabras a las demás excepciones de índole causal, ya que no podía querer excluir las excepciones fundadas en falta de capacidad o en defecto de los presupuestos formales de la acción cambiaria. Podrá también alegar, añade GARRIGUES, además de la falsedad de la aceptación, el pago, la prescripción y la caducidad de la letra, y las excepciones causales si el reclamante no tiene la condición de tercero.

ción (45). Queda comprometido a pagar a quien aparezca legitimado por la propia letra y en términos más rigurosos, pues en principio y frente a tercero (al menos si es de buena fe), no podrá excusar el pago escudándose en el negocio causal. De no mediar la letra, el acreedor sólo podría (prescindiendo del consentimiento del deudor) ceder su crédito. Pero la cesión precisa la notificación al deudor para que éste quede vinculado con el nuevo acreedor (art. 1.527 del Código Civil) y, además, el cesionario está expuesto a que el deudor le oponga las mismas excepciones que hubiera podido hacer valer contra el cedente. En suma, el deudor cambiario, aunque no contraiga una nueva obligación, queda, no obstante, obligado de modo diferente (y más riguroso), lo que no puede suceder sin su consentimiento expreso incorporado a la letra, y tal vez por eso el Código Civil nos habla de «obligación primitiva» al referirse a la contraída en virtud del contrato causal. Resulta más conforme con la concepción causalista que inspira nuestro Derecho entender que el artículo 1.170-3 del Código Civil ha operado sobre el supuesto de que la superposición de la letra al contrato causal da lugar a una duplicidad de acciones y no de obligaciones. Sin duda, el legislador no se planteó al redactarlo ni en el orden dogmático ni en el práctico, el problema de si de la letra nace o no una obligación independiente y distinta de la que ya existía, sino sólo se propuso evitar los perjuicios que pueden originar al deudor la coexistencia de dos acciones, dirigidas ambas a hacer efectiva una sola obligación (46). Por todo lo dicho, parece preferible sostener que la inoponibilidad de excepciones fundadas en la relación causal obedece a la necesidad de proteger la confianza en la apariencia jurídica de quien ha creado un título destinado a la circulación, y de

(45) En este sentido la doctrina dominante en consideración a que, de conformidad con el artículo 1.204 del Código Civil, la novación no puede presumirse. La inexistencia de novación—salvo acuerdo novatorio expreso—puede perfectamente explicarse aunque se suponga que la letra constituye un nuevo negocio (abstracto). Como se ha dicho antes, cuando el negocio abstracto obedece a un negocio causal válido nacen dos obligaciones conexas, sin que sea cierto que la segunda (fundada en el negocio abstracto) sustituya a la primera, si bien el pago de una de ellas extingue también la otra, salvo (en el caso de la letra de cambio) que reclame el cumplimiento un tercero distinto del acreedor pagado.

Por esto no consideramos fundados los escrúpulos de RUBIO (*ob. cit.*, pág. 147), para quien resulta difícil admitir la presencia del doble negocio y su coexistencia sin novación del causal por el cartular.

(46) Para GARRIGUES (*cit.*, pág. 208) la finalidad que persigue el artículo 1.170 es impedir que el acreedor pueda ejercitar por separado y simultáneamente la acción cambiaria y la causal. Ciertamente es así, pero de ahí no se sigue que la duplicidad de acciones sea o no el efecto de la duplicidad de obligaciones. En realidad, GARRIGUES no se detiene a considerar el problema interpretativo que suscita el artículo 1.170-3 que, al aludir a la «obligación primitiva», parece dar por supuesto que junto a ella nace, con fundamento en la letra, una obligación nueva.

aquí que esté subordinada a la concurrencia de dos requisitos: que el tenedor de la letra tenga la condición de tercero y sea, además, de buena fe.

9) Nuestro Derecho, pues, al menos nuestro Derecho Civil, no conoce, como se desprende de todo lo dicho, los negocios obligacionales abstractos. Pero ¿es posible dar entrada en el Ordenamiento jurídico español a la abstracción causal en sede de negocios dispositivos? La respuesta debe ser negativa, aunque no sea más que por una razón de concordancia. No tendría sentido que la causa fuese requisito necesario para que, por vía negocial, pudiesen contraerse obligaciones y que, por el contrario, se prescindiera del valor y de la significación de la causa al tiempo de transmitir la propiedad o de constituir un derecho real.

La transmisión de la propiedad—hipótesis a la que voy a concretarme para simplificar—tiene como necesario punto de partida la celebración de un contrato entre transmitente y adquirente que responda a aquella función. La promesa del transmitente tendrá su causa, como ya se ha visto, en el resultado que pretende obtener merced al cumplimiento de la promesa que le ha hecho el adquirente. Supuesto que la simple perfección del contrato, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional, sea suficiente para que la propiedad de la cosa objeto de aquél (una compraventa, por ejemplo) se entienda transmitida, tal como acontece en el Derecho francés, es claro que la causa de la promesa (del vendedor) y la causa de la transferencia coinciden. Evidentemente, en un sistema que acepte esta solución no cabe atribuir a la transmisión de la propiedad carácter abstracto.

El tema de la abstracción de la causa en la transmisión de la propiedad sólo es imaginable en la medida en que el efecto jurídico-real exija un elemento adicional que se añada o superponga al contrato que se celebra previa o simultáneamente. Este nuevo elemento puede ser la entrega (*traditio*) de la cosa cuya propiedad va a transferirse, o la inscripción en un Registro público. Pero el hecho de que la transmisión de la propiedad exija como requisito complementario la entrega o la inscripción no basta, de suyo, para independizar la transferencia del dominio de su causa. Respecto de la inscripción esto es incuestionable, pues, en sí misma, no pasa de ser una exigencia formal que debe seguir a un negocio traslativo (sea abstracto o no). Por lo que atañe a la tradición, ocurre en principio lo mismo, aunque aquí la cuestión sea algo más compleja.

La entrega de la cosa, e independientemente de que sea o no necesaria para que la propiedad se entienda transmitida, constituye el pago de una obligación asumida por el transmitente (aunque a veces el nacimiento de la obligación y su cumplimiento no estén separados en el tiempo) cuyo contenido consiste no sólo en transmitir la propiedad, sino ade-

más en entregarla (47). La entrega se realiza, pues, *causa solvendi*, es decir, se hace con la finalidad de extinguir una obligación contraída por el *solvens*. Ahora bien, a mi juicio, la llamada *causa solvendi* es insuficiente para justificar, por sí misma, el desplazamiento patrimonial que tiene lugar por efecto del pago. El pago es una consecuencia de la deuda y por ello, y en tanto la obligación tenga carácter negocial, parece claro que, en último término, la razón que induce a pagar es la misma que determinó la voluntad de obligarse. Yo pago porque debo, pero debo porque me obligué a cumplir una prestación (y el pago consiste precisamente en realizar la prestación prometida) en virtud del resultado que por medio de la obligación que contraí (y de su cumplimiento, pues) pretendía conseguir.

Concebida, pues, la *traditio* como el pago o cumplimiento de una obligación de dar, sin más, es claro que la misma no puede constituir un negocio abstracto. En primer término, porque el pago, aunque el tema sea discutible (48), no es un negocio jurídico, sino un acto debido. Y en segundo lugar, porque al tener su fundamento en la obligación que se dirige a extinguir no puede ni debe aislarse de ésta. No es sólo que la causa del pago coincide con la de la promesa que originó la obligación, sino que tiene también su causa (eficiente) en aquella promesa y, por consiguiente, en el contrato de que la misma forma parte. De aquí que si el contrato básico es nulo también lo sea el pago. El *tradens* dispone no sólo de la *condictio*, acción personal dirigida contra el *accipiens*, si paga lo que nunca debió o que ya había pagado, sino, además, en el caso de que el contrato sea nulo, de una acción de nulidad que, por su propia naturaleza puede ejercitar contra terceros, salvo que éstos se escuden en una institución protectora del tráfico jurídico (posesión adquirida de buena fe, o inscripción en el Registro de la Propiedad).

Naturalmente, si la *traditio* se construye como el simple pago o cumplimiento de una obligación de dar (aunque, además, sea un requisito necesario para que la propiedad se transfiera) no es posible asignarle, se-

(47) Respecto de la compraventa se discute si el vendedor está o no obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida. Frente a la tesis contraria sostenida por ALBALADEJO («La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XII, 2.ª época, págs. 409 y sigs.) he sostenido que, como regla general, debe estimarse que esta obligación ha sido asumida por el vendedor. (Cfr. mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del Código Civil*, pág. 55—de la separata—, nota 62.)

(48) La cuestión sobre la naturaleza jurídica del pago ha sido arduamente debatida en la doctrina. Hoy parece prevalecer la tesis de que no se trata de un verdadero negocio jurídico. Cfr. un resumen muy claro sobre el problema en la obra de Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 612-613. Mi opinión sobre el tema quedó expuesta en el trabajo «El Notario latino y su función», cit., *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1972, apartado II, párrafo 5.º

gún se desprende de lo dicho, carácter abstracto. Para ello es necesario relegar a segundo plano su función solutoria (aunque efectivamente la cumpla) y concebir el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad, el *animus transferendi et accipiendi dominii*, indispensable para caracterizar la entrega (49), en un negocio jurídico independiente y sustantivo. Se trata de un acuerdo real cuyo contenido consiste en la voluntad de transmitir y adquirir la propiedad que se desconecta de su precedente causal y se configura como un negocio autónomo y abstracto. El acuerdo debe complementarse con la entrega de la cosa o con la inscripción en el Registro, según que aquélla sea mueble o inmueble. De conformidad con la naturaleza peculiar de los negocios abstractos, la propiedad se considerará transmitida independientemente de la existencia o validez del contrato obligatorio (o causal) previo en el que encuentra su fundamento lógico (aunque no jurídico, al menos de modo inmediato) la transmisión de la propiedad. Si ese contrato falta o es nulo el transmitente sólo podrá ejercitar una acción de enriquecimiento injusto contra el adquirente, pero no contra terceros, salvo que hubiesen adquirido a título gratuito.

La finalidad de esta manera de concebir la transferencia de la propiedad, justamente calificada de artificiosa, es robustecer al máximo la seguridad del tráfico, especialmente del que tiene por objeto bienes inmuebles. El conocimiento o desconocimiento del adquirente acerca de los vicios causales que pudieran haber afectado a la adquisición previa del transmitente es irrelevante (50). Esta protección es más eficaz que la que

(49) La entrega de la cosa es, en sí misma, un acto incoloro, según se dice. Efectivamente, para saber cuál es exactamente su significado jurídico hay que remontarse a la razón en virtud de la cual se efectúa, o, si se quiere, a la intención o voluntad de las partes. La entrega traslativa, o *traditio* en sentido estricto, requiere siempre el *animus transferendi et accipiendi dominii*. Pero este *animus* existe desde que se perfecciona el contrato causal, y se corrobora o reitera en el momento de la entrega. Otorgarle sustantividad y autonomía es el fruto de una pura especulación conceptual que fracciona artificialmente la unidad del negocio tal como los contratantes lo entienden. Esto no significa, sin embargo, que la separación entre el negocio obligacional y el transmisivo, y en particular la articulación de éste como negocio abstracto, carezca de repercusiones prácticas. Consecuentemente, la crítica del sistema debe hacerse atendiendo a éstas, es decir, dando preferencia al factor teleológico sobre el dogmático.

(50) HECK, en un artículo publicado en 1937 bajo la influencia del nacional socialismo, apunta que la diferencia entre la caracterización causal y la del BGB «podría ser disminuida por la intervención de otras normas de este Cuerpo legal: en particular haciendo valer que si bien en el Derecho vigente el conocimiento de los vicios causales no impide al adquirente obtener la propiedad, es igualmente cierto que el comportamiento de tal adquirente chocaría contra las buenas costumbres y, por tanto, el contrato de transmisión, según la opinión correcta (aunque muy discutida), sería nulo». Agrega, además, que la adquisición del *consciis fraudis* constituirá muy frecuentemente un delito, por lo cual, aunque el subadquirente no vendría alcanzado por la pretensión de enriquecimiento injusto, tendría que devolver la cosa adquirida en concepto de prestación indemnizatoria por su comportamiento delictivo. Reconoce, no obstante, que esta pretensión restitutoria,

dimana, simplemente, de combinar el sistema de transmisión causal con el llamado principio de fe pública registral. La fe pública registral sólo ampara al adquirente de buena fe, es decir, al que adquiere en la ignorancia de que el Registro es inexacto. Lo mismo acontece en el Derecho alemán, mas en él—a diferencia de lo que sucede en el Derecho español—los vicios que afecten al negocio causal, o la nulidad y aun la inexistencia de éste, no determinan que el Registro sea inexacto y, por consiguiente, el subadquirente, aunque conozca aquellas circunstancias, no se reputa por ese sólo hecho de mala fe, y es mantenido en su adquisición. Ello se debe exclusivamente al carácter abstracto de la transmisión. De otra parte, la abstracción causal obsta a que el contrato obligacional conste en el Registro. Se elimina de este modo la posibilidad de que el contenido del asiento refleje motivos de nulidad, rescisión o resolución, que en tanto resulten claramente del Registro, perjudicarán a tercero, según establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (51). No es indiferente,

debido a su carácter obligacional, cedería ante los acreedores del autor del delito, pero, sin embargo, propietario.

En mi opinión, HECK exagera. Ciertamente, en algún supuesto extremo (así el de la venta de ametralladoras con el fin, conocido por ambas partes, de cometer un delito de alta traición) cabe pensar en la aplicación del artículo 138 del BGB para corregir los excesos a que daría lugar la aplicación rígida del sistema legal en punto a la adquisición de la propiedad, aunque el propio HECK reconoce que la Jurisprudencia, incluso en esos supuestos, se inclina por afirmar la eficacia real. Sin embargo, y ante eventos menos dramáticos, no parece que pueda entrar en juego el citado artículo 138, tal como HECK apunta, a no ser que se pretenda hacer tabla rasa de una normativa que se propone (con razón o sin ella) inmunizar totalmente al subadquirente de los vicios causales que afecten a la adquisición de su transmitente. De otra parte, el hecho de que el tercero conozca los defectos causales que afectan a la relación entre el primer transmitente y el primer adquirente no le convierte, sin más, en coautor de un fraude, pues él no adquiere para frustrar la pretensión de enriquecimiento que asiste al que transmitió sin causa, supuesto que tal pretensión podrá satisfacerse mediante el pago (a cargo del enriquecido) del valor de la cosa. Criticable o no, ésta es la filosofía a que responde el BGB.

(Vid. la traducción del trabajo de HECK, y de la que me he servido, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, págs. 1442 y sigs., publicado bajo el título «El negocio real abstracto».)

(51) El hecho de que el Registro publique el negocio causal no contribuye, ciertamente, a la agilidad y seguridad del tráfico jurídico. No es fácil discernir, haciendo aplicación del artículo 98 de la Ley, lo que es real de lo que es obligacional. ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, II, págs. 737-738) critica el sistema legal con estas palabras: «El régimen hipotecario español ha admitido múltiples medios de publicidad registral y quizá en esta abundancia se halla su vicio fundamental. No contento con los asientos propiamente dichos (y antes, además, las menciones), y en cuanto a las acciones con la anotación preventiva, ha adoptado además como instrumento de publicidad tabular las causas que constando explícitamente en el Registro puedan dar origen a acciones de nulidad, rescisión, resolución, revocación, etc. Y así resulta que terceros adquirentes que son protegidos en el sector extrarregistral no pueden serlo en el hipotecario, gracias a estas constataciones tabulares, verdaderas escorias registrales que ensombrecen la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros y que pueden cons-

pues, desde el punto de vista de la seguridad del tráfico, que la transmisión de la propiedad, o la transmisión y constitución de derechos reales, se configure de acuerdo con una concepción abstracta o con una concepción causal, aunque tanto un sistema como el otro protejan al adquirente que haya adquirido confiado en los pronunciamientos registrales. La concepción abstracta otorga una protección más completa. Otra cuestión es que pueda parecer excesiva y sobre todo que al descansar en la separación tajante entre negocio obligacional y dispositivo, esta separación determine consecuencias injustas (52).

En el Ordenamiento jurídico español, la transmisión de la propiedad (e igualmente la constitución de derechos reales) por negocio jurídico tiene, desde luego, carácter causal. Esta es la opinión doctrinal casi unánime en la actualidad a la que, por supuesto, me sumo. El artículo 609 del Código Civil es terminante. La propiedad se transmite «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Luego el contrato (y el Código sólo puede referirse a los contratos de finalidad traslativa que el mismo contempla) forma parte del supuesto de hecho que determina la transmisión y subsiguiente adquisición del dominio y de «los demás derechos sobre los bienes». La tradición, necesaria para que se produzca la transmisión, tanto si se trata de bienes muebles como de inmuebles (53), no pasa de ser un elemento complementario que es tratado, además, como el cumplimiento o pago de una previa obligación de dar. La normativa sobre la tradición se encuentra enclavada dentro de la reglamentación del contrato de compraventa, y más concretamente al regular la obligación de entregar la cosa que pesa sobre el vendedor.

10) Hay que plantearse, con todo, un problema adicional. ¿Es aplicable a la transmisión de la propiedad por negocio jurídico la presunción sobre la existencia y validez de la causa que establece el artículo 1.277 del Código Civil? Dicho en otros términos, ¿se podría reconocer, *prima facie*, valor jurídico a un acto que contuviera las nudas declaraciones de transmitir y adquirir la propiedad de una cosa y en el que no se indicase la causa de la transmisión ni existiera referencia al contrato causal bá-

tituir verdaderas trampas para incautos». Los problemas prácticos a que dio lugar la constatación en el Registro del precio aplazado de la compraventa (aún no resueltos del todo por el actual art. 11 de la Ley Hipotecaria) aseveran la certeza de los conceptos transcritos redactados con ocasión de comentar dicho precepto.

(52) *Vid.* la crítica de HECK en el trabajo citado en la nota 50. En mi opinión la crítica es particularmente certera al considerar las relaciones entre el transmitente y el primer adquirente (cfr. pág. 1460).

(53) Esta es la opinión de la doctrina dominante, a la que me adhiero. Con todo, no veo muy claro que en el caso contemplado por el artículo 1.473-2 del Código Civil la inscripción no prevalezca sobre la tradición. Obviamente, no puedo detenerme aquí en el estudio de este problema.

sico? Algunos autores (54) responden afirmativamente. A mi juicio, no hay, en principio, motivo alguno que exija limitar el alcance del artículo 1.277 del Código Civil a los contratos meramente obligacionales. Aunque creo que el precepto fue escrito pensando en la promesa de pago o el reconocimiento de deuda que no expresan la causa (55), la razón de analogía, por lo que a la transmisión de la propiedad respecta, es indiscutible. Esto no significa, claro está, admitir en el Derecho español el acuerdo real abstracto tal como lo concibe el BGB. La presunción del artículo 1.277 no consagra la validez de los contratos (sean obligacionales o dispositivos) desprovistos de causa, o con causa ilícita, y, por tanto, si el contrato causal es nulo o no existe, ni el *tradens* habrá perdido la propiedad ni el *accipiens* la habrá adquirido, aunque la carga de la prueba acerca de la inexistencia o ilicitud de la causa tendrá que pesar sobre el primero (56). Consecuentemente, cabrá la reivindicación en el supuesto de que la cosa haya sido transmitida posteriormente a un tercero, salvo que se trate de un poseedor de buena fe (artículo 464 del Código Civil) o pueda acogerse a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La posibilidad de invocar este último precepto suscita, sin embargo, una nueva cuestión. ¿Será inscribible en el Registro una transmisión formalizada sin que en la escritura se haga mención de la causa? Aunque se trata de una materia opinable (57), me inclino por la negativa. Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación del registrador se extiende a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas». Lo cual quiere decir que el contrato causal, en tanto constituye ese acto dispositivo (aunque tenga que venir complementado por la tradición) debe ser objeto de calificación, sin que su conocimiento pueda serle escamoteado al registrador aduciendo que, según el artículo 1.277 del Código Civil, debe presumirse que aquel acto existe y es válido. Mediante el expediente de silenciar la causa se facilitaría la inscripción de transmisiones nulas, lo cual es contrario a la *ratio* de la función calificadora, que tiene por fin reducir al mínimo las hipótesis posibles de discrepancia entre el registro y la realidad jurídica, atenuando así el riesgo de que esta anómala situación devenga irreversible si entra en juego la fe pública registral.

(54) Cfr. URSICINO ALVAREZ, «El problema de la causa en la tradición», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pág. 591, y LACRUZ BERDEJO, *Derecho registral inmobiliario*, págs. 145-146.

(55) En este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., II, pág. 98.

(56) Vid. sobre este problema lo que se expuso en la nota 38.

(57) Se inclinan por la afirmativa URSICINO ALVAREZ y LACRUZ BERDEJO, citados en nota 54. En contra, ROCA SASTRE (*ob. cit.*, II, págs. 97 y sigs.), así como la doctrina de la Dirección General, con excepción de la conocida Resolución —tampoco concluyente— de 31 de julio de 1928.

El problema es más difícil de resolver si se trata de inscribir una hipoteca constituida en garantía de una obligación fundada en una promesa o en un reconocimiento abstractos de deuda. En esta hipótesis, el acto dispositivo propiamente dicho queda concretado a la constitución de la garantía, y de ahí podría deducirse que no es necesario que el registrador conozca cuál es la causa de la promesa o del reconocimiento, cuyo contenido es meramente obligacional. A ello cabría objetar que, en tanto la validez de la obligación garantizada es requisito de la validez de la hipoteca (dado el carácter accesorio de la misma), para calificar el acto dispositivo es menester, asimismo, calificar el negocio obligatorio. La aseveración es cierta, mas sin perjuicio de que el registrador tenga que calificar no sólo el acto constitutivo de la hipoteca, sino también aquel otro de donde derive la obligación, tal vez no haya inconveniente en que, respecto de esta segunda calificación, pueda actuar la presunción del artículo 1.277 del Código Civil.

Quizá la clave de la solución radique en determinar cuál es el ámbito objetivo de la fe pública registral cuando se trata de transmitir un crédito hipotecario. La protección dimanante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ¿se extiende sólo a la hipoteca, de suerte que el cesionario sólo quedará inmune en el supuesto de que sea nulo el acto constitutivo *sensu stricto* (58), o comprende también las hipótesis en que la nulidad de la constitución de la garantía proceda del negocio obligatorio, o de que no existe la obligación garantizada? (59). Creo que contestar a esta pregunta es trascendente respecto del tema que aquí se examina. Si se entiende que el artículo 34 de la Ley sólo actúa en lo que respecta a la hipoteca propiamente dicha, no parece que el registrador tenga que hacer caso omiso del artículo 1.277 del Código Civil, dado que, en todo caso, la nulidad de la obligación perjudica al cesionario. Ya se ha dicho que el último fundamento del llamado principio de legalidad es evitar situaciones de discordia entre el registro y la realidad que puedan llegar a ser irreversibles. Contrariamente, si se estima que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege al cesionario plenamente, parece que la calificación del registrador no puede detenerse ante el artículo 1.277 del Código Civil.

(58) Supongamos, por ejemplo, que se constituye hipoteca en garantía de una deuda ajena y se comete error en la fe de conocimiento en cuanto a la identidad del hipotecante. O que en nombre del deudor comparece un apoderado facultado para tomar dinero a préstamo, pero no para constituir hipotecas.

(59) El préstamo es usurario o se constituye hipoteca para garantizar una deuda inexistente. Así, la de pagar un legado de suma que ha quedado sin efecto por haber sido revocado el testamento en que aquél se ordenó, circunstancia que desconoce el hipotecante.

Por mi parte, y aun reconociendo que el punto es opinable, me inclino por la primera alternativa. La protección que comporta la publicidad registral se refiere a los derechos reales no a los derechos de crédito. Se dirá que, en el caso de la hipoteca, lo que se inscribe, en rigor, es el crédito hipotecario, de donde se sigue que la fe pública registral debe amparar al cesionario sin haber distinciones (60). Sin embargo, y como acabo de poner de relieve, estas distinciones son perfectamente posibles. La fe pública del Registro debe amparar al cesionario en tanto la nulidad del acto constitutivo de la hipoteca sólo se refiera a ésta (61), pero no en el caso de que sea nulo o inexistente el negocio obligacional, aunque dicha nulidad o inexistencia apareje la nulidad de la constitución de la garantía. En la cesión de créditos, el cesionario se subroga en la posición del cedente y, por tanto, el deudor puede oponerle todas las excepciones fundadas en el negocio causal (62). No hay razón alguna para hacer de mejor condición, en este orden de cosas, al cesionario de un crédito hipotecario que al que lo sea de otro crédito cualquiera, pues la naturaleza y los efectos propios de la cesión no pueden depender, obviamente, de que el crédito cedido esté o no garantizado y de que la garantía, de haberla, sea hipotecaria.

Consecuentemente, la publicidad del registro sólo ampara al cesio-

(60) *Vid.* en este sentido ROCA SASTRE (*ob. cit.*, I, pág. 623), para quien «respecto a los derechos de crédito garantizados con hipoteca... la fe pública registral que protege el derecho real de hipoteca extiende su actuación al crédito garantizado *por imponerle la naturaleza de las cosas*, a menos que se trate de hipoteca de seguridad». La postura de ROCA SASTRE me parece excesivamente simplista. No creo que «la naturaleza de las cosas» se oponga a la distinción que formulo en el texto.

(61) Sin necesidad de entrar a discutir si la hipoteca es o no un verdadero derecho real, es evidente que, en sí misma, es tratada (y ha de serlo) como si lo fuese por lo que respecta a su inscribibilidad y a la protección dimanante de la publicidad registral.

En un trabajo de juventud («Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real», publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 377 y sigs.) traté de construir de otra manera esta controvertida figura jurídica. El trabajo produjo cierta indignación entre algunos hipotecaristas, como si con él yo hubiera querido atentar contra la esencia misma de la institución registral. Posteriormente, ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, VI, págs. 137 y 171) ha criticado con dureza mi toma de posición que califica de «insostenible», «absurda», «extraña» y «compleja». No es del caso que aquí y ahora (la cuestión, eminentemente teórica, ha dejado, además, de interesarme) trate de rebatir la crítica adversa. Me limitaré a decir que ROCA, al menos, cuya capacidad para situarse (dialécticamente) en el punto de vista de quienes no opinan como él no está al nivel de su extraordinaria cultura jurídica, no ha entendido bien el planteamiento metodológico de mi polémico trabajo.

(62) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 796. Se pregunta, sin embargo, si las excepciones derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente (entre las que no se comprenden la inexistencia o nulidad del negocio constitutivo) son o no oponibles al cesionario. Se inclina por la afirmativa, salvo que el deudor haya consentido la cesión.

nario en un doble aspecto. En primer lugar, si, como se ha dicho, la nulidad de la constitución de la hipoteca no procede de que sea nulo el negocio obligatorio. Puede entrar en juego, en esa hipótesis, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se está dentro del ámbito normal de aplicación del precepto. En segundo término, y ante la hipótesis de doble cesión del crédito hipotecario, debe ser protegido el cesionario que primero inscriba si es de buena fe, pues no hay inconveniente en aplicar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (63). Es cierto que el cesionario no sólo adquiere la hipoteca, sino el complejo crédito hipotecario; mas, por lo que atañe a las relaciones entre cesionarios, la naturaleza de la cesión no se opone a que el conflicto de intereses que se produce entre ellos, en el caso de que el acreedor ceda su crédito a dos personas distintas, se resuelva dando preferencia al que ha inscrito primero. Así se deduce, además, del artículo 1.526 del Código Civil.

Habida cuenta de todo lo expuesto, me inclino por defender la inscribibilidad de la escritura que formalice una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, formulados en términos abstractos, si la obligación ha sido garantizada con hipoteca. En todo caso, y aunque prospere el criterio contrario, el registrador no debe ser demasiado exigente respecto a la expresión de la causa de la promesa o del reconocimiento. Bastará que de sus propios términos resulte que el segundo se hizo con fines de fijación jurídica (64), o la indicación de que la promesa se otorga para cumplir un deber moral (65). Un exceso de celo en el ejercicio de la función calificadora puede vetar el acceso al registro de actos perfectamente válidos, privando de eficacia a la garantía hipotecaria constituida para asegurar su cumplimiento.

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ

Doctor en Derecho. Notario de Madrid

(63) Coincide en este punto ROCA SASTRE (*ob. cit.*, IV-2, pág. 789). Acerca del problema consiguiente a la relación entre los artículos 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria, especialmente en orden a si el primer precepto exige en el tercero el requisito de la buena fe, cfr. ROCA, *cit.*, I, págs. 584 y sigs. Por mi parte, suscribo, en este particular, el parecer del ilustre autor.

(64) Por ejemplo, si se dice que han mediado entre las partes relaciones comerciales, y con el fin de fijar definitivamente el saldo que de dichas relaciones resulta, uno de los contratantes se reconoce deudor del otro por una suma determinada.

(65) Exigir la exposición de los hechos en que se funda el deber moral puede resultar penoso para los otorgantes, y en cualquier caso superfluo, pues el Registrador carece de medios (y de facultades) para comprobar la certeza de las aseveraciones que aquéllos formulen al respecto.

Los orígenes del Registro de la Propiedad en España

Una cosa es evidente cuando se estudia la historia de estos registros: su aparición debe situarse en 1768, cuando la pragmática de 31 de enero del Rey Carlos III organiza y regula los oficios o contadurías de hipotecas. Antecedentes más antiguos carecen de relevancia, por tratarse de realidades diversas que poseen sentido en otra época... Es posible que existan otros tipos de registros—registros de censos—o que se conserve la hipoteca como doctrina romana, que inspira la legislación de Castilla o de los reinos aragoneses, mas las realidades sociales y económicas son muy diversas y no es posible remontar los orígenes del registro de la propiedad, en España, a épocas anteriores al siglo XVIII.

Por de pronto, es preciso subrayar que la finalidad de la hipoteca moderna—con la facilidad de ejecución que comporta—se lograba de otras maneras. El antiguo régimen supone una estructura fundamentalmente agraria, y las tierras requieren crédito para su mejora o para subvenir a momentos de malas cosechas o penurias. Ese dinero que se requiere por los campesinos se consigue—aparte la usura directa—por moratorias frente al señor, que no tiene interés en arruinar por entero a sus vasallos (1). También por crédito concedido a través de censos—primordialmente a través del consignativo—, que sería el mecanismo para

(1) Parece claro en los estudios de W. KULA, *Teoría económica del sistema feudal*, Siglo XXI, 1974; E. LABROUSSE, *Fluctuaciones económicas e historia social*, Tecnos, 1973. Más usual la moratoria puede verse en A. MORA, «Pretensiones de los vasallos de los pueblos de Valldigna contra su señor; y respuestas por parte del Rvdmo. Señor Abad y convento de Valldigna», *Estudios de historia de Valencia*, núm. 9 del memorial. También he podido apreciarlas en las cuentas del Colegio del Corpus Christi de la ciudad de Valencia.

No existe una bibliografía especializada sobre los orígenes del Registro. Remito a L. DÍEZ-PICAZO, «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», y B. MENCHÉN BENÍTEZ, «Antecedentes de la registración de bienes en derecho histórico español», ambos en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. I. *Leyes de 1861 y 1869*. II *Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ed. Castalia, Madrid, 1974, págs. 3-27, 29-38.

eludir la prohibición eclesiástica de la usura (2). La entrega de tierras cargadas con censos enfiteúuticos, *debitoris* y censos reservativos o de una cantidad a cambio de un censo, posee por finalidad dotar de capital a campesinos y agricultores. La Iglesia y la nobleza, la burguesía de las ciudades mediterráneas emplearon sus capitales en estos censos—al par que otra parte se utilizaba en juro de la corona o en censales de los ayuntamientos, que son formas de préstamo a los entes públicos—. En todos estos casos, se percibía una renta sobre los productos de la tierra, distinta, sin duda, de las rentas feudales que, por otra parte, también adoptan forma de censos. BARTOLOMÉ CLAVERO ha puesto de manifiesto con nitidez la repulsa de la nobleza frente a estas formas de inmisión en sus territorios, mientras quizá encontraría mayores facilidades y rentabilidad en las zonas de realengo de las ciudades (3). Sin embargo, tropezaría esta línea de crédito con dos problemas: de un lado, la tasa de los censos haría que su rentabilidad sea muy ajustada—sólo quienes poseen enormes riquezas pueden percibir rentas elevadas mediante censos—. De otro lado, el capital que se emplea queda inmovilizado por años—o por siglos—en aquellos censos sobre la tierra. Por ello, cuando empieza a asomar una concepción y unas realidades económicas nuevas, la hipoteca sustituye—como mecanismo de crédito—a los viejos censos. El capital se emplea a una rentabilidad dada—sin duda mayor—y a un plazo fijo. Frente a los censos perpetuos o los largos plazos, la ejecución segura y en un plazo fijo... Como se puede apreciar un mundo diverso y con una mentalidad distinta.

La hipoteca se conserva, sin duda, desde la recepción romana. Pero posiblemente cumple una función exigua en la vida económica medieval y moderna—al menos si la comparamos con los censos—. En *Partidas* se encuentra unida a la prenda—en el título *De los peños*, que es el XIII de la quinta (4). Y otro tanto cabe decir en *Furs* de Valencia, en donde apenas algunos preceptos de la rúbrica *De pignoribus*, aluden a las hipotecas... (5). La virtualidad que esta institución cobra en los años finales del antiguo régimen y en la edad contemporánea, significa un cambio radical de las condiciones sociales y económicas. Es verdad que

(2) Una idea de los censos en época cercana a nuestro estudio en J. SALA, *Ilustración del derecho real de España*, Madrid, 1820, I, 306-310 (1.ª ed. en 1803).

(3) Estas sugerencias pertenecen a una conferencia que le oí en Valencia, en la Facultad de Derecho, el curso pasado de 1976-1977; las recoge en «Prohibición de la usura y constitución de rentas», *Moneda y crédito*, 143 (1977), 107-131.

(4) La confusión conceptual puede verse en P. 5, 13, 1, al decir: «Peño es propriamente aquella cosa que un ome empeña a otro, apoderándole della, e mayormente quando es mueble. Más segund el largo entendimiento de la ley, toda cosa, quier sea mueble o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicha Peño...»

(5) *Furs* 1547-48, VIII, 2, *De penyores*, fols. 175 v. ss.; también IV, 11, *Per qual rahó deu hom demanar penyora que haja mesa a altre*, fols. 102.

las cortes piden en el siglo xvi seguridad para el conocimiento de los censos que afectan a las tierras, pero las hipotecas no están aludidas o, al menos, no constituyen el objetivo central.

PETICIÓN CLX

Otrosí, hacemos saber a V. M. que muchas personas cautelosamente echan censos sobre sus haziendas, una y dos y tres, y más vezes sin que el un comprador sepa del otro, y de ello subceden muchos pleytos y grandes inconvenientes y aunque V. M. a proveydo que los censos no se puedan hechar sino ante los scrivanos de los Ayuntamientos, el qual tubiese libro de los dichos censos, para que por él se supiese los vienes acensuados, esto no se guarda, lo qual es daño conoscido de los compradores. Suplicamos a V. M. mande que lo susodicho se guarde, procediendo criminalmente contra el que ansí impusiere dos veces o más, censos sobre hazienda sin lo declarar, para lo que los compradores vean los que les conbiene, o se provea por aquella vía que más conbenga al remedio de un exceso tan grande, y proveerse sobre ello será mucho bien de estos reynos porque se evitará mucha cantidad de censos que se imponen con color de ser al quitar y nunca se quitan.

A esto vos respondemos que se guarde y execute lo proveydo.

PETICIÓN CLXI

Otrosí, suplicamos a V. M. que qualquier persona que vendiere cualquier posesión, y en la carta de venta que hiciere de ella, la vendiere libre de censo y tributo, y después paresciere que lo tiene, que la Justicia pueda proceder contra la tal persona criminalmente por vía de hurto.

A esto vos respondemos, que las Justicias hagan justicia (6).

Estas peticiones de las cortes de Valladolid de 1548 nos hacen advertir unas realidades distintas, según dijimos. Una tierra cargada con censos que, a veces, da lugar a fraudes... Las cortes parecen pedir que se castigue a quienes los cometen y, al tiempo, revelan que las medidas tomadas—creación de un registro de censos y de la propiedad—no son

(6) *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, Madrid, 1903, tomo V, págs. 444-445.

suficientes, ni adecuadas... En cortes de Valladolid de 1555 se reitera la petición, porque no se guarda, y el monarca Felipe II contestaría: «A esto vos respondemos, que en esto está bien proveydo lo que se deve fazer, y mandamos que aquello se guarde conforme a las peticiones y respuestas que en ello fablan. E puesto que algunas ciudades se guardan, para los pueblos do no se guardan mandamos a los de nuestro Consejo den las provissiones necesarias» (7).

Pero ¿cuál era el sistema establecido en cortes anteriores? Las cortes de Toledo de 1538 habían indicado y sugerido el problema y su solución, que aceptada por el rey se convirtió en ley:

... se excusarían muchos pleytos sabiendo los compradores los censos y tributos e impusi[ci]ones e ipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo qual encubren y callan los vendedores. Suplicamos a Vuestra Magestad mande que en cada Ciudad, villa o lugar donde oviere cabeza de jurisdicción aya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de las qualidades dichas: y que no registrándose dentro de un término no hagan fe ni pueda ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligado a cosa alguna ningund tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor, y quel tal registro no se muestre a ninguna persona, sino quel registrador pueda dar fe, si ay o no algún tributo o venta anterior a pedimiento del vendedor.

A esto vos respondemos que mandamos que se haga así como nos lo suplicays (8).

Poco más tarde se volvía a insistir en cortes de Valladolid de 1542: «quel que huviere de poner censo sobre su hazienda, lo registre ante el scrivano del cabildo y que de otra manera no se puedan imponer y el dicho capítulo no se ha guardado ni guarda y es muy necesario para la república de sus Reynos para que los contrayentes non resciban engaño, se suplica a su magestad mande quel dicho capítulo se guarde y ponga pena a los scrivanos públicos ante quien se otorgaren cartas de censo, que no lo resciban ni den testimonio dellos sin que les conste como está hecho el Registro ante el scrivano del cabildo» (9).

(7) *Cortes...*, V, 695. Es la petición 121.

(8) *Cortes...*, V, 135, petición 64. En nota 3 se dice que este acuerdo no produjo ley ni en la Nueva ni en la Novísima recopilación, con evidente error, pues es la base de *Nueva*, 5, 15, 3, y *Novísima*, 10, 16, 1. En su referencia hay error, que se debe a que lo toma de las cortes de Carlos V que se imprimen en 1545, en donde era la petición 11.

(9) *Cortes...*, V, 194. Véase también la petición 72 en pág. 249.

De estas varias peticiones de cortes se desprende que el problema principal giraba en torno a censos y que, por lo demás, no se cumplía el establecimiento de registros públicos... A inicios del siglo XVIII se recordaban estas leyes—que «de su inobservancia se habían seguido y seguían innumerables perjuicios»—y se establecía su vigencia, a pesar de que no se aplicaban. Debía haber libros de registro en todos los ayuntamientos, en donde inscribir los censos y las escrituras de venta, a los seis días, y los que no lo hubiesen sido con anterioridad a esta disposición, en el plazo de un año. Mas tampoco se lograría que funcionasen aquellos registros de la propiedad y de los censos que sobre ella se estableciesen (10). Son intentos, en unas circunstancias en que no era tan imprescindible la inscripción: porque los poderosos propietarios que eran la nobleza y el clero poseían sus propios medios para precaverse en esta materia. Sus propiedades se transmiten por generaciones e incluso se extienden a costa de los comunes—no hay interés en registrarla—; poseen una jurisdicción y unos medios de coacción que sirven para su defensa; de sus censos, al menos en Valencia para los enfiteúticos, poseen *capbreus* o registros, que guardan constancia de su existencia. A finales del siglo XVIII es, seguramente, más frecuente la transmisión de la propiedad y la burguesía debe estar interesada en registrar sus adquisiciones; si bien estas afirmaciones no están suficientemente contrastadas, parece evidente que los registros están al servicio de pequeñas parcelas y medianas, no son objeto de inscripciones los grandes propietarios feudales. Aquel instrumento de seguridad de la propiedad—que durante siglos no ha podido hacerse funcionar—va a establecerse y desarrollarse ahora con singular fortuna: unas nuevas condiciones sociales y económicas posibilitan su afianzamiento. La revolución liberal hace de la propiedad el centro de la vida económica; frente a la explotación agraria de los señores feudales, aparece una explotación capitalista, basada en inversiones de capital a las tierras. Por ello, la importancia del registro de las propiedades y de los préstamos que usualmente se aseguran con hipoteca; incluso los arrendamientos empiezan a asegurarse con hipotecas.

En estas páginas pretendo, tan sólo una comprensión de las razones esenciales de la aparición de los registros de propiedad, así como un análisis de las disposiciones que los establecen y el examen de algunos de sus libros. En el archivo general del reino de Valencia existen algunas series de los libros de propiedad que se inician en 1768 (11). De

(10) *Nueva recopilación*, Autos, 3, 9, 21; también 5, 15, 1, el auto de 8 de julio de 1717. La primera en *Novísima*, 10, 16, 2.

(11) Son los correspondientes a Sueca y pueblos dependientes—como Cullera, Almusafes, Sollana, Albalat de la Ribera...—, con unas series que comienzan en

esta manera, entendiendo su sentido y la forma en que se realizó en sus primeros años, se alcanza una primera y provisional base para otros trabajos, míos o de quien se sienta interesado en el tema. Porque estas fuentes, estos registros de la propiedad, son de la mayor importancia para conocer las relaciones jurídicas y económicas—las relaciones sociales—en los últimos años del antiguo régimen y sus transformaciones revolucionarias del xix. Porque no hay que olvidar nunca que los discursos de las cortes de Cádiz y la constitución de 1812, la lucha contra Napoleón y los vaivenes entre absolutistas y liberales que conducen al reinado de Isabel II son los aspectos más externos y políticos de una honda transformación que sólo en parte está estudiada (12).

LA PRAGMATICA DE 31 DE ENERO DE 1768

Una pragmática es, en el siglo xviii, la ley de mayor rango, ya que se dicta por el monarca como si estuviera hecha en cortes. Las cortes apenas legislan en el setecientos (13) y, por tanto, las pragmáticas quedan como las de superior valor en el ordenamiento. La extensión del dictado o enumeración de reinos y señoríos, su exposición de motivos, las cláusulas y la expresión de la voluntad real es tajante: «Y para la puntual e inviolable observancia de esta mi Real Resolución en todos mis dominios, se acordó expedir la presente en fuerza de Ley y Pragmática-Sanción, como si fuese hecha y promulgada en Cortes, pues quiero se esté y pase por ella, sin contravenirla en manera alguna; para lo qual, siendo necesario, derogo y anulo todas las cosas que sean o puedan ser contrarias a ésta. Y mando a los del mi Consejo, Presidente y Oidores de mis Audiencias y Chancillerías...» (14). Incluso la misma escasez

torno a la pragmática y alcanzan hasta mediados del xix, con más de un centenar de gruesos volúmenes en folio, por pueblos y en cada uno por años, en papel sellado.

(12) Un planteamiento de sus problemas he intentado en «Derecho y propiedad en la España liberal», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976/77), 463-507. Estudio las realidades e ideas sobre propiedad en la primera mitad del xix, y BARTOLOMÉ CLAVERO, en el mismo lugar, continúa hasta primeros del xx. También B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974.

(13) Incluso cuando lo hacen es a través de pragmática sanción real, como la sucesión de la corona en cortes de 1712-1713. Pueden verse mis estudios «La representación de la ciudad de Valencia en las Cortes de 1709», *Anuario de Historia del Derecho español*, XXXVIII (1968), 591-628, y «Valencia en las Cortes de Castilla de 1712-1713 y en las de 1724», *Anuario de Historia del Derecho español*, XLI (1971), 1027-1062.

(14) *Pragmática-sanción de su Magestad en fuerza de Ley, en la qual se prescribe el establecimiento del Oficio de hipotecas en las Cabezas de Partido al cargo del Escribano de Ayuntamiento para todo el Reyno, y la Instrucción que en*

en el número de pragmáticas—unas veinte entre 1760 y 1776—puede dar idea de su fuerza, frente a otras vías menores de la legislación del siglo XVIII, tales como reales cédulas, reales provisiones, autos... Los registros de la propiedad y de hipotecas venían a establecerse mediante pragmática por la importancia que se les concedía.

Por lo demás, su exposición de motivos no resulta demasiado sugerente. Se limita a hacer referencia a las leyes existentes con anterioridad, para presentarse con la autoridad de una legislación constante, con el peso de la antigüedad y la autoridad de los reyes de varios siglos. Hace mención a la existencia en Madrid de una contaduría, dependiente de la corona desde 1707—de 1646 a esta fecha estuvo enajenada a un particular—. También trata de cómo Felipe V en 1713 intenta poner remedio a la situación, previas consultas al Consejo de Castilla, las chancillerías, audiencias y algunas ciudades... (15). Pero nos interesa atender a su contenido normativo.

Para su estudio pretendemos poner la norma junto a la realidad de su funcionamiento. Comenzaré por estudiar la pragmática ordenadamente, con algunos ejemplos, para, a continuación, entrar en una tipología de los asientos, a través de los primeros años de inscripciones.

1. Organización de los registros

Se basa en los ayuntamientos, ya que es la única organización disponible a nivel general; la corona no posee establecimientos en donde se pueda engarzar, salvo los municipales, y parece que está interesada en hacerlo con rapidez y no demasiado coste. Son los escribanos del ayuntamiento de la cabeza de partido quienes deben llevar en uno o varios libros—la experiencia parece que organizó con pluralidad de libros—cada uno de los pueblos del distrito (16). Su remuneración es por aranceles, con derechos de registro y de certificación que no ascienden demasiado: dos reales por inscripción de escrituras de menos de doce hojas

ello se ha de guardar, para la mejor observancia de la Ley 3, tít. 15, lib. 5 de la Recopilación, con lo demás que expresa, Madrid, 1768, pág. 16. Se ha reproducido facsímil en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. I. *Leyes de 1861 y 1869*, II *Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1974, págs. 41-61.

(15) *Pragmática-sanción*, págs. 2-3. También se halla reproducida en el *Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados y otras providencias publicadas en el reinado del señor don Carlos III*, por don SANTOS SÁNCHEZ, tomo I, Madrid, 1794, págs. 94-100. La *Novísima Recopilación* altera su contenido al unir la instrucción del consejo de 1767, que se inserta, con las disposiciones que da la pragmática.

(16). En los libros que he manejado, del registrador don JUAN MANUEL DE YANGÜES, con cabeza en Sueca, aparece cada pueblo diferenciado. Véase *Pragmática-sanción*, pág. 8.

con complemento si más—y las certificaciones como copias de instrumentos que dan los escribanos, según los reales aranceles (17). Posiblemente son un complemento más de los escribanos municipales, si bien he podido encontrar la transmisión de un registro de padre a hijo y a nieto, no es posible afirmar que se deba a sólo el registro. Más bien, sería por mantener el cargo de escribano del cabildo (18).

En el primer establecimiento de estos oficios de hipotecas se mantuvo en sus derechos adquiridos a los que con anterioridad los tuviesen. Asimismo se hizo intervenir a las chancillerías y audiencias para su establecimiento en los diversos pueblos cabeza de partido (19). Pero la vigilancia y nombramiento de los registros era competencia del ayuntamiento: el corregidor o alcalde recibía lista de los instrumentos registrados en el año... (20). Tan sólo en relación al sellado de los libros—según hemos podido observar—interveníá el juez de primera instancia en cuya circunscripción se halla el correspondiente pueblo (21).

2. *Los libros del registro*

A través de la pragmática, así como de los libros que se conservan en el archivo general del reino de Valencia, podemos dar una completa descripción de los mismos, en sus primeros años de funcionamiento. Al menos los que conocemos, son gruesos tomos en folio, sobre papel sellado del correspondiente año, que comienzan en el año de 1769 con estas palabras:

«Albalat de la Ribera—1769—, Registro de Ypothecas, a consecuencia de la Real Pragmática Sanción de treinta y uno de enero de mil settecientos sesenta y ocho; perteneciente a la Villa de Albalat de la Ribera, para el año de mil settecientos setenta y nueve.»

(17) *Pragmática-sanción*, núm. IX, pág. 11. La imposición fiscal sobre los asientos del registro será posterior; acerca de este tema he de ocuparme en breve por su gran interés para determinar si las escrituras notariales del XVIII y su registro vienen forzadas a alterar los precios por razones fiscales.

(18) Me refiero a los de Albalat de la Ribera, en que he hecho la comprobación, en donde figura JUAN MANUEL DE YANGÜES hasta 1794. Pasa entonces a PASCUAL DE YANGÜES, hasta que en 1822 aparece VICENTE LÓPEZ—debe ser por el trienio—; pero en 1823 de nuevo YANGÜES, hasta 1835, RAMÓN BARREDA; 1839, ANTONIO GRACIA...

(19) *Pragmática-sanción*, XIV, pág. 13, incluso en algunos aunque no sean cabeza de partido, y I, pág. 14.

(20) *Pragmática-sanción*, XI, XII y, sobre todo, XV y XVI, págs. 12-13.

(21) Aparece el sello del Juzgado de 1.ª instancia de Alcira en todas las hojas de los libros, que, por otra parte, están hechos de papel sellado correspondiente al año respectivo, al monarca o período que corresponde, con algunas habilitaciones en épocas de cierto trastorno social...

A continuación la firma del registrador, y al final del año, de nuevo extiende una diligencia: «No se an registrado en este año más Escrituras que las incluidas en las once fojas antecedentes. Juan Manuel de Yan-gües» (22). Esta forma de hacer no es general, si bien responde a formas de la práctica de escribanos, que se adoptan para la nueva función que desempeñan. En las hojas—selladas por el juzgado—se van haciendo asientos de extractos de escrituras, con los detalles esenciales acerca de la propiedad.

Los libros se habían de guardar precisamente en las casas capitulares y en su defecto no sólo serán responsables los escribanos, sino también la justicia y regimiento, es decir, los jueces y ayuntamientos (23).

Además del libro principal, tendrá la escribanía un libro índice o repertorio general, en que, por orden alfabético, se pongan los nombres de los que establecen hipotecas o pagos, con los distritos o parroquias en que están situadas, y a continuación el folio correspondiente; otro por distritos o parroquias, personas obligadas... (24).

3. *Inscripciones o asientos*

Por orden cronológico, a medida que se van presentando, aparecen los asientos en los libros. La pragmática de 1768 establecía la forma de hacerlos «con distinción y claridad». Se toma razón en el pueblo donde está situada la hipoteca o el inmueble, y siendo varias en un instrumento, referidas a distintos pueblos, se haría el asiento en cada uno de ellos. El escribano o notario remite el instrumento que contiene la hipoteca, y reconocido, tomará razón dentro de veinticuatro horas para evitar molestias y dilaciones a los interesados; si el instrumento fuere antiguo y anterior a la cédula, lo despachará en tres días y, si no, le castigará el juez. Si bien los instrumentos anteriores no era obligatorio inscribirlos, sino tan sólo a efectos de su presentación en juicio, en cuyo caso será registrado, pues, en otro caso, los jueces no podrán juzgar con tales instrumentos, ni hará efecto (25). La inscripción para hipotecas y censos es constitutiva u obligatoria y, en definitiva, de ella es de quien se ocupa la ley con amplitud; sin embargo, la realidad cambiará este sentido, ampliando el registro a relaciones de propiedad, incluso algunas sobre bienes muebles, como tendré ocasión de mostrar.

(22) *Contaduría de hipotecas*, en el archivo general del reino de Valencia, Albalat, núm. 1, fol. 1. Llevan la foliación por años, salvo alguno foliado reciente, por ello es mejor la referencia a las fechas de los asientos.

(23) *Pragmática-sanción*, I y XIII, págs. 8 y 12.

(24) *Pragmática-sanción*, VIII, pág. 11. En los primeros no aparece el repertorio, tan sólo un índice en 1774 y siguientes de las cargas que se inscriben en relación con la orden de aquel año, de que me ocupo más adelante.

(25) *Pragmática-sanción*, I, II y III, págs. 8-9, y VIII, pág. 16.

La mecánica del registro viene regulada por la ley. Deberá exhibirse primera copia—salvo caso de pérdida o extravío de algún documento antiguo, en que valdrá otra copia con autoridad del juez—. Los escribanos que otorgan documentos de hipoteca, deberán advertir que se ha de tomar razón dentro del término de seis días si el otorgamiento es en la cabeza de partido y de un mes si en cualquier pueblo. Ejecutado el registro, el escribano pone nota en el instrumento exhibido: «Tomada la razón en el Oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy» (26). La ley señala las menciones que deben constar. «La toma de razón—dice—ha de estar reducida a referir la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación o fundación, diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravamen de esta clase, y los bienes raíces gravados o hipotecados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, cabidas, situación y linderos, en la misma forma que se expresa en el instrumento; y se previene que por bienes raíces además de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden también los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravamen o constituir hipotecas» (26).

Veámoslo en un concreto asiento:

DÍA 11 DE MARZO 1769

En onze de marzo de mil settecientos setenta y nueve se registró la Escritura de Venta de una Casa con su Corral, situada en el Poblado de la Villa de Albalat de la Ribera en el Arraval nombrado de San Pedro, con lindes Casas de Vicente Morell, en el [...] de la Casa de Joseph Costa y en la Casa de la Viuda de Manuel Marqués, Camino de Sueca en medio, tenida y obligada al Dominio Mayor y directo del Excmo. Sr. Marqués de Belgida, dueño de dicha villa, a cierto censo, con luismo, fadiga y demás del enphiteusis, y libre de otro tributo; otorgada por Thomás Rodríguez, Labrador, a favor de Angela Chordí, Viuda de Manuel Pals, vecinos de dicha Villa, ante Emanuel Garrido, Escribano de la misma, en Veinte y uno de febrero de este año, y con precio de Veinte y siete libras, que recibió Veinte y dos de contado, y las cinco restantes se las ha de pagar en San Juan de Junio de este año (27).

(26) *Pragmática-sanción*, II, III, IV la cita literal, V, X, págs. 8-10, 11-12, y V, pág. 10.

(27) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, fols. 1 r.-1 v. Es el primero que aparece. Véase nota 34.

Salvo la cabida—que no suele darse en las casas, aunque sí en las tierras—todas las demás menciones exigidas se encuentran en éste como en los demás asientos que hemos visto. El dominio feudal sobre las tierras, que se muestra en todos los asientos, no necesita especificarse, ya que el señor posee suficientes medios para hacerlo efectivo; pero sin duda, al seguir la práctica notarial del momento, aparece como censo de población a veces o—en las tierras sobre todo—como dominio mayor y directo que tal vez se ha convertido en un censo enfitéutico; en algunas ocasiones se liquida, con determinación de cuánto significa. Luego me ocuparé, en concreto, de ello.

DIVERSOS ACTOS Y SUS ASIENTOS EN LOS LIBROS

Desde la ley, es evidente que se ha creado un registro dirigido en especial a la inscripción de hipotecas, censos y demás cargas sobre la propiedad. Se establece—porque en verdad no se restaura—un instrumento que dé publicidad a las cargas que afectan a la propiedad. En la realidad, al menos en los libros que hasta el momento he tenido ocasión de ver y consultar, se introduce cierta matización:

1. Se registra, en la mayoría de los casos, la propiedad; las ventas que se realizan de inmuebles, casas y tierras, para asegurar a sus propietarios de esa propiedad. Se le da una mayor extensión—que por lo demás cabía perfectamente en la pragmática, aun cuando no fuera su intención primordial que era impulsar el capital—. Incluso a veces, con una extensión un tanto desmesurada. Mientras, las hipotecas en sentido estricto, en sus inicios apenas aparecen en sus páginas.

2. Su vieja estirpe de registro de censos resulta también muy manifiesta: son muchos los censos que aparecen, quizá anteriores—ya no es tiempo de su constitución—, pero que revelan el estado de las tierras en el antiguo régimen.

La mayoría de los asientos de los años 1769 a 1786 que hemos visto para las poblaciones de Albalat de la Ribera y de Sueca, en la provincia de Valencia, son ventas—con la mención del dominio señorial o directo del marqués de Belgida—. Sencillamente se registra la propiedad, aun cuando a veces puede ir acompañado de censos particulares. Porque otras veces aparece el censo enfitéutico como dependencia señorial, que se expresa también por el dominio mayor o directo, o referido al censo de población. Son tierras de señorío y están todas ellas, en términos genéricos, sujetas al señor feudal, indicándose o no la cuantía de esta carga señorial-territorial. Así, en diversos asientos se especifica que el dominio mayor tiene «luismo y censo de quatro sueldos por cada diez y ocho fanegadas»,

«a censo de dos dineros por hanegada el arrozar», o, más explícita, «sugeta al dominio mayor del Señor Marqués de Belgida, a censo anuo de quatro sueldos por cada diez y ocho hagenadas, pagaderas en Navidad, con luismo, fadiga y demás del enfiteusis» (27). No interesa a la inscripción cuando esta dependencia es general y no se está buscando directamente su aseguramiento, ya que el marqués está ajeno al negocio, salvo para cobrar su luismo o laudemio. Interesa, cuando aparece una carga específica a favor de otra persona, e incluso a veces del propio marqués, que ha añadido al viejo censo feudal un nuevo préstamo por nuevo censo. Veamos un caso, por aclarar la exposición.

En quatro de abril [de 1770] se registró una escritura de reconocimiento de censo, otorgada ante Bautista Pont, Escribano, en diez y ocho de Marzo, por Francisco Gaus, del Lugar de Poliñá, como curador de Josef Claver, hijo de Vizente, vecino de Albalat, de un censo de capital de doscientas libras, con pensión de seis libras annuas, en veinte y seis de octubre, cargado por Anna María Ferrer, Viuda de Andrés Beldrán, vecina también de Albalat, ante Pedro Juan Grau, Escribano, en veinte y cinco de octubre de mil seiscientos noventa y ocho, sobre una tierra en el término de Albalat, partida del *Pontet redó*, que linda con tierras de Jayme Andrés, a favor del clero y capellanes de la Universidad de Sueca, y aora se halla sobre una casa, calle del Ospital, en dicha villa de Albalat, y linda con casas de Sebastián López, de la Viuda de Juan García, de Mattías Boldix y dicha calle, que fue nueva hipoteca por Antonio Claver ante dicho escribano en onse de Enero de mil setecientos y uno, y aora le pertenece a dicho menor la referida casa (28).

El asiento muestra un antiguo cargamiento de censo—que se cambió su objeto a principios de siglo—que ahora se reconoce. Es una carga que se inscribe neta, si bien resulta corriente que aparezcan en las escrituras de venta, y en otras, al describir la propiedad.

En cambio, no existen hipotecas apenas—precisamente en el texto anterior se identifica la carga del censo con hipoteca—. Las que hemos encontrado en los primeros años provienen de comerciantes de Valencia—de la burguesía ciudadana—que asegura sus cuentas por este procedimiento. ¿Son préstamos o mero envío de mercancías?

(28) Se trata de un censo redimible, como el que se cita en la nota 43, que se encuentra en A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, fols. 6 v.-7 r. Advierto que la paginación corresponde a cada año.

En el día veinte y seis de Mayo [de 1771] se registró una escritura de obligación otorgada ante Vicente Francisco Madalenes, Escribano, en cinco de Abril de este año. Por Mariano Gilabert, vecino de Albalate, a favor de Orcades, Monich y Compañía, Comerciantes de la Ciudad de Valencia, de setecientas dos libras, trece sueldos y tres dineros a pagar en Todos Santos de este año. Hipotecando especialmente treinta fanegadas de tierra huerta, sitas en el término de la referida Villa, Partida de las Chovades, que lindan con tierras de Bautista Llopis, de Nadal Gozalbo, del Conde de Fuenclara y con el río Júcar (29).

O bien esta obra, que posee idéntica característica:

En catorce de Marzo [de 1772] se registró la escritura de obligación ante Vizente Francisco Madalenes, Escribano, en veinte y quatro de Febrero de este año, por Francisco Suelbes de Juan, de trescientas quarenta y cinco libras, quatro sueldos y quatro dineros, a favor de Claudio Arráiz, Comerciante maltés, de géneros que tomó de éste, a pagar en dos plazos iguales en San Juan y Todos Santos, e ypoteca veinte y quatro fanegadas de tierra, en término de Albalate, Partida de la Vintivuitena, lindes Dn. Sebastián Figueres, Pasqual Mulet, Vicente Llovel, Mulet del Pie de la Cruz y herencia de Raymundo Balaguer (30).

En la última queda claro que ha sido por entrega de mercancías, aun cuando es éste un extremo que puede fingirse para evitar toda idea de usura. Pero me interesa resaltar que la hipoteca funciona a niveles de comerciantes, mientras que el crédito para el campo posee otras soluciones: censos, aunque han desaparecido y, sin duda, las ventas a carta de gracia. Si bien este último extremo es difícil de probar—puede incluso estar en un momento posterior, cuando el campesino por falta de dinero se ve obligado a deshacerse de su heredad. Léase con detenimiento la siguiente: «En siete de Mayo [de 1770] se registró una Escritura de venta a carta de gracia, otorgada ante Josef Cebolla y Fita, Escribano, en el día dos del corriente, por tiempo de ocho años, contados desde el día de la fecha de ésta por Mariano Gilabert, Labrador, vecino de Albalat, a favor del P. Juan Bautista Sanz, Presbítero de la Real Casa de Congregación del Oratorio de San Felipe Neri de la Ciudad de Valencia, como Admi-

(29) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm 1, fols. 3 v. de 1771.

(30) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, fol. 5 r. de 1772. Véase otra en fol. 8 r. de un alto militar de Valencia. En cambio, en núm. 94, de Sueca, años 1774-1786, aparecen obligaciones sin hipoteca cuando se trata de venta de mulas, 1786, folios 9 r-9 v.; igualmente 1774, 23 v.-24 r.

nistrador de la Administración fundada por el P. Dr. Dn. Luis Escrivá, de veinte y seis fanegas de tierra huerta, plantadas de moreras, olivares y dos nogales, en la Partida de les Chovades, que lindan con tierras del vendedor, de Bautista Llopis, del Luis Pasqual, de P. Juan Martí, de la Condesa de Fuenclara, en el río Júcar y en el camino de Algemés, tenuta al Dominio mayor del Marqués de Belgida a censo anuo en Navidad de seis sueldos; por precio de ochocientas libras, de que se revajó el doble capital y luismo; e hip[ot]eca especialmente para la seguridad una casa sita en dicha villa, que linda con corral de la Señoría, con casa de Joaquín David, de Manuel Mulet y de Jayme Segura, en la calle que va del orno viejo al Castillo» (31). Es, sobre todo, el clero y la nobleza quienes usan carta de gracia en las ventas...

En forma excepcional aparecen toda clase de inscripciones o asientos en cuanto poseen relevancia para la propiedad de inmuebles. Incluso se deslizan algunas referidas tan sólo a muebles. «En diez y ocho de Mayo [de 1772] se registró la Escritura de Bodas, por la que Francisco Exea del Conde, le constituye en dote a su hija Josepha en el matrimonio con Vicente Plá de Vicente, en diferentes muebles, ciento noventa y seis libras quinse sueldos, ante Juan Bautista Cerrador, Escribano, en treinta y uno Agosto mil setecientos sesenta y cinco» (32).

La propiedad de los inmuebles puede verse afectada por diversos actos o contratos, siendo éstos los que recibirán acogida en las páginas de nuestro recién nacido registro. La realidad supera las previsiones de la pragmática, desde los primeros años, aun cuando lo contemplemos desde una villa o pueblo de reducidas dimensiones. Así, podemos encontrar *ventas*, de que ya dimos algún ejemplo, en gran número. Y junto a ellas, inseparables, *permutas*:

En el propio día [23 de diciembre de 1769] se registró la Escritura de Permuta, por la que Antonio Gallud, Labrador, da seis fanegas en quatro pedazos juntos de tierra campa, en término de Albalate, partida de la Vintiquatena, lindes Mateo Gilbert y Oliver, Jayme Segura de Onofre, Convento del Pie de la Cruz de Valencia y Camino de la Palmella, tenuta al dominio mayor con todas cargas de población al Marqués de Belgida, por precio de treinta y dos quartones de tierra parte campa y plantado de viña, con dos olivos, en otro tiempo partida de Salt, lindes don Roseldo Mateu, Bautista Llop y Eres, de Gerónimo Marzo

(31) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, 1770, fol. 8 r. También en núm. 94, 1785, en favor del conde de Fernán Núñez, fols. 9 v.-10 r.; en 1786, fol. 1 r., a favor de una viuda. Me muevo en un terreno de primeras hipótesis, a falta de una seriación amplia.

(32) Está en *Hipotecas*, núm. 1, 1772, fol. 6 r.

y de Vicente Claver, tenida al propio dominio y a un censo redimible, capital sesenta libras, al clero de Albalate, pensión en ciertos días, precio ciento veinte y cinco libras, otorgada ante Manuel Gozalbo, Escrivano, en veinte y dos de mayo de este año. Buelve Gallud a Talens, rebajadas cargas treinta y cinco libras (33).

En verdad no es pura permuta, sino un negocio más complejo—diríamos hoy—, ya que hay unas cargas y un pago de precio...

También aparecen *ventas judiciales*:

En el día 5 de julio [de 1771] se registró una escritura de venta judicial, otorgada ante Pascual Villaseca, Escrivano, en ocho de junio de este año. Por Pasqual Meulet, Alcalde ordinario de la villa de Albalate, en favor de Ambrosio Giner, vecino de la Huerta de Valencia. De diez hanegadas, dos quartones y treinta y cinco brazas de tierra, plantadas de moreras, en el término de dicha villa, y partida de la Vintihuitena, que linda con tierras de Vicente Gilabert, del comprador, del Clero de dicha Villa, de Bautista Alonso y de don Jaime Rumbau, sujeta al dominio mayor del Sr. Marqués de Belgida, a censo annuo de quatro sueldos por cada diez y ocho hanegadas, pagaderas en Navidad, con luismo, fadiga y demás del enfiteuzis. Por precio de doscientas sesenta y siete libras y tres sueldos, que depositó para pagar al Convento de san Agustín de Alcira, quarenta y cuatro libras de pensiones de un censo redimible, capital de doscientas libras, que responde Francisco Alipús, como heredero del Dr. Pedro Alipús, sobre cierta tierra en dicho término y partida, parte del de quatrocientas libras, cargado por dicho Dr. Alipús en favor del P. Maestro Fray Felipe Paradell de quien es heredero el referido convento y quien ejecutó a dicho Francisco Alipús, según Autos y demás de Lugares que cita (34).

También *declaraciones de obligación*, afectando en ocasiones bienes para su pago; o asimismo, se registran escrituras en relación con la dote o con testamento y particiones. Todo cuanto pueda afectar a los bienes inmuebles de los que han otorgado escrituras, accede al registro desde el primer momento. Un instrumento de mayor seguridad de la propiedad inmueble y de las transacciones y actos sobre la misma.

Creo que con los libros que he manejado, se puede establecer una

(33) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, 1769, fol. 10 v.

(34) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, 1771, fols. 4 v.-5 r.

primera tipología de los diversos actos y escrituras que se registran en ellos:

a) En primer lugar, ventas, permutas y también ventas judiciales, de que he dado ya algunos ejemplos.

b) En segundo, hipotecas y, sobre todo, censos. De éstos he de volver a tratar, al referirme a las órdenes de 1774.

c) Arrendamientos, ahora no muy numerosos, pero que se generalizan, precisamente para asegurar su pago con hipotecas. Veamos un ejemplo: «En el día tres de julio del año mil setecientos ochenta y cinco, se registró una Escritura de Arriendo otorgada ante Vicente Ferrer, Escribano, en veinte y seis de noviembre de mil setecientos ochenta y cuatro por Vicente Beltrán Lledó a favor de Ladislao Portales Creus, vecinos de Sueca, de una casa en la misma, en la calle de la Punta [?], que linda con casas, propia de Blas Pont y de Manuel Artal, por tiempo de quatro años, contadores desde el día de la fecha en esta y por precio en cada uno de treinta libras, para lo qual hipoteca dicha casa» (35). Sería este caso especial, porque no se comprende que se hipoteque la casa arrendada; en otros se percibe mejor la hipoteca de otro inmueble para responder el arrendatario del precio del arriendo. Estas hipotecas se generalizarán en el XIX.

d) Escrituras de obligación, en general, que se refieren a los más diversos negocios, en muchas ocasiones por razón de dote, tanto en su constitución, subrogación de parafernales o extinción. Veamos algunos ejemplos:

En este mismo día [15 de octubre de 1773] se registró una Escritura de Cartas Matrimoniales otorgada ante Josef Juan, Escribano, en veinte y dos de agosto de este año: por Jaime Segura y Manuela Varea, consortes, a favor de su hija Antonia Segura, vecinos de Albalate, casando con Onofre Llopis, de la misma villa, en la que la constituye en dote ciento cinquenta y ocho libras, diez y ocho sueldos, en ropas y seis hanegadas de tierra arrozar, sita en el término de dicha villa y partida de los Jovades, que lindan con tierras de la Vda. de Bernardo Corts, de Bautista Esparsa y camino de la Palmella: tenido a todos cargos de Población al Sr. Marqués de Belgida. Por precio de doscientas diez y seis libras, a treinta libras la hanegada.

(35) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm 94, 1785, fol 16 r.; también 1786, fols. 12 v.-13 r. y 15 r.-15 v.; distinta hipoteca por deber arriendos a una señora de Madrid, por deudas de 1.690 libras, varios labradores, fol. 8 v. Después los arriendos asegurados con hipoteca se harán frecuentísimos en los arrozales de Sueca, según he podido ver en registros de mediados del XIX.

En el mismo día [29 de diciembre de 1772] se registró escritura de subrogación en ocho fanegadas de viña en término de Albalate, partida de Salt, lindes Manuel Mulet, Antonio Gallud, Vda. de Sebastián Mulet, tenida al dominio mayor con luismo y censo de quatro sueldos por cada diez y ocho fanegadas al Marqués de Belgida, por Francisco March y Rocher a favor de su muger Francisca March, para reintegrarla de parte de sus parafnales enagenados ante Pasqual Villaseca, escribano, en ocho de los corrientes.

En diez de agosto de mil setecientos sesenta y nueve se registró la escritura de pago y restitución de dote: otorgada ante Manuel Gosalbo, escribano, en veinte y dos de julio de este corriente año. Por Joaquín Rubio, labrador, vecino de Albalate, en favor de Margarita Mata, su consorte, en virtud de Auto del Alcalde de veinte y cuatro de diciembre de mil setecientos sesenta y seis, le da trescientas diez y nueve libras y treze sueldos para pagar diferentes créditos, y sólo le queda en abono a cuenta del Dote ciento treze libras y treze sueldos, y después de diferentes bienes muebles le adjudica una casa en Albalate frente de la Barca, tenida al dominio mayor del Marqués de Belgida con todos cargos de Población y con el de haver de pagar al Marqués de Cuquella noventa y seis libras, estimada en valor de ciento y cinquenta libras. Seis fanegadas de tierra secano en dicho término, Partida de la vintiquitena, en valor de cuarenta y ocho libras, y cuatro fanegadas con una olivera en dicho término y Partida en valor de cien libras (36).

e) Otro grupo puede establecerse con los negocios que se refieren a la muerte, tales como testamentos y particiones, que también se asientan de forma excepcional. Veamos las menciones que se recogen en los asientos:

En veinte y ocho de diciembre [de 1769] se registró la escritura de testamento ante Juan Bautista Cerrador, Escribano, en tres de los corrientes, de María March, Vda. de Tomás Requeni, vecina de Albalate, por el que lega a Tomás Requeni, su hijo, siete fanegas de tierra campa en término de Albalat, partida de la Mola, lindes Andrés Carrasco, Francisco March y Rocher, con obligación de pagar diez libras de bien de alma. Lega a Jo-

(36) Por su orden, A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, 1773, fols. 7 v.; 1772, 9 v.-10 r., y 1769, 9 r.-9 v.

seph Requeni, su hijo, media casa, calle del Castillo, a la parte que confina con Pascual Balaguer Callizo, que va al varco en medio, con obligación de dar habitación a Francisca Requeni, Doncella hasta tomar estado; en cuya casa hay dos censos uno a la parroquia de Albalate y otro a la de Algemés. También lega a Joseph y Pedro Juan diez fanegas de tierra en dicho término, partida de la vintiquitena, lindantes Tadeo Casaus, de don Joaquín Figueres y de Vicente Morell. Con obligación de dar a dicha Francisca Doncella, veinte libras, siempre que las pida.

En el mismo día [26 de noviembre de 1769] se registró la Escritura de División y Partición de los bienes y erencia de Josepha Martí, consorte de Pasqual Cerrador: Otorgada ante Juan Bautista Cerrador, Escribano en nueve de Noviembre de mil setecientos sesenta y cinco, en la qual pertenece el cargo del censo referido en la Escritura antezedente impuesto sobre la referida casa a Joseph Cerrador y Gertrudis por mitad... (37).

Este último asiento es sólo parcial, en relación con negocio de venta de una casa, que aparece registrada antes. Pero, por no transcribir una partición completa, ya que son extensas, basta para dar idea del inicio del asiento.

Con los diversos asientos transcritos, se puede apreciar con claridad el sentido y las posibilidades que, desde sus inicios, tenía el registro de hipotecas o de propiedades. Pero todavía, por una real orden—o mejor dos—del año 1774 se completaba su normativa.

LAS ORDENES DE 1774

Son poco conocidas, por lo que convendrá, antes que nada, transcribirlas: tratan de conceder plazo para que las hipotecas y los censos se inscriban en su totalidad. No lo lograrían, de manera que una copiosa legislación, que alcanza hasta mediados del XIX, seguirá demorando la posibilidad de inscribir las cargas e hipotecas de la tierra y los inmuebles (38). Las órdenes decían:

Con fecha de 26 de Febrero de este año, se comunicó de orden del Consejo a las Chancillerías y Audiencias de estos Reynos la siguiente:

(37) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 1, 1769, fols. 12 r. y 10 r.

(38) Una relación de las sucesivas prórogas puede verse en la circular de 12 de julio de 1825, *Decretos Fernando VII*, X, 218-223.

Por los Patronos de la obra pía y fundación de Escuela, que para la enseñanza de niños hizo en la villa de Villabelayo Don Juan Gutiérrez de Velasco, cura que fue de ella, se ha ocurrido al Consejo, exponiendo, que a la misma obra pía correspondía un censo redimible de seis mil reales de principal, impuesto por Manuel Domingo de Pedro, María Ibáñez, su muger y otros vecinos de la Villa de Quintanar de la Sierra, por escritura otorgada en ella a seis de Julio de mil setecientos cinquenta y seis: Que estando debiendo los réditos de tres años se había solicitado por dichos Patronos ante la Justicia de la referida Villa del Quintanar ejecución para su cobro, a lo que se opusieron dichos Manuel Domingo de Pedro y Consortes, con motivo de no estar tomada la razón de la expresada Escritura en el Oficio de Hipotecas de aquel Partido, conforme a la Real Pragmática expedida en este asunto. Que el haver dejado de cumplir con la nominada toma de razón, fue motivado de no hallarse los expresados Patronos con noticia de la citada Real Pragmática, por lo que parecían acreedores a la benignidad del Consejo; y que para evitar el gravísimo perjuicio que resultaría a dicha obra pía, y por consiguiente a la causa pública, porque cesaría la educación de la juventud en aquella villa, se sirviese el Consejo mandar que por el Contador de Hipotecas del Partido, en que era comprendida la citada villa de Quintanar (y sin embargo de que se huviese pasado el término asignado en la misma Real Pragmática) se tomase razón de dicha escritura de censo.

Enterado el Consejo de esta instancia, de lo expuesto por el Señor Fiscal, y para que en adelante se escusen recursos particulares semejantes al que va referido, y se logre que en las Contadurías haya una razón general de todos los censos y gravámenes para seguridad de los poseedores de bienes raíces, por Auto proveído en veinte y ocho de enero próximo pasado, entre otras cosas, ha acordado este Supremo Tribunal, que las Chancillerías y Audiencias del Reyno dispongan que en todos los Pueblos de sus respectivos territorios se fixe Edicto con el término de sesenta días perentorios, para que dentro de él, las personas que tuvieren Censos a su favor o Hipotecas, acudan a tomar razón de las Escrituras en las Contadurías de Hipotecas de sus Partidos; en cuyo término no escusen éstas a tomar la citada razón, como pretexto de haverse constituido el Censo con anterioridad a la promulgación de la Real Pragmática.

De resultas de haberse puesto en ejecución la orden antecedente, se han hecho al Consejo diferentes recursos por algunas

Comunidades y Particulares exponiendo la imposibilidad de poder presentar en tan corto término las Escrituras en las Contadurías de Hipotecas y la dificultad de que éstas puedan evacuar en el mismo las tomas de razón. Y enterado el Consejo, por Decreto de 21 de junio próximo se ha servido prorrogar por un año más el referido término, para que dentro de él se tome la razón de las Contadurías de Hipotecas de las Escrituras de Censo en la forma que está mandado por la circular de 26 de febrero de este año, que queda referida; y de orden del Consejo, lo participo a Vuestra Excelencia a fin de que, haciéndolo presente en el Acuerdo de ese Superior Tribunal, se halle enterado y proceda a su cumplimiento en la parte que le toca, comunicándolo a los Pueblos de su distrito en los propios términos que lo practicó con la antecedente: y del recibo de ésta me dará Vuestra Excelencia aviso para noticia del Consejo.

Dios guarde a Vuestra Excelencia muchos años. Madrid, 1 de julio de 1774.

Excmo. Señor

Dn. Pedro Escolano

De Arrieta [rubricado] (39)

He reproducido estas órdenes, aun cuando son extensas, porque son muy poco conocidas. Y tienen gran interés: en el deseo de que la inscripción sea constitutiva para las hipotecas, parecía decaer el derecho de quienes no hubiesen llevado al registro los viejos censos. Ello era injusto, y se van prodigando plazos para una inscripción de las cargas que existieren sobre las tierras y casas...

En los años 1774 y siguientes se produce un aluvión de inscripciones que, sin duda, tienen interés para estudiar los censos enfitéuticos o los redimibles en las comarcas respectivas. En Albalat de la Ribera o en Sueca, aparecen inscritos aparte y muestran particulares caracteres. Los más de los censos que se presentan a inscripción pertenecen a censualistas eclesiásticos... También puede apreciarse que muchos de ellos, sobre todo los pequeños censos en favor de la iglesia parroquial, proceden quizá de limosnas varias, cargadas sobre las tierras o casas de los pequeños campesinos... A veces son de tan sólo tres dineros, hasta llegar a un par de libras anuales, los que aparecen cargados en beneficio de la parroquia de Santa María y San Miguel de Sueca... (40). También, los más antiguos

(39) A. G. R. V., *Acuerdo 1774*, fol. 280 r., ss. Está impresa, salvo la firma y la dirección, en ésta al conde de Sayve, capitán general de Valencia y presidente de su Audiencia.

(40) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 94, 1785, 14 r.-17 v.

de esta parroquia, remontan a finales del xvii y parece que se agrupan en fechas determinadas hasta 1763, indicando quizá momentos de restauración o de solicitud de ayuda por los clérigos. Porque, en general, parece que los censos han dejado de establecerse—estas limosnas parece que siguen otra regla—a mediados del xviii, por la reducción al tres por ciento ordenada por Fernando VI (41).

En un estudio primero de los censos inscritos desde 1774 a 1781 en Albalat, parece que la mayoría de sus tenedores son eclesiásticos o algún noble. Entre los primeros, con frecuencia, parroquias o conventos de Valencia... En fin, se forzaba a la inscripción de los censos en una época en que éstos caminaban hacia su extinción, por las restricciones que se habían establecido y las que pronto empezarían a imponerse, con facilidades para su redención (42). Los viejos censos enfitéuticos o los redimibles aparecen—como una instantánea de la situación de las tierras, siquiera incompleta—en las páginas de los registros: «... se registró la escritura de Cargamento de censo redimible, capital quarenta libras, pensión correspondiente en Navidad, sobre veynte y dos hanegadas de tierra en dicho término, Partida de Vilella, lindes Josef Beltrán de Juan, María Ximeno, Viuda de Pedro Juan Segarra, Pedro Cerrillo, Antonio Piera, Josef Ramón [?] y Bautista Manes: otorgada por Matías Martí, vecino de Sueca, a favor del Clero de dicha villa, ante Pedro Juan Grau, Escribano, en catorze de julio de mil seiscientos noventa y ocho» (43). La inscripción se hacía en 1774.

PERSPECTIVA DE ESTE ESTUDIO SOBRE REGISTROS DE PROPIEDAD

Creo que los orígenes del registro de la propiedad no han sido estudiados—ni tampoco su continuación—con suficiente profundidad; estas páginas intentan ser un inicio al tema, una presentación de posibilidades

(41) Me refiero a la *Pragmática que su Magestad ha mandado promulgar, reduciendo los réditos de los Censos de la Corona de Aragón del cinco al tres por ciento, conforme a la que se publicó para los Reynos de Castilla y León en veinte y tres de Febrero de mil setecientos y cinco, con varias declaraciones*, Año 1750. En Madrid. Por Antonio Sanz, Impresor del Rey N. Señor y de su Real Consejo. Y por su original, en Valencia, por la viuda de Antonio de Bordazár, Impressora de la Real Audiencia. Sobre estos problemas, M. PESET REIG, «Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho español*, XLII (1972), 657-715.

(42) A. G. R. V., *Hipotecas*, núm. 2. Desde 1774 a 1781 se inscriben aparte de la toma de razón usual de cada año—al igual se hace en Sueca—. Un estudio más profundo de estos materiales ha realizado TELESFORO HERNÁNDEZ con destino al coloquio de historia de Valencia, celebrado en abril de 1978 en Pau (Francia) que se halla en prensa.

(43) Es de *Hipotecas*, núm. 94, Sueca, 1774, fol. 21 r.

y cauces. No se trata de recoger los aspectos curiosos que pudieran poseer estos materiales que presento: alguna ley, asientos de cómo era la práctica... Más bien es menester—y ahora sólo se inicia—aclarar el sentido indudable que poseen estos instrumentos de registro de la propiedad y de sus cargas. A continuación, conocer su funcionamiento—sus diversos asientos, sus contenidos—para saber cómo se llevaba el registro en sus concretos detalles. Con ello, estableceríamos un conocimiento jurídico de los registros: no sólo las leyes, que son demasiado abstractas, también su aplicación. Pero no creo que cese aquí su interés, en esta historia más externa de los registros, porque son un instrumento magnífico para conocer la propiedad y sus características desde su aparición hasta nuestros días. De más fácil manejo que los protocolos notariales—por la concisión de sus asientos—sirven muy directamente, a través de seriaciones, para determinar, dentro de su fiabilidad, propietarios, extensiones... quizá precios, aun cuando éstos presentan problemas indudables... En fin, son éstas las cuestiones que quedan abiertas a quien quiera estudiar los registros de propiedad con un sentido actual y penetrante: hoy me he limitado a una descripción y una cierta valoración de las leyes, los asientos o práctica... Espero que en breve pueda continuar la tarea.

MARIANO PESET

Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia

SUMARIO: I. *La subrogación real en el régimen legal de gananciales*: A) La subrogación en los bienes propios de los cónyuges: a) Subrogación real por permuta. b) La subrogación real por derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges. c) Bienes propios por compra con dinero exclusivo de la mujer o del marido. d) Otros casos de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges. e) ¿Qué ocurre en el seguro de vida designándose beneficiario al cónyuge sobreviviente y cuyas primas se hubieran satisfecho con dinero ganancial?—II. *La subrogación real en el régimen dotal*: a) Subrogación real por dación en pago de la dote. b) Otros casos de subrogación real en los bienes dotales establecidos en el Código Civil.—III. *Pruebas del carácter privativo de los bienes en la comunidad legal de gananciales*: a) ¿Quién puede hacerla? b) ¿Por qué medios? c) Tiempo en que puede hacerse la prueba.—IV. *El problema de la compraventa con precio aplazado en la sociedad de gananciales*: Su repercusión en el Registro de la Propiedad.—V. *La subrogación real y la inestabilidad monetaria*.—VI. *La subrogación real en el régimen paterno filial*.

I. LA SUBROGACION REAL EN EL REGIMEN LEGAL DE GANACIALES

Más que en cualquier otra rama del Derecho la subrogación real ha sido estudiada, particularmente, en los regímenes de comunidad limitada de bienes y en el régimen dotal. Por el contrario, carece de subrogación real de utilidad teórica y práctica en los regímenes de separación de bienes o en los de comunidad absoluta.

Es regla fundamental del régimen legal de gananciales, que es el legal supletorio del artículo 1.315 del Código Civil el mantener el equilibrio

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

entre las distintas masas de bienes que pueden darse en la comunidad: bienes propios de la mujer, dentro de los cuales pueden haber bienes parafernales y dotales, bienes propios del marido y bienes gananciales. Para mantener este equilibrio patrimonial existen dos sistemas: uno que se practica a la disolución de la comunidad conyugal, y otro, que es el que nos interesa, que actúa durante el matrimonio previniendo y evitando un enriquecimiento injusto, que es el principio de subrogación real.

La subrogación real no actúa en esta institución de manera subsidiaria, sino que es llamada en primer lugar para asegurar el funcionamiento de este régimen. El sistema de las recompensas o reembolsos no es en este régimen sino un método subsidiario para mantener también el equilibrio patrimonial entre los bienes propios y los comunes, y sólo interviene cuando la subrogación real no se ha producido. El principio de la subrogación real, el más enérgico para mantener el equilibrio deseado, se nos presentaba además no sólo como un reforzamiento del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial (antes de la reforma del 2 de mayo de 1875), sino también como un medio, que al mismo tiempo que acentúa la tendencia individualista de los patrimonios, ayuda y hace posible una estrecha colaboración entre ellos; por eso en esta institución se la ha llamado «subrogación real institucional».

Por medio de la subrogación real las distintas masas patrimoniales que pueden darse en el régimen legal de gananciales conservan, a lo largo de él, su autonomía e identificabilidad en cuanto a su composición, a pesar de la aparente confusión que parece existir durante el matrimonio sujeto a este régimen. Pero el verdadero campo de aplicación y su verdadera razón de ser se encuentra sólo en los bienes propios de los cónyuges y en los bienes dotales. Los bienes gananciales, como los propios y dotales, constituyen un *patrimonio diferenciado* y, por tanto, campo propicio para que actúe la subrogación real, pero también es verdad que tal como está regulado este patrimonio ganancial en nuestro Código Civil, la subrogación real se nos presenta como un principio inútil, puesto que se obtienen sin ella los mismos resultados.

El hecho de que el artículo 1.407 del Código Civil repunte como gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, hace que la aplicación de nuestro principio sea innecesario. La subrogación real, como hemos dicho siempre, es un remedio subsidiario que sólo se da cuando no hay otro remedio para mantener los bienes en su individualidad y afectación; quizá, como dice ROCA SASTRE, se puede sobrentender, pero en realidad la subrogación real en los gananciales es inútil e innecesaria para justificar la atribución del carácter ganancial a un bien ya atribuido por el artículo 1.407 del Código Civil. Los bienes adquiridos durante el matrimo-

nio con caudal común o con otros medios no privativos de los cónyuges, son automáticamente comunes sin que se tenga que atribuir este resultado al principio de subrogación real: el mismo resultado no supone necesariamente el mismo principio; no obstante, la doctrina española y a veces también la jurisprudencia (1) hacen referencia a la subrogación real al considerar los bienes gananciales. Desde el punto de vista jurídico, dice LAURIOL (2), el ganancial es sobre todo un bien futuro adquirido durante el matrimonio; un bien adquirido a título oneroso por los esposos, ya separadamente, ya en común, y su procedencia es generalmente común; como capital, dice, es un valor todo nuevo, de lo que se deduce que la subrogación real es opuesta al ser la negación misma de todo valor nuevo, pues quien dice subrogación real dice conservación de un valor antiguo; la subrogación real está excluida de un derecho propio nuevo y por ello no ha de intervenir más que en los propios como consecuencia de la presunción de ganancialidad que la Ley establece en los artículos 1.402-1.499 del Código Civil francés.

Hecha esta salvedad, vamos a estudiar seguidamente la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges y en los bienes dotales y, al mismo tiempo, aludiremos a los problemas que este principio ha planteado a la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

A) LA SUBROGACIÓN REAL EN LOS BIENES PROPIOS DE LOS CÓNYUGES

Ya vimos en mi primer trabajo sobre la *Formación del concepto de subrogación real* la aplicación y regulación del principio en las leyes y

(1) ROCA SASTRE, «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, abril 1949, tomo XXXIII, págs. 281 y sigs.

MEZQUITA DEL CACHO, «Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho», *Revista de Derecho español y americano*, año IV, núm. 17, enero-marzo 1959, págs. 649-664.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo V, vol. 1.º, *Bienes gananciales*, 8.ª ed., Madrid, 1961.

I. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. 1.º, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1967, págs. 652 y sigs.

F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho de familia*, tomo V, vols. 1.º y 2.º, Madrid, 1898.

Sentencia de 19 de diciembre de 1967. Foro aragonés, año 1967, pág. 333. «Acreditado en autos que dichos ingresos bancarios o saldos de la libreta eran producto de la venta de ganado, constante matrimonio de la recurrida y su marido el causante abintestado del actor, es evidente que en virtud de la subrogación real, a tenor del principio *pretium succedit locum rei*, el precio del ganado vendido reviste la misma naturaleza de los bienes gananciales de aquél.»

Sentencia de 28 de noviembre de 1953. *Aranzadi*. S. núm. 3.142: «se admite como nota diferencial de los bienes matrimoniales la prueba de las adquisiciones directas o inmediatas, juntamente con el de las adquisiciones indirectas por subrogación real derivado del principio *pretium succedit locum rei*, demostrando cumplidamente el pleito».

(2) Marc LAURIOL, *La subrogation réelle*, tomos I y II, París, 1954, Sirey; tomo II, núm. 671.

costumbres españolas y extranjeras antes de la codificación. Por aquel entonces y con motivo de la aplicación de la subrogación real por reemplazo de bienes propios de uno de los cónyuges establecida en el Fuero Real, se discutió mucho en la doctrina si verdaderamente la cosa comprada con el dinero procedente de la venta de un propio que había caído en comunidad y confundido con el resto del dinero común podía ser propio por subrogación real, como establecía el Fuero Real (11-4-3). MIGUEL DE MOLINO (3), que admite el principio de subrogación real, citando en su apoyo el Derecho romano, ve un obstáculo para que se dé la subrogación real en un caso muy similar al anterior: la observancia 40, *De Jure dotium*, porque al ser los bienes muebles comunes y el dinero necesariamente común, el bien comprado con él no puede ser, por subrogación real, privativo, no existiendo, dice, términos hábiles para el reemplazo. Son de esta misma opinión FRANCO y GUILLÉN y DIESTE (4). Los bienes comprados no se subrogan en lugar de los vendidos, y añade DIESTE: «si la cosa comprada se sustituyese en lugar de la vendida, representaría a ésta para todos los efectos jurídicos, si es una regla de derecho que *subrogatum sapit naturam sugrogati*. Además, en el caso en cuestión (reemplazo), no sucede una especie en lugar de otra, como acontece en la permuta, sino que sucede la cosa comprada en lugar del precio de la vendida; y aunque es otra regla de derecho que el precio sucede en lugar de la cosa, en la sociedad conyugal, según el Fuero, falla esta regla, haciéndose común el precio aunque proceda de la cosa raíz propia de un cónyuge». Según FONTANELLA (5), la finca comprada únicamente se subroga en lugar de la vendida, cuando ésta se hubiere vendido para comprar aquélla.

No obstante la dificultad en admitir la subrogación real en caso de reemplazo, por ser el dinero cosa mueble y fungible, ésta fue adquiriendo adeptos, y así PORTOLÉS (6) reconoce que cuando el marido vende una cosa inmueble suya, y con el dinero recibido compra otra, la cosa comprada sucede en lugar de la vendida, no teniendo la mujer parte en ella. Una cosa es que el dinero aportado como sitio se confunda, dice MARTON (7), o que permanezca confundido en el consorcio hasta el día de la

(3) MIGUEL DE MOLINO, *Repertorio de los fueros y observancias del Reino de Aragón*, 1507, v. *vir et uxor y permutatio*.

(4) FRANCO y GUILLÉN, *Instituciones del Derecho civil aragonés*, 1841, nota 7, artículo 28.

DIESTE, *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid, 1864. Véase sociedad conyugal, págs. 537 y sigs.

(5) FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, cláusula 7.ª, glosa 3.ª, parte 15, número 26.

(6) Gerónimo PORTOLÉS, *Scholia*, con anotaciones al Repertorio de Miguel DE MOLINO, 1587 a 1592. Comentario a la observación 53, núms. 16 y 64, de *vir et uxor*.

(7) MARTON y GAVIN, *Derecho y jurisprudencia de Aragón*, 1865, páginas 522 y 536.

disolución y otra muy diferente que se haga común, y así una sentencia de 15 de julio de 1881 dijo que aunque los créditos, por regla general se reputan como muebles, cuando se trata de una cantidad asegurada en una casa en sustitución de otra aportada al matrimonio, no puede, en tal caso, perder el carácter de inmueble para los efectos de la división en perjuicio de los herederos de la mujer.

Otra razón por la que se da la subrogación real en caso de reemplazo es, observa BLAS, el que al exigir la observancia 40 pechas al infanzón que casare con plebeya por los bienes que ésta aporta al matrimonio, aunque la adquisición se hiciera con el precio de bienes aportados por la mujer, el hecho mismo, de no exigir pechas dos veces, indica que los bienes adquiridos subrogan a los vendidos anteriormente (8). La subrogación real además, dicen MARTON y NOUGUES, es más conforme con los principios de estricta justicia; si el dinero, dice el segundo, no se ha consumido, en una u otra parte ha de estar, y habiendo un fundo que se adquirió por una cantidad equivalente, no cabe que el precio se busque fuera de él (9). El asunto del reemplazo, dice ISABEL, está sin solución segura y definitiva; lo más estrictamente foral, porque el Derecho castellano ya hemos visto que lo admitía, es la no subrogación real; el precio de lo vendido es común como mueble, y el inmueble adquirido por compra lo es también; no hay una disposición foral que autorice su reaparición en la compra ulterior, a pesar de lo cual, termina diciendo que, en un régimen como el aragonés, en que tanto se procura atender a la equidad, parece que el ánimo más debe inclinarse al lado de la subrogación real que al opuesto (10).

La subrogación real por reemplazo que establece el Fuero Real, dice JUAN FRANCISCO DE LA RIPA, no se dará a no ser que las especiales circunstancias de la venta y de la compra persuadan claramente de que el fin de esta operación no hubiera sido otro que vender una para poseer la otra en su lugar, en cuyo caso se aplicaría la subrogación real (11). La subrogación real fue aplicada con amplitud, antes de nuestro Código Civil, en el caso de permuta de bienes propios de los cónyuges, pero en este

(8) Andrés BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés*, Madrid, 1873. *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales con el Derecho común*, 1898, págs. 131 y sigs.

(9) S. Pedro NOUGUES, *Tratado de consorcio conyugal, con arreglo a la jurisprudencia de Aragón*, Zaragoza, 1859.

MARTON, *ob. cit.*, págs. 522 y sigs.

(10) M. ISABAL Y BADA, *Exposición y comentario del Cuerpo legal*. Texto literal del Apéndice vigente desde el 2 de enero de 1926, Zaragoza, 1926, págs. 450 y sigs.

(11) Juan Francisco LA RIPA, *Ilustración a los cuatro procesos de Aragón*, 1764, tratado de la división, núm. 22.

caso no había ningún obstáculo que impidiera aplicarla, puesto que una especie sucede en lugar de otra (12).

Nuestro Código Civil, siguiendo la tradición, aplicó el principio de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges en el régimen legal de gananciales, lo mismo que las Compilaciones de Aragón, Navarra y Códigos extranjeros.

Son bienes propios de cada uno de los cónyuges, dice el artículo 1.396, números 3 y 4 del Código Civil: «*Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta* con otros bienes, pertenecientes a uno solo de los cónyuges. Y los *comprados con dinero exclusivo* de la mujer o del marido».

El Apéndice del Derecho Civil foral de Aragón (15-12-1925) estableció la subrogación real en el caso del inmueble dado a la mujer como aixovar o firma de dote (art. 61), a efectos de viudedad foral (artículo 66-II-1.º), como principio general de equilibrio entre los patrimonios privativos y ganancial (art. 57) y en el artículo 48, sobre bienes gananciales. La reciente Compilación aragonesa (8-4-1967) aplica la subrogación real más ampliamente, incluso, que el Código Civil, lo mismo que ha hecho recientemente la Compilación de Derecho Civil de Navarra (1-3-1973).

Según el artículo 38 de la Compilación aragonesa son bienes privativos de los cónyuges:

- 4) «Los que vienen a *reemplazar* a otros propios y ello aunque se adquieran con fondos comunes, si media voluntad expresa de ambos cónyuges en tal sentido (13).
- 5) Aquellos que vienen a *compensar por la privación* de otros propios o por los daños inferidos a los mismos o a la persona de su cónyuge.
- 6) Los *recobros en virtud de carta de gracia*, así como los adquiridos por el *ejercicio del derecho de retracto*, excepto el arrendamiento de viviendas.»

(12) Miguel de Molino, *ob. cit.*, *Repertorium...* Véase *permutatio* y *divissio*, vers. *Item los Vagillos*, etc.

LA RIPA, *ob. cit.*, núm. 20.

DIESTE, *ob. cit.*, véase sociedad conyugal, pág. 538.

Sentencias de 11 de diciembre de 1860, 23 de febrero de 1880, 14 de julio de 1882, 7 de julio de 1898, 15 de junio de 1881, 30 de mayo de 1859 y 6 de noviembre de 1866.

(13) José Luis Lacruz Berdejo, «Los bienes privativos en la comunidad local aragonesa», *Revista Temis*, núm. 25, Zaragoza, 1969, págs. 82 y sigs. «La compra de un bien en calidad de privativo a costa de fondos comunes e incluso propios del otro cónyuge, si bien es posible en Aragón por simple acuerdo entre los cónyuges, no supone subrogación real, sino atribución a título gratuito, lucrativo o caso de que persista una obligación de reembolso, a título de préstamo, que puede ser o no impugnabile, pero sin que su suerte repercuta en la titularidad de la cosa comprada.»

Son bienes privativos de los cónyuges, según la Ley 84 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra:

- 4) «*Los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta y transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos.*
- 5) Los adquiridos *con cargo a bienes de conquista* si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos.
- 6) Los adquiridos por *derecho de retracto convencional o legal* perteneciente a uno de los cónyuges.»

En Cataluña, y según el artículo 7 de su Compilación (22-7-1960), en defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, y lo mismo la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares (21-4-1961), artículo 3; la Compilación de Derecho Civil foral de Vizcaya y Alava (31-7-1959), en su artículo 42 establece, a falta de pacto, el régimen de comunidad foral de bienes, y la Compilación de Derecho Civil de Galicia (2-12-1963), en su artículo 47, la compañía familiar gallega, por lo que el principio de subrogación real carece de utilidad en estos regímenes matrimoniales.

Después de la reciente reforma de 13 de julio de 1965, el régimen legal francés es el de comunidad de gananciales o régimen legal, artículos 1.400 a 1.491 del Código Civil francés. El régimen legal italiano (Código 1942) es el de separación de bienes y el régimen legal de la República Federal alemana, después de la puesta en vigor de la Ley de igualdad de derechos del hombre y de la mujer en materia civil (Gleichberechtigungsgesetz, 1-7-1958), consiste en una reglamentación según la cual el marido y la mujer tienen derechos enteramente iguales. Se trata de una separación de bienes de carácter particular: los bienes del marido y de la mujer están separados, pero los dos esposos están sometidos a restricciones en el derecho de disponer de sus bienes (arts. 1.365, 1.369 BGB). Este régimen se designa como «régimen de participación en los gananciales (Zugewinnngemeinschaft), puesto que no existen bienes comunes. Como ya hemos adelantado en otra ocasión, Alemania es el único país de los aquí estudiados que tiene una teoría general del principio de subrogación real; combinando los artículos 1.382 y 1.381 BGB, corresponde por subrogación real: todo lo que se adquiere en virtud de un derecho incluido en los mismos patrimonios especiales, así como los objetos que por desaparición, deterioro o destrucción de los que integraban al patrimonio ingresan en sustitución de aquéllos.

A continuación vamos a estudiar cada uno de los casos de subrogación real establecidos en el artículo 1.396 del Código Civil.

a) *Subrogación real por permuta.*

Nos encontramos ante un caso de subrogación real a la que por producirse de pleno derecho y automáticamente se la ha llamado subrogación real perfecta. Para que se produzca la subrogación real en la permuta de un bien propio de un cónyuge por otro no se requiere formalidad alguna, pues además de que así lo establece la ley, se presume la voluntad de subrogar de los contratantes, salvo prueba en contrario (14). No obstante la aparente sencillez de la aplicación de la subrogación real, ésta ha planteado, desde siempre, un problema de difícil solución.

Cuando un bien propio, mueble o inmueble, de uno de los cónyuges es cambiado o permutado por otro, el nuevo bien que sustituye al primero es propio; pero esto que se presenta así de fácil en el caso, poco frecuente, de que el valor de los bienes permutados sea idéntico o al menos muy semejante, ya no lo es tanto cuando son de diferente valor. ¿Qué ocurre si al ser los bienes permutados de distinto valor, una de las partes ha de entregar un suplemento en metálico como compensación? ¿Y si este suplemento en metálico ha sido pagado, en este caso, con dinero ganancial o privativo del otro cónyuge? Como hemos visto en mi primer

(14) José María MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1951, Editorial Reus, 5.ª ed., tomo IX, pág. 550, cita catorce casos de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, tomo V, vol. 1.º, págs. 270 y sigs.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, Editorial Bosch, págs. 137 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, «Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa», *Revista Temis*, núm. 25, págs. 67 y sigs., Zaragoza, 1969.

«Estudios de Derecho civil. La dote. Estructura del acto de constitución de la dote», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, 2.º semestre, Madrid, 1951, págs. 423 y sigs.

SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXI, Madrid, 1904, págs. 375 y sigs. y 27.

F. CLEMENTE DE DIEGO, «Dictamen: El incremento de valor de las acciones de un Banco apartadas por el marido como capital propio, ¿es propio o ganancial?», *Revista de Derecho Privado*, 1921, págs. 47 y sigs.

M. DE LA CUEVA, «Subrogación real de bienes», *Revista Temis*, 1933, págs. 177-236 y 281.

J. M.ª FONCILLAS, «De la subrogación real», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1935, núm. 124, págs. 279 y sigs.

LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 3.ª ed., París, 1878, tomo 23, páginas 230 y sigs.

POTHIER, *Oeuvres complètes*, París, 1844, tomo VIII, págs. 125 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, Recueil Sirey, 1926, 14.ª ed.; *Traité théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907, tomo III, núms. 63 y sigs. y 83. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, París, 1813, páginas 186 y sigs.

Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo II, págs. 346 y sigs.

Julien BONNECASE, *Subrogation réelle*, Supplément de Droit civil de Baudry-Lacantinerie, París, 1926, tomo III, págs. 728 y sigs.

trabajo, el Tribunal de la Rota se pronunció ya sobre este mismo problema.

Nuestras leyes: artículo 1.396 del Código Civil y Ley 84,4 Compilación navarra no especifican nada. El antiguo artículo 1.407 del Código Civil francés decía «que el inmueble adquirido durante el matrimonio a título de cambio por otro inmueble perteneciente a uno de los cónyuges no entra en la comunidad *est subrogé au bien et place de celui qui a été aliéné, sauf la recompense s'il y a saulte*». Ni que decir tiene que si el suplemento en metálico le es debido a la mujer o al marido, no hay problema y éste será también propio. El problema se presenta cuando el suplemento ha de ser pagado a quien permutó con el marido o con la mujer, en cuyo caso las soluciones dadas por la doctrina tienen en cuenta, sobre todo, la importancia económica de esa compensación o suplemento.

Para unos, cualquiera que sea el valor y la importancia de la compensación en metálico, el bien permutado será propio por completo, sin perjuicio del crédito de la masa común o privativa del marido o de la mujer, según el caso contra el contratante. Puesto que la ley no distingue, decía LAURENT (15), el intérprete no debe distinguir. La distinción en este caso es una de estas disposiciones arbitrarias, que sólo el legislador puede consagrar. La única excepción que admite es cuando constituye fraude, pues éste mismo hace excepción a todas las reglas. PAULMIER, HENRY y BAUDRY-LACANTINERIE (16) están también de acuerdo en que, cuando la ley no distingue, ellos tampoco deben hacerlo. La solución racional, dice HENRY, es admitir que un bien sea propio hasta la concurrencia de su valor. Pero esta solución que teóricamente es verdadera, es en la práctica difícilmente aplicable, pues entre otras cosas crearía serias complicaciones a la hora de la liquidación de la masa común. En una sentencia de la Corte Suprema francesa de 9 de agosto de 1870 (D. 71-1-156), en el caso de expropiación de un inmueble propio del marido por la ciudad de París y en la que ésta le cedió a cambio un terreno con la carga de levantar un edificio, por lo que los cónyuges vinieron a ser deudores de una recompensa de consideración al Estado, la Corte decidió, en primer lugar, que el acuerdo entre la ciudad de París y los cónyuges era una permuta y que la recompensa con la que están gravados los cónyuges no impediría al inmueble ser propio por completo; que la casa construida sobre el terreno propio del marido era también propia de él, salvo recompensa a la comunidad por los gastos de la construcción. El Tribunal

(15) LAURENT, *ob. cit.*, tomo 21, núms. 354 y sigs., y págs. 399 y sigs.

(16) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 116 y sigs. y 210 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 190 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, núms. 63 y sigs. y 83.

se limitó, pues, y a pesar de la importancia de la compensación, a aplicar el artículo 1.407 del Código Civil francés que no distinguía.

Pero aunque la ley no distinga, opinan la mayoría de los autores que hay que hacer excepciones cuando la compensación es tal que constituye el objeto principal del contrato. Entre nuestros autores, partidarios de considerar el bien permutado propio por completo, salvo recompensar, podemos citar a MANRESA, VALVERDE y MEZQUITA DEL CACHO (17). No hay que ver, dice MEZQUITA DEL CACHO, en el suplemento en metálico un precio de adquisición, sino un crédito dado el carácter accesorio de la diferencia en metálico respecto a lo principal, que es la permuta. Dos razones alega MANRESA en apoyo de su opinión: primero que la ley no distingue, y segundo que a la ley le repugna la indivisión, lo que no obsta, dice, para que si el acto merece más bien el calificativo de compraventa, no se le aplique el número 4 del artículo 1.396 del Código Civil.

La opinión más difundida y que constituye la mayoría consiste en considerar la importancia de la compensación en metálico, en relación con el bien propio de uno de los cónyuges. La doctrina está de acuerdo en que si el suplemento es mínimo, el bien permutado sea propio por completo, sin perjuicio del crédito correspondiente. En el caso de que el suplemento sea de un valor superior e incluso considerable, opina TROPLONG (18) que se han de examinar las circunstancias, para ver si se trata más bien de una venta encubierta como permuta, en cuyo caso el bien será ganancial. AUBRY y RAU (19) distinguen entre el caso en que la compensación sea grande y cuando constituye el objeto principal del contrato. En el primer caso proponen una indivisión, el bien será propio hasta la concurrencia de su valor y ganancial o propio del otro cónyuge por el resto, y en el segundo el bien será ganancial por completo, salvo recompensa; de la misma opinión POTHIER, H. LEÓN y J. MAZEAUD (20). Como en estos casos quedan confusos, dice GULLÓN BALLESTEROS (21), los límites entre la permuta y la compraventa, el criterio legal es acudir a la inten-

(17) José María MANRESA, *ob. cit.*, *Comentarios...*, tomo IX, págs. 543 y sigs. y 279 y sigs.

VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed., Valladolid, 1926, Editorial Cuesta, págs. 295 y sigs., cap. XI.

(18) TROPLONG, *Le Droit civil*, tomo I, *Du contrat de mariage*, Bruxelles, 1850, páginas 217 y sigs.

(19) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo VIII, bienes propios.

(20) POTHIER, *ob. cit.*, tomo VIII, págs. 125 y sigs., en las que cita el artículo 143 de la Costumbre de París, que no distingue, y el artículo 385 de la Costumbre de Orléans, que declara que si hay recompensa el bien será propio hasta la concurrencia por evidentes razones de equidad y derecho.

H. LEÓN y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, tomo 4, *Régimen matrimoniaux*, Editorial Monthrestien, 1963, págs. 167 y sigs.

(21) GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1972, Edit. Tecnos, pág. 68.

ción de las partes, y si ésta no consta, el contrato será permuta si el valor de la cosa excede al del dinero o su equivalente, y compraventa en caso contrario.

ANDRÉ COLOMER (22) se muestra partidario de la indivisión por razones de inestabilidad monetaria en los regímenes matrimoniales. Es falsa la opinión que la califica de cambio por completo, lo mismo que se la desnaturaliza también, atribuyéndole el carácter de una venta pura y simple. En su apoyo cita el autor una sentencia de la Corte Suprema francesa de 30 de octubre de 1950. Puesto que la subrogación real tiene como misión restablecer el equilibrio de los patrimonios momentáneamente roto por un acto voluntario de los cónyuges, considerar que el bien es propio por completo, cualquiera que sea la importancia de la suma pagada por el otro cónyuge o por la comunidad, es desconocer la función de la subrogación real en los regímenes de comunidad, puesto que se sustituye un nuevo desequilibrio al antiguo. El hecho de establecer una indivisión entre los esposos, o de uno de ellos con la comunidad, admite COLOMER, no le parece tan complejo y, sobre todo, y a pesar de sus inconvenientes, considera que la indivisión es la única en salvaguardar, en nuestros días, el equilibrio de los intereses pecuniarios de los esposos. Entre dos males hay que elegir el menor. De la misma opinión DE LA CÁMARA ALVAREZ (23).

Por último, podemos citar la opinión de dos grandes maestros, LACRUZ BERDEJO y SANZ FERNÁNDEZ (24). El primero considera que cuando la suma entregada por parte del precio es común o privativa y excede notablemente al valor de los propios (o dotados), el negocio jurídico que se realiza en una compraventa seguida de la cesión de un bien propio (o dotal) a título de dación en pago por parte del precio. Para el segundo, la adquisición ha de ser única, bien para la sociedad conyugal, bien para el cónyuge contratante, porque así lo exige, por un lado, la tendencia del legislador de darle un carácter unitario y no crear un estado de indivisión entre el permutante y la sociedad conyugal, damos por caso, y por otra parte, la voluntad del cónyuge adquirente, en el que es difícil presumir el deseo de hacer una adquisición en parte privativa y en parte ganancial.

(22) André COLOMER. *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955, págs. 72 y sigs.

(23) Manuel DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *A. D. C.*, 1969, págs. 67 y sigs.

(24) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, *Derecho de Familia*, páginas 137 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, *Los bienes privativos de la comunidad legal aragonesa*, núm. 17.

SANZ FERNÁNDEZ, *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*. Centenario de la Ley del Notariado, Estudios jurídicos varios, III-I, Madrid, 1964, páginas 299 y sigs.

Unicamente en el caso de que así lo expresen los cónyuges, se podrá sostener el criterio anterior, inscribiéndose en el Registro, artículo 95, las cuotas correspondientes.

Haciéndose eco de la opinión más dominante en este problema, la nueva redacción del artículo 1.407 del Código francés (reforma de 13 de julio de 1965) ha venido a solucionar esta cuestión, al establecer el artículo 1.407 del Código Civil que: «*Le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulte.*

Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune, sauf récompense au profit du cédant» (25).

b) *La subrogación real por derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges.*

Estamos ante el caso de que lo adquirido en virtud de un derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges, es propio del cónyuge titular del derecho. El admitir si este fenómeno se ha producido por el principio de subrogación real o por otro principio, depende de la teoría a seguir. Según la teoría alemana de la subrogación real es propio de un cónyuge lo adquirido en virtud de un derecho que tenga la categoría de bien propio (26); por el contrario, la teoría de la subrogación real según la doctrina italiana, francesa y española no considera este fenómeno como propio de la subrogación. No obstante, en España, por influencia del Derecho alemán, algunos autores estudian este caso como propio de nuestro principio.

Nuestro Código Civil establece en el artículo 1.396, núm. 4, que son bienes propios de los cónyuges: «los adquiridos *por retracto* o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges», y el artículo 1.337, núm. 2, del Código Civil, refiriéndose a qué bienes son dotales, dice: «los adquiridos durante el matrimonio *por derecho de retracto perteneciente a la mujer*». La Compilación aragonesa en su artículo 38, núm. 6, distingue entre: «los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por el ejercicio del derecho de retracto, ex-

(25) J. PATARIN y G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomos I-II, 2.ª ed., Repertoire du notariat defrenois, París, núms. 131 a 138 y, sobre todo, números 158 a 165, tomo 1.º

René SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, Dalloz, París, 1970, páginas 163 y sigs., 191 y sigs.

(26) Heinrich LEHMAN, «Derecho de Familia», vol. IV, *R. D. P.*, Madrid, 1953, traducción de la 2.ª ed. alemana por José M.ª NAVAS, págs. 140 y sig.

ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, Parte general, tomo I, páginas 616 y sigs., trad. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1934.

cepto el arrendamiento de viviendas». La Compilación navarra ha distinguido claramente el fenómeno subrogatorio del que no lo es, encerrando éste en el número 4 de la Ley 84.

Son bienes propios, Ley 84, núm. 4, «los adquiridos por compra, por permuta, dación en pago, venta y transacción o por *cualquier otra subrogación real* en lugar de los bienes privativos», y, en un número aparte, dice que también son bienes propios: «*los adquiridos por derecho de retracto convencional y legal perteneciente a uno de los cónyuges*, sin perjuicio del reembolso que proceda».

La subrogación real, como hemos podido ver a lo largo de su evolución histórica hasta nuestros días, consiste en el traslado de un derecho sobre un nuevo objeto que ha venido a sustituir a su objeto antiguo; supone, por tanto, un solo derecho y dos objetos procedentes uno del otro. Estamos de acuerdo en que lo adquirido por un derecho de retracto, convencional o legal, pertenece privativamente como propio al cónyuge titular del derecho, pero en lo que no estamos de acuerdo es en que en ambas clases de retracto, lo adquirido sea propio por subrogación real. El que se obtengan iguales resultados no quiere decir que las causas sean las mismas. La doctrina francesa e italiana no mencionan, con relación a la subrogación real, lo adquirido por derecho de retracto, sólo PAULMIER (27) habla de subrogación real en caso de venta de un inmueble con pacto de retroventa. La mayoría de los autores españoles, influidos por el Derecho alemán y quizá también por el hecho de que al haber establecido el legislador español en el artículo 1.396, núm. 3, del Código Civil el derecho de retracto junto a la permuta, han atribuido la misma causa a los dos fenómenos.

BONEL y SÁNCHEZ (28), aun reconociendo que el fenómeno del retracto va en contra del tecnicismo de la palabra subrogación real, consideran que en rigor de derecho no se da más que ésta, por cuanto en lugar del derecho de retracto y la acción que debe utilizarse para conseguirlo, se obtiene el inmueble objeto de dicho retracto y, por consiguiente, este inmueble viene a sustituir o subrogar a aquel derecho de retracto. La subrogación real para este autor, como para los que admiten ésta para

(27) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 129 y sigs.

(28) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 270 y sigs.

COSSÍO, *Tratado práctico o crítico del Derecho civil*, «La sociedad de gananciales», libro II, Madrid, 1963, págs. 46 y sigs.

MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, págs. 295 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *La subrogación real*, págs. 295 y sigs.

PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 622 y sigs.

CÁNOVAS COUTIÑO, «Relaciones económico-matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1964, marzo-abril, págs. 159 y sigs.

BONEL y SÁNCHEZ, *Código Civil español*, Barcelona, 1891, Edit. A. López Robert, tomo IV, págs. 326 y sigs. y 392 y sigs.

explicar los efectos del ejercicio del derecho de retracto convencional y legal, es la *sustitución de un derecho, que no se extingue al ejercitarlo, por un inmueble*, en contra de la verdadera esencia de la subrogación real: *conservación de un derecho a pesar del cambio de objeto*.

No parece clara, señala MANRESA (29), la idea de subrogación real en el número 2 del artículo 1.337 y número 3 del artículo 1.396 del Código Civil. Pero puesto que el derecho pertenece a la mujer o a uno de los cónyuges, justo y hasta necesario es que lo que en virtud de ese derecho se adquiriera corresponda también a la misma. Es justo y necesario, nadie lo duda, pero ¿por qué acudir a la subrogación real en el retracto legal cuando lo que se produce y en el patrimonio en que se produce es una negación rotunda de lo que es en sí la subrogación real? Es lógico, insiste VALVERDE (30), que cuanto se adquiriera por un derecho de retracto, sea del titular del derecho, y en fin, todo cuanto signifique *una sustitución o subrogación de bienes o derechos* del caudal primitivo de uno de los cónyuges. Sólo LACRUZ BERDEJO (31) apunta que esta adquisición está relacionada con el principio de accesión.

El error puede también proceder de haberse considerado de manera unitaria los retractos convencionales y legales y de haberles atribuido la misma causa. Según se trate de retracto convencional o legal, lo adquirido será propio o dotal por subrogación real o por el principio de accesión.

El retracto convencional es el que nace con ocasión de una venta con pacto de retro o carta de gracia (arts. 1.507 y 1.518 del Código Civil). Solamente en el retracto convencional está bien empleada la palabra retraer, que por otro lado hace referencia a un mismo patrimonio en donde se produce la mutación de objetos. Retraer significa volver a traer a nuestro patrimonio una cosa que ya ha estado en él antiguamente y por ello las condiciones que la subrogación requiere se dan claramente aquí. El marido o la mujer vende un bien a otra persona, recibiendo un precio, pero reservándose el derecho de volver a comprar el bien que ha salido de su patrimonio. En el caso de que transcurrido el plazo legal o convencional no se ejercite ese derecho, la subrogación real se realizó simplemente con la venta de un bien propio y hay subrogación real del precio a la cosa. En el caso de ejercitarse el derecho a retraer, el bien antiguo que salió del patrimonio por venta vuelve a ser comprado por el antiguo vendedor, produciéndose la subrogación real en dos fases: cosa por precio y precio por cosa. Aunque no es necesario que sea precisamente con el mismo

(29) MANRESA, *ob. cit.*, págs. 279 y sigs.

(30) VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 295 y sigs. y 370 y sigs.

(31) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, *Estructura del acto de constitución de la dote*, páginas 23 y sigs., y *Bienes privativos...*, núm. VII.

precio de la cosa anteriormente vendida creemos que, en aplicación del número 4 del artículo 1.396 del Código Civil, «los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido», y del número 4 del artículo 1.337 del Código Civil, «los adquiridos por compra con dinero perteneciente a la dote», es necesario que el dinero empleado en la nueva adquisición sea privativo del cónyuge retrayente (32).

Pero nada de esto ocurre en los retractos legales, pues desde el punto de vista del titular del derecho de retracto legal y considerando su patrimonio, la palabra retraer no es apropiada para el caso. El titular del derecho de retracto legal actúa por primera vez sobre una cosa que nunca le ha pertenecido ni ha formado parte de su patrimonio. Lo que aquí se da es una subrogación personal de este titular en lugar del que adquiere el bien del vendedor y lo adquirido ejercitando este derecho entrará en su patrimonio, pero no en forma derivada, sino originariamente y en virtud de un nuevo derecho concedido por la ley por las distintas circunstancias que determinan las clases de retractos: de comuneros, colindantes, enfiteúticos, censos a primeras cepas, etc.

Lo adquirido por derecho de retracto perteneciente privativamente a uno de los cónyuges, es justo y lógico que pertenezca como propio al cónyuge retrayente, pero también es verdad que será propio, pero no por subrogación real. Esta no es la sustitución de un derecho por una cosa, ni la sustitución de derechos, sino la conservación de un solo derecho sobre otro objeto que ha venido a sustituir al antiguo. La subrogación real ha de ser además estudiada desde el patrimonio de una persona y es precisamente en ese patrimonio donde han de producirse las condiciones necesarias para que la subrogación real se realice. El principio de accesión, como ya dijo LACRUZ BERDEJO, es perfectamente aceptable para explicar los retractos legales, pero no para los convencionales que tienen su fundamento en el principio de subrogación real.

No dice nuestro Código Civil si la adquisición de los retractos debe ser con dinero privativo u otro, pero parece ser que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que lo principal es el derecho y no el dinero empleado que, según LACRUZ BERDEJO, se debe a motivos importantes de política jurídica, pero que, al mismo tiempo, es un privilegio contra el principio que prohíbe constituirse bienes propios a costa de los comunes (33).

(32) NARCISO RIAZA, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Madrid, 1919.

(33) GARCÍA GOYENA, *Comentarios al artículo 1.273, Proyecto de 1851*.

SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 286 y sigs.

MANRESA, *ob. cit.*, págs. 286 y sigs.

SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 303 y sigs.

Con relación al derecho de retracto se ha planteado recientemente el problema de la consideración de las acciones adquiridas en virtud de un derecho de preferente suscripción perteneciente a un cónyuge propietario de otras acciones propias. La doctrina y la jurisprudencia, de acuerdo con lo dicho antes, han considerado que dichas acciones son privativas, incluso si el desembolso se hace con dinero ganancial. DE LA CÁMARA, que considera este caso como propio de la subrogación real, opina que hay que distinguir si el contra-valor de las acciones está representado exclusivamente por el importe del reembolso o si las nuevas acciones valen más porque se transfiere a ellas una parte del valor de las antiguas. La subrogación real netamente aplicada, dice, conduce a una solución mixta: las nuevas acciones se desplazan hacia el patrimonio común en la medida en que haya contribuido realmente a su adquisición, y lo procedente es repartir proporcionalmente las acciones nuevas entre los cónyuges accionistas y la sociedad de gananciales (34). LACRUZ BERDEJO considera que hay que determinar la naturaleza del derecho de preferente suscripción; supuesto éste como privativo, las nuevas acciones lo serán, aunque sean adquiridas a costa del caudal común (35).

De acuerdo con lo que hemos dicho anteriormente, no es necesario hacer estas consideraciones propias de la subrogación real, cuando en realidad este principio no se aplica aquí. En Francia las nuevas acciones son enteramente comunes o propias, según sea la comunidad o las reservas sociales, quienes constituyen la mayor parte, sin que en ningún momento se haga referencia a la subrogación real como posible explicación del fenómeno (36).

PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 464 y sigs.

Clemente DE DIEGO, *ob. cit.*, págs. 55 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, tomo IV: *El retracto convencional y legal*, páginas 146 y sigs., y *Derecho de Familia*, tomo V, págs. 270 y sigs.

Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929, 31 de mayo de 1930, 18 de abril de 1934 y 24 de noviembre de 1960.

(34) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 67 y sigs.

Caso práctico: ¿son gananciales o privativos del cónyuge las nuevas acciones adquiridas durante el matrimonio, en base al derecho preferencial para suscribirlas en su cualidad de accionista, con acciones heredadas o aportadas a la sociedad conyugal?, año 9, núm. 33, 1957, págs. 71-78.

(35) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.

(36) André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 76 y sigs. Sentencias de la Corte Suprema francesa de 6 de octubre de 1941 y 19 de diciembre de 1935. Corte de Amiens, 26 de marzo de 1947, y Corte Suprema, 30 de octubre de 1950 (calificación del acto como cambio y venta). Cámara de Apelación, 24 de junio de 1903 (acciones propias en virtud de un derecho de inscripción preferente). Sentencias de 18 de diciembre de 1936 y 8 de octubre de 1941 (comunes).

c) *Bienes propios por compra con dinero exclusivo de la mujer o del marido*

Según el artículo 1.396-4 del Código Civil, son bienes propios de cada uno de los cónyuges: «los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido» y, el número 4 del artículo 1.337 del Código Civil: «los adquiridos por compra con dinero perteneciente a la dote». Son bienes propios «los que vienen a reemplazar a otros propios, y ello aunque se adquieran con fondos comunes, si media voluntad expresa de ambos cónyuges», dice el artículo 38-4 de la Compilación aragonesa. La Ley 84-4 de la Compilación navarra dice que son bienes propios de los cónyuges «los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta, transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos».

La subrogación real de los bienes propios de los cónyuges se realiza, generalmente, por medio de una venta, empleo o reemplazo de bienes propios dentro del régimen de gananciales. En caso de venta de un bien propio del marido o de la mujer distingue la doctrina francesa entre si el precio ha sido ya pagado y, por tanto, ha caído en la comunidad confundiéndose con el dinero común o si, por el contrario, no ha sido todavía pagado. Siendo condición esencial de la subrogación real la identidad del bien subrogado, ésta no se daría en el primer caso, por lo que la doctrina francesa distinguió entre propios perfectos e imperfectos. En este segundo caso el derecho de propiedad que el marido o la mujer tenía sobre el antiguo bien vendido ha sido sustituido por un derecho de crédito frente a la comunidad ejercitable el día de la disolución de ésta.

Puesto que la subrogación real supone la conservación de un derecho a pesar del cambio de su objeto, la doctrina lógicamente se preguntó si verdaderamente en el caso de que el precio recibido de la venta del bien propio se confundiera con el dinero común, se producía una subrogación real o si, por el contrario, había que rechazarla por completo. Como podemos ver, se trata del mismo problema que se planteó la doctrina aragonesa con ocasión de la regulación del reemplazo de los bienes propios de los cónyuges en el Fuero Real. Los partidarios de la subrogación real suelen alegar en su favor, entre otras razones, una sentencia de la Corte Suprema francesa de 11 de abril de 1854 (S. 54-1-161) en la que se decidió que la mujer ejercía su derecho sobre el precio de sus propios vendidos a título de propietario y no como simple acreedora. Puesto que la mujer sigue siendo propietaria, nada se opone al principio de subrogación real, porque la mujer conserva su derecho de propiedad aunque sobre un objeto distinto; pero otra S. estableció todo lo contrario teniendo en cuenta, sobre todo, el interés de los terceros, es decir, que la mujer no tenía más

que un derecho de crédito y no un derecho de propiedad: S. 16 de enero de 1858 (S. 1858-1-10) (37).

En el caso de que el dinero sea todavía debido, éste como representando al bien propio vendido, es también propio por subrogación real. Una Resolución de la D. G. R. N. de 30 de marzo de 1943 (R. T. II, página 289, B. O., 17 de abril) estableció, sin más, que «facultada judicialmente la mujer para enajenar, existe una subrogación real, de conformidad con el antiguo aforismo: *subrogatum sapit naturam...*, el propio o las obligaciones correspondientes se colocarán en el lugar de las fincas y seguirán el destino o finalidad que a las mismas se hubiere atribuido». A pesar de la confusión del precio de venta con el dinero común, consideramos que el precio está identificado, reconocible, precisamente, por ser el objeto de un crédito.

El mismo problema se presenta en los bienes propios por empleo o reemplazo. Lo adquirido con dinero puede serlo por una aportación originaria o, por el contrario, como en caso de reemplazo, proceder de una venta anterior de un bien propio de uno de los cónyuges. La doctrina francesa, como en el caso anterior y teniendo en cuenta la probable confusión en la comunidad del precio de la venta anterior, vuelve a referirse a la subrogación real en los bienes propios perfectos e imperfectos (38). A pesar del inconveniente técnico de la confusión del dinero privativo con el común, la subrogación real fue ganando terreno en la doctrina francesa, lo mismo que ya había ocurrido en la española. El razonamiento jurídico, dirá BAUDRY-LACANTINERIE (39), tiende, en estos casos, a considerar el bien como ganancial; pero ante esta injusticia, es necesario hacer ceder a los escrúpulos jurídicos ante el interés legítimo del marido y de la mujer. La ley no puede exigir que el dinero empleado en la adquisición del nuevo bien sea idénticamente el mismo, puesto que el dinero puede estar, desde hace tiempo, confundido.

Si con este dinero confundido se adquiriera por la mujer o por el marido propietario del bien antiguo otro bien, éste pasaba de ser un propio imperfecto en perfecto, cumplidos los requisitos del artículo 1.434 del Código Civil francés. Esta teoría de la conversión de un propio imperfecto en perfecto le parece a CAPITANT (40) carente de todo valor, porque no hay un texto que prohíba esta transformación. Para HENRY (41), el precio

(37) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

(38) LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 242 y sigs. y 299 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 125 y sigs.

BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 775 y sigs.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 165 y sigs. y 91.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 200 y sigs.

AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo VIII, bienes propios.

(39) BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, *Précis*, tomo III, núm. 65.

(40) CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 394 y sigs.

no debe caer en la comunidad, puesto que está afecto a las necesidades del marido o de la mujer; si de hecho, ha caído, es porque el dinero no siendo cosa individualizada, se ha confundido con el resto del patrimonio de la comunidad y ha hecho por eso mismo imposible toda idea de subrogación real. Pero su valor no está menos afecto a las necesidades de la mujer o del marido y, todo bien que sucede al dinero está forzosamente como él gravado de la misma afectación y, por consiguiente, debe revestir la cualidad de propio. Si se generaliza aquel sistema, termina HENRY, llegaremos a la conclusión de que la subrogación real no sería posible cuando en lugar de un bien se adquiriera un crédito por el dinero que ha caído en la comunidad. Pero esto no está permitido por la ley misma que consagra la validez del reemplazo. En realidad y de una manera general, se debe reconocer a todo bien que haya reemplazado un valor propio el carácter de propio, pero conviene añadir esto, que la subrogación real no puede transmitir este carácter a las cosas no individualizadas que de hecho se confunden con el patrimonio de la comunidad, y que no puede llegar a ser propio perfecto.

La reciente reforma de los regímenes matrimoniales francesa de 13 de julio de 1965 ha venido a solucionar rotundamente esta antigua cuestión, al decidir en el artículo 1.406 del Código Civil que: *Forment aussi des propres, par l'affet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les bien acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1.434 y 1.435*. Aunque la reciente reforma francesa mantiene la presunción de ganancial a favor de la comunidad, las ocasiones de que se produzcan confusiones entre los patrimonios propios y común, es cada vez menor, lo mismo que en España tras la reforma del 2 de mayo de 1975, teniendo en cuenta que el nuevo artículo 1.428 del Código Civil concede a cada uno de los esposos el poder de administración, disposición y gozo de sus propios bienes. Por lo tanto, si el esposo o la esposa vende un bien suyo tiene derecho a recibir ellos mismos su precio e incluso pueden afectar al reemplazo valores que le pertenecen en la comunidad. Las cuentas corrientes bancarias, en especial, mantendrán completamente separadas, sin que caigan en la comunidad las cantidades recibidas por la venta de los bienes propios. Disuelta la comunidad *chacun des époux reprend ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens que y ont été subrogés* (42).

Carece nuestro Código Civil de artículos como el 1.434 y 1.435 del Código francés, que regulan las condiciones que se necesitan para que se

(41) HENRY, *ob. cit.*, págs. 200 y sigs.

(42) René SAVATIER, *ob. cit.*, págs. 163 y sigs., 191 y sigs.
J. PATARIN y G. MORIN, *ob. cit.*, págs. 144 y sigs., tomo I.

produzca el empleo o reemplazo de los bienes propios de los cónyuges: artículo 1.434, 1.º, del Código Civil, *L'emploi ou le remploi est censé fait à l'écart d'un époux toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour tenir lieu d'emploi ou de remploi. A défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques.*

Cuando el empleo o reemplazo se hace con dinero de la mujer, además de los requisitos exigidos en el artículo anterior, el nuevo artículo 1.435 del Código Civil requiere: *la déclaration du mari que l'acquisition est faite de deniers propres à la femme et pour lui servir d'emploi ou de remploi no suffit point, si cet emploi ou remploi n'a été formellement accepté par elle avant la liquidation définitive; si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit à la récompense du prix du bien vendu.* La doble declaración del marido, cuando se trata del empleo o reemplazo de dinero de la mujer, no tiene carácter definitivo, sino condicional. La subrogación real respecto a los esposos, y una vez que la mujer ha aceptado el empleo o reemplazo de su dinero, tendrá carácter retroactivo, pero respecto a terceros sólo desde el momento de la aceptación (43). En cuanto a ésta, opina la doctrina y jurisprudencia que puede establecerse por todos los medios siempre que demuestren, de una manera evidente e irrecusable, la adhesión de la mujer.

También la doctrina y jurisprudencia francesa, anterior a la reforma de 1965, distinguía entre el reemplazo convencional u obligatorio para el marido y el legal o facultativo. En la actualidad, al conservar la mujer el poder de administrar, disponer y gozar de sus bienes propios, el marido no es responsable, como antes, del empleo o reemplazo de los bienes de la mujer. El nuevo artículo 1.430 del Código Civil así lo establece: *le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi des biens propres à la femme, à moins qu'il ne se soit ingéré dans les opérations d'aliénation ou d'encaissement, ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été recueillis par lui, ou ont tourné à son profit.*

El reemplazo convencional con anterioridad a la reforma se consideraba obligatorio para el marido. Sin embargo, TROPLONG (44) aplaude una Sentencia de la Corte de París de 5 de agosto de 1849, confirmada por la Cámara de Apelaciones de la Corte Suprema de 1 de febrero de 1948, en la que se alegaba que la señora Perrot no tenía acción

(43) HENRY, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 174 y sigs.

AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo III, núms. 65 y sigs.

(44) TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

contra el marido durante el matrimonio, puesto que no tenía fundamento tratar más que si el marido hubiera malversado y motivado separación de bienes. La señora Perret, casada bajo el régimen de comunidad, había estipulado en el contrato de matrimonio que si durante el matrimonio con el señor Perret se vendía un inmueble propio de uno de los esposos, se emplearía el dinero en la adquisición de otros.

Aunque nuestro artículo 1.396-4 del Código Civil sólo habla de los bienes comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido y, el artículo 1.337-4 del Código Civil se refiere solamente a los bienes comprados con dinero perteneciente a la dote de la mujer, la doctrina tanto española como extranjera se plantea el mismo problema que ya hemos visto al tratar de los bienes propios adquiridos por permuta con otros bienes, por lo que nos remitimos a lo ya dicho en el caso de que el bien nuevo comprado lo sea en parte con dinero ganancial o privativo del otro cónyuge y en parte con dinero propio del cónyuge contratante. La reciente reforma francesa de los regímenes matrimoniales ha venido también a solucionar el problema de la calificación de los bienes adquiridos en parte con dinero propio de uno de los esposos y en parte con dinero ganancial. Dice así el artículo 1.434-3 del Código Civil: *Quand le prix du bien acquis excède la somme dont il a été fait emploi ou remploi, la communauté a droit à récompense pour l'excédent. Si, toutefois, le montant de la récompense devait être supérieur à la moitié du prix, le bien acquis tomberait en communauté, sauf la récompense due à l'époux* (45). La reciente reforma francesa, por lo que tendremos ocasión de observar, ha oído resolviendo los eternos problemas que ha planteado el principio de subrogación real, aceptando la opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia.

d) *Otros casos de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges*

La doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo a partir de 1850 que las indemnizaciones (gratuitas, de seguros, expropiación, de responsabilidad, por daños materiales, etc.) recibidas a causa o por razón de un bien propio de uno de los cónyuges, representan al bien expropiado, destruido, dañado, etc., proceden de él y, por tanto, se produce una subrogación real, por la que los derechos que tenían los cónyuges sobre los

(45) BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, núms. 71 y sigs.

E. GAUDENET, *Rev. Trim. Derecho civil*, 1911, págs. 123 y sigs. *Régimen dotal reemplazo anticipado-subrogación real*. S. Req., 12 abril 1910.

LAURENT, *ob. cit.*, págs. 403 y sigs., núm. 359.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.

LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 242 y sigs.; tomo I, págs. 299 y sigs.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

antiguos bienes se trasladan sobre las indemnizaciones recibidas precisamente por razón de ellos (46).

Carecemos en nuestro Código civil, pero no en las Compilaciones de Aragón y de Navarra de un artículo que, como en el BGB y RG. alemán (BGB arts. 1.370, 1.383 y 1.381; RG. 138-3, 90-65, 139, 292), digan que son bienes propios de los cónyuges por subrogación real las indemnizaciones recibidas por destrucción, deterioro o privación de un objeto perteneciente a los bienes propios. La reciente reforma francesa ha venido a suplir esta falta por medio del artículo 1.406-2 del Código Civil francés que dice que *forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1.434 et 1.435.*

A pesar de que el legislador español no reguló este caso concreto de subrogación real en los bienes propios de los cónyuges, no ha sido obstáculo para que ésta se aplicara ampliamente fuera de los casos especialmente regulados por el Código Civil. El artículo 38-5 de la Compilación de Aragón acoge esta subrogación real cuando dice que son bienes propios «aquellos que *vienen a compensar por la privación de otros propios o por los daños inferidos a los mismos*». La Compilación de Navarra, sin referirse concretamente a este caso, lo sobrentiende, cuando en la Ley 84,4, después de referirse a otros casos de subrogación real, termina diciendo que son bienes propios de los cónyuges los adquiridos *por otra subrogación cualquiera de bienes privativos*.

Sobre los problemas que la aceptación de la subrogación real en las indemnizaciones planteó la doctrina tanto nacional como extranjera a partir de 1850, nos remitimos a mi trabajo que se publicará en breve: *El principio general de subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*.

Igual que en los bienes propios del marido o de la mujer, la subrogación real puede producirse en los bienes reservados de la mujer que constituyen una masa particular de bienes comunes reservada, según la recien-

(46) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 270 y sigs.

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 74 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 167 y sigs.

Heinrich LEHMAN, *ob. cit.*, págs. 140 y sigs. y 135 y sigs.

André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.

ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo IV, 5.ª ed., págs. 306 y 313 y sigs. *La subrogación real*, *ob. cit.*

GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, tomo III, 4.ª ed., Madrid, 1903, págs. 226 y sigs.

LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 246 y sigs., tomo I.

BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 705 y sigs., S. Le Machand, Cass. 28 juin 1831 y S. Pinol, Cass. Cour de Rouen, 27 decembre 1828.

VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 370 y sigs., cap. XIV.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 130 y sigs.

te reforma francesa, a la administración, al goce y a la libre disposición de la mujer (arts. 224 y 1.401-2 del Código Civil francés). La subrogación real interviene en esta masa patrimonial, como en el patrimonio propio de los cónyuges, para completar la obra social querida por el legislador (47).

Otro caso previsto por la ley en el que se produce una subrogación real lo constituye el artículo 1.035 del Código Civil, referente a la colación. Desde el momento en que el legislador prevee que podrán llevarse a la masa hereditaria *los bienes o valores* donados por el causante, puede ocurrir que cuando un mueble o inmueble colacionable propio o dotal sea llevado a la herencia y en la partición le sea adjudicado al donatario un bien distinto del antiguo donado, éste nuevo bien sustituirá al antiguo y será propio o dotal igual que el antiguo donado.

Dice el artículo 1.035 del Código Civil: «el heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los *bienes o valores* que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición». Solamente en el caso de que se lleven a la herencia los mismos bienes *en nature* se puede hablar de subrogación real. Esta supone la sustitución de un bien material por otro, no de un simple valor por otro valor. Por esta razón, de que para que un bien proceda de otro es necesario que estén identificado e individualizados, SANTORO PASSARELLI considera que al contrario del artículo 859 del Código Civil francés, que provee la colación en naturaleza, el artículo 1.015 del Código Civil italiano al regular que es colacionable sólo en valor del bien donado, anula toda posibilidad de subrogación real (48).

La Ley 335,1 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra establece que «la colación se realizará a elección del obligado, bien mediante *aportación efectiva de los bienes objeto de la liberalidad, bien computando el valor* que en el momento de la muerte del causante tengan aquellos

(47) Alex WEILL, *Précis Dalloz*, 3.^a ed., *Les personnes, La familia, Les incapacités*, 1972, artículo 224 del Código Civil francés.

J. PATARIN y G. MORIN, *ob. cit.*, págs. 168 y sigs., tomo I.

R. SAVATIER, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, *Précis*, núm. 279 y sigs., L. 13 julio 1907.

CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 394 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 206 y sigs., S. del Tribunal del Sena de 20 de diciembre de 1909.

(48) HENRY, *ob. cit.*, págs. 210 y sigs. S. Montpellier, 11 de noviembre de 1854; S. 54, 2, 687.

André COLOMER, *ob. cit.*, pág. 254.

Julien BONNECASE, *ob. cit.*, pág. 720.

SANTORO PASSARELLI, «La subrogazione reale», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1926, pág. 75, núm. 70.

bienes o hubieran tenido los anteriores enajenados...». El artículo 273 de la Compilación de Cataluña no habla más que de colacionar los *bienes* que haya recibido del causante, salvo voluntad contraria de éste, expresada en el testamento o codicilo, o al otorgar la donación o liberalidad.

Dentro de la calificación de bienes propios por subrogación real se encuentra lo adquirido por la lotería, siempre que sea inequívoco el juego de ella y se demuestre la procedencia del dinero con que se ha comprado el billete (49). También y por analogía con el número 3 del artículo 1.337 del Código Civil, es propio, por subrogación real, lo adquirido por dación en pago de un bien privativo de uno de los cónyuges; en caso de indivisión de un bien propio de uno de los cónyuges cuando después de hecha la partición se le adjudicara el precio de su parte indivisa, en caso de redención de censos, etc.

La Compilación aragonesa establece también la subrogación real en la disponibilidad del derecho de viudedad foral, tanto en la exposición de motivos como en el artículo 83-2, que dice así: *Haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de los bienes determinados, concurrendo el viudo usufructuario con el mudo propietario, pero, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de la enajenada.*

Nuestro Código Civil todavía prevé otro caso de subrogación real en los bienes propios de la sociedad de gananciales. Nos referimos al número 2 del artículo 1.404 del Código Civil, que dice así: «Serán gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca». En este caso la subrogación real se ve claramente; el derecho que el cónyuge tenía sobre el solar se traslada al dinero que procede de él. Estamos ante un caso, dice SANZ FERNÁNDEZ (50), de *accesión invertida superficie solo cedit* y, según GARCÍA GRANERO, ante un artículo contrario a los preceptos del Derecho romano y al Derecho histórico español, así como al criterio seguido por casi la totalidad de las legislaciones extranjeras contemporáneas y norma peculiarísima de nuestro Derecho (51).

Según se desprende de este artículo, se hace referencia a los edificios de nueva planta (SS. de 21 de octubre de 1909, 21 de septiembre de 1911, 19 de octubre de 1900, 2 de febrero de 1952, 29 de marzo de 1954 y 3 de febrero de 1966) no a las mejoras, reparaciones extraordinarias, am-

(49) LACRUZ BERDEJO, «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1963.

CÁNOVAS COUTIÑO, «Relaciones económico-matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1964, págs. 173 y sigs.

(50) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 283 y sigs.

(51) GARCÍA GRANERO, «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges», *Revista de Derecho Privado*, 1950, págs. 194 y sigs.

pliaciones, construcciones de accesorios, mayor elevación dada al edificio, etcétera, ni tampoco a las edificaciones de finca rústica con objeto de facilitar su explotación.

La doctrina predominante entiende que los medios invertidos han de ser gananciales (SS. de 11 de octubre de 1900, 24 de mayo de 1922, 3 de febrero de 1966 y Resolución de 29 de marzo de 1954) y el edificio terminado constante matrimonio (Resoluciones de 15 de julio de 1918 y 19 de octubre de 1900). Según esta doctrina y jurisprudencia, es evidente que dicha casa ha pasado a ser ganancial por ministerio de la ley y como tal debe reputarse para todos los efectos del Registro. La subrogación real en este caso es automática, sin que sea necesario hacer constancia de ella. Si el terreno es dotal o parafernial, se requerirá el consentimiento de la mujer para la declaración de obra nueva, pudiendo pedir la mujer la constitución de hipoteca legal sobre esa finca u otra para garantía de su crédito, e incluso exigirla como condición previa al consentimiento.

Al pasar automáticamente la propiedad del suelo de privativo a ganancial la sociedad de gananciales adquiere el terreno con todas las limitaciones, cargas, gravámenes inscritos de naturaleza real que consten en los asientos registrales, que por este hecho pasarán a gravar a la finca en su nueva descripción o situación objetiva. Desde el punto de vista de los acreedores, se dan otras tantas subrogaciones reales automáticas, pues su objeto antiguo ha cambiado y ha sido sustituido por otro al que el derecho de crédito se desplazará. Dado el carácter automático del artículo y teniendo en cuenta el interés de terceros, deberá hacerse constar la existencia de edificaciones sobre bienes privativos con el mayor detalle posible, incluyendo todas aquellas circunstancias de hecho que provoquen o puedan provocar la aplicación o exclusión de la norma.

Si más tarde se destruyera el nuevo edificio, ¿volvería el suelo a ser propiedad privada del cónyuge? GINÉS CÁNOVAS (52), SANZ FERNÁNDEZ (53) y BONILLA ENCINA (54), responden afirmativamente, alegando SANZ FERNÁNDEZ que, puesto que el suelo privativo se convirtió en ganancial automáticamente, si luego se hace constar la destrucción del edificio quedaría el suelo automáticamente convertido en privativo.

HERNÁNDEZ GIL y LACRUZ BERDEJÓ (55) opinan que debería permanecer ganancial.

(52) CÁNOVAS COUTINO, *ob. cit.*, págs. 169 y sigs.

(53) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 283 y sigs.

(54) J. F. BONILLA ENCINA, «Caso práctico», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 94, pág. 18.

(55) HERNÁNDEZ GIL, «La accesión invertida», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 48, julio-agosto, núm. 491, pág. 745.

- e) *Qué ocurre en el seguro de vida designándose beneficiario al cónyuge sobreviviente y cuyas primas se hubieran satisfecho con dinero ganancial*

En relación con el principio de subrogación real en las indemnizaciones recibidas en virtud o por razón de los bienes propios de los cónyuges, se ha planteado recientemente la cuestión de si la indemnización por el seguro de vida, cuyas primas se hubieran satisfecho con dinero ganancial, es privativa y pertenece al cónyuge beneficiario o ganancial por haber sido este patrimonio el que ha pagado las primas del seguro.

Este caso, según LACRUZ BERDEJO (56), ofrece un doble problema: el de la comunicabilidad de los diversos derechos de él derivados y el de si las primas pagadas deben reembolsarse al consorcio. En el primer caso, dice, el derecho a la indemnización pertenece al sobreviviente (S. de 22 de diciembre de 1944), pero el capital a abonar al contratante que vive al vencimiento será ganancial, si el seguro cumple su plazo constante matrimonio y parece que también debe ser ganancial, durante el tiempo de vigencia del seguro los derechos del contratante (capital-valor de rescate). En cuanto al reembolso a la comunidad, la sentencia citada responde afirmativamente.

De acuerdo con RIERA AÍSA y MEZQUITA DEL CACHO (57), no se da en este caso la subrogación real. Según este último, para que se produjera una subrogación real habría de ingresar algo en el patrimonio al tiempo que sale el objeto o elemento sustituido; el capital del seguro sólo se acredita con la muerte del asegurado y no llega nunca a entrar en su patrimonio privativo, adquiriéndolo el beneficiario.

Las primas no representan en el contrato del seguro al bien, sino que son meros gastos de conservación. Las indemnizaciones subrogan a los bienes destruidos, deteriorados, expropiados, etc., y el contrato de seguro se hace por razón de estos bienes y por su causa, pero en el caso que estamos considerando, la indemnización del seguro de vida, pertenece al sobreviviente como bien propio, pero este bien propio es originario y aleatorio, con lo que la subrogación real está excluida. Esta supone, como hemos dicho, la conservación de un derecho ya existente y en ésta se crea un derecho nuevo y a título gratuito con respecto al patrimonio del beneficiario.

(56) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, *Derecho de Familia*, páginas 169 y sigs.

(57) RIERA AÍSA, «El llamado derecho propio del beneficiario en el seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares, sucesorias y obligacionales del que lo contrata», *An. Ac. Matr. Not.*, 1951.

MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, *Principales aplicaciones de la subrogación real...*

En cuanto al derecho de reintegro que tiene la comunidad por las primas pagadas, RIERA AfSA lo critica por implicar tal criterio un enorme peligro para la subsistencia de la institución del seguro, subrayando algunos casos en los que la devolución del valor de las primas pagadas igualará al capital del seguro o lo dejará reducido irrisoriamente. A su juicio, y por razones de equidad, cuando las primas no excedan de lo admisible, atendiendo a la posición de la familia, no deberán ser integradas y sí sólo cuando sean abusivas o cuando el designado beneficiario no sea el cónyuge copartípe de la comunidad.

Una vez estudiada la aplicación de la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges en el régimen legal de gananciales, vamos a referirnos a continuación a los bienes dotales por subrogación real.

II. LA SUBROGACION REAL EN EL REGIMEN DOTAL

La subrogación real en los bienes dotales está establecida en nuestro artículo 1.337-1, 2, 3 y 4 del Código Civil, muy semejante en su redacción al artículo 1.273 del Proyecto de 1851 y al artículo 1.396 del Código civil. Dice así el artículo 1.337 del Código Civil: «Tendrán también el concepto de bienes dotales los inmuebles (o muebles) adquiridos durante el matrimonio:

- 1.º Por permuta con otros bienes dotales.
- 2.º Por derecho de retracto perteneciente a la mujer.
- 3.º Por dación en pago.
- 4.º Por compra con dinero perteneciente a la mujer.»

Como podemos ver, este artículo, excepto el tercer apartado, tiene la misma construcción que el artículo 1.396 del Código Civil, que regula cuáles son los bienes propios de los cónyuges en el régimen legal de gananciales, por lo que nos remitimos a lo dicho en iguales casos anteriormente. Pero si en relación con la subrogación real lo dicho al tratar de los bienes propios de los cónyuges es aplicable a la legislación española y alemana, cuya regla general es la alienación de la dote, no ocurría lo mismo en el Derecho francés y en el italiano, en donde la dote es inalienable y estaba prohibido aumentarla durante el matrimonio. No obstante, esta regla de inalienabilidad y precisamente por ella ambos países, a través del principio de subrogación real, han hecho más flexible este régimen, hasta tal punto que hoy día se puede decir que tanto en Italia como en Francia la dote puede cambiar durante el matrimonio por subrogación real, prin-

cipio que en gran manera y con las máximas garantías vienen a beneficiar a los propios cónyuges (58).

Efectivamente, los artículos 1.543 del Código Civil francés y 1.391 del Código Civil italiano prohíben constituir y aumentar la dote durante el matrimonio. Pero bien pronto y por acuerdo entre las partes fueron muy frecuentes las llamadas cláusulas de empleo y reemplazo en los contratos de matrimonio, por medio de las cuales los cónyuges intentaban evitar el perjuicio que la inalienabilidad podía acarrearles. De tal manera se usó de estas cláusulas que no sólo llegaron a ser de estilo, sino que terminaron por desfigurar el régimen dotal.

Los Códigos francés e italiano prevén la venta de bienes dotales para ciertas necesidades. Así, los artículos 1.557 y 1.558 del Código Civil francés dicen que los inmuebles constituidos en dote no pueden ser vendidos ni hipotecados durante el matrimonio, ni por el marido, ni por la mujer, ni por los dos conjuntamente, salvo las excepciones que enumera el artículo 1.558, tales como para el establecimiento de los hijos, para su colocación, para liberar de prisión a la mujer, para prestar alimentos a la familia, para realizar reparaciones indispensables a la conservación de los inmuebles dotales, para pagar deudas de la mujer o de los que constituyeron la dote y cuando el inmueble pertenezca proindiviso a varias personas y sea indivisible. En estos casos se requerirá la autorización judicial y la venta se hará por subasta pública, con la obligación siempre de reemplazar el excedente en la masa dotal. En Italia el artículo 1.405 del Código Civil (antiguo art. 187) permite también la venta de bienes dotales en caso de necesidad o utilidad.

En cuanto al caso de compra con dinero dotal, el artículo 1.553 del Código Civil francés establecía que el inmueble adquirido con dinero dotal no es dotal, si la condición de empleo no ha sido estipulada en el contrato de matrimonio. Lo mismo ocurre con el inmueble dado en pago de la dote constituida en dinero. Lo mismo el artículo 1.403. del Código Civil italiano (antiguo art. 171).

En caso de permuta de un bien dotal por otro, el artículo 1.559 del Código Civil francés y artículo 1.406 del Código Civil italiano (antiguo artículo 187) establecen que un inmueble dotal puede ser cambiado, pero con el consentimiento de la mujer, por otro inmueble del mismo valor, o al menos por la 4/5 partes, justificando la utilidad del cambio, auto-

(58) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, pág. 135, y tomo II, págs. 348 y sigs.

Julien BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 688 y sigs.

André COLOMER, *ob. cit.*

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 152 y sigs. y 595.

R. RUGGIERO, *ob. cit.*, vols. I y II, Madrid, 1924 y 1931, págs. 804 y sigs.

LONGO, *ob. cit.*

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.

rización judicial y mediante estimación de expertos nombrados de oficio por el Tribunal. En el caso de autorización judicial el inmueble recibido a cambio será dotal y el excedente del precio, si lo hay, lo será también y como tal será empleado en provecho de la mujer.

Pero el hecho de que en Francia e Italia la dote sea inalienable, salvo los casos excepcionales establecidos por la ley, no nos permite aceptar como válido para la dote lo dicho para los bienes propios de los cónyuges. Respecto a la dote, tanto la doctrina francesa como la italiana se nos presentan interpretando estos artículos restrictivamente. Lo dicho en la permuta, en el caso de que hubiera una diferencia de valor entre los bienes permutados favorable al que contrató con el marido o con la mujer, no es válido aquí. La dote durante el matrimonio no puede aumentar por lo que la doctrina considera en este caso como en el de compra en parte con dinero ganancial y en parte con dinero dotal, que el nuevo bien adquirido sólo es dotal hasta el montante de su valor, siendo ganancial o privativo del otro cónyuge por el resto. La indivisión ha sido preferible por la mayoría de los autores de acuerdo con la regla de inalienabilidad dotal (59).

En cuanto al empleo o reemplazo de los bienes dotales, los bienes así adquiridos sólo serán dotales si la condición de empleo y reemplazo ha sido establecida en el contrato de matrimonio. En una Sentencia de la Corte Suprema francesa de 23 de abril de 1833 (D. 33-1-286), una mujer casada bajo el régimen dotal aportó al matrimonio una cantidad de dinero pero sin estipular, en el contrato de matrimonio donde establecían una sociedad de gananciales, la condición de empleo del dinero dotal. Durante el matrimonio, parte de la dote fue empleada en la compra de una casa y en el acto de adquisición el marido alegó que se adquiría la casa con el empleo del dinero dotal y con el consentimiento de la mujer. Más tarde se produce una separación de bienes y la mujer renuncia a la sociedad de gananciales. Los acreedores del marido embargan la casa como ganancial, a lo que se opone la mujer reivindicando el inmueble como bien dotal e inalienable. Ante el silencio del contrato de matrimonio, la Corte Suprema decide que las cláusulas por las que los cónyuges hicieron dotal un inmueble que no lo era por el contrato de matrimonio

(59) SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 97 y sigs.

LAURENT, *ob. cit.*, págs. 463 y sigs.

BAUDRY-LACANTINIERE, *ob. cit.*, págs. 381 y sigs. y núms. 394 y 429. Tomo III, *Précis*.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, pág. 210.

Francesco FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Edit. Dott, Nápoles, 1941, págs. 345 y sigs.

PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs.

eran inútiles, por lo que la casa fue declarada ganancial y propiedad exclusiva del marido como consecuencia de la renuncia de la mujer a la sociedad de gananciales.

En caso de empleo o reemplazo de bienes dotales, los autores franceses y italianos aplican los artículos 1.434 y 1.435 del Código Civil francés, que como hemos visto exigen la doble declaración del marido en el caso de que el reemplazo sea de un bien de él, y la aceptación de la mujer cuando el marido actúa por cuenta o en nombre de ella. Sin embargo, autores como TROPLONG (60) señalan las diferencias que hay entre el reemplazo de un bien propio y el de un bien dotal; mientras el primero es una obligación legal introducida tanto en interés del marido como de la mujer, el reemplazo dotal es una obligación precisa del marido, impuesta por el contrato de matrimonio que no autoriza la venta sin esta condición. Es un error, dice TROPLONG, el querer considerar y tratar de igual manera el régimen de comunidad y el régimen dotal. El reemplazo es una combinación nacida del régimen de comunidad, éste es su campo de origen; en el régimen dotal ha entrado tardíamente y por adaptación, habiéndose aplicado aquí por la Costumbre de Normandía (arts. 540 y 541) y por la jurisprudencia del Parlamento.

La subrogación real en el régimen dotal como en los bienes propios de los cónyuges se aplica también en caso de indemnizaciones debidas por expropiación de bienes dotales, indemnizaciones por seguros, de responsabilidad, por daños, en el caso de dote establecida de parte indivisa: la parte que le corresponde a la mujer después de la división será dotal, tanto si le corresponde en la división una parte concreta, como si se le asigna parte del precio de venta de la cosa indivisa a un extraño, en caso de redención de censos, etc. (61).

La Ley francesa de 13 de julio de 1965 suprimió pura y simplemente el régimen dotal, regulado por los antiguos artículos 1.540 a 1.581 del Código Civil francés. Sin embargo, el artículo 11 de la ley estableció que si los esposos habían hecho un contrato de matrimonio antes de la entrada en vigor de la presente ley, continuarían rigiéndose por las estipulaciones de su contrato. Si en el contrato de matrimonio los esposos

(60) TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 333 y sigs.

(61) MANRESA, *ob. cit.*, pág. 279.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, núms. 1.751 y 1.736. Tomo VIII: *De traité théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907, Edit. Sirey. *Précis de Droit civil*, *ob. cit.*, tomo III, núms. 431, 429 y 409.

L. BONEL y SÁNCHEZ, *ob. cit.*, págs. 46 y sigs.

VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 295 y sigs.

E. GAUDENET, *ob. cit.*, págs. 123 y sigs.

FERRARA, *ob. cit.*, págs. 345 y sigs.

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 97 y sigs.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 210 y sigs.

habían adoptado el régimen sin comunidad o el régimen dotal, continuarán también rigiéndose por las estipulaciones de su contrato así como, según los casos, por las disposiciones de los antiguos artículos 1.530 a 1.535 del Código Civil, o por la de los antiguos artículos 1.540 a 1.481 del mismo Código y del antiguo artículo 5.º del Código de Comercio. Sin embargo, durante la fecha de dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, podrían, observando las demás disposiciones previstas en el artículo 17, colocarse bajo el régimen de comunidad legal o bajo el régimen de separación de bienes (62).

A continuación estudiaremos, especialmente, el número 3 del artículo 1.337 del Código Civil, es decir, los bienes dotales por dación en pago.

a) *Subrogación real por dación en pago de la dote*

En España la aplicación de la subrogación real en caso de dación en pago de la dote no ha planteado ningún problema; el antiguo objeto del derecho es constituido, por acuerdo de las partes y autorizado por la ley, por otro bien que viene a reemplazarlo. Si el derecho que se tenía sobre el antiguo bien era dotal o privativo, el bien recibido por su causa o por razón de él, también será dotal o privativo: SS. de 3 de febrero 1966 y 21 de febrero de 1971.

Entre el bien antiguo y el nuevo se establece una relación de causalidad, aunque no una relación de procedencia directa material. Estamos, podemos decir, ante un caso semejante a la subrogación real producida en las indemnizaciones. El bien nuevo representa al antiguo y procede de él por disposición de la ley y, sobre todo, por acuerdo de las partes y aceptación del acreedor que permite, sin extinguir su derecho, que éste recaiga sobre otro objeto distinto del antiguo establecido. La subrogación real en este caso no ha planteado problemas de ninguna clase, habiéndose aceptado sin más por la doctrina y jurisprudencia española (63). Si la dote, dice LACRUZ BERDEJO, consiste en dinero y el constituyente para librarse de su deuda cede en pago al marido bienes inmuebles o muebles, tales bie-

(62) G. MORIN y M. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomo II, ob. cit., págs. 16 y sigs.

(63) CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., págs. 270 y sigs.

ROCA SASTRE, ob. cit.

MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit.

LACRUZ BERDEJO, ob. cit., *Estudios jurídicos...*, *La dote*, págs. 425 y sigs.

SCAEVOLA, ob. cit., págs. 388 y sigs.

MANRESA, ob. cit., págs. 279 y sigs.

L. BONEL y SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 326 y sigs.

PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 464 y sigs.

VALVERDE, ob. cit., págs. 295 y sigs.

nes son siempre dotales sin ulterior requisito; la subrogación real es automática y aplicable por analogía a los bienes propios de los cónyuges.

Pero si en España no presenta problemas, no ocurrió lo mismo en Francia. Ya hemos visto que el artículo 1.553 del Código Civil francés y 1.403 del Código Civil italiano establecían que el inmueble adquirido con dinero dotal no es dotal si la condición de empleo no ha sido estipulada en el contrato de matrimonio, y lo mismo ocurre en el caso del inmueble dado en pago de la dote constituida en dinero. Para que se produjera la subrogación real en la dación en pago de la dote dineraria era preciso que así se hubiera constituido en el contrato de matrimonio. Lo mismo que era necesaria esta estipulación, también se requería que se satisficieran las condiciones requeridas por el artículo 1.434 del Código francés, como lo declaró una sentencia de la Corte francesa de 26 de julio de 1939 (S. 69-1-401, D. 69-1-455). La Corte Suprema consideró que la dación en pago no es un cambio, sino una venta cuyo precio hubiera sido compensado por el crédito del adquirente; por consiguiente, y como en toda venta, está sometida a las exigencias de forma previstas por el artículo 1.434 del Código Civil (doble declaración del marido de que la adquisición está hecha con el dinero proveniente de la venta y que la adquisición se hace para que tenga lugar el reemplazo). La subrogación real en este caso no era automática y de pleno derecho como se considera en España y, sin embargo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de París, contra la que se recurrió en la sentencia anterior, estableció que la dación en pago que sustituye un inmueble a un crédito propio de uno de los cónyuges producía de pleno derecho la subrogación real, considerándose propio el inmueble recibido sin que hubiera necesidad de satisfacer las condiciones del artículo 1.434 del Código Civil, sentencia Corte de Apelación de París, de 12 de febrero de 1868 (D. 68-249; S. 68-2-176). La subrogación real en el caso de dación en pago, decía HENRY, no interviene de una manera eficaz más que cuando el nuevo bien se presenta con el carácter de una cosa individualizada, si no es prácticamente imposible porque el nuevo bien, confundiéndose a continuación con el patrimonio de la comunidad, no es susceptible de permanecer afectado con toda propiedad a las necesidades del esposo (64).

Pero la creación más curiosa relacionada con el principio de la subrogación real es la llamada por los franceses teoría de la *dot incluse*. El origen de esta teoría estaba en el deseo de la jurisprudencia francesa de proteger a la mujer en su dote mobiliaria, procurando seguir el *valor* a través de las distintas fluctuaciones del patrimonio y mantenerlo siempre igual. En los países de Derecho escrito, nos dice PAULMIER (65), se establecía

(64) HENRY, *ob. cit.*, págs. 202 y sigs.

(65) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs.

que el inmueble dado al marido, después de contraído matrimonio, en pago de una dote constituida en dinero, no era dotal, sino propio del marido, que venía a ser simple deudor de la mujer por la suma dotal originariamente constituida. La subrogación real, por tanto, no se producía, Agen, 21 de diciembre de 1809 (S. 10-11-351).

Ante estas injusticias empezaron a aparecer en los Parlamentos varias soluciones, entre ellas las de distinguir según las personas que hacían la dación y quiénes las recibían. Si era un tercero el que hacía la dación en pago no había subrogación real, pero si era el marido, el inmueble dado por él en pago de la dote sería dotal por subrogación real, Corte de Grenoble, 25 de abril de 1830 (S. 30-2-311). En el caso de que se consideraran a las personas a las que se les hacía la dación, si éstas eran el marido y la mujer conjuntamente o el marido, pero en nombre de la mujer, la subrogación real tenía lugar, pero si se le hacía sólo al marido, el inmueble recibido pasaba a ser de su propiedad, salvo recompensa a la mujer, Corte de Toulouse, 5 de junio de 1809.

La idea de la *dot incluse*, dice BAUDRY-LACANTINIERE (66), fue expuesta desde 1835 por TESSIER y pronto invocada en la práctica, aunque con cierta timidez al principio, así como duramente criticada después. De una manera general, podemos decir que cada vez que un bien tome el lugar de un valor dotal, sin que la subrogación real completa se produjera, será parafernial, pero éste bien, como representando un valor dotal, estará gravado de dotalidad hasta la concurrencia de este valor. El inmueble podrá ser vendido, pero el tercer adquirente estará obligado frente a la mujer al reembolso de la cantidad que represente ese valor dotal, incluso en el bien parafernial. También será embargado el bien parafernial gravado de dotalidad, pero la mujer conservará un derecho preferente frente a los acreedores sobre el precio del embargo.

La jurisprudencia que aplicó la llamada teoría de la *dot incluse* fue muy abundante. En una célebre Sentencia de la Corte Suprema de 20 de febrero de 1849 en casación, frente a la sentencia de la Corte de Nimes de 30 de mayo de 1846, se estableció lo siguiente: «Considerando que ninguna constitución dotal podrá prevenir más que de un contrato; que se seguía de allí que en caso de conversión de bienes en valores de otra naturaleza, estos nuevos valores no se encuentran gravados de dotalidad más que si la conversión había sido prevista en los acuerdos matrimoniales, o estipulando en los acuerdos hechos durante el matrimonio, entre el marido y la mujer; que el carácter de dotalidad no se transporta sobre los bienes adquiridos con dinero dotal durante el matrimonio, ya por el marido sin la mujer, ya por la mujer sin el marido; que en caso de insolven-

(66) BAUDRY-LACANTINIERE, *ob. cit.*, *Précis*, tomo III, págs. 450 y sigs.

cia del marido, los bienes así adquiridos estaban, en favor de la dote y por la necesidad de su conversión, afectos de la dotalidad que se ha llamado subsidiaria, la cual permite a la mujer a la que se le ha restituido su dote, reivindicarlos nada más que hasta la concurrencia de la dote y en caso de insuficiencia de otros bienes; que esta asimilación se interpreta como habiendo creado una dotalidad subsidiaria y limitada a un derecho real sobre el inmueble, en caso de insuficiencia de otros bienes, para la conservación del dinero dotal». En esta sentencia se resolvía la adjudicación de un inmueble por el marido en pago de la dote dineraria de la mujer.

Esta sentencia, dice TROPLONG (67), decide claramente que la compra de la mujer o la dación en pago recibida por ella, no dotalizan el inmueble de pleno derecho. Los autores que señalan lo contrario están condenados por esta sentencia y sobre todo por el artículo 1.553 del Código Civil. La superstición de la dotación era tan grande en algunos espíritus, que dos sentencias terminaron por declarar dotales los inmuebles recibidos por la mujer en pago de su dote pecuniaria: S. de la Corte de Rouen, 26 de junio de 1824 (D. 24-2-21); Corte de Toulouse, 19 de septiembre de 1829 y Corte de Nîmes, 31 de septiembre de 1832 (D. 32-2-104). Estos casos, dice TROPLONG, han de ser señalados entre los de exageración dotal.

En otra sentencia de la Corte Suprema de 12 de abril de 1870 (D. 70-1-264), el marido no tenía dinero disponible y cedió a la mujer en pago uno de sus inmuebles, el cual era parafernial porque la dote no podía ser constituida ni aumentada durante el matrimonio (art. 1.543 del Código Civil francés y 1.391 del Código Civil italiano), pero la jurisprudencia consideró que desde el momento en que ha sustituido a un crédito dotal, debía estar gravado de dotalidad hasta la concurrencia del montante del crédito. Según esta sentencia, *el immeuble sera gravé de la créance dotales entre les mains de la femme, comme il aurait été grevé de l'hypothèque légale entre les mains du mari*.

Un constituyente que había prometido a la mujer una dote dineraria, no pudiendo liberarse de otro modo le dé en pago un inmueble. A falta de estipulación de empleo, la Corte Suprema juzgó que el inmueble era parafernial, pero gravado de dotalidad hasta la concurrencia del montante del crédito debido a la mujer por el tercero constituyente: S. de la Corte Suprema de 22 de febrero de 1905 (D. 1905-1-241) y Corte Suprema de Pau, 8 de junio de 1892 (D. 94-2-315); el inmueble atribuido a la mujer después de la separación, en pago de sus *reprises dotales*, es parafernial, pero gravado de dotalidad, Corte de Montpellier, 21 de junio de 1871

(67) TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs.

(D. 71-2-175). Un padre constituye una dote en dinero, pero muere durante el matrimonio sin haberla pagado; la hija recibe en la sucesión del padre un inmueble para reemplazar su dote, inmueble que será parafernial gravado de dotalidad por el valor de la dote prometida: S. de la Corte de Toulouse, 21 de julio de 1855, recurrida en Casación el 1 de diciembre de 1857 (D. 58-1-71). Otras dos sentencias, a falta de una cláusula de empleo en el contrato de matrimonio, determinaron que el bien adquirido con dinero dotal la primera y con el dinero procedente de la restitución de la dote la segunda, era parafernial, pero gravado de dotalidad, Corte de Grenoble, 11 de julio de 1857 (D. 57-2-210) y Corte Suprema, 1 de agosto de 1900 (D. 1901-1-145).

A pesar de su frecuente aplicación, esta teoría fue duramente criticada por parte de la doctrina francesa, entre otras razones, por haber restablecido una teoría ya abandonada: la dotalidad subsidiaria; por haber creado una tercera categoría de bienes que no eran claramente ni dotales ni paraferniales y, sobre todo, y en la doctrina más reciente, porque la subrogación real no puede consistir en la simple conservación de un valor, en seguir a ese valor a través de las distintas mutaciones del patrimonio. La subrogación real, como decíamos frente a la teoría moderna, requiere en todo momento un valor individualizado (68).

Como es natural, esta teoría estaba justificada plenamente para HENRY (69). Para este autor era la traducción exacta de la idea de afectación y de subrogación real, la cual era necesaria para mantener perpetuamente afectados a las necesidades del *ménage* un *valor constante*; lejos de ir en contra del principio de inmutabilidad, está para salvaguardarlo conservando siempre intacto el valor de la dote sin aumento ni disminución. En el Derecho francés, dice, un crédito dotal es tan indispensable como un inmueble; es, pues, natural decidir que cada vez que un bien tome el lugar de un crédito dotal, será indisponible en la misma medida que el crédito que reemplaza. La teoría de la *dot incluse* es necesaria, es el resultado económico necesario para evitar consecuencias absurdas.

Una vez estudiadas las especialidades que la regla de inalienabilidad dotal trajo consigo, en relación a la subrogación real, vamos a referirnos a otros casos previstos en nuestro Código Civil.

(68) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 136 y sigs., y tomo II, pág. 348.

Julien BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 688 y sigs.

H. LEON y J. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 152 y sigs., 487 y 595.

R. RUGGIERO, *ob. cit.*, págs. 804 y sigs.

SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 58 y sigs.

CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 394 y sigs.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, págs. 450 y sigs.

(69) HENRY, *ob. cit.*, págs. 214 y sigs.

b) *Otros casos de subrogación real en los bienes dotales establecidos en el Código Civil.*

Según el artículo 1.345 del Código Civil, «La mujer que tuviere en su favor dote confesada por el marido antes de la celebración del matrimonio o dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales o la de otros *semejantes o equivalentes*, en el momento de deducir la reclamación». La doctrina española está de acuerdo en que la expresión utilizada en este artículo: bienes semejantes o equivalentes, no significa ni que los bienes sean semejantes materialmente ni por un valor igual al que tenían los bienes antiguos, sino que hace referencia a la consideración jurídica de los bienes que han venido a sustituir por medio del principio general de subrogación real a los antiguos bienes dotales. La expresión «semejantes» no debe considerarse, por tanto, sino como equivalente y equivalente no en cuanto cantidad, sino en la consideración jurídica idéntica de que gozan los bienes que existen en la actualidad en la dote de la mujer adquiridos por subrogación real de los antiguos (70).

Según LACRUZ BERDEJO, el procedimiento para hacer constar los dotales existentes es el artículo 165 LH, cuando hace referencia a los bienes semejantes o equivalentes, es decir, no es necesario probar si tiene el concepto jurídico de bienes subrogados, sino simplemente la existencia de la adquisición y los bienes adquiridos. ROCA SASTRE y CASTÁN, por el contrario, opinan que la confesión del marido debe constar en documento público.

La obligación del marido de garantizar con hipoteca nace desde el momento de la entrega de los bienes dotales, cuyo importe o cuya individualidad o equivalencia debe restituir, y también desde la enajenación de los inmuebles mientras no se adquieran otros por subrogación real (subrogados, art. 1.371 del Código Civil y 183 de la Ley Hipotecaria).

Pero la hipoteca a lo largo del matrimonio puede ampliarse, reducirse o extinguirse, y por ello hacerse nuevamente exigible a medida que aumente o disminuya el importe de la obligación de restituir o cesa ésta o se reduce el valor de la garantía (art. 1.350 y 1.351 del Código Civil; 163, 172, 183 y 117 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, y en virtud del principio

(70) SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXXI, págs. 442 y sigs.

GALINDO Y ESCOSURA, *Legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Comen-
tarios, tomo III.

SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, libro III, págs. 716 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 427.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 145 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *Derecho hipotecario*, tomo IV, págs. 654 y sigs.

general de que la mujer tiene en todo momento derecho a completa garantía de sus aportaciones matrimoniales, el artículo 183 de la Ley Hipotecaria dice que la mujer podrá exigir la *subrogación real de su hipoteca* en otros bienes del marido, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enajenación o gravamen de los inmuebles afectados a su dote como condición previa para prestar dicho consentimiento; también otras personas, en su nombre, pueden pedir la subrogación real. Por medio de este principio, el derecho de hipoteca que existía sobre el bien antiguo del marido, pasa a gravar con todas sus prerrogativas al nuevo inmueble que sustituye al antiguo del marido vendido con el consentimiento de la mujer. La subrogación real se produce claramente con la conservación de un derecho de hipoteca de la mujer a pesar del cambio de objeto (71).

El tercer caso de subrogación real establecido en nuestro Código Civil está relacionado con las especialidades de la dote mobiliaria, artículo 1.359 del Código Civil, que exige, en el caso de venta de bienes dotaes consistentes en valores cotizables, efectos públicos, etc., una subrogación real obligatoria como condición previa a esta enajenación. La subrogación real interviene aquí para conservar *in natura* los bienes de la mujer, consiguiendo así armonizar perfectamente los intereses de ambos cónyuges. Esta medida que la ley concede en virtud de la importancia económica de los efectos públicos, valores cotizables, etc., puede hacerse extensiva mediante una cláusula de empleo y reemplazo en el contrato de matrimonio para los bienes privativos de los cónyuges, considerándose éstas como el medio más eficaz, en momentos de desvalorización de la moneda, para proteger, sobre todo, a la mujer que, por su situación en el matrimonio, resultaría la más perjudicada (me refiero a su situación antes de la reforma del 2 de mayo de 1975).

Dice así el artículo: «El marido que recibe en dote estimada o inestimada efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles y no los hubiera asegurado con hipoteca, podrá, sin embargo, sustituirlos por otros equivalentes, con el consentimiento de la mujer si ésta fuera mayor, y con el de las personas a que se refiere el artículo 1.352 del Código Civil si fuera menor. También podrá enajenarlos con el consentimiento de la mujer o de las personas antes mencionadas, a condición de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros» (reemplazo).

Dicho artículo, dada la importancia económica de los bienes dotaes, permite o permutarlos por otros equivalentes (en este caso equivalentes hace referencia al valor o montante) o enajenarlos con la condición de reemplazo consiguiente. Teniendo en cuenta el artículo 137 del Código

(71) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *Derecho hipotecario*, tomo IV, págs. 664 y sigs.
VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 320 y sigs.

Civil, lo que se exige del marido al restituir la dote no es el importe de los valores no existentes, sino los valores mismos, que si no existen, han de ser adquiridos por él por igual cantidad en que fueron vendidos (72).

La subrogación real por reemplazo obligatorio está también regulada en el artículo 31 de la Compilación aragonesa, que establece como condición previa de la venta, que el precio obtenido se emplee en otros bienes determinados: «La dote asignada a la mujer por sus ascendientes no podrá ser enajenada mientras el matrimonio no tenga hijos (descendencia), sin el consentimiento de los padres de la mujer o del que de ellos viviere o, en su defecto, de la Junta de Parientes, y siempre con la obligación de invertir el precio en otros bienes determinados, que gozarán de igual condición jurídica».

Una vez estudiados los casos de bienes propios y dotales por subrogación real, y la aplicación extensiva de ésta a casos no previstos especialmente en nuestro Código Civil, vamos a tratar a continuación del requisito imprescindible para que la subrogación real se produzca en el régimen legal de gananciales, nos referimos a la prueba de la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges.

III. PRUEBA DEL CARACTER PRIVATIVO DE LOS BIENES EN LA COMUNIDAD LEGAL DE GANANCIALES

Para que se de la subrogación real en los bienes propios de los cónyuges, en la comunidad legal de gananciales, el cónyuge que alegue que los bienes son privativos suyos, debe probarlo suficientemente, dado que el artículo 1.407 del Código Civil establece «que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

La Ley francesa de 13 de julio de 1965 mantiene la presunción de ganancialidad a favor de la comunidad, artículo 1.402,1 del Código francés: «Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi».

En el caso de subrogación real por reemplazo, no basta probar una venta y una compra posterior para demostrar que el bien comprado procede del antiguo, sino que es necesario establecer que el bien comprado lo ha sido con dinero privativo procedente de la venta anterior; es nece-

(72) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 156 y sigs.

SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 577 y sigs.

SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, págs. 735 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 440 y sigs.

sario probar la existencia de un vínculo de procedencia entre los dos actos jurídicos. Esta exigencia de probar la relación entre estos dos actos jurídicos en el caso de reemplazo está regulada en el artículo 1.434 del Código Francés que establece que en el momento de la adquisición el marido haga una doble declaración: primera, que la adquisición está hecha con el dinero proveniente de la venta y, segunda, que la adquisición se hace para que tenga lugar el reemplazo. Cuando el reemplazo se hace por el marido por cuenta de la mujer, el artículo 1.435 del Código francés exige la aceptación de ésta, además de la doble declaración del marido, como hemos visto anteriormente.

Al carecer el principio de la subrogación de unos medios de prueba especiales, se tiene que acudir al Derecho común. A veces, sin embargo, las instituciones en las que la subrogación real interviene, con mayor o menor fuerza, tienen sus propias reglas de prueba, eventualmente aplicables, siendo éste el caso del régimen matrimonial de gananciales y de los artículos 95 y 96 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Hipotecario, reforma de 1959.

a) *Quién puede hacerla.*

La prueba ha de hacerla el cónyuge que afirma el carácter privativo del bien: *actori incumbit probatio* (SS. de 28 de enero de 1898 y 13 de marzo de 1930), sin que sea necesaria ni precisa la intervención del otro cónyuge (73). Sin embargo, decía SANZ FERNÁNDEZ (74), antes de la reforma del 2 de mayo de 1975, que parecía haber en la prueba hecha por la mujer cierta intervención del marido por haber prestado su licencia con anterioridad o sin su licencia, según el artículo 169 del Reglamento del Notariado y artículo 94 del Reglamento Hipotecario, pero ésta no era precisa según la sentencia de 30 de marzo de 1943. Hoy ya no es caso.

La prueba de los bienes privativos y, por tanto, la prueba de la subrogación real es irrefutable y presenta, la mayoría de las veces, graves problemas. El número de sentencias y sobre todo de Resoluciones de la Dirección General que han considerado como gananciales bienes que se decían privativos de la mujer por falta de pruebas suficientes, son muy

(73) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 265 y sigs.

Angel REQUENA, «Carga de la prueba para acreditar la condición de bienes parafernales». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1935. Sentencia de 15 de mayo de 1934.

PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 464: manifestación de los dos cónyuges con intención de aplicar la subrogación real, aunque sin manifestación expresa.

(74) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 307 y sigs. Sentencia de 24 de noviembre de 1905.

numerosas (75). Como nos dije MANRESA (76), en un país como el nuestro, donde por apatía o temor a gastos y molestias se omiten formalidades legales, resulta de hecho que es con frecuencia difícil justificar la procedencia del dinero, con lo cual, aun siendo cierta una adquisición privativa, legalmente queda convertida y ha de ser mirada como ganancial.

b) *Por qué medios.*

La prueba del carácter privativo de los bienes puede hacerla el cónyuge por todos los medios de prueba admitidos en Derecho. Solamente puede admitirse la prueba documental auténtica por medio de documentos que hagan fe contra terceros, bien se trate de documentos públicos o de documentos privados de fecha fehaciente. No se consideran bastantes como medios de prueba: la declaración de testigos, las meras presunciones, las simples declaraciones del cónyuge adquirente, ni las informaciones *ad perpetuam memoriam*, ni las actas de notoriedad.

En una Resolución de la Dirección General de 13 de septiembre de 1926 se estableció que era suficiente para la prueba de parafernalia de un bien, lo siguiente: 1.º, que el dinero sea exclusivo de la mujer; 2.º, el asentimiento del marido; éste no es necesario, según una Resolución de la Dirección General de 30 de marzo de 1943 (ni ahora tras la reforma del 2 de mayo); 3.º, aportación de documentos que demuestren de un modo auténtico el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar de la mujer casada, no siendo necesario que sea idénticamente el mismo procedente de una venta anterior, por ejemplo, y 4.º, la no existencia de actos de disposición por parte de la titular de los parafernales, lo que demostraría con ello que se ha mermado la cantidad necesaria para adquirir la finca o el derecho.

La nueva redacción del artículo 1.402,2 del Código Civil francés admite una gran amplitud de medios de prueba: «Si le bien est de ceux no portont en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. A défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de familia, registres et papiers domestiques, ainsi que documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve, par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit».

(75) Sentencia de 23 de octubre de 1915, 7 de noviembre de 1913, 11 de mayo de 1911 y 27 de mayo de 1915. Resoluciones de 13 de mayo de 1911, 30 de marzo de 1943. Sentencias de 4 de enero de 1897, 3 de febrero de 1911, 24 de noviembre de 1905, 28 de noviembre de 1953, etc.

(76) MANRESA, *ob. cit.*, págs. 279 y sigs.

Es muy difícil, dice SANZ FERNÁNDEZ (77), dar una regla general sobre este punto, ya que en todo caso se trataría de una cuestión de prueba para un supuesto particular y la calificación definitiva dependerá de la eficacia de los documentos aportados y del conjunto de las pruebas en relación con la situación concreta (v. Resolución de 30 de marzo de 1943). Pero entre los medios de prueba, ha sido un problema muy debatido por la doctrina y jurisprudencia española reciente el valor que se le debe conceder a las simples manifestaciones de los cónyuges acerca del carácter privativo de los bienes y, especialmente, a la confesión o aseveración que el marido haga en la escritura de compra de realizar la adquisición con dinero privativo de la mujer. Hasta hace poco el Tribunal Supremo y sobre todo la Dirección General de los Registros y del Notariado se han pronunciado por la negativa de este testimonio como medio de prueba auténtico (78). A esta jurisprudencia podemos añadir la opinión de GONZÁLEZ ENRIQUE y ROCA SASTRE (79), que niegan autenticidad a este medio de prueba, el primero basándose en la imperatividad del artículo 1.407 y Resolución de 11 de marzo de 1957, y el segundo en que las donaciones serían entonces válidas entre esposos y con los terceros, y en que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (suprimido en la reciente reforma del 2 de mayo) no actuaría sino frente a terceros y no entre ellos y sus herederos.

La reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959 en sus artículos 95,96 y 144 establecen las siguientes distinciones:

a) *Adquisiciones sin declarar la procedencia del precio*.—Artículo 95-1.º: «Cuando los bienes se adquieran por los dos cónyuges o por uno de los dos sin que se haga declaración sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán los nombres de ambos conjuntamente sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal».

A posteriori se inscribirán en igual forma, tanto las adquisiciones por un cónyuge a su propio nombre y en las que hace él mismo la declaración

(77) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 308 y sigs.

(78) Resoluciones de 22 de mayo de 1895, 23 de abril de 1898, 13 de mayo de 1911, 11 de septiembre de 1915, 17 de enero de 1913, 9 de junio de 1936, 15 de julio de 1935, 10 de julio de 1935, 7 de agosto de 1935, 2 de mayo de 1936 y 30 de marzo de 1943. Sentencias de 3 de febrero de 1966, 12 de febrero de 1951, 14 de marzo de 1932, etc.

(79) GONZÁLEZ ENRIQUE, «La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código Civil», *An. Ac. Matr. del Not.*, XIII, especialmente págs. 493 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *La subrogación real*, págs. 281 y sigs.

CASASSÚS, «Enajenación por cónyuges de bienes y confesión de uno de ellos de que los mismos fueron adquiridos con dinero privativo de uno de los cónyuges», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXXVI, núms. 384-385, 1960, páginas 399 y sigs.

VIRGILI SORRIBES, «Proyección de la presunción muciana en el Derecho común», *An. Ac. Matr. del Not.*, X, pág. 312.

sobre el precio, pero no intenta o no consigue demostrarlo, con las adquisiciones de ambos cónyuges con especificación de cuota indivisa, si no puede incluirse en los apartados 2 y 3 del artículo 95.

b) *Adquisiciones por un cónyuge con simple aseveración de su propiedad por el otro.*—Artículo 95-2. Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes.

Art. 96. «Los actos dispositivos a que se refiere la regla 2.^a, se otorgarán por el cónyuge titular con el consentimiento del otro.» Se prohíbe la autorización judicial y los bienes se encuentran en situación ambigua.

c) *Adquisición de bienes privativos cuando se acredite que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente.*—Artículo 95-3.º, se practicará la inscripción a su nombre y se hará constar que los bienes son parafernales o dotes de la mujer o privativos del marido, según proceda.

d) *Prueba posterior de la condición privativa.*—Si practicada la inscripción se justifica con posterioridad el carácter privativo del precio o contraprestación, se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos.

Conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario y a las Resoluciones de 20 de septiembre de 1907, 13 de enero de 1955 y 22 de diciembre 1959, el embargo por deudas del marido podrá anotarse preventivamente sobre finca inscrita a nombre de la mujer, cuando no se hubiere justificado la procedencia privativa del precio de adquisición, siempre que la adquisición hubiere tenido lugar a título oneroso durante el matrimonio, no conste la pertenencia exclusiva del dinero a uno de los cónyuges y haya sido dirigida la demanda contra ambos.

A pesar del artículo 92-2 del Reglamento Hipotecario, un número destacado de autores proponen que la confesión del marido de que la adquisición se hace con el dinero propio de la mujer produzca efecto respecto a los cónyuges, aunque no respecto a terceros. Como defensores de esta eficacia podemos señalar a LACRUZ BERDEJO, VALLET DE GOYTISOLO, COSSÍO Y CORRAL y CABALLO DE LA SOTA (80). LACRUZ BERDEJO alega que no es suficiente el argumento del fraude, basándose en el artículo 1.344

(80) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, *La dote*.

VALLET DE GOYTISOLO, «Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a terceros de un inmueble adquirido por mujer casada», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 654 y sigs.

«Comentarios a la Sentencia de 11 de mayo de 1965», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 448-449, pág. 1243, y Comentario a la Sentencia de 13 de mayo de 1965.

COSSÍO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, vol. I-1.º: *Tratado práctico y*

del Código Civil que se aplica tanto a los dotales como a los parafernales. Si no se admite este medio de prueba, dice LACRUZ, se dará el caso de un cónyuge viudo que, no habiendo hijos, habrá de entregar la mitad de todo aquello que tiene, cuya pertenencia no puede demostrar, a su suegro y cuñados, y ello aunque el premuerto, previendo el caso, haya reconocido la aportación a la titularidad privativa de esos bienes; relacionando, dice, los artículos 1.232 y 1.344 con el artículo 1.218 del Código Civil, la declaración de un cónyuge relativa a los bienes o créditos conyugales, en cuanto testimonio, tienen siempre *inter partes* eficacia probatoria relativa (presunción *iuris tantum* de veracidad), pero en cuanto confesión siempre la tiene absoluta.

Buena es la protección de los adquirentes, dice VALLET DE GOYTISOLO, mientras no se desorbite, mientras no se desequilibre, superponiéndola sin discriminación a la protección de la mujer, de la familia y de tantos otros intereses estáticos que no deben ser arrollados, sin más, por intereses, también respetables, pero no los únicos a considerar como son los dinámicos, de los adquirentes de buena fe a título oneroso. No se puede pretender ver toda la vida a través sólo del Registro, sino al contrario, hay que ver el Registro al servicio de la vida, de la realidad jurídica, colocado en su sitio, con su función propia, equilibradamente, ayudando y no suplantando a la justicia.

Tres célebres sentencias han venido recientemente a confirmar y a asentar el principio de eficiencia *inter partes* de la confesión del marido, aunque no frente a terceros. En la sentencia de 11 de marzo de 1965 (*Rep. de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1965, t. 32, pág. 1847), la parte actora alegó que el piso a que se refiere la demanda lo compró con el dinero procedente de la venta de 86 acciones de la Unión Española de Explosivos y, que por tanto, el piso comprado es parafernial. El demandado, esposo de la actora, alega que el piso lo compró con dinero de su pertenencia, producto de la venta de determinadas fincas rústicas. En la escritura de compra del piso se hizo constar que el pago se verificaba con el importe de la venta de las acciones referidas, aunque el marido alegaría más tarde que lo hizo así por ceder a una caprichosa obsesión de su mujer en este sentido, y además argumentó en su favor que el precio no fue guardado ni depositado ni en cuenta en el Bancó de España del que la mujer era cliente, ni en ningún otro Banco o establecimiento. El piso en cuestión fue inscrito en el Registro «sin que haya acreditado el carácter parafernial invertido en la compra por la señora adquirente». El juez de

crítico del Derecho civil, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núms. 58 y sigs.

CABELLO DE LA SOTA, «La titularidad registral de la mujer casada en el nuevo Reglamento Hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXIII, abril 1947, págs. 234 y sigs.

primera instancia dictó la sentencia estimando la demanda que, apelada a la Audiencia, ésta la confirmó igual que más tarde en casación.

La sentencia de 13 de mayo de 1965 declaró a su vez: «la presunción muciana que tiene calidad *iuris tantum* se puede *destruir* por la confesión del marido, si ésta no se enfrenta «con acto alguno probatorio sobre la falsedad de dichas manifestaciones y la inexactitud del carácter parafernado reconocido del precio abonado por la finca». Y el considerando cuarto de la sentencia de 2 de febrero de 1951, que ha venido a tener valor de doctrina legal y jurisprudencial, falló que «la confesión del marido en cuanto a las relaciones entre los cónyuges enerva la presunción legal del artículo 1.407 del Código Civil y la presunción muciana (artículo 23 de la Compilación de Cataluña) en sus respectivos supuestos, y sólo cede si demuestra su simulación».

La subrogación real es, por el contrario, automática en caso de dación en pago, tanto de bienes dotales como privativos, en las indemnizaciones de seguros, expropiación forzosa, evicción de un bien total o privativo, en caso de permuta y en los patrimonios especiales, como en caso de petición de herencia, aceptación a beneficio de inventario, etc. (81).

1) *Tiempo en que puede hacerse la prueba.*

La prueba del carácter privativo de los bienes propios de los cónyuges en el régimen de gananciales puede hacerse en el momento mismo de la adquisición o después de él, pero antes de la inscripción y después de la inscripción, en cuyo caso la prueba se inscribirá por nota marginal, artículo 95 del Reglamento Hipotecario (82). Según SANZ FERNÁNDEZ, si la inscripción la realiza un solo cónyuge adquirente, la justificación la puede hacer por solo; pero si la inscripción se practica a nombre de ambos y para la sociedad de gananciales, debe ser necesario el consentimiento de ambos, puesto que para uno de los cónyuges supone la cancelación de

(81) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 171 y sigs. Sentencia de 26 de enero de 1914.

VALLAT DE GOYTISOLO, «Pignus Tabernae», *Anuario de Derecho Civil*, VI-IV, octubre-diciembre 1953, págs. 483 y sigs.

MARC. LAURIOL, *ob. cit.*; JULIEN BONNECASE, *ob. cit.*; ROCA SASTRE, *ob. cit.*

(82) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 1930. Compra con licencia de una finca hipotecada, comprometiéndose a pagar en su día el crédito; pagado más tarde con dinero parafernado, se consideró la finca definitivamente de la mujer.

Sentencia de 15 de mayo de 1929. Admite la posibilidad de justificar que son privativos de la mujer los bienes que fueron adquiridos por el marido, aunque fuera del campo registral.

Sentencia de 18 de diciembre de 1950. El momento decisivo para determinar el carácter de los bienes comparados será el de consumarse su adquisición. Y Sentencia de 6 de julio de 1927.

un derecho y, en este caso, opina SANZ FERNÁNDEZ, sería más conveniente practicar una nueva inscripción en vez de llevarla a cabo por nota marginal, según el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

En Francia, y a pesar de la antigua redacción de los artículos 1.434 y 1.435 del Código Civil, que obligaba al marido a hacer la doble declaración de que la adquisición se hacía con dinero privativo y para tener lugar el empleo o reemplazo, en el acto mismo de adquisición, la jurisprudencia dispensó a los esposos de respetar el momento de la declaración, dando lugar a los llamados reemplazos *par anticipation* y *a posteriori*, posibles también en España después de la reforma de nuestro Reglamento Hipotecario de 1959 (83). La mayoría de los autores franceses admitieron la validez del reemplazo *par anticipation*, tales como LAURENT, HENRY, LAURIOL, BAUDRY-LACANTINERIE, TROPLONG, GAUDEMET (84) por presentar éste serias garantías de sinceridad. En este caso los esposos podían aprovechar una buena ocasión, comenzando por comprar un bien aprovechando las circunstancias favorables y con intención de pagar esta adquisición con el precio de una venta todavía no realizada. Para que este reemplazo fuera válido, la jurisprudencia requería que en el momento de la adquisición el cónyuge en cuyo beneficio se adquiría el bien tuviera un bien propio susceptible de ser vendido. Una sentencia de la Cámara Civil de 14 de mayo de 1879 (D. 79-1-420) establecía que *Le resploi anticipé ou antérieur à l'aliénation du propre n'est prohibé par aucune disposition du loi, ni quant à la femme, ni quant au mari* (85). Sin embargo, y aunque la jurisprudencia francesa también admitió el reemplazo *a posteriori*, casi todos los autores están de acuerdo en que puede ser objeto de posibles fraudes, sobre todo si se trata del reemplazo de un bien del marido, pues éste podía muy bien abandonar los malos negocios y aprovechar siempre los que le fueran beneficiosos en perjuicio, en primer lugar de la mujer y, subsidiariamente, de la propia comunidad, siendo insuficiente que se

(83) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 386 y sigs.

H. LEON y J. MAZEUD, *ob. cit.*, págs. 174 y sigs.

André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 39 y sigs.

(84) LAURENT, *ob. cit.*, págs. 403 y sigs., núm. 359: el reemplazo con anticipación se concilia perfectamente en el texto y el espíritu de la ley.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 194 y sigs.: muy frecuentes en las prácticas notariales. Sentencia de la Corte de Agen de 28 de julio de 1858 (D. 59, 1, 1.275).

LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 242 y sigs. y 299 y sigs., tomo I.

BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, tomo III, *Précis*, núm. 71.

TROPLONG, *ob. cit.*, págs. 319 y sigs.

E. GAUDENENT, *Rev. Trim. Derecho civil*, 1911, págs. 123 y sigs. S. Roqu., 12 de abril de 1910, reemplazo por anticipación-subrogación real.

(85) S. Corte de Apelaciones de 12 de abril de 1910 (D. Ley 1.478). S. de la Corte de Montpellier de 4 de diciembre de 1924 (D. 25-2-55). Es necesario que en el momento de la compra el esposo adquirente posea un bien propio.

alegue en su favor que el régimen de la comunidad es un régimen de confianza.

Las dudas que todavía pudieran haber sobre la validez del reemplazo *par anticipation o a posteriori*, han sido borradas por la nueva redacción del artículo 1.434-1,2 del Código Civil francés debida a la reforma de 13 de julio de 1965.

Artículo 1.434-1,2: «L'emploi ou le remploi est censé fait à l'égard d'en époux, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour lui tenir lieu d'emploi ou de remploi. A défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques.

Si l'emploi ou le remploi est fait par anticipation le bien acquis est propre, sous la condition que les sommes attendues du patrimoine propre soient versées dans la communauté avant qu'elle ne soit liquidée.»

IV. EL PROBLEMA DE LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: SU REPERCUSION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En relación con la subrogación real y con la prueba del carácter privativo, dotal o parafernial del bien adquirido con dinero procedente de una de estas tres clases de bienes, se ha planteado recientemente el problema de la compraventa con precio aplazado, en relación con el régimen de comunidad de gananciales.

¿Qué carácter tiene la adquisición que los cónyuges hacen durante el matrimonio a través de una compraventa con precio aplazado? ¿Cómo se inscribirá el bien comprado de esta forma? ¿Privativo o ganancial? Y la inscripción ¿será definitiva o provisional, retroactiva o no?

Se nos vuelven a presentar los mismos problemas que ya hemos visto al tratar de los números 3 y 4 de los artículos 1.337 y 1.396 del Código Civil. Para unos autores la compraventa a plazos con dinero privativo, en parte, y el resto de los plazos, con dinero ganancial, hace aparecer una especie de comunidad compleja: LACRUZ BERDEJO, MANRESA y Cossío (86). Para otros, se atenderá a la importancia de los plazos o el precio aplazado, pronunciándose siempre en contra de la indivisión y considerando el precio minoritario como un crédito a favor de los bienes corres-

(86) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 411 y sigs.
MANRESA, *Comentarios*, IX, págs. 583 y sigs.
Cossío, *ob. cit.*, págs. 61 y sigs.

pondientes: MEZQUITA DEL CACHO, DE LA CÁMARA y MÉNDEZ APENELA (87).

BORRACHERO (88), basándose en el carácter consensual de la compraventa, dice que el carácter privativo o ganancial del bien debe hacerse en el momento de la transmisión, sin que pueda suspenderse su calificación hasta el momento del pago completo del precio aplazado. A partir de la transmisión del dominio, para este autor, la relación obligacional del pago del precio aplazado es totalmente independiente; si marido y mujer adquieren conjuntamente sin declarar con qué dinero pagarán los plazos fijados, el bien tendrá carácter ganancial inmutable, sin perjuicio del crédito correspondiente, artículo 1.407 y 1.400-1 del Código Civil; si el marido adquiere para sí, declarando que pagará con dinero privativo los plazos, entonces el bien será privativo e inmutable, artículo 1.396-3 del Código Civil y lo mismo si declara la mujer con la debida licencia marital.

Se le achaca a esta teoría que el Código Civil atiende más a datos objetivos que a la voluntad de las partes y, por otra parte, están los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario con su nueva valoración de la simple confesión de uno de los cónyuges. Según MÉNDEZ (89), no interesa en estos casos los pactos y estipulaciones de las partes, sino la procedencia del dinero y esto es lo que opinamos nosotros y parece que ha sido, la mayoría de las veces, lo que ha considerado la jurisprudencia.

En cuanto a si la calificación privativa o ganancial es irrevocable o no, LACRUZ BERDEJO, DE LA CÁMARA y MÉNDEZ (90) opinan que no es irrevocable, pues el artículo 1.407 del Código Civil establece una presunción de ganancialidad hasta que no se demuestre lo contrario, y además el artículo 95 del Reglamento Hipotecario regula la variación de una calificación inscrita en el Registro de la Propiedad.

LACRUZ dice: acaso la solución esté en dar por buena la adquisición a nombre de un cónyuge cuando a ello asienta el otro y, en cambio, cuando se trate de actos unilaterales del cónyuge administrador, dejar en sus-

(87) MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, págs. 657 y sigs.

SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 310 y sigs.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 54 y sigs. «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, 1969.

MÉNDEZ APENELA, «La compraventa con precio aplazado y la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1971, págs. 109 y sigs. y 136.

(88) M. BORRACHERO, «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 959 y sigs.

(89) MÉNDEZ APENELA, *ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

(90) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, págs. 413 y sigs.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs.

MÉNDEZ APENELA, *ob. cit.*, págs. 125 y sigs.

ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, 1968, págs. 58-59.

penso la condición privativa o común del bien hasta la realización del pago. Este criterio, que nos parece justo, lo sigue también ROCA SASTRE.

DE LA CÁMARA, por el contrario, opina que es necesario admitir una calificación inicial con un valor simplemente provisional. Si se trata de una compraventa con el precio totalmente aplazado, se tendrá que partir de la voluntad de las partes y en el caso contrario, se tendrá en cuenta para la calificación provisional la procedencia del precio pagado; el sucesivo pago de plazos se irá anotando en el Registro por notas marginales, llegando a la calificación definitiva cuando el precio sea pagado íntegramente o en parte mayoritaria y la calificación no será retroactiva.

Por último, MÉNDEZ opina que el problema que se está tratando es un problema de prueba y no de derecho. Las dudas que existen sobre el dinero con que van a ser pagados los plazos, son insolubles, mostrándose de acuerdo con DE LA CÁMARA en que es necesario una calificación provisional, pero ésta lo será de acuerdo con el artículo 1.407 del Código Civil y se inscribirá a nombre de ambos cónyuges sin atribución de cuotas y para la sociedad, estableciéndose en el asiento correspondiente la nota del aplazamiento del pago del precio y las manifestaciones de los cónyuges o del cónyuge, según los casos.

La doctrina y la jurisprudencia no han ofrecido una solución a este y otros problemas de la misma índole, siendo las soluciones propuestas muy variadas. ¿Qué ocurre si la mujer paga el precio aplazado con dinero ganancial, pero en concepto de préstamo concedido por el marido como administrador de la sociedad? (91). Los problemas de esta clase que se pueden plantear en los que entran en conflicto las tres masas de bienes que pueden darse en la comunidad son muchos. La aplicación del principio de subrogación real rectamente aplicado, procedencia del dinero y, salvo diferencias considerables entre la aportación de una masa patrimonial y otro, una comunidad indivisa según su respectiva participación, tenemos que rechazarla por completo, pues no tiene en teoría casi ningún partidario y en la práctica no se ha establecido nunca. Dada la prohibición general de crearse los cónyuges bienes propios a costa de los privativos o comunes, consideramos mejor la solución de MÉNDEZ, favorable a la comunidad de gananciales, donde el fraude, si se presentara, sería menor para el cónyuge perjudicado. Como en los casos anteriormente considerados, tenemos que terminar diciendo que, en cierta medida, es éste un problema de hecho y que el juez decidirá ante las circunstancias del hecho concreto (92).

(91) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 57, como privativo.

DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 53, como ganancial.

(92) Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1929, 27 de octubre de 1950 y 28 de noviembre de 1953.

V. LA SUBROGACION REAL Y LA INESTABILIDAD MONETARIA

En los últimos años ha llamado la atención de la doctrina, tanto nacional como extranjera, las situaciones injustas que la desvalorización de la moneda, tan frecuente hoy día, ocasionan con relación a la sociedad legal de gananciales (93). La facilidad con que el marido estaba, antes de la reforma del 2 de mayo de 1975, en condición de enriquecerse en detrimento de su mujer, era desconcertante, sobre todo teniendo en cuenta que, en este régimen, el artículo 1.412 del Código Civil lo configura como administrador de la sociedad (93 bis).

Cuando bienes de la mujer, dote estimada, venta de bienes dotales inestimados, venta de bienes parafernales, etc., se convierten en créditos frente a la sociedad de gananciales o frente al marido a través de un crédito hipotecario, se produce una situación injusta para ella, puesto que el crédito es por el valor que tenían los bienes en el momento de constituirse la dote (art. 1.346 del Código Civil) o bien por el valor de los bienes en el momento de la venta (art. 1.367 del Código civil) y hasta el momen-

(93) José BONET CORREA, «Validez de la cláusula de escala móvil», *ADC*, tomo XXII, año 1969, comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1967.

— «Problemática actual de las obligaciones pecuniarias», *Revista de Derecho Notarial*, año 1962, tomo 36, pág. 200.

— «Los préstamos hipotecarios con cláusula de estabilización», *Revista de Derecho Notarial*, 1960, tomos 29-30, págs. 43 y sigs.

— «Los arrendamientos con cláusula de escala móvil», *ADC*, 1955, tomo VIII-I, páginas 89 y sigs.

— «La cláusula de escala móvil—valor pan—en el arrendamiento de local de negocio», *ADC*, 1956, tomo IX-I, págs. 286 y sigs.

— «La revalorización de las rentas vitalicias», *Revista de Derecho Notarial*, 1960, tomo 27, págs. 235 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1963, septiembre-octubre.

R. M. ROCA SASTRE, «Eficacia de la cláusula valor oro», *RDP*, 1950, págs. 1 a 24.

G. CÁNOVAS COUTIÑO, «Relaciones económico-matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1964, págs. 137 y sigs.

J. GARCÍA GRANERO, *Edificación con dinero ganancial*, ob. cit., pág. 193.

André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955.

J. ROCA, «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial (artículo 1.413 del Código Civil)», *ADC*, tomo XII, año 1959.

VALLET DE GOYTISOLO, «La antítesis inflación-justicia», *Revista Jurídica de Cataluña*, 5 (1960), págs. 531 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, *El retracto convencional*, págs. 151 y sigs. Tomo IV: *Obligaciones y contratos*.

René SAVATIER, ob. cit., págs. 18 y sigs.

(93 bis) A pesar de la Reforma del 2 de mayo de 1975, considero que todavía es interesante lo dicho en este apartado sobre el papel que la subrogación real podría haber desempeñado frente a la inestabilidad monetaria.

to de la liquidación de la sociedad (arts. 1.418, 1.366 y 1.391 del Código Civil), en el que la cantidad de dinero que representan esos bienes ha sufrido desvalorizaciones, por lo cual la mujer recibe un dinero desvalorizado. Es patente que estos fenómenos y procesos monetarios establecen un desequilibrio, un grave perjuicio y también un beneficio y ganancia, según sople el viento de la inflación o deflación y según se ocupe el puesto de deudor o acreedor.

El hecho de que dada la situación de la mujer en la sociedad de gananciales sea la más perjudicada, no quiere decir que sea la única. Un cónyuge bajo este régimen sufre de la desvalorización directamente cuando llega a ser acreedor, o de su cónyuge o de la comunidad o indirectamente cuando es la sociedad la acreedora de uno de ellos.

La prohibición de constituirse bienes propios a costa de los gananciales o de los del otro cónyuge, aunque no conste expresamente en nuestro Código Civil, es un principio general que puede deducirse del contenido de los artículos 1.401 con el 1.396 del Código Civil. Sin embargo, ocurre con frecuencia que la sociedad de gananciales hace «préstamos» al patrimonio privativo de uno u otro cónyuge, según está permitido por los artículos 1.404-1, 1.410, 1.419, 1.437-2 y 1.396 del Código Civil para liquidar a la terminación de la sociedad. Al estudiar estas situaciones, LACRUZ BERDEJO (94) comenta que al artículo 1.401 del Código Civil se debió añadir un apartado 4.º que dijera: «Los procedentes del despojo legal de los cónyuges según o conforme con el artículo 1.407 del Código Civil» y CÁNOVAS COUTIÑO (95) reconoce que en la práctica profesional y en relación íntima con nuestra economía, se ha podido comprobar esta realidad.

Para combatir estas injusticias, dice ESTEPA MOYANO (96), pretendemos en nuestros despachos salvar dificultades aplicando el principio de subrogación real; pero refiriéndose al caso concreto de la inflación, nos dice que como casi siempre las escrituras de venta o enajenación por la mujer casada no reflejan el verdadero valor de lo enajenado o, más claramente el precio real de la venta, por culpa del Impuesto de Transmisiones, antes de Derechos Reales, el legítimo deseo de que la mujer sea reintegrada en aquello que enajenó resulta fallido, pues la compra de fincas o bienes en cuantía equivalente no recibe el carácter de parafernales, ya por no poderse justificar la procedencia del precio, ya porque el consignado en la escritura de enajenación fue bajísimo, en interés de los ad-

(94) LACRUZ BERDEJO, *Los regímenes económicos...*, ob. cit.

(95) CÁNOVAS COUTIÑO, ob. cit., págs. 158 y sigs.

(96) J. ESTEPA MOYANO, «Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, núm. 494, págs. 121 y sigs.

quirentes, ya por el tiempo transcurrido, con el consiguiente efecto de depreciación del signo monetario. Cuando alguna vez, nos dice ESTEPA MOYANO, se inscribe una subrogación real de este tipo es, sin duda, por casualidad, pues las cifras manejadas suponen unos valores que, en serio, no se creerían ni los niños de escuela.

Otro caso en que los esposos se perjudican indirectamente a través de la sociedad de gananciales lo constituye el anticipo para pago de deudas peculiares del marido o la mujer efectuadas con dinero o bienes gananciales, artículos 1.410 y 1.419 del Código Civil, es decir, de deudas contraídas por el marido o la mujer que no sean de la responsabilidad exclusiva de la comunidad, tanto si tales deudas están contraídas antes o después del matrimonio, y no digamos el caso del artículo 1.404-2 del Código Civil, en el que el marido o la mujer propietarios de un terreno pasan a acreedores de la comunidad de una cantidad de dinero liquidable a la terminación de la sociedad. El marido, con más facilidad que la mujer, dada su situación privilegiada de administrador de la sociedad, puede mejorar sus propios bienes a costa de la comunidad, produciéndose el consiguiente aumento de valor de sus bienes, en el que la sociedad de gananciales no participa, e incluso creárselos, abusando de la cláusula «de anejos de propios». Podemos citar también el caso de adquisición de bienes propios por derecho de retracto perteneciente a un cónyuge y con dinero, o del otro cónyuge o ganancial.

A todos estos casos podemos añadir el de la constitución de una renta vitalicia. Por ejemplo, cuando una viuda con el usufructo universal sobre todos los bienes, por comodidad u otras razones, acuerda con los herederos del marido convertir este usufructo en una renta fija vitalicia, con la consiguiente pérdida de valor de su renta a medida que pasa el tiempo y el consiguiente aumento de valor de los bienes sobre los que recaía el usufructo.

El Código Civil francés casi enumera estos casos cuando establece en su artículo 1.437 que «Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense». Por la misma razón, pero en caso contrario, el artículo 1.433 del Código Civil francés dice que «la communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres.

Il en est ainsi, notamment, quand elle a encaissé des deniers propres

ou provenant de la vente d'un propres, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi.

Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré produit de biens propres peut être administrée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions».

Lo más perjudicial, como hemos podido apreciar, es la congelación de los créditos de los patrimonios privativos o del ganancial hasta la liquidación de ésta, que generalmente ocurre pasado mucho tiempo. La Compilación de Navarra prevé en su Ley 88 que «en todo caso, aun sin disolver la sociedad de conquistas, deberán reintegrarse entre los patrimonios privativos y el de conquistas los lucros que se hubieren producido sin causa a favor de uno de ellos en detrimento del otro». En el Derecho aragonés, siempre por acuerdo de las partes o por justa causa, se pueden liquidar las obligaciones de unos patrimonios con otros en el régimen legal antes de la liquidación de la sociedad, artículo 47-2, que dice textualmente: «El pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la sociedad cuando así se hubiere pactado o mediado justa causa». Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.

Carecemos en el Derecho común de una disposición de este género que evitaría en gran medida estas situaciones perjudiciales para los patrimonios especiales o común del régimen de gananciales. Según MEZQUITA DEL CACHO (97), dado el carácter rigurosamente normalista de nuestro Derecho, no puede prosperar en España una revisión del precio o la ejecución del crédito antes de la disolución del patrimonio, pero LACRUZ BERDEJO y COSSÍO (98) están de acuerdo en que deben actualizarse los créditos, pues lo contrario va en contra de la equidad. El Código Civil, dice el primero, se limita a descurir *quodo plerumque accidit*, a no ser que la tensión obligacional creada entre las masas se extinga en momento anterior a la liquidación de la sociedad; lo que viene a decir el Código Civil, dice, es que cuando los desplazamientos patrimoniales entre masas no han sido corregidos constante matrimonio, han de compensarse en la cuenta final, pero no pone inconveniente de tipo general a que se corrijan, ingente el consorcio, el enriquecimiento de una parte y el correlativo empobrecimiento de otra.

No obstante, a esta consideración se le opone, además de la redacción del Código Civil, la jurisprudencia y la Dirección General de los Regis-

(97) MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*

(98) A. COSSÍO, *ob. cit.*

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 169 y sigs. Sentencia de 22 de noviembre de 1932.

tros y del Notariado (S. de 7 de octubre de 1909). Sin embargo, en la reciente reforma del 13 de julio de 1965 del Código Civil francés se ha aplicado el principio de enriquecimiento sin causa al establecer el artículo 1.469 que «La récompense, est en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.

Ello ne peut, toutesfois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.

Et elle ne peut être que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, aujour de la dissolution de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné pendant la communauté, le profit est évalué au jour de l'alienation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien» (99). Según una reciente sentencia francesa de la Corte Suprema, 1.^a Cámara Civil de 16 de julio de 1969 (D. 1970, 181, nota de R. SAVATIER), es en la fecha de la partición de la comunidad cuando se apreciará, en cada caso, el provecho subsistente.

Existen tres remedios para combatir estas situaciones que una depreciación de la moneda hacen injustas. Uno le corresponde a la jurisprudencia que puede adoptar un criterio valorista, con base en un principio de equidad y en la justicia conmutativa, es decir, ésta puede llevar a cabo lo que se llama «revalorización judicial». Otro remedio es propio del legislador y consiste en la revisión del Código Civil tan necesaria en esta cuestión precisamente y, por último, está la actuación de los particulares al añadir en sus contratos de matrimonio cláusula de estabilización que, según nuestro artículo 1.315 del Código Civil, no tienen más que las siguientes limitaciones: no ser contrarias a las leyes, buenas costumbres ni

(99) J. PATARIN y G. MORIN, *ob. cit.*, págs. 244 y sigs, tomo I.

R. SAVATIER, *ob. cit.*, págs. 205 y sigs.

Sentencia del Tribunal Supremo francés de 17 de junio de 1952. La mujer común en bienes le debe al marido inmediata reparación por el perjuicio que le ha causado sustrayendo capitales que pertenecían al marido por la venta de un inmueble propio, puesto que se proponía reemplazar el precio.

Sentencia de la Corte de Lyon de 19 de mayo de 1937. Un marido bajo el régimen de comunidad vende sin autorización de la mujer valores mobiliarios que eran propios de ella. Es condenado a restituir una suma igual al valor de dichos bienes en el día del juicio.

Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 18 de julio de 1933. En un régimen dotal el marido vende sólo valores mobiliarios dotales, cuando en el contrato de matrimonio exigía el consentimiento de la mujer. Los jueces deciden que el marido como gerente es responsable de las faltas que ha podido cometer a lo largo de su gestión y lo condenan a restituir, si no en especie, al menos en naturaleza, los valores mobiliarios dotales, a falta de lo cual se debe pagar una suma de dinero igual al curso en Bolsa de los dichos valores al día de la restitución.

Sentencia de la Corte de Toulouse de 5 de febrero de 1870. Venta dotal no seguida de reemplazo obligatorio.

en detrimento de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges, artículo 1.316 del Código Civil.

Entre las llamadas cláusulas estabilizadoras se encuentra la de escala móvil, que, según J. BONET CORREA (100), además de estar reconocida en varias sentencias (SS. de 17 de junio y 30 de octubre de 1964 y 11 de diciembre de 1966), ni es ilícita ni abusiva, ni supone un enriquecimiento para el acreedor, pues la finalidad es perseguir la equivalencia de las prestaciones para quienes, con diligencia, prevean las posibles alteraciones del valor monetario. La equidad de esta cláusula estabilizadora está en que el evento de desvalorización o depreciación puede ser para compensar o nivelar el contenido económico de las prestaciones dinerarias para ambas partes, de manera que repercuta no sobre una sola de las partes, sino en las dos. No obstante, razones de política social bloquean esta cláusula, admitida hoy en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1959. En Francia, una sentencia de la Corte de París de 2 de julio de 1953 la ha considerado válida, así como otra sentencia de la Corte del Sena de 6 de junio de 1952, en relación con una constitución de dote (101).

Con la cláusula valor-oro se estipula que el crédito deberá pagarse en cualquier moneda de curso legal al tiempo del pago, si bien agregando, en su caso, al importe nominal del crédito, el del quebranto, diferencia o depreciación que, con relación al oro, tuviera entonces la moneda en la que se verifica el pago. La doctrina de la subrogación real, dice Roca SASTRE (102), constituye un fuerte apoyo en favor de la validez y eficacia de esta cláusula, pero también por diversas razones que no son del caso enumerar, la jurisprudencia la condena y sólo se usa en reglamentaciones internacionales.

A estos y otros remedios para combatir la depreciación, vamos a añadir nosotros un empleo de la subrogación real a través de una cláusula de empleo y reempleo obligatorio, establecida por los esposos en capitulaciones matrimoniales. Como dice J. Roca (103), no existe un fraude en sí de la venta por el marido de los bienes gananciales, sino en la aplicación que hiciera el marido del valor obtenido una vez que ingresó en el patrimonio ganancial (artículos 1.408 y 1.407 del Código Civil).

· Sin la cláusula de empleo y reempleo obligatorio un bien propio convertido en dinero por venta se desvalorizaría dentro de la comunidad. Mientras que con esta cláusula se obliga al marido a reemplazar el dinero en otros bienes, valores o derechos seguros, tal como está establecido en el artículo 1.359-2 del Código Civil: «A condición de invertir su importe

(100) J. BONET CORREA, *ob. cit.*, *Validez de la cláusula de escala móvil* ..

(101) André COLOMER, *ob. cit.*, págs. 198 y sigs.

(102) Roca SASTRE, *ob. cit.*, *Eficacia de la cláusula...*, 1950.

(103) J. Roca, *ob. cit.*, *La protección del interés...*, págs. 515-528.

en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros», para salvaguardar el patrimonio de la mujer; y el artículo 2.023 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el patrimonio del menor, al establecer que por causa de utilidad o necesidad, puede el juez autorizar la venta de bienes del menor con la condición de que el dinero obtenido se invierta en nuevos bienes indicados por el juez al conceder la autorización.

Si para la protección del patrimonio del menor y la dote de la mujer la ley establece como condición previa a la venta de los bienes un reemplazo del precio de venta en otros bienes o valores seguros, ¿por qué no va a ser válida, y para proteger en especial a la mujer en tiempos de desvalorización y depreciación monetaria, una cláusula de empleo y reemplazo obligatorio establecida en las estipulaciones matrimoniales?

Por medio de esta cláusula, la depreciación monetaria tendría un campo de aplicación más reducido donde ejercer sus depreciaciones y en todo caso todos sufrirían las consecuencias. Para la mujer supondría el valor constante de sus bienes a pesar de los cambios que pueden ocurrir e incluso en los casos en que el marido no llevara a cabo el empleo o reemplazo obligatorio, pues no sólo devolvería en su día el dinero que representa el crédito, sino que también sería condenado a una indemnización por incumplimiento.

Pero la mejor ventaja de esta cláusula la constituye el hecho de producir sus efectos a lo largo del matrimonio, de manera que fuera de los casos en que el bien subrogado es un crédito de suma de dinero, da al cónyuge, en favor del cual va a intervenir, la seguridad que supone el derecho de propiedad sobre el de crédito en estos momentos de depreciación, sustrayéndose además el riesgo de la insolvencia del cónyuge.

No es contraria a la ley, puesto que en cierta forma la establece como condición previa a la venta de bienes dotales y del menor sometido a patria potestad (artículos 1.359 y 164 en relación con el art. 2.023 LEC). Ni a las buenas costumbres ni depresivo a la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges (desaparecida en la reforma del 2 de mayo de 1975). Una sentencia de 21 de febrero de 1900 admitió un pacto entre esposos en las capitulaciones matrimoniales, por el que se obligó al marido a aplicar el capital que recibió en concepto de dote estimada a la construcción de casas.

En cuanto a terceros, nuestro artículo 1.321 del Código Civil en relación con el 1.280-3 del Código Civil, establece que las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan de ellas o del régimen económico conyugal habrán de constar por escritura pública y el artículo 1.324 establece una forma excepcional ante el secretario del Ayuntamiento. Si median bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, las ca-

pitulaciones se inscribirán en el Registro de la Propiedad (arts. 2, 162-1.º y 169 y ss. LH) y en el Registro Mercantil si se trata de un comerciante (art. 21, núm. 1.º, en relación con el 27 y 28 Cg. cm., y arts. 76, núm. 7, y 78 a 81 del Reglamento Mercantil de 14 de diciembre de 1956).

La Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 ha venido a completar la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, al establecer que pueden hacerse indicaciones al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (art. 77-1.º) a petición de parte (art. 264-1.º y 2.º del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958).

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil, el artículo 77-2.º dispone que en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de la indicación registral.

VI. LA SUBROGACION REAL EN EL REGIMEN FILIAL

La subrogación real no ha planteado problemas con relación a la venta de los bienes de los menores sujetos a la patria potestad. La subrogación real no sólo está autorizada por el juez en su primera fase de venta de bienes del menor, sino también en su segunda fase de reemplazo del excedente del precio en otros bienes no menos seguros. La subrogación real está aplicada aquí con las máximas garantías.

El artículo 164 del Código Civil (art. 225-1.º del Código Civil italiano y artículo 128 del Código Civil francés) exigen que se dé una causa de utilidad o necesidad para que el juez pueda autorizar la venta que el padre o madre pretendan realizar de los bienes de sus hijos sujetos a la patria potestad (104). Probadas estas circunstancias, el juez concede la autorización según el artículo 2.023 LEC, atendiendo a las instrucciones del Ministerio Fiscal y exige que el precio de la venta se invierta efectivamente en nuevos bienes, ya indicados al solicitarse la autorización, y que el secretario judicial correspondiente asista al otorgamiento de la escritura de venta y se incaute el precio para asegurar así su inversión.

El mismo juego de la subrogación real puede darse en los bienes de menores sujetos a tutela, en caso de venta, permuta, concesión de presta-

(104) RUGGIERO, *ob. cit.*, págs. 945 y sigs.

Marc LAURIOL, *ob. cit.*, págs. 126 y sigs. El empleo sólo para muebles.

HENRY, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs. Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 28 de febrero de 1899 (D. 1.905-1, 28).

VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 511 y sigs.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, *La subrogación real*.

MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, *Principales aplicaciones*.

(105) Henry LEHMAN, *ob. cit.*, págs. 314 y sigs. y 403 y sigs.

mos y otros previstos en el artículo 269 del Código Civil. En Alemania (105), únicamente en cuanto a la adquisición de cosas muebles con medios patrimoniales del hijo, según el artículo 1.646 BGB, siendo la subrogación real, en este caso, automática. Configurado el patrimonio del hijo como especial, están excluidos de la administración del padre: 1.º, los bienes que adquiriera *mortis causa* o por atribución patrimonial de un tercero si así lo manifiestan los causantes... y los subrogados de los mismos (1.638, III-1.651, 1, núm. 2 y II), y 2.º, lo que el hijo adquiriera con su trabajo independiente y sus subrogados (1.651, 1 y II; 1.638, II).

M.^a LUISA MARÍN PADILLA
Doctor en Derecho

VIDA JURIDICA

Un interesante ciclo de conferencias sobre *La propiedad y la distribución de la tierra en España*

La Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Asociación Española de Economía y Sociología Agrarias, en colaboración con una revista profesional, han organizado estas conferencias con el acierto de elegir para desarrollarlas a personas que podríamos clasificar en tres grupos: teóricos, representados por profesores universitarios; técnicos, ingenieros que han intervenido personalmente en las actuaciones agrarias de los últimos años, y, por último, los investigadores e historiadores que han reflejado el entorno social y político de España en los tiempos azarosos en que la cuestión se ha centrado.

Pocas dudas hay de que si el campo es atrayente en general, lo es muchísimo más para quienes de modo normal ejercemos nuestra profesión en ámbitos directamente relacionados con la tierra y sus problemas. Parece que toda información sobre el tema puede ser particularmente interesante en las épocas de transición o cambio, propicias de suyo para que aparezcan oportunismos y demagogias; pero para nosotros la problemática jurídica y social del agrarismo no puede ni debe ser un Guadiana que aparece o se oculta según las circunstancias. El campo está ahí, es nuestra vida cotidiana, y el Registro ha de cumplir en todo momento su doble función de seguridad jurídica y de amparo de las realizaciones sociales.

Por eso, hemos querido traer aquí un resumen de estas conferencias, celebradas a lo largo de la primavera en un Colegio Mayor Universitario de Madrid, con gran asistencia, por cierto, tratando de plasmar un trasunto lo más fiel posible de las opiniones expuestas. Unas veces estamos de acuerdo, otras no tanto y algunas hemos disentido rotundamente. Pero cada cual tiene su opinión y es cuestión de criterios.

14 de febrero.—LUIS GARCÍA DE OTEYZA, Presidente de la Asociación Española de Economía y Sociología Agrarias.

El presentar el ciclo concreta que el tema de las conferencias es la llamada reforma agraria, situando la cuestión en el momento de transición política por el que España atraviesa y tratando de hacer una síntesis histórica de este fenómeno en los diversos países.

Comienza afirmando que las reformas agrarias tienen normalmente un contorno de vida agitada y que aparecen desde hace unos sesenta años, concretamente desde 1917, como consecuencia inmediata de guerras o revoluciones.

Sin embargo, pese a este denominador común, pueden distinguirse dos coordenadas diferentes en los países americanos y en los europeos, los cuales corresponden a diversas necesidades y, además, no coinciden en el tiempo.

En *América*, aunque el primer eslabón se produce, al igual que en Rusia, en 1917, con la revolución mejicana, al grito de «tierra y libertad», puede decirse que la reforma fue intensa al principio, pero ha resultado incompleta. La Constitución de Querétaro, en su célebre artículo 27, sentó que se podrán imponer a la propiedad las obligaciones que demande el interés público, pero la verdad es que posteriormente esta reforma agraria mejicana se ha ido diluyendo.

Según GARCÍA DE OTEYZA, hasta 1950 no vuelven a aparecer intentos reformistas en Iberoamérica con poco éxito. El verdadero catalizador es la revolución cubana de Fidel Castro, que promueve una tendencia general reformista a partir de 1960 extendida por toda América del Sur. Se pueden citar: en 1960, Venezuela; en 1961, Colombia; en 1962, República Dominicana, Costa Rica, Guatemala y Chile; en 1963, Panamá, Paraguay, Nicaragua y Honduras; en 1964, Perú y Brasil; en 1969, El Salvador, y en 1973, Ecuador. Se celebra la conferencia de Punta del Este y los Estados Unidos tienen que rectificar su política exterior respecto a los demás países americanos.

Las tendencias actuales en América enfocan el fenómeno de la reforma agraria entendiendo que se refiere no sólo a la propiedad, sino a los medios de cultivo, asistencia técnica, créditos asequibles, política de mantenimiento de precios y otras acciones. Debe señalarse también que a veces las reformas se promueven por los propios latifundistas y compañías multinacionales, que ceden en lo menos para conservar lo más. Con eso se pretende, gráficamente, que «cambie algo para que todo pueda seguir igual».

En *Europa*, aunque quizá suelen coincidir con revoluciones o guerras, a veces las reformas agrarias nacen también por procedimientos de-

mocráticos y no violentos. Así, en los Balcanes, por los años 1918-1920, se trata de crear una especie de cinturón sanitario frente a la revolución soviética mediante reformas de tipo populista que consisten en simples redistribuciones de tierra con fines más sociales que económicos, influyendo también el deseo de pagar de algún modo a los ex combatientes sus sacrificios en la pasada guerra.

En Italia surge un movimiento parecido, cuyas tendencias se modifican sustancialmente con la llegada del fascismo; a partir de 1923 se mira más a la «bonífica» de la tierra, a su transformación y mejora, con el fin de distribuirle posteriormente. En España, es sabido, y lo veremos más ampliamente después, la Segunda República intenta también una reforma agraria.

Después de la segunda guerra mundial se implanta el marxismo en los países tras el telón de acero, produciéndose fenómenos de colectivización en diversos grados.

En los restantes países europeos se intenta compatibilizar las tendencias sociales con el respeto a la iniciativa individual y así podemos señalar nuevas distribuciones de tierra en Italia, mientras que en otras partes se tratan de recomponer pequeñas explotaciones por medio de la concentración y fomentando y protegiendo el cooperativismo.

Portugal, a raíz de la revolución de 1974, representa una trayectoria de dudas y vacilaciones. Primero se producen las ocupaciones violentas por los campesinos proletarios, habiéndose reconsiderado estas actitudes con las Leyes Barreto de Reforma Agraria y la de Expropiación, ambas de 1977. Se ha llegado a decir que allí los campesinos hacen la reforma agraria y los técnicos se limitan a ir detrás.

Para evitar esto último, concluye GARCÍA DE OTEYZA, los técnicos debemos anticiparnos y una forma es estudiar a fondo este proceso reformador. Es el objeto que se pretende con estas conferencias.

El proceso de la desamortización de la tierra en España, por FRANCISCO TOMÁS VALIENTE, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca.

El problema de la desamortización hay que situarlo en plena revolución burguesa y en el entorno social existente a principios del siglo XIX, empieza el conferenciante.

Hay dos principales escalones: la desamortización de los bienes eclesiásticos de MENDIZÁBAL en 1836 y la de los bienes municipales llevada a cabo por MADDOZ en 1885. Pero a pesar de sus intermitencias y aparecer

ambas facetas como diversificadas, fue realmente un proceso unitario que muestra en conjunto una clara coherencia y unidad de sentido.

La finalidad que se persiguió con la desamortización fue doble:

a) La recaudatoria o fiscal. La Hacienda Pública en aquella época se encontraba escuálida a causa de los cuantiosos gastos que originaron las guerras carlistas. Estaba agobiada por la Deuda Pública y era preciso y urgente ingresar fondos en las arcas del Estado.

b) La estrictamente política, que pretende convertir la propiedad sujeta a manos muertas y con carácter vinculado en propiedad plena, individual y de libre mercado. Supone el tercer pie, con la Ley de 1811, que abolió los señoríos, y la de 1820, desvinculando los mayorazgos, para el trípede ordenador de la propiedad según la concepción liberal.

La compra se verificó no sólo con dinero, sino también mediante compensación, pues el Estado admitía lógicamente títulos de su propia Deuda Pública. En cualquier caso, moneda o títulos, los compradores habían de tener posibilidades; para acudir a la adquisición de los bienes, los licitantes habían de ser ricos.

Según TOMÁS VALIENTE, podrían distinguirse hasta cinco clases o tipos de compradores en la desamortización:

1. Los especuladores o ambiciosos clásicos, que trataron de acaparar cuantas tierras se podían poner al alcance de sus posibilidades.

2. Los típicamente burgueses (comerciantes, industriales, funcionarios), que encontraron un medio de invertir ventajosamente sus ahorros en estas compras.

3. Los propietarios rurales acomodados o de tipo medio, que deseosos de aumentar la base de sus explotaciones adquirieron algunas pequeñas fincas.

4. Los nobles, que en este aspecto se aburguesaban en cuanto que hicieron también las compras que más convenían a sus intereses.

5. Por fin, el grupo escasísimo y casi vacío de los campesinos no propietarios, ya que éstos, a quienes socialmente debían haber ido las tierras, carecían de medios para adquirirlas.

Los defectos de la desamortización, según el conferenciante, fueron negativos y pueden esquematizarse así:

a) No benefició al campesinado, sino que, por el contrario, dio lugar a que su pobreza se acentuase, surgiendo una acusada proletarización. Se calcula en un 25 por 100 de la superficie del territorio nacional afectada por la desamortización de 1830 a 1900. Hay que pensar que en los bienes que pertenecieron a la Iglesia había cultivadores a baja renta y los bienes

municipales eran aprovechados por los desposeídos de cada pueblo. Todos ellos se encontraron de pronto lanzados y carentes de recursos.

b) Afectó negativamente al paisaje y esquilmo las tierras, pues todo comprador quiso sacar el máximo partido a su tierra y tratando de poner en cultivo todo lo adquirido se dedicó a roturar sin tasa, cuando muchas veces el suelo no era idóneo para la agricultura, sino para ganadería o destino forestal.

c) Hay una correlación muy acusada entre desamortización y latifundio, pues un solo propietario compraba y pretendía cultivar en una sola mano fincas que antes tuvieron varios cultivadores.

d) El anterior defecto se multiplicaba en el caso de los bienes municipales, en los cuales, además, incidía el doble daño de que se privaba a los vecinos pobres de los pueblos de una ayuda con la que antes contaban para vivir.

e) La desamortización de MADRIZ, en 1855, inmovilizó capitales que en aquellos momentos eran necesarios para invertirlos en el naciente proceso industrial y el tendido de la red ferroviaria que por entonces se llevaba a cabo en España. De este modo, tanto la industria como los ferrocarriles fueron prácticamente invadidos por capitales extranjeros y bien sabemos lo costoso que después ha resultado el rescate.

21 de febrero.—EDWARD MALEFAKIS, Profesor de la Universidad de Columbia.—*Análisis de la reforma agraria durante la Segunda República.*

Empieza diciendo que pueden concebirse dos tipos de reformas agrarias, las que tienen motivaciones puramente económicas y las sociales. Este segundo tipo es el que suele coincidir con grandes crisis históricas y no pocas veces con revoluciones o guerras.

Si miramos a esto, según el conferenciante, la reforma agraria de la Segunda República, a la que se quiso dar un tinte social, fue realmente insólita, pues en aquellos momentos no había una verdadera revolución y menos de tinte campesino, pues los labradores españoles eran conservadores al reunir en su gran mayoría la condición de propietarios. La República vino por medios electorales y no revolucionarios y sus principales actores, todo siempre según la opinión de MALEFAKIS, eran también conservadores. Aquella reforma vino quizá por puro idealismo y no poco por oportunismo político: simplemente, los republicanos querían atraerse el apoyo de los socialistas.

Temiendo que los braceros andaluces resucitasen sus viejos precedentes anarquistas y pasaran a la acción, se procuró atajar el paro campesino

con el decreto, que resultó contraproducente, que prohibía dar ocupación a obreros forasteros en tanto los hubiese desocupados en el propio término. Con el mismo objeto se crearon los jurados mixtos y se dieron otros decretos que favorecieron en poco a los propósitos reformadores.

La reforma agraria se produjo, sigue diciendo MALEFAKIS, simplemente por el temor a una revolución campesina y encontró escaso eco entre los diputados republicanos, la mayoría de los cuales desconocían los problemas del campo. La ley llegó a buen puerto por el acicate que supuso la sublevación de Sanjurjo en 1932, que aceleró su aprobación.

Se creó, como organismo que debía llevarla a cabo, el Instituto de Reforma Agraria, que tardó en ponerse en marcha. La legislación complementaria fue igualmente tratada en las Cortes con poquísimo interés. Los presupuestos del I. R. A. eran mínimos y no alcanzaban para ninguna actuación apreciable. Por otra parte, con la lenta discusión parlamentaria de la ley, ya se había pasado el entusiasmo inicial republicano, rompiéndose la unidad de las izquierdas; en definitiva, era tarde para cambiar la situación existente.

Con las elecciones de 1933 vino el triunfo de las fuerzas conservadoras y el ya incierto rumbo de la reforma agraria sufrió un nuevo parón. Dentro de las fuerzas gobernantes había dos tendencias: revisar la reforma y paralizarla totalmente. La huelga campesina de 1934 fue el intento más importante llevado a cabo por entonces para apuntalar e impulsar adelante la reforma agraria, pero tal huelga fracasó, con encarcamiento de los líderes, con lo que los seguidores se desfundaron, quedando totalmente desilusionados. El Ministro de Agricultura de la C. E. D. A., hombre de talante social, tal como era Manuel Giménez Fernández, intentó recrear un nuevo *consensus* nacional en torno a la reforma agraria para que llegase a ser seria y efectiva, pero todos le hicieron el cerco y tuvo que dimitir. Entonces se empezó a hablar de «contrarreforma», pretendiéndose pura y simplemente derogar las leyes de Azaña.

Esta política fue desacertada y ante la nueva Ley de 10 de agosto de 1935 la oposición campesina fue unánime, sobre todo cuando se intentó la expulsión de los colonos de fincas ocupadas para intensificación de cultivos.

El giro político originado por el triunfo del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936 trajo un nuevo gobierno que pretendió recuperar la reforma en sus antiguos rumbos, pero las condiciones eran ya muy diferentes a las de 1931: España no sólo estaba fuertemente polarizada entre derechas e izquierdas, sino que incluso entre éstas había al menos dos líneas muy diferentes. Para los republicanos se debía continuar la labor empezada, mientras que los comunistas y anarquistas pretendían llevar la reforma por vías netamente revolucionarias; los más extremistas

tenían como primer punto de programa radical el de «eliminar a los técnicos del I. R. A.».

El 19 de junio de 1936 las Cortes repusieron en todo su vigor la Ley de 1932, pero el cúmulo de huelgas y acciones revolucionarias hacía imposible toda labor constructiva.

Cómo podría haber terminado esta lucha entre las propias divisiones izquierdistas es algo que nunca podremos saber. Como dijo MALEFAKIS, al venir el Movimiento del 18 de julio de 1936, quedó muerta para siempre la reforma agraria republicana.

Al ser preguntado, en el coloquio subsiguiente, si convendría «resucitarla», fue rotundo en su opinión negativa. Si entonces la reforma, tal como se planteó, no fue acertada, mucho menos lo sería ahora en que las condiciones sociales de los agricultores han cambiado de modo decisivo por obra de la evolución social y la acción de la Administración de los últimos años.

28 de febrero.—JACQUES MAURICE, Profesor de la Universidad de París-Vincennes.—*Problemática de las colectividades agrarias en la guerra civil.*

Aunque hay poca bibliografía sobre el tema, merece ser estudiado especialmente porque el amplio movimiento de colectivización agraria que tuvo lugar de forma generalizada en la zona republicana durante la guerra, tuvo características distintas de la paralela incautación de industrias y servicios. A tono con las necesidades bélicas, esta última se hizo rápidamente y de modo uniforme, al contrario de como ocurrió en el campo. Aquí se hizo más lenta y escalonadamente, pero llegó a generalizarse a todo el territorio agrícola dominado por el gobierno de Madrid.

Otra característica fue, en opinión del conferenciante, que esta colectivización no surge de modo espontáneo al estallar la guerra, sino que tenía atisbos anteriores. Con la victoria del Frente Popular en febrero de 1936, ya se venía organizando el movimiento obrero agrícola y la redistribución colectiva de tierras se daba en proporciones apreciables, superiores a los datos facilitados por el I. R. A. Precisamente el 18 de julio sorprendió a estas incipientes organizaciones obreras en el momento en que iniciaban las primeras ocupaciones de fincas.

Se queja igualmente el conferenciante de que la historiografía adolece aquí de falta de investigaciones originales. Los historiadores que se ocupan de este punto lo hacen a base de testimonios obtenidos *a posteriori*, procedentes de simples y poco fiables folletos de divulgación, pero pocas veces

directamente de protagonistas que intervinieran en los hechos. Hay algunos, pocos, datos de observadores extranjeros, pero con todo sigue faltando un estudio serio y no hay cifras seguras sobre la amplitud de las colectivizaciones.

Los datos del I. R. A. tampoco son muy exactos porque se apoyaron en los informes comunistas, excesivamente partidistas y con fuertes tonos opuestos a los anarquistas. Extraña, en cambio, el silencio de los socialistas que protagonizaron, superándolos en más de tres veces, todo el entramado de la colectivización, sobre los demás partidos. La historiografía, pues, aparece aquí impregnada de ideología.

En el primer año y medio se intervinieron casi cuatro millones de hectáreas, llegando a los cinco millones a lo largo de toda la guerra, según datos que toma de PASCUAL CARRIÓN. Se pueden distinguir tres grupos: 1.º Fincas confiscadas por motivos políticos, que alcanzan las mayores cifras en Albacete, Ciudad Real y Jaén; 2.º Ocupaciones por razones de utilidad social, que se dieron en las provincias próximas a Madrid por la necesidad de proporcionar víveres para la guerra, y 3.º Propiedades ocupadas directamente por los campesinos, sobre todo en las provincias de Granada y Jaén.

Globalmente la extensión de tierra llevada en forma colectiva es de unos tres millones de hectáreas, superando el 50 por 100 de la tierra cultivable de la zona republicana, siendo en las provincias de Ciudad Real y Jaén donde predominaron de forma absoluta las explotaciones colectivas.

Las ocupaciones para colectivizar, dijo el conferenciante, fueron precedidas en bastantes casos de la supresión física de los propietarios de las fincas y mientras en algún caso, como en Ciudad Real, se produjeron de modo casi instantáneo, en otros lugares, como Valencia y Murcia, tuvieron lugar escalonadamente, llegando casi hasta noviembre de 1936. Con fecha 7 de octubre el comunista Vicente Uribe, Ministro entonces de Agricultura, dictó un decreto expropiando sin indemnización a favor del Estado las fincas rústicas pertenecientes a personas «que hayan intervenido directa o indirectamente en el movimiento contra la República». Este decreto, negociado con los socialistas, no daba la propiedad a los campesinos, sino al Estado, aunque ellos en la práctica se desentendieron de la tutela que pretendía el Instituto de Reforma Agraria.

¿Partió de los campesinos la iniciativa de las colectivizaciones? Más bien no, pues los promotores no fueron los sindicatos agrícolas, sino las organizaciones políticas locales y más concretamente los llamados «comités». En el supuesto concreto de Andalucía, la colectivización fue ordenada por el comité regional reunido en Málaga. En principio, fue necesario improvisar la recolección de la cosecha pendiente en julio de 1936 y des-

pués, al prolongarse la guerra, se trató de organizar la operación más ampliamente.

¿Fue voluntaria la colectivización o más bien los agricultores hubieron de soportarla a la fuerza? El conferenciante se limitó a decir que carecía de datos, pues no existían encuestas fidedignas. Sin embargo, en el coloquio quedó claro que se inclinaba a pensar que la gran mayoría de los agricultores, pequeños y medianos propietarios, hubieron de soportar de mala gana un sistema claramente opuesto a su autonomía individual.

¿Cuál fue el resultado de estas colectivizaciones? ¿Tenían posibilidad de éxito? Sus defensores creyeron que era un buen medio para tratar de igualar las condiciones de vida en el campo y suprimir diferencias sociales. Los más establecen un balance negativo, sobre todo desde el punto de vista económico. Los intentos tardíos de articular las colectivizaciones estaban condenados al fracaso por la desaparición del sistema productivo, subsiguiente al deterioro de la situación político-militar republicana.

En las colectividades había múltiples problemas; los pequeños agricultores encontraban dificultades insalvables para comercializar sus productos y eso les obligó a ingresar en ellas, por lo que faltaba la *afectio societatis*. Su ambiente era muy parecido a los utópicos «falansterios» que imaginara FOURIER; hay una práctica nivelación de salarios, horario ilimitado de trabajo, menor jornal para las mujeres, venta obligatoria de productos y con precio fijado por el colectivo. Era una negación total de la personalidad, hasta el punto de someter al pequeño productor a una vigilancia constante por los dirigentes. Esto motivó que el descontento se generalizase, manifestándose alguna vez de modo vivo, como ocurrió en Carcagente.

Por otra parte, había constantes tensiones entre socialistas y comunistas en varios temas. Concretamente, en cuanto al usufructo perpetuo que atribuyó a los cultivadores el decreto de Uribe, ¿a quién se debían pagar las rentas?: Ante la enconada situación, se salió del paso con moratorias prolongadas hasta el fin de la guerra.

Concluyó el conferenciante que estas colectivizaciones fueron, en definitiva, una respuesta improvisada a la indudable situación de emergencia y un intento fallido de defender un orden nuevo para la economía campesina.

En el coloquio final intervino JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad de Madrid, el cual aportó su testimonio personal de las colectivizaciones en el Bajo Aragón y puntualizó que, en cuanto a su origen, fueron obligatorias e impuestas por la fuerza a los agricultores de aquella región; respecto a su naturaleza, tenían un tinte fuertemente político y no económico ni social ya que en Aragón no era preciso redistribuir una propiedad que ya estaba repartida en exage-

rado minifundio; en cuanto a su organización, las colectividades tenían grandes afinidades con los koljoses de Bielorrusia y Ucrania. Por último, respecto a sus efectos y naturaleza, la verdad es que fue algo ocasionado por la guerra y nada más, sin que puedan atribuirse científicamente a este fenómeno otras consecuencias.

7 de marzo.—EMILIO GÓMEZ AYAU, Doctor Ingeniero Agrónomo y Doctor en Ciencias Económicas.—*De la Reforma Agraria a la Política de Colonización.*

El conferenciante relató sus vivencias personales en el ámbito ordenador de la tierra dentro, especialmente, del período de 1933 a 1957, en el cual intervino activamente.

Señala que 1933 fue un año clave en Europa. Mientras en Alemania llegaba Hitler al poder e implantaba una economía intervencionista con miras a la guerra, en España se daba el giro que imponían las elecciones ganadas por los partidos derechistas y a la vez se redactaba el primer Plan Nacional de Riegos por Lorenzo Pardo.

La política de riegos en España ya arranca del Informe de JOVELLANOS, en el que, al decir de VALENTÍN ANDRÉS ALVAREZ, se desecha de la tradición lo que se opone al progreso. La línea de regadíos sigue con Campomanes y, sobre todo, con Joaquín Costa, que centra su programa en aproximarnos a Europa. Los regeneracionistas recogen estas doctrinas para plasmarlas en lo que se ha llamado «política hidráulica», que no es más que, como dice el propio Costa, la sublimación de la política agraria y económica de toda la Nación.

La venida de la República en 1931 coincidió con una gran crisis económica y se dieron normas para paliar el paro y entre ellas se procuró terminar las obras públicas en marcha, procedentes en su mayor parte del período de Primo de Rivera y en especial varias obras de riego que estaban casi terminadas. Este fue el origen de la llamada Ley de Obras de Puesta en Riego, de 13 de abril de 1932, que se aplicó a determinadas zonas regables de Andalucía, en las que sólo faltaban ciertas obras complementarias. Ante la escasez de medios técnicos, recuerda el conferenciante que se llegó a decir que se utilizarían, si preciso fuere, los mulos de artillería para nivelar las tierras. Esta ley no tiene un sentido solamente económico y de transformación, sino también social: la instalación de familias y su protección hasta que puedan desenvolverse; inicia, pues, un camino claro hacia una política de colonización. La Ley de Obras de Puesta en Riego contempla, por primera vez, que no bastan las obras

exclusivamente hidráulicas para que la transformación de la tierra se considere realizada; es necesario disponer de caminos y viviendas y el Estado no debe dejar las obras secundarias a la simple iniciativa de los particulares.

En septiembre de 1934 se celebró el V Congreso Nacional de Riegos y en la ponencia presentada por LEOPOLDO RIDRUEJO se defendía que en estas obras no basta con llevar agua, había que llevar también gente para que cultivase las tierras transformadas. En la práctica, sin embargo, era difícil reclutar a dichos cultivadores. El Servicio de Obras de Puesta en Riego se extinguió a finales de 1934, pasando sus competencias a las Confederaciones Hidrográficas y los ingenieros quedaron integrados en el Instituto de Reforma Agraria.

La reforma republicana empezó realmente en 1936. En 1933 se ocuparon las fincas pertenecientes a miembros de la Grandeza de España, sin indemnización, pero no se llevaron a cabo las expropiaciones de las fincas incluidas en el inventario confeccionado; no había planes de distribución ni se habían designado los beneficiarios; sólo había ocupantes provisionales. Con el Frente Popular de febrero a junio de 1936 aumenta considerablemente el número y la extensión de fincas ocupadas, todo ello ya en medio de una fuerte tensión social. A limitar estas ocupaciones, aunque sin conseguirlo en absoluto, tendía el discurso del Ministro Ruiz Funes el 1 de junio de 1936. Los acontecimientos se precipitaron y sobrevino la guerra. En la zona republicana se dan los decretos ya conocidos y las colectivizaciones; ya no hay reforma sino revolución.

En la zona nacional, ya en 4 y 8 de agosto de 1936, la Junta de Defensa Nacional dictó decretos regulando la situación de las fincas dadas a los yunteros, las ocupadas de hecho y las que se encontraban en proceso de reforma con asentados. En 25 de marzo y 7 de septiembre de 1939, el nuevo Estado, caminando por otros derroteros, deroga la reforma agraria y devuelve las fincas a sus dueños.

Para poner en práctica el programa sobre «Tierra», contenido en los Puntos 17 a 22 de Falange, se crea el Servicio de Reforma Económica y Social de la Tierra al que se encomienda lo relativo a Patrimonios Familiares, acceso a la propiedad, pósitos y crédito agrícola. Este Servicio desaparece al crearse, el 18 de octubre de 1939, el Instituto Nacional de Colonización.

La Ley de Bases sobre Colonización de Grandes Zonas se promulga el 26 de diciembre siguiente y en ella hay una apelación confiada al capital y a la iniciativa de los particulares para realizar obras, aunque con el complemento del Estado si fuere preciso. Pero a partir de 1939, como consecuencia de su propia posguerra y de la guerra mundial, España atraviesa una grave crisis y hasta 1951 no se recupera el nivel agrícola de 1929.

La Ley de Grandes Zonas de 1939 no tuvo efectividad y por ello se orientó la legislación colonizadora a la distribución de la propiedad en las zonas regables transformadas, surgiendo a la vez otras acciones concordantes en el campo, como la concentración parcelaria, que se llevan a cabo desde 1952 a 1957, desembocando en una amplia estabilidad económica y social. Pero estas medidas y sus efectos posteriores se salen ya del período que especialmente se ha contemplado en la conferencia presente.

14 de marzo.—ANGEL MAQUEDA VALBUENA, Doctor Ingeniero Agrónomo y Economista.—*La distribución de la propiedad en los programas de nuevos regadíos.*

Siguiendo el orden cronológico que hasta ahora llevan estas disertaciones en materia de la distribución de la tierra, el conferenciante ciñe su exposición al período que va desde la Ley de Colonización del año 1949 hasta la constitución del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario en 1971, época en la que coinciden su experiencia personal como Ingeniero en el Plan Badajoz con el período en que fue más intensa la colonización en España.

La primera parte de la conferencia la dedicó a exponer el marco legal en que actuó el Instituto Nacional de Colonización y que estuvo constituido principalmente por la citada Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables, aclarada por la de 17 de julio de 1958 y más sustancialmente modificada por la de 14 de abril de 1962. A éstas cabría añadir la de 27 de julio de 1968 sobre régimen de las tierras adquiridas por el Instituto o afectadas por sus planes. Todas ellas están hoy enmarcadas en la sistemática de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que, al absorberlas, derogó los textos anteriores. Esta última tomó de la de 1968 el texto de su artículo 21, según el cual las tierras adquiridas por el Instituto serán aplicadas a las finalidades de constituir o completar explotaciones familiares o comunitarias o establecer huertos familiares para trabajadores empleados en explotaciones agrarias.

Pero la ley básica, repetimos, reguladora de las actuaciones de colonización fue la de 1949, en cuyo preámbulo se delimitó su doble objetivo: el económico de obtener mejores aprovechamientos del suelo y el social de redistribuir la tierra y dotar de ella al mayor número posible de familias campesinas.

La acción expropiatoria de esta ley recae sobre las llamadas tierras en exceso, o sea, aquellas que estando incluidas en una posible mejora

y redistribución no se reserven por los propietarios. Estas reservas, curiosamente, no se señalan cuantitativamente por la ley, dejando ésta su determinación a cada uno de los decretos aprobatorios del Plan General correspondiente a cada zona. Era lógico que se dejase cierta amplitud para concordarla con las características del caso concreto, pero la ley debió ceñir más los límites. La verdad es que en las primeras etapas se acudió a la Ley de Expropiación Forzosa de 27 de abril de 1946, porque evidentemente se daban los supuestos de interés social para adquirir estas fincas. Pero, con todo, el conferenciante entiende que se dejaron muy indeterminados los límites del derecho de propiedad, defecto que debió corregir la Ley del 49. Bien es cierto que tanto en el preámbulo como en algún artículo aislado se sienta que la propiedad debe subordinarse al establecimiento del mayor número de colonos; pero aquí, entiendo MAQUEDA, debió ponerse mayor énfasis al limitar el dominio. Precisamente al presentarse el proyecto de ley ante las Cortes se recalcó que permitiría resolver problemas de justicia social al colocar masas campesinas en régimen de acceso a la propiedad de la tierra y al señalarse la grave situación del campesinado español se daba la razón de ser del carácter y finalidad social de la ley.

La aclaratoria de 27 de julio de 1958 se limitó a reiterar la no expropiación de las fincas que ya estuviesen en riego y de las que estuviesen exceptuadas por ser de imposible mejora, pero insistió en la idea de la misión social de la colonización. Igual lo hizo la de 14 de abril de 1962, que sí modificó algunos preceptos, salvando de la expropiación también a las fincas que ya hubieran iniciado su período de mejora.

La segunda parte de la conferencia estuvo dedicada a exponer los resultados. Las estadísticas suelen ser frías y los números antipáticos. Recogemos que en 1957 se registró la máxima actividad expropiatoria del Instituto de Colonización y que a lo largo del proceso alcanzó a 145.405 hectáreas de tierras en exceso que, junto a las 88.224 expropiadas por la vía del interés social u ofrecidas voluntariamente al Instituto, suman 360.274 hectáreas. Estas, en unión de las reservas también mejoradas, hacen un total de 735.465 hectáreas, superficie a que alcanzó la labor del Instituto en este aspecto. Calculó el conferenciante en 25.000 familias aproximadamente las que han adquirido concesión con expectativa de propiedad que en muchos casos ya se ha consumado.

Después hizo un estudio particular del Plan Badajoz, con más profundidad en sus Vegas Bajas, compuestas por los sectores de Montijo I y II y Canal del Lobón, detallando las características más salientes y apuntando interesantes aspectos vividos por él mismo como técnico y actor en diversos contactos con el elemento humano de esta actuación.

Ya en la tercera parte de la conferencia apuntó a señalar los aspectos

técnicos o estructurales que a veces incidieron de modo negativo. Fueron, a su entender:

1. La localización individual de las superficies en reserva, que por tenerse que realizar en las fincas de origen, habían de respetarse so pena de crear problemas de índole jurídico.

2. Como consecuencia de lo anterior, la distribución de los nuevos lotes se dificultaba al tener que adaptarse a las reservas. Si éstas se hubieran agrupado, se habrían podido distribuir más racionalmente los excesos, evitando la construcción forzada de núcleos de población de escasa entidad.

3. El Instituto no afrontó el problema de la dispersión parcelaria que a veces apareció sin que se le pusiera remedio. Se pudo y se debió proceder a la concentración parcelaria con lo que la distribución de la propiedad hubiese resultado más completa.

28 de marzo.—MIGUEL BUENO GÓMEZ, Ingeniero Agrónomo y Geógrafo, Jefe del Gabinete Técnico del IRYDA.—*La reforma de las estructuras agrarias en las zonas de pequeña y mediana propiedad.*

La sexta conferencia, pasado el paréntesis de la Semana Santa y el ecuador de este interesante ciclo, se ha dedicado a estudiar los remedios empleados en España para tratar de corregir los defectos estructurales del minifundio y la dispersión.

Siguiendo este conferenciante, igual que los precedentes, la línea histórica, sitúa estas actuaciones desde los años cincuenta a los del decenio de los setenta, resaltando que deben conjugarse, para su mejor comprensión, con el entorno social y político de aquella época que permitía adoptar las distintas decisiones reformadoras de estructuras agrarias.

Así, la concentración parcelaria se desarrolla principalmente en los años 50, en los que predomina un sistema autoritario y personalista que pudo propiciar la adopción de las medidas precisas que obviasen las lógicas dificultades. La agricultura de grupo es otra manifestación de este acontecer que se desarrolla a lo largo de los años 60, con carácter más voluntarista y sin precisar ya apoyos estatales decisivos. Por último, a finales de dicho decenio y a lo largo del siguiente, surge la figura de la llamada ordenación rural, en un intento de reunir y complementar las dos figuras anteriores.

Entrando en el estudio de cada una de las actuaciones mencionadas, dedicó atención preferente a la concentración parcelaria. Las unidades de

producción en nuestra patria, dijo, son en general muy heterogéneas. En España, es sabido, se da a la vez el latifundio y la pequeña propiedad, predominando ésta desde la línea del Tajo hacia el Norte, donde no sólo hay gran fragmentación, sino, sobre todo, muchísima dispersión.

Siendo este problema tan grave, es de extrañar que no fuese abordado antes; quizá no se tratase sólo de abandono o indolencia, sino de la evidente razón política de precisarse un poder ejecutivo eficaz para llevarla a cabo. Señala MIGUEL BUENO que en los años 50 coinciden ciertos factores que propiciaron el inicio de esta operación: Hay un alivio de la presión demográfica en el campo, emigrando su población en grandes grupos a la ciudad, con lo que el sector agrícola pierde parte de la importancia que tuvo. Por otro lado, la entrada de España en organismos internacionales como la FAO y la OCDE impone la necesidad de adoptar medidas modernizadoras de la agricultura, en un intento de ponerse a la par con otros países.

Fue entonces cuando un grupo de estudiosos elaboró este programa, que el Ministro Cavestany tomó como propio y el Jefe del Estado aceptó. Este impulso político fue fundamental y se tradujo en la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952.

Según esta ley, la concentración parcelaria se inicia a título experimental y se presenta como una pura técnica agronómico-jurídica destinada a racionalizar la producción, remediando de paso la escasez de mano de obra, acusada por entonces en el campo; se satisfacía una grave necesidad sentida por los pequeños y medianos propietarios.

Se inició tímidamente sólo en cinco zonas de todo el territorio nacional, pero pronto se vio que suponía una verdadera revolución dentro del concepto de la propiedad. Además, el método de trabajo adoptado dentro de las comisiones locales, donde cooperan técnicos, jurídicos y agrónomos, con los propios agricultores elegidos por sus convecinos, supuso un éxito inicial que ha perdurado.

Al contemplar globalmente la institución, el coferenciante dijo que, junto a algunas desconfianzas, había que enjuiciarla favorablemente. Se pudo poner mejor en marcha porque entonces había una fuerte autoridad para implantarla y respaldarla sin trabas de carácter partidista y además se contó con ingenieros, letrados y peritos jóvenes que constituyeron un excelente plantel de personal cualificado, animoso y apolítico, que actuaron, en consecuencia, llevando a cabo una eficaz labor.

Como aspectos positivos pueden señalarse:

— Se conoció y trató profundamente el problema hasta entonces olvidado del minifundio y la dispersión.

— El trabajo en común y la colaboración entre administrados y Administración dio, como se ha dicho, excelentes resultados.

El aspecto negativo fue el que no se distribuyó tierra a los no propietarios, quizá porque se entendió que esta función era más propia de otros organismos como la colonización.

La Ley de 14 de abril de 1962, que se incluye después en el texto refundido de concentración parcelaria de 8 de noviembre del mismo año, ya contempló el aspecto social y económico de la concentración y se estructura el procedimiento de modo que se da un gran impulso a la mejora. Claro que a esto último contribuyeron también el desarrollismo de los años 60 y el informe del Banco Mundial que recomendó se intensificase la concentración parcelaria.

Otro importante fenómeno de aquella época en materia de reforma de estructuras en zonas de pequeña propiedad es la agricultura asociativa. A diferencia de la concentración, no se inicia por los técnicos y políticos, sino que surge espontáneamente en el ámbito de los agricultores, aunque después recibió fuerte apoyo del Ministerio de Agricultura y la Organización Sindical e incluso del Ministerio de Hacienda que concedió a estas agrupaciones un trato fiscal favorable, aunque en puridad no reunían los requisitos exigidos por la legislación de cooperativas. El marco legal de estas últimas, constituido esencialmente por la Ley de Cooperativas de 1942, no daba base para las nuevas figuras surgidas y, no obstante, el cultivo en grupo se impuso rápidamente. ¿Causas? El conferenciante apuntó la crisis de la explotación familiar, que había sido objeto de fuertes críticas, la propia sistemática y la sencilla gestión de estas agrupaciones y, sobre todo, la acción del Estado que ayudó incluso a fondo perdido a las explotaciones agrupadas, trigueras o cerealistas. Esta figura de la agricultura asociativa no tuvo ley o decreto que específicamente la regulase, pero llegó a tener gran efectividad, pudiendo notarse que coincidían sus zonas de auge con aquellas donde se había llevado a cabo la concentración parcelaria.

Por último, la llamada Ordenación Rural, tercer punto del programa reformador de la pequeña propiedad no se plantea por la autoridad ni nace espontáneamente, como los anteriores. Tuvo su origen en la tentativa de un grupo de funcionarios que buscaban conseguir una mayor amplitud en sus actuaciones; había disparidad entre los fines del Servicio de Concentración Parcelaria y el Instituto Nacional de Colonización y era preferible coordinarlos; a esto venía la Ordenación Rural que, además, era una forma de adaptar las reformas estructurales propuestas al Plan de Desarrollo.

El 2 de enero de 1964 se dictó el Decreto de Ordenación Rural, con nuevo texto de 11 de septiembre de 1965, señalándose que su finalidad básica era elevar el nivel de vida de la población agraria, mediante la

transformación integral de las zonas y la concesión de estímulos adecuados para la mejora de las estructuras agrarias.

El programa de promocionar las explotaciones viables y mejorar el nivel de vida en el campo se concibió tomando como base el ámbito de la comarca; dentro de cada una de ellas se elegía una cabecera y se seleccionaban unos núcleos, sobre los que revertía principalmente la ayuda; se consideró no válida, por restringida, la unidad municipal.

La nueva institución se regula a nivel legal por la Ley de Ordenación Rural de 27 de julio de 1968, que ha pasado, tras la creación del IRYDA, a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario con el nombre de «ordenación de explotaciones». Su actividad, en la que por primera vez en España participan los sociólogos, aunque se ha extendido territorialmente, ha perdido intensidad por dificultades presupuestarias.

Finalizó el conferenciante haciendo un interesante esbozo para el futuro de los posibles programas de reformas de estructuras, propugnando que éstos deben llevar un contexto de desarrollo con fuerte contenido económico-social y entendiendo que deben ceñirse a comarcas concretas, según sus especiales características, punto éste que fue objeto de debate en el coloquio subsiguiente.

4 de abril.—MIGUEL ARTOLA, Catedrático de Historia contemporánea de la Universidad Autónoma de Madrid.—*La evolución del latifundio desde el siglo XVIII.*

El concepto del latifundio es indeterminado y tan sólo se puede decir que se trata de una extensión grande de tierra indebidamente aprovechada. Recuerda la idea de PASCUAL CARRIÓN, el ingeniero autor de la conocida obra *Los latifundios en España* que salió en 1932, según el cual es toda tierra que tuviese una extensión superior a 250 hectáreas.

Cabe a la vez, dijo, interpretar el concepto en dos sentidos:

— Como la extensión de la totalidad del patrimonio de una persona, compuesto de una o varias fincas.

— Como una sola y gran finca, situada bajo una sola linde. Este debe ser su sentido más estricto y al que prefiere referirse el conferenciante.

Pero aclaró que con el dato de la extensión no hay bastante para definir el latifundio, sino que más bien debe tenerse en cuenta la productividad, pues precisamente el suelo de baja calidad suele coincidir con la gran extensión. En esta imprecisión cayó el citado PASCUAL CARRIÓN algunas veces al contabilizar en los cuadros estadísticos de su libro como

latifundios a bienes municipales, y más concretamente comunales, muy extensos, pero prácticamente improductivos. Por ello, los datos de dicho libro no se pueden considerar válidos y menos aún después de haber transcurrido medio siglo.

El profesor ARTOLA ha realizado una encuesta por Andalucía y reseñó alguno de los datos obtenidos. Dijo que tomando el grupo de 22 propietarios más potentes de la región, reúnen entre todos unas 600.000 fanegas (o sea, unas 384.000 hectáreas, computando la fanega a 64 áreas) percibiendo sobre el 7 por 100 del producto agrario de las provincias andaluzas. Apareció, según tal encuesta, como principal propietario el Duque de Medinaceli, con más de la quinta parte del colectivo de terratenientes estudiado, siendo su propiedad la mayor respecto a 24 municipios, llegando a tener sólo en el de Tarifa unas 16.000 fanegas.

Pero si en lugar de mirar a la extensión de la propiedad se mira a las explotaciones, el número de empresas encuestadas que pueden calificarse de latifundistas es muy escaso. Igualmente resaltó que debe desmitificarse el legendario «dueño de todo el pueblo», pues no se da ningún caso de que la total extensión de un término municipal pertenezca a un solo propietario; sí los hay en alto porcentaje, pero respecto a pocos términos y siendo éstos muy pequeños. Como ejemplo señaló que en el término de Osuna, el Duque del mismo nombre sólo posee el 22 por 100 del término y en el de Morón, el 13 por 100; los demás nobles tienen cifras parecidas, pero en ningún caso mayoritarias.

Como datos complementarios de la encuesta verificada, el conferenciante dijo que el latifundio es la forma habitual de las apropiaciones iniciales en Andalucía, Extremadura y La Mancha y normalmente estas grandes unidades territoriales tienen identidad física bastante característica y casi siempre nombre propio (Cortijo o Hacienda de tal...) que han conservado a través de los siglos, aunque se hayan dividido o soportaren segregaciones.

¿Cómo se ha generado esta gran propiedad? El latifundio nace en épocas diferentes, procediendo algunos de la Edad Media. Pero en Andalucía aparecen con ocasión de la Reconquista, que simultáneamente va acompañada de repartimientos de tierras, institucionalizados y formalizados, en favor de los integrantes del ejército conquistador en proporción a su categoría castrense o social. En la cumbre del reparto estaban los miembros de la familia real y los nobles y luego los demás, que recibían las tierras a título de donadío; en la documentación de éstos se revela que pocas veces se alcanzaban las dimensiones de lo que hoy llamaríamos latifundio.

En Extremadura esta figura se facilitó por el señalamiento de términos municipales de enorme extensión, entregados en señorío a las Ordenes

Militares; así, Alcántara a la Orden de su nombre, La Serena a Calatrava, Llerena a la de Santiago. Posteriormente hay un proceso de compras sucesivas y continuadas de tierras por la nobleza y la Iglesia; los excedentes de sus rentas y diezmos eran invertidos en tierras, bienes los más asequibles y seguros. Esta inversión va acompañada normalmente de un régimen de propiedad vinculada, con lo que la tierra que ingresa en estos patrimonios no vuelve a salir de ellos. Y como los nobles y los eclesiásticos podían pagar grandes precios, los labradores no tenían la posibilidad de competir frente a ellos y de este modo la tierra se iba acumulando de modo creciente en un sector muy tipificado.

Teóricamente, la tierra se puede llevar de modo directo o cederla para que otros la cultiven. El dato más significativo, casi general, es que los propietarios de los latifundios optan por la segunda solución, viviendo casi exclusivamente de las rentas. Para los propietarios con tierras extendidas por varias provincias resulta difícil llevar directamente la gestión empresarial y a veces casi imposible por el elevado coste que supondría la burocracia y la organización precisa; además, el gran propietario tiene fama de mal gestor, pues la mentalidad señorial parece que conlleva la incompetencia. Por eso, históricamente, el latifundista tiende a ceder la explotación de las tierras, obteniendo las rentas sin preocupaciones y sin necesidad de gastar en inversiones; no atiende a las sugerencias de introducir mejoras y se limita a recibir las rentas. En cambio, se preocupa de imponer en todos los contratos la llamada cláusula de devastación, por la que el cesionario se verá expulsado de la finca si produce menoscabo en ella; los daños se sancionan con la rescisión del contrato, sea arrendaticio o presente cualquier otra forma (foros, establecimientos, enfiteusis, etc.).

La forma más corriente de cesión de los latifundios, según el expone, solía ser el arrendamiento a corto plazo, de tres a seis años, y se hacía en favor de los pegujaleros, labradores modestos que tenían como elemento de cultivo al menos una yunta. Da el dato de que en 1730 el Duque de Osuna tiene unas 90.000 fanegas explotadas mediante unos mil contratos de arrendamiento con 1.400 labradores, con plazo medio de cuatro años.

Otro fenómeno a resaltar es que junto a los grandes propietarios también se encuentran los grandes arrendatarios, que también podrían llamarse en cierto sentido latifundistas. Ellos son empresarios que aportan aperos, capital, simientes, trabajo y anticipos y se relacionan a su vez con los jornaleros. Según el Catastro de Ensenada, mientras que en la zona norte de España no llega la media a dos jornaleros por labrador, en Andalucía hay más de nueve jornaleros por cada propietario.

A lo largo del siglo XIX el latifundio evoluciona en dos sentidos: Por

una parte se intenta el reparto de tierras, pero sin que esto se lleve a efecto, pues los jornaleros carentes de medios para labrarlas no las podían recibir o tenían que devolverlas. Por otro lado, se dictan las disposiciones sobre abolición de señorías jurisdiccionales, pero en la realidad siguió sin aclararse cuándo eran de ese tipo los derechos de los señores y cuándo eran de dominio privado, controversia que llega hasta los tiempos de la reforma republicana. Otros problemas insolubles que quedaban fue el averiguar si las rentas se derivaban del arrendamiento o de la extinguida jurisdicción y también saber a quién pertenecían los bienes comunales.

En la Segunda República, las normas legales de las decisiones jurisprudenciales no llegaron a solucionar el problema de estos bienes.

En 1932, la Ley de Reforma Agraria ordenó la incautación de los bienes de miembros de la Grandeza de España y los procedentes de los señorios jurisdiccionales, sin indemnización.

Las últimas tendencias en los latifundios van por el paso paulatino de la propiedad individual al de sociedades que están apareciendo cada vez con más frecuencia en el campo.

En el coloquio se insistió en este último punto, preguntando algunos si habría que considerar igualmente latifundistas a las sociedades, pero el conferenciante opinó que las formas externas no tienen relevancia y que realmente debe verse es si explotan y mejoran la tierra. La gran finca productiva correctamente llevada no debe considerarse latifundio.

11 de abril.—JOSÉ MANUEL NAREDO, Economista.—*Ideología y realidad en el campo de la reforma agraria.*

Resultó inesperado el sentido que dio a su disertación el conferenciante, presentado como «hombre de izquierdas», ya que vino a concluir que todos los principios ideológicos en los que se han basado los defensores a ultranza de las reformas han caído ante unas realidades inexorables que los han dejado sin contenido.

En primer lugar dijo NAREDO que el germen de la reforma agraria había que buscarlo en la propia revolución industrial del siglo pasado, de la cual es simple consecuencia. Se pensaba que la misma ideología que presidió esta revolución industrial o democrático-burguesa era válida para el campo y que desembocaría forzosamente en el socialismo, ya que la burguesía, calificada de débil, castrada, inconsecuente y otros no menos infamantes epítetos, no sería capaz de mantenerse a sí misma en el

podio. El hecho de que esto no sucediese en Francia e Inglaterra se califica de simple excepción por el conferenciante.

En España, dijo, la revolución burguesa se produjo ya en el siglo xx, pero tampoco vino acompañada de una reforma agraria, sino que más bien, como consecuencia de la desamortización, se implantó y aún se reafirmó un sistema de propiedad burguesa de la tierra.

Las críticas a los latifundios se basaron en dos grandes grupos de motivos:

— Éticos, las grandes diferencias sociales originadas por una mala distribución de la tierra.

— Productivos, ya que la finca grande se suponía desatendida, según viva presunción, y, por tanto, se imponía una reforma del campo como vía única para fomentar la producción agraria.

Es ya lugar común, continuó, referirse al libro del ingeniero PASCUAL CARRIÓN *Los latifundios en España*, como la obra clásica en la materia. En ella se citan diversos y tópicos ejemplos de mala explotación de estas grandes fincas, como la crianza de ganado de lidia o de cerdos ibéricos, cultivo al tercio, poco riego, cultivo por colonos. Concluía CARRIÓN, en base a estos asertos, que la reforma agraria era entonces no sólo oportuna, sino indispensable para la economía nacional.

El conferenciante apuntó que estas ideas no eran inéditas y tenían poco de originales, pues se limitaban a reproducir lo que habían repetido hasta la sociedad los ilustrados del siglo xviii; sin embargo, en los años 30 se disimulaba este dato y se hicieron pasar por avanzadas novedades.

A partir de esta afirmación, siguió acumulando críticas sobre las ideas que presidieron la reforma republicana. Así, cuando dicha reforma debía articularse como antifeudal y antiabsolutista, la República cayó en el error de comprender en la Base 5.^a entre las fincas expropiables las arrendadas sistemáticamente y las situadas a distancia menor de dos kilómetros del caso, lo que se llamó rueda de las poblaciones, sin importar su extensión; normalmente pertenecían a un gran número de pequeños propietarios, de otras profesiones, pensionistas o viudas, de modestísima economía, que se enfrentaron abiertamente a la reforma; así ocurrió en el término de Cáceres, donde afectó nada menos que al 44 por 100 de propietarios. El propio CARRIÓN, uno de los autores, ha confesado, pasados los años, que aquello fue un gran error político y económico.

Recuerda el conferenciante el estudio que en los años 60 se hizo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Madrid, tomando como base los datos del Catastro y el censo agrario de 1962. Por entonces se publicaron varios trabajos que atacaron la visión existente, por

no ajustarse a la realidad. MALEFAKIS mostró cómo sólo el 6 por 100 era el porcentaje de las tierras en manos de propietarios con título nobiliario y no las exageradas cifras que hasta entonces se habían dicho.

Era frecuente hablar de la oligarquía industrial-terrateniente y esta denominación, plataforma normal para críticas anejas, estaba descaminada, pues en ese escalón oligárquico rara vez coincidían los banqueros e industriales y los grandes terratenientes; según una encuesta en la que intervino el propio NAREDO, en Extremadura, entre 2.000 familias estudiadas, tan sólo se dieron tres o cuatro casos de coincidencia. Más bien, dijo, lo que realmente predominaba era una auténtica «pelea» entre los intereses agrarios y los industriales.

En cuanto al absentismo, otro de los clásicos pilares en que se apoyaba la crítica al latifundio, dijo, citando a MARTÍNEZ ALIER, que carecía de sentido, sobre todo si se entiende que el propietario debe vivir en la finca para poder explotarla; no es cuestión de residencia permanente, sino de atención, de mentalidad empresarial y de rentabilidad; el dueño puede perfectamente cuidar su tierra sin ceñirse a su entorno.

Se habló también, siempre en tono despectivo, de las «grandes dehesas» y, sin embargo, se ha comprobado en muchos casos que la máxima rentabilidad de esas tierras estaba precisamente en la ganadería, en dedicarlas a la ganadería y no a la labor.

La cesión de las fincas parceladas en cultivo al tercio, antes considerado gran pecado y modelo de explotación antisocial y capitalista, quedó justificada por el conferenciante de acuerdo con la coyuntura en que se produjo. Por entonces los sindicatos obreros, en defensa de la abundante mano de obra, se oponían resueltamente a la introducción de toda clase de maquinaria en el campo; sin maquinaria, la explotación de una gran finca es casi imposible o, al menos, muy poco rentable. En consecuencia, la parcelación y cesión a colonos o aparceros facilitaba las cosas y se podía explotar con mayor rentabilidad.

Esta visión rentabilista justificaba igualmente el cultivo a base de aprovechamientos extensivos, también criticados por entonces.

Continuó NAREDO diciendo que las grandes fincas se han modernizado gracias a las circunstancias concurrentes de precios y salarios, las condiciones sociales y el sistema de reglamentaciones de trabajo con salarios fijados; con ello se revalorizó el cultivo directo hasta convertirse en el sueño de los propietarios, ansiosos ahora de recuperar sus tierras. Caía por su base otra de las más fuertes críticas de PASCUAL CARRIÓN al latifundio.

En consecuencia, desaparecen los contratos al tercio y se sobrepone el cultivo directo, de año y vez, empleando abonos químicos y medios mecánicos de elevado rendimiento. Por otra parte, se ampliaron las

puestas en riego con grandes planes como en Badajoz o el Guadalquivir y con esto el «sistema» (así lo llamó el conferenciante) tomó en su mano las armas de los que le atacaban. Las caídas de los salarios reales potenciaron la capacidad de capitalización de las fincas. Entró en crisis la tachada explotación extensiva de la ganadería, desapareciendo casi el cerdo ibérico por la peste porcina africana y disminuyendo la cría de toros de lidia; igualmente entró en crisis la dehesa por el arranque casi masivo de las encinas.

En un repaso demoledor de los antiguos pilares en que se sustentaba la crítica de los latifundios, siguió diciendo que cuando se hablaba de fincas mal explotadas, la afirmación sólo pudo ser válida según el prisma de aquellos momentos, pues ahora se tienen concepciones muy distintas.

Las tendencias de izquierdas dijeron también que era imprescindible la reforma agraria para que pudiera producirse el desarrollo industrial y, sin embargo, los hechos han demostrado que la afirmación era falsa. También se dijo que la burguesía industrial era opuesta a la reforma agraria, pero NAREDO sostiene que no fue así, sino que, simplemente, se desentendió del problema y siguió otro camino. Con el desarrollo industrial se ha reflejado beneficiosamente en el campo y, recíprocamente, la agricultura ha pasado sus excedentes de mano de obra a la industria; en definitiva, además, se ha ampliado el mercado agrario sin necesidad de reforma y por la propia dinámica del sistema.

Tras estos presupuestos, NAREDO sentó rotundamente que las creencias tan trilladas y conocidas sobre el campo eran puramente ideológicas, inconsistentes y sin base; habían permanecido ancladas en la reforma agraria clásica y se iban quedando anticuadas; desde el momento en que el sistema venía realizando esas reformas por otro camino, eran pura demagogia. Lo que resalta, siempre según el orador, es la puja generalizada de los partidos, pues todos afirman que quieren modernizar la agricultura y hacer desaparecer las fincas mal explotadas; si éstas son ya pocas y malas, es curioso, dijo también, que los partidos que pretenden defender al proletariado quieran adjudicarles estas fincas malas. Se habla alegremente de precios remuneradores y justos para la agricultura a la vez que se quiere combatir la inflación y esto es contradictorio. Se habla de modernización de la agricultura y a la vez se pretende mantener el mito del agricultor independiente que es, cada vez, una entelequia más rara.

Hoy la reforma agraria está orientada a la modernización, a conseguir la mejor producción, pero a veces ha de quedar en el papel de víctima al entrar en contradicción con la política de pactos y con los núcleos que detentan el poder económico; por eso, dice NAREDO, estos propósitos se reducen a veces a coletillas en los programas políticos. Así que en la

actualidad este tipo «clásico» de reforma agraria a nadie interesa, ha muerto (así lo dijo, textualmente), pues al haberse industrializado el país, la burguesía siente un total desinterés por el tema.

Al hacer una crítica de esta situación, dijo que sólo subsistía como válida la razón ética de aminorar las diferencias sociales en el campo. Pero en lo económico, resucitar el tema de la reforma agraria era «alancear moros muertos» (literal), pues se ha conseguido fomentar la producción por medios muy distintos a los que se pensaban en una visión ideológica del mundo. La reforma agraria no es un simple problema de reparto y propiedad, sino que supone algo mucho más amplio, tendente a mantener la verdadera naturaleza de la actividad agraria, que es tanto como mantener y enriquecer la vida humana.

Por tanto, terminó, no puede centrarse la crítica tan sólo en el tema de la propiedad privada, sino que la cuestión tiene un entorno general, sobre todo ético, que debe poner la agronomía como ciencia con las demás cuestiones en una relación estrecha e interdependiente.

La densa conferencia duró casi hora y media y sorprendió al auditorio que esperaba oír algo muy distinto. Esto se puso de manifiesto en el coloquio consiguiente, en el que el conferenciante mantuvo firme y decididamente las ideas expuestas.

18 de abril.—JUAN MARTÍNEZ ALIER, Profesor contratado de la Universidad Autónoma de Barcelona.—*La actualidad de la reforma agraria.*

Tras las anteriores exposiciones predominantemente históricas, dice el conferenciante que trata de introducir actualidad y localización en el tema, refiriéndose concretamente al problema de la tierra en Andalucía Occidental hoy, apartando un esbozo de solución que él mismo calificó de imaginativo y utópico y que, desde luego, se enfrentaba abiertamente con la tesis del que le precedió en el orden de oradores. Para que lo vean, vamos a relatar sus palabras y cada cual que opine.

MARTÍNEZ ALIER empezó diciendo que seguiría en su disertación un resumen de varios artículos suyos publicados en «Ruedo Ibérico», con lo cual se mostraba de entrada una clara línea ideológica.

Según su personal opinión, parece que ahora se está tratando de encubrir y disimular la mal vista figura del latifundista clásico, intentando presentarlo como propietario con espíritu empresarial, con lo cual se le justifica. Antes, dijo, las tendencias corporativas y social-católica quisieron legitimar la propiedad por su función social; al haber fracasado el intento, según él, ahora se procura la legitimación diciendo que es

lícita esa propiedad cuando se halle en manos de propietarios que la hagan producir de modo rentable; por eso, hasta las mismas ideologías derechistas condenan el cultivo indirecto.

Intenta el conferenciante neutralizar la afirmación de que se ha pasado del latifundismo señorial al empresarial que no es nocivo, diciendo que las ganancias del latifundio, aumentadas en los últimos años por el empleo de maquinaria, aunque a veces queden en pequeña parte en la agricultura, van más bien a parar a gastos suntuarios y otros sectores no agrícolas por medio del sistema bancario.

Opina MARTÍNEZ ALIER que la burguesía agraria del sur de España ha sido corporativista y que ya a partir de 1919 propugnó una sindicación mixta que le ofrecía mejores garantías de orden y por eso propiciaba y apoyaba todo régimen autoritario, pues son incompatibles liberalismo y latifundismo.

Siguió diciendo que cuando parecía que el problema del exceso de mano de obra en el campo se iba a solucionar a partir de la emigración masiva a la ciudad, iniciada en 1965, la crisis económica mundial ha supuesto un evidente retroceso y resurge de nuevo la cuestión de los parados campesinos.

¿Quiere esto decir que puede actualizarse otra vez el tema de la reforma agraria? ¿Cuáles serían los argumentos que la apoyasen? Refiriéndose tan sólo a la postura de las tendencias izquierdistas, ironizó sobre el silencio que al respecto guardan los socialistas. Los comunistas, aunque ahora tampoco propugnan medidas reformadoras, en el congreso de 1962 afirmaron ir contra el latifundio por ser una rémora para el progreso; pero la agricultura, dijo ALIER, no es rémora para la industria ya que le proporciona mano de obra barata y, además, fomenta el mercado interior, por lo que el argumento productivista aducido no es válido. No se puede basar una reforma en fincas malas, sino precisamente en las buenas; por eso los partidos de izquierda han «colgado» la reforma agraria a pesar del paro; sería anacrónica y además no sería honesto afirmar que fuera productiva.

Para el conferenciante sólo habría un argumento válido si se reprodujesen las antañonas y seculares luchas sociales en el campo andaluz, producidas por el binomio hombres sin tierras y tierras sin hombres. Ya no se podría aducir una lucha contra la propiedad feudal, muerta hace tiempo, pero sí contra la propiedad capitalista. Siempre según la argumentación del conferenciante, si se produjesen ocupaciones de fincas habría sectores de la burguesía industrial que cederían de modo voluntario en la reforma agraria con tal de evitar que el paro originase problemas de orden público; incluso la idea puede surgir de la propia burguesía considerándola como uno de los «royalties» a pagar para obtener su

seguridad y comprendiendo que el silencio no es la mejor forma de arreglar los problemas.

Para si el caso llegase, MARTÍNEZ ALIER resumió unas bases para una reforma agraria en Andalucía, que insistió en calificar de utópica y moderada. En lo primero estamos de acuerdo; lo segundo es más dudoso. Véanlo y opinen:

— La ocupación de las fincas y el consiguiente cambio de gestión debe hacerse no de modo gradual, sino instantáneamente, del modo más rápido posible para que no haya interrupciones en el ciclo productivo.

— Deben expropiarse cada una de las fincas en su totalidad, incluyendo los edificios e instalaciones que formen una unidad orgánica, sin reservar ninguna parte en favor del propietario.

— Al expropiar no se deben distinguir los propietarios que dieron sus fincas en arrendamiento de aquellos que las explotan directamente pero utilizando obreros. El conferenciante concedió un indulto para las pequeñas propiedades en recuerdo del fracaso de la Ley de 1932; algo es algo.

— Deben expropiarse siempre las fincas grandes no sólo con el fin de «menoscabar las bases del poder político de los propietarios» (sic), sino por razones económicas. ¿Y cuál es la extensión límite que supone la expropiación? No dio cifras, pero dijo que consideraba incluidas todas las que superasen a la superficie media para ser llevadas por una familia modesta; para él, concretó, toda finca que requiera más de ocho o diez obreros es grande y debe ser incluida.

— La reforma debe hacerse en un ámbito comarcal y no local, ni menos por fincas aisladas, haciéndose cargo de la explotación las agrupaciones de agricultores.

— Las indemnizaciones, que no podrían ser previas sin demorar la reforma, se harían con arreglo a precios de mercado («que se hundirían en cuanto se anunciase la reforma», dijo con expresiva sonrisa) y nunca en metálico, sino en bonos de la deuda. Advirtió que todo esto supondría un buen trato, sólo aplicable a los propietarios que «colaboren»; para los que no se prestasen a colaborar, la indemnización se fijaría por el bajísimo valor catastral o, más simple todavía, lo mejor sería confiscarles y en paz. Además, como regla general, las indemnizaciones deben ser regresivas, con un tope máximo en todo caso.

¿De dónde sacar el dinero necesario para esta operación? El conferenciante calcula el reintegro de los bonos a largo plazo, al menos de treinta años. De este modo, bastaría con unos 40.000 millones de pesetas anuales para ese reintegro, que es, poco más o menos, lo que se gastan los españoles en quinielas. Además se podría crear algo así como un

Instituto de desarrollo regional que financiara la operación y al que, sin duda, acudirían todos los inversores a depositar gustosísimos sus ahorros. Así de fácil y moderado todo.

En el coloquio se puso de manifiesto la abierta disconformidad de varios asistentes, cuyas opiniones razonadas deben considerarse de peso por proceder de personas especialmente preparadas en la materia y ajenas a todo partidismo.

MIGUEL BUENO, conferenciante en este ciclo, opuso varios concretos y contundentes reparos a este proyecto que consideró inviable. Un hombre de campo experimentado, Fernando Elzaburu, hizo una fuerte crítica del esquema reformador propuesto; «hablando en términos diplomáticos, dijo, no es posible tomarlo en serio»; explicó que se vive mal en el campo y que la gente no quiere estar en él con un nivel de vida de simple subsistencia que era en realidad lo que proponía el conferenciante y dijo que el paro actual está causado por una crisis de origen industrial y por eso era injusto pretender ahora que los propietarios agrícolas pechasen con la carga de intentar remediarla; reprochó abiertamente a MARTÍNEZ ALIER el «vender ilusiones» sin fundamento a un auditorio joven. EDWARD MALEFAKIS, el especialista norteamericano ya conocido, mostró igualmente su divergencia aduciendo sólidos argumentos.

En contestación, el conferenciante se limitaba a repetir que ya había advertido de la utopía de su programa, lo cual, ciertamente, no es argumento de mucho peso.

25 de abril.—MARIO GAVIRÍA LABARTA, Sociólogo.—*La competencia rural-urbana por el uso de la tierra.*

El tema del suelo es simplemente un problema de escasez de espacio. Dice que con el sistema capitalista el espacio se ha convertido en un valor en cambio cuando en realidad nunca debió dejar de ser el soporte de un valor en uso.

Como el crecimiento de la población y sus necesidades va acompañado de una degradación del suelo y los medios naturales, opina que el espacio no debe permanecer en el ámbito del libre comercio y urge sustraerlo de la privatización. Aunque las cifras de la competencia urbano-rural no son exactamente conocidas y por ello no permiten estudios fiables, lo cierto es que el problema se presenta perentorio.

Históricamente la contraposición se establecía en el binomio agricultor-naturaleza: la tierra de cultivo era preciso rescatarla del monte a base de roturaciones y acaso habría que tropezar con los intereses de la ganadería, pero nada más. Hoy, frente al suelo agrario, plantean su lucha

las superficies urbanas, industriales, turísticas y las comunicaciones, que son abiertamente contradictorias con la agricultura y los espacios naturales.

Hay que resaltar que el conjunto urbano-industrial es preocupante, no tanto por el espacio real que ocupa (un 6 por 100 aproximado de la superficie nacional), sino porque concentra la mayoría de riqueza y elementos de poder y además por la degradación que origina en los medios naturales.

Hasta ahora la economía no se preocupó gran cosa del espacio. Al ser éste abundante no presentaba problemas; era soporte universal, pero nada más, y por eso se consideraba secundario. El campo, por tanto, podía vivir en plena autarquía, se bastaba a sí mismo y no tenía que depender de nadie.

Las corrientes modernas han cambiado el panorama. El capitalismo ha sometido el campo a la ciudad. Para el marxismo, los campesinos eran seres secundarios que procedían de la servidumbre feudal y la revolución sólo podría obtener frutos visibles en los ámbitos urbanos. En ambos casos, pues, se ha considerado a la naturaleza como un anejo sometido al hombre de la ciudad; la dependencia se ha agudizado desde que el campo consume abonos, semillas preparadas, petróleo y fertilizantes que les son proporcionados por el sector industrial.

Pero lo que realmente debemos plantearnos no es de quién es el espacio, sino cómo se debe usar el suelo para no degradar la naturaleza, pues los usos urbanos, industriales y de transportes con sus residuos y contaminaciones producen más daño que por la simple ocupación.

Los usos competitivos del espacio, al ser contradictorios, han planteado a veces serios problemas. Cita el dato, quizá exagerado, de que el crecimiento urbano de las grandes poblaciones españolas, según LÓPEZ DE SEBASTIÁN, ha absorbido, destruyéndolas, grandes zonas de regadío que, computando sus vías de comunicación anejas, suponen unas 350.000 hectáreas; de este modo, dice el conferenciante, aunque se han intensificado los regadíos, puede afirmarse que la expansión urbana ha destruido una superficie igual a la que se había creado. Las ciudades se han ido comiendo su propio suelo y siguiendo así podría producirse un grave déficit de alimentos.

Ya no se puede improvisar el problema de la alimentación, ni dejarlo al simple juego individual de los agricultores; antes, ellos asignaban los cultivos que consideraban idóneos a los suelos productivos y en paz. La cuestión se ha planteado más recientemente por el deseo de producir más que va implícito en la filosofía del desarrollismo; pero esto propicia el agotamiento al no respetarse debidamente el suelo que debe producir alimentos.

Por ello insiste en que el suelo rústico es un valor insustituible y único y no puede considerarse valor en cambio. De no respetarse este punto de vista, el conjunto de la producción alimentaria se verá perjudicado gravemente y las generaciones venideras echarán de menos esas hectáreas del mejor regadío que se han convertido en suelo industrial o urbano.

El fallo ha estado en la carencia de una regulación general ordenadora del territorio. La Ley del Suelo es fundamentalmente urbana y sólo se preocupó de clasificar y regular el urbanismo. Lo rural se dejaba a la competencia del Ministerio de Agricultura, que no gozaba de una legislación para proteger su suelo. Por ello, es de criticar este vacío normativo que ha permitido a los sectores industrial y de obras públicas llevar a cabo sus instalaciones sin orden ni concierto y sin ningún respeto hacia el suelo agrícola ocupado. Otro tanto cabe decir del agua, sujeta a la competencia de diversos departamentos, los cuales no suelen tener muy en cuenta las necesidades agrícolas.

Terminó diciendo que ahora la energía y los alimentos se convierten en puntos clave de la economía con carácter inaplazable al irse agotando las fuentes industrializadas y por eso ambas necesidades deben ser resueltas con los medios naturales; habrá que volver de nuevo a la naturaleza para buscar sus recursos. De ahí la enorme importancia de regular la defensa del suelo rural y los espacios naturales.

El ciclo terminó con unas breves palabras de VICTORIO VALLE, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad a Distancia, en las que tras el agradecimiento a la colaboración, resaltó que estas conferencias habían servido para estudiar y desmitificar la reforma agraria, que es un problema bastante más complejo de lo que parece, según se había podido ver.

Esta afirmación es correcta. El campo es algo bastante más complejo de lo que aparenta y no poco complicado y no se puede salir del paso con cuatro latiguillos, con lugares comunes y alguna que otra demagogia.

Para compenetrarse con los temas agrarios es preciso antes conocerlos a fondo, lo que no es fácil si no se palpan en su propio ambiente. Se trata de un sector social muy peculiar, sometido a fuertes presiones, y aún empujones, de otros, frente a los que suele llevar la peor parte. Por eso merece toda la atención y el apoyo de quienes profesionalmente y con preparación adecuada pueden de verdad captar sus problemas.

Esta es la razón que nos ha movido a resumir las precedentes conferencias que en algo pueden contribuir al estudio de estas interesantes y vivas cuestiones.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS,
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

ES SUFICIENTE LA SOLICITUD DEL TITULAR INSCRITO ACOMPAÑADA DE LA SENTENCIA DESESTIMATORIA DE TERCERÍA INTERPUESTA POR UNO DE LOS CÓNYUGES ADQUIRENTES POR COMPRA CONJUNTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA (artículos 61 y 62 de la Compilación catalana) FRENTE A EJECUCIÓN SEGUIDA CONTRA EL OTRO CÓNYUGE COMPRADOR POR SU MITAD INDIVISA; PARA RECTIFICAR LA INEXACTITUD RESULTANTE DE HABERSE INSCRITO LA ESCRITURA DE VENTA JUDICIAL QUE FINALIZÓ EL JUICIO EJECUTIVO CON LA CARGA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA DERIVADA DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA QUE EN ELLA SE MANTENÍA, DADO QUE AQUELLA SENTENCIA ESTIMÓ —ACERTADAMENTE—QUE AL CONSUMARSE LA ADJUDICACIÓN SE EXTINGUÍA EL PACTO DE SOBREVIVENCIA.

Resolución de 29 de diciembre de 1977 (B. O. del E. de 24 de enero de 1978).

Antecedentes de hecho.—Don Francisco Murió Jansá interpuso demanda de juicio ejecutivo el 11 de agosto de 1969 contra don Miguel Güell Catalá, que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, por virtud del cual se trabó embargo sobre la mitad indivisa de una finca urbana situada en Palamós, propiedad del ejecutado, correspondiendo la propiedad de la otra mitad indivisa a su esposa, doña Rosa Puig

Crosa, habiendo adquirido ambos cónyuges la finca por mitad y pro indiviso, pactando la cláusula de sobrevivencia, mediante la cual, al fallecimiento de uno de ellos, la mitad perteneciente al cónyuge premuriere pasaría a acrecer la parte del sobreviviente; dictada sentencia de remate, se procedió por vía de apremio a la adjudicación indivisa de la finca embargada al ejecutante, una vez realizadas las subastas y demás trámites procesales pertinentes, momento en el que comparece en autos la esposa del señor Güell, doña Rosa Puig Crosa, promoviendo por medio de juicio declarativo de menor cuantía la nulidad de actuaciones con deducción de tercería de dominio, basándose en el pacto de sobrevivencia estipulado con su esposo al adquirir la propiedad de la finca; el mismo Juzgado de Primera Instancia número 1 tramitó el nuevo procedimiento como pieza separada, dictando sentencia el 29 de mayo de 1973 por la que se desestima la demanda de doña Rosa Puig y se alza la suspensión del juicio ejecutivo acordado; esta sentencia fue recurrida correspondiendo su trámite a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial que dictó nueva sentencia el 7 de marzo de 1974 confirmando la apelada y en las que tanto en una como en otra se declara la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada del pacto de sobrevivencia; seguido el juicio ejecutivo, se aprobó la adjudicación al ejecutante otorgándose escritura de compraventa que fue autorizada el 3 de abril de 1975 por el Notario—designado por turno—don Bartolomé Masoliver Ródena, por la que el Juez del Juzgado de Instrucción número 1 como Decano de los de Barcelona vende al recurrente don Francisco Murió Jansá la mitad indivisa de la finca urbana en litigio con la carga derivada del pacto de sobrevivencia establecido a que ya se ha hecho referencia.

Presentada en el Registro de la Propiedad de La Bisbal primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en el tomo 1739 del archivo, libro 65 de Palamós, folio 201, finca 442 quintuplicado, inscripción 18.ª, sujeta a la condición resolutoria de que el señor don Miguel Güell Catalá premuera a su esposa, doña Rosa Puig Crosa, derivada del pacto de sobrevivencia, entre ellos pactado al adquirirla.—La Bisbal, 16 de diciembre de 1975.

El señor Murió Jansá, en instancia de 20 de enero de 1976 dirigida al señor Registrador, a la que acompaña las dos sentencias antes indicadas, solicitó se dejase sin efecto la nota y se cancelase la condición resolutoria, siendo calificada con la siguiente nota: «Denegada la cancelación solicitada en la precedente instancia por las razones siguientes:

Primera.—Haberse practicado la inscripción en virtud de la escritura pública de compraventa autorizada en Barcelona el 3 de abril de 1975, por el Notario don Bartolomé Masoliver Ródenas, en cuya estimulación 3.ª, se pactó expresamente que la mitad indivisa vendida se transmitía con la carga de la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia establecido por los cónyuges don Miguel Güell Catalá y doña Rosa Puig Crosa.

Segunda.—No puede afirmarse, como se hace en la instancia, que el pacto de sobrevivencia sólo empieza a tener valor legal y efectividad cuando muera uno de los cónyuges, y no en vida de ambos, por ser contrario al artículo 63 de la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, que regula precisamente el régimen de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia durante la vida de los dos esposos.

Tercera.—Si bien parece que las sentencias cuyas fotocopias se acompañan dan preferencia a los intereses de los acreedores frente a los particulares de los cónyuges, no declaran la nulidad o extinción del pacto, ni ordenan expresamente su cancelación, por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Teniendo los defectos apuntados el carácter de insubsanables no se toma anotación preventiva.

La presente nota se extiende con conocimiento y conformidad del otro Registrador titular, don Toribio de Prado Alcalá.—La Bisbal, 14 de febrero de 1976.

Don Francisco Murió Jansá interpuso recurso gubernativo contra la anterior cualificación y alegó: que en la compra con pacto de sobrevivencia no existe una verdadera condición resolutoria, ya que la muerte no opera como cumplimiento de condición, sino que más bien puede configurarse como una especie de heredamiento mutuo, regulado por la Compilación catalana, circunscrito en este caso a una finca en el que la muerte de uno de los cónyuges determina la adquisición por el sobreviviente; que, en cambio, la condición resolutoria supondría, normalmente, la extinción de un derecho en vida de su titular; que el hecho de que el Notario califique como condición resolutoria un pacto de sobrevivencia, no altera la naturaleza del negocio jurídico en sí; que de la sentencia dictada por la Audiencia Territorial el 7 de marzo de 1974 se sigue que en el pacto de sobrevivencia no existe ni puede existir condición resolutoria; que ni el artículo 63 de la Compilación, ni los demás concordantes pueden suponer un obstáculo a la acción de los acreedores de uno de los cónyuges, durante el matrimonio, pues de ser así el marido comerciante habría encontrado el sistema de defraudar a sus acreedores y conservar su patrimonio, utilizando el pacto de sobrevivencia para dejar de cumplir sus obligaciones; que no es de aplicación en nuestro caso el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, ya que no se trata de cancelar ningún gravamen, ni suplir el consentimiento de un titular registral, sino de dar cumplimiento a una sentencia firme e inscribir un título translativo de dominio otorgado conforme a todas las normas procesales vigentes.

El Registrador informó que la inscripción de la adjudicación de la mitad indivisa de la finca objeto de este recurso a favor del recurrente se practicó en virtud de la escritura pública de 3 de abril de 1975 otorgado por el Juez de Primera Instancia Decano y por el ahora recurrente ante el Notario nombrado de oficio señor Masoliver Ródenas, en cuya estipulación tercera se formalizó la adquisición de dicha mitad indivisa sujeta a la condición resolutoria que entrañaba el pacto de sobrevivencia cuya cancelación se solicitó y denegó después; que así pues la modelación jurídica y formalización de la adjudicación se efectuó con la intervención y aprobación del recurrente en la escritura pública referida como es notorio y evidente; que en todo caso es indiscutible que por una simple instancia no se puede modificar ni enervar por una de las partes unilateralmente una situación jurídica creada con toda legalidad en un instrumento público, por impedirlo el principio de titulación auténtica que impone el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria; que el pacto de sobrevivencia origen del recurso es una institución genuina del Derecho consuetudinario catalán cuyos efectos jurídicos no se pueden estudiar prescindiendo del juego propio de las condiciones, ya que la sobrevivencia de uno de los cónyuges

es un hecho futuro e incierto a cuyo acaecimiento subordinan las partes la adquisición de la totalidad de la cosa comprada, y este acaecimiento o cumplimiento de condición, producirá un efecto suspensivo respecto de la parte que haya sobrevivido y otro resolutorio respecto de la parte que hubiera premuerto, y esto debido al doble juego o doble vertiente que puede apreciarse en toda condición, doctrina implícitamente reconocida en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil y desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de diciembre de 1944 y 7 de mayo de 1974; que en nuestro caso fue el mismo recurrente, otorgante de la escritura de 3 de abril de 1975, el que calificó y aceptó la condición resolutoria del pacto de sobrevivencia que ahora impugna; que los artículos 61 y 62 de la Compilación catalana que regulan el pacto de sobrevivencia no se refieren expresamente a la posibilidad de que los acreedores particulares de uno de los cónyuges puedan realizar o ejecutar los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, para cobrar sus deudas, por lo que aplicando las reglas de la hermenéutica podría llegarse a dos interpretaciones distintas: una negativa según la cual los acreedores no podrían ejecutar estos bienes y otra positiva que permitiría esta ejecución; que abona la primera interpretación el hecho de que el artículo 61, al disponer la afección de estos bienes al cómputo de las legítimas y de la cuarta marital, silencia en cambio a los acreedores, y que el artículo 62 llevado a ultranza prohíbe la enajenación o gravamen de estos bienes si no es por acuerdo de ambos cónyuges, además de que en todo caso los acreedores podrían conocer previamente la situación de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia por su inscripción en el Registro; que una interpretación positiva que permitiera a los acreedores de uno solo de los cónyuges ejecutar los bienes podría basarse en el hecho de que no admitir dicha ejecución supondría aumentar la lista de bienes inembargables del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que debe considerarse «*numerus clausus*», contraviniendo, por otra parte, el principio general de la responsabilidad patrimonial universal establecido por el artículo 1.911 del Código Civil; que según el funcionario calificador debe prevalecer esta segunda posición, pues sería inadmisibles el hecho de que un matrimonio catalán pueda constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge, mediante la utilización adecuada a este fin del pacto de sobrevivencia; que sería conveniente que esta cuestión tan importante fuera aclarada bien por la vía de las Memorias o bien por la jurisprudencia: que si teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 38-2.º de la Ley Hipotecaria se hubiera solicitado en tiempo oportuno la cancelación del pacto de sobrevivencia que se dejó subsistente, no se hubiera llegado a la situación actualmente consolidada que impide legalmente al funcionario calificador acceder a la pretensión del recurrente; que contra la opinión del mismo, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria es de ineludible aplicación al supuesto de este recurso, en el que no se trata, como afirma el recurrente, «de inscribir un título traslativo de dominio», pues dicha inscripción ya se había producido en virtud de la escritura de 3 de abril de 1975, por lo que le son aplicables plenamente las disposiciones contenidas en los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 82 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando además que la nota denegatoria de la cancelación no trasciende en el orden procesal y jurídico a sus efectos invalidatorios de la adjudicación, ni a la libre

disponibilidad de la finca, aunque con la limitación del pacto de sobrevivencia, y que no implica traba a la ejecución procesal, como garantía y efectividad de los débitos contraídos, no habiendo pretendido el señor Registrador hacer inocua dicha adjudicación; que tampoco contraría los legítimos derechos de los acreedores en el procedimiento ejecutivo porque si bien los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña no hacen referencia concreta a la posibilidad de ejecución por los acreedores de uno de los cónyuges de los bienes con cláusula de sobrevivencia, el no admitir dicha ejecución a considerar tales bienes como inembargables, lo cual no es posible dado el carácter de «*numerus clausus*» de la relación que contiene el artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpuesta apelación contra el auto por el recurrente señor Murió Jansá, la Dirección General (1) acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección.—Este recurso versa sobre una institución de gran raigambre en el Derecho catalán, como es la compra-venta con pacto de sobrevivencia realizada por cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, y que ha sido regulada en los artículos 61 y 62 de la Compilación de Derecho focal de Cataluña al permitir, en los supuestos en que comprenden bienes conjuntamente y por partes iguales, el que puedan pactar en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad.

Esta institución—por cierto, no muy estudiada—ha provocado en los autores serias dificultades al tratar de desentrañar su esencia, pues mientras para unos se trata de una compraventa en el que cada uno de los esposos adquiere la propiedad de una mitad del bien transmitido bajo la condición resolutoria de premorir al otro, y la otra mitad bajo la condición suspensiva de sobrevivirle; en cambio, para la mayor parte, y con fundamento en el artículo 61, 2.º, es decisivo el momento de la muerte del primer cónyuge que determina la adquisición del sobreviviente e indican que se está ante una disposición sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, e incluso algún autor señala el carácter de donación *mortis causa*, que presenta al reunir las características de este tipo de donación, tratamiento al que le somete la legislación fiscal, según el artículo 63, 4.º, del texto refundido de 6 de abril de 1967.

De adoptar una u otra postura se obtendrían distintas consecuencias, que sólo aparecen resueltas en la Compilación respecto de los derechos de herederos y legitimarios al indicar el párrafo 2.º del artículo 61 que la adquisición de la participación del premuerto, se computará en la herencia de éste a efectos de reservas, cálculo de legítimas e imputación en pago de la cuarta marital, lo que confirma la tesis de aquellos autores que ven en este pacto un fenómeno sucesorio, en donde la muerte opera como acrecimiento al sobreviviente de la porción del premuerto, pero no se contiene respecto de los acreedores de cualquiera de los cónyuges, norma alguna que permita conocer si dicho pacto supone una restricción durante el matrimonio a la acción que los acreedores puedan ejercer sobre los bienes por obligaciones contraídas por un cónyuge, caso de que el otro no manifestase su acuerdo, pues no existe más norma que la del artículo 61, 1.º

(1) Vistos los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960; 40 y 82 de la Ley Hipotecaria y 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mencionado párrafo 1.º del artículo 62 prohíbe que mientras vivan ambos cónyuges sean enajenados o gravados los bienes así adquiridos, a no ser con el acuerdo de los dos esposos, pero nada indica respecto a si tal prohibición engloba no sólo a las ventas voluntarias, sino también a las forzosas, por lo que curiosamente se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia que terminó por aclarar que el artículo 1.413 del Código Civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada, y que tiene todavía un mayor fundamento si cabe en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos en el que cada titular tiene su disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios.

En este caso concreto, en donde se suspendió el juicio ejecutivo en virtud de la comparecencia en autos de la esposa, debido a la notificación realizada a su marido-deudor, se sustanció el declarativo de menor cuantía correspondiente y la Audiencia Territorial, confirmando la sentencia del Juzgado, declaró no haber lugar a la nulidad de las actuaciones del juicio ejecutivo ni a la tercería de dominio interpuesta por la esposa mediante la correspondiente acción reivindicatoria «y que los bienes pueden ser objeto de trabas y adjudicaciones, que si llegan a consumarse llevan como consecuencia ineludible al adquirir un tercero extraño la mitad en copropiedad, que ésta se rija por las normas legales para tal institución, y se extinga el pacto de sobrevivencia».

En resumen y como corolario de esta sentencia—que tiene especial importancia por ser antecedente del supuesto concreto de este recurso—resulta: 1.º Que la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de sobrevivencia entre esposos, puede ser objeto de embargo, y en su caso de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario, criterio que al ser recogido en la sentencia deja a salvo los derechos de los acreedores, y evita que amparándose en el pacto pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones. 2.º Que caso de consumarse la adjudicación se extingue el pacto de sobrevivencia, lo que también constituye un acierto de la resolución judicial, pues de no ser así no se respetaría la esencia de la institución, ya que existiría el pacto de sobrevivencia entre un extraño y un solo cónyuge, en contra de lo claramente establecido en la Compilación—artículo 61, 1.º—y para cuya salvaguardia toma este Cuerpo legal todo tipo de precauciones—artículo 62, 1.º, y sobre todo el 2.º—, que presupone que durante la vigencia del pacto ningún tercero puede ostentar derecho alguno sobre la cosa comprada, con lo que debe estimarse revocado el defecto 2.º de la nota de calificación.

Reanudado el juicio ejecutivo y una vez finalizado con la adjudicación de la mitad indivisa del inmueble el acto se otorgó la escritura de compraventa correspondiente, haciéndose constar como cláusula 3.º del otorgamiento que la finca vendida se transmite con las cargas que figuran en la certificación registral que obra en autos, entre las que se relaciona —aparte de una hipoteca y otra anotación de embargo—, «la condición re-

solutoria derivada del pacto de sobrevivencia», y presentada dicha escritura en el Registro se inscribió a favor del comprador, haciéndose constar la sujeción a esta condición, con lo que llegamos a la cuestión primordial sobre la que versa este recurso, a saber, si se puede rectificar el Registro inexacto mediante la instancia a la que se acompañan las dos sentencias habidas, o si, por el contrario, existen obstáculos formales que impiden pueda llevarse a efecto de esta forma la rectificación.

El hecho de que en la estipulación 3.ª de la escritura de venta hiciese constar entre las cargas la derivada del pacto de sobrevivencia, no indica, tal como figura relacionada, otra cosa que en la fecha en que se expidió la certificación registral que se aportó a los autos, a la que se remite, la misma se encontraba en vigor, pero ello no quiere decir que lo esté actualmente, y ni siquiera en el momento del otorgamiento de la escritura, al igual que ha sucedido con el resto de las cargas que se relacionaron que fueron canceladas todas por haberse extinguido y que por el hecho de que figuren en la transcrita estipulación, no han de considerarse en vigor; y en cuanto a la carga discutida, la sentencia firme aportada, claramente declaró su extinción, por lo que si no se acatara esta decisión judicial quedaría sin efecto la presunción de cosa juzgada establecida en el artículo 1.251 del Código Civil, todo lo cual indica que no cabe estimar el defecto primero de la nota.

Para la rectificación de la inexactitud padecida habrá que atenerse según lo dispuesto en el artículo 40 b) de la Ley Hipotecaria, a las normas del título IV de la misma Ley, y en especial al artículo 82 que regula esta materia, y al completarse con la sentencia firme aportada la escritura que motivó el asiento que es erróneo sólo en cuanto a la circunstancia de no haberse recogido la extinción del pacto de sobrevivencia, queda clarificada la omisión padecida, y cumplido el requisito exigido en el artículo 82 de poderse cancelar dado que contra la mencionada sentencia no cabe recurso alguno y que de la misma resulta extinguido el derecho, cuya cancelación se solicita.

Comentario.—En el considerando segundo se afirma incidentalmente que la institución de la compraventa con pacto de sobrevivencia no ha sido muy estudiada. También VALLET DE GOYTISOLO ha escrito que la bibliografía de estas compraventas es muy limitada. No estoy conforme. La afirmación de VALLET puede encontrar justificación en una excesiva modestia, dada su gran contribución a tal bibliografía, pero su inexactitud queda probada por él mismo cuando a continuación de hacerla (2) dedica una página entera de letra menuda a la reseña de estudios y opiniones sobre la institución (3).

(2) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I: *Las legítimas*, I, págs. 480-483. Madrid, 1974.

(3) La reseña bibliográfica citada de VALLET nos exime de repetirla y de intentar completarla. En ella se incluyen los trabajos y opiniones de SAGUER OLIVET, MARTÍN MESTRES, PORCIOLES, SANAHUJA, las tres monografías del propio VALLET, de MARTÍN RETORTILLO, VIRGILI SORRIBES, CALVO SORIANO (dos) y José M.ª CABRERA. En conferencia, creo que aún no publicada, de PEDRO J. AMENGUAL se citan además las opiniones y trabajos de GASSIOT (*Comentarios a la Compilación*, pág. 80), LALINDE ABADIE, PUIG FARRIOLS (*Rev. Jur. de Cataluña*, 1966 y 1971, respectivamente), O'CALLAGHAN («Comentario a la Sentencia de 23 de febrero de 1971» en la misma Revista), la opinión incidental de PIÑOL AGUADÉ, en su recensión a la obra de SIMPSON, y unas notas inéditas de ROCA que al parecer incluyen la mitad que adquiere el sobreviviente del premuerto, no en el *relictum* de éste, sino en el *donatum*. No es posible, pues, decir que se trata de una institución desatendida de la doctrina. Tampoco puede decirse que la Compilación haya estado tacaña al dedicar dos macizos artículos a la cláusula ampurdanesa, respecto de la cual el considerando primero exagera un tanto al concederla gran raigambre en el Derecho catalán, pues al parecer no la tiene tanta, excepto en ciertas comarcas. Y no es muy aventurado pro-

Lo que sí parece cierto es que ni la jurisprudencia ni la abundante doctrina ha sido orientada en la dirección del problema básico del supuesto de la Resolución, y que las discusiones doctrinales sobre su naturaleza jurídica, si bien han servido para dar la pauta a la Compilación para resolver en un sentido o en otro los principales problemas planteados por los autores, han servido de muy poco para enfrentarse con la cuestión de la responsabilidad de la cosa comprada y de cada una de sus mitades, mientras viven ambos cónyuges, por las deudas familiares y las privativas de cada uno, el ámbito de los embargos en cada caso, la legitimación pasiva en los procesos de ejecución y los términos en los que han de estar convenidas las ventas o adjudicaciones judiciales resultantes de los mismos.

Los autores de la Compilación al prohibir la enajenación y gravamen si no hay acuerdo de ambos cónyuges (art. 62, 1.º) debieron aclarar si la prohibición incluía o no las enajenaciones forzosas, máxime cuando el texto de las dos reglas siguientes hacían igualmente dudosa la solución positiva y la negativa. Aún se complica más la duda si tenemos en cuenta que la Compilación tuvo otro descuido al dar al heredamiento mutuo los efectos del heredamiento simple, sin percatarse de lo mal que se coordinan los preceptos reguladores de éste, concretamente la inembargabilidad de la cualidad de heredero contractual, del artículo 75, con la reciprocidad del heredamiento mutuo que hace que sus dos elementos personales sean a la vez heredantes y heredatarios. Pero esta dificultad no queda suficientemente destacada en los tres primeros considerados, no obstante afirmarse en el segundo que la mayor parte de los autores acercan la figura a un heredamiento mutuo limitado a inmueble o inmuebles determinados.

La Dirección, dando por supuesto el silencio de la Compilación y la insuficiencia de la doctrina y la Jurisprudencia para enfocar el caso, y dando también por supuesto que la Compilación no ha podido querer sustraer las fincas compradas con pacto de sobrevivencia a la acción de los acreedores impagados, en mi opinión un tanto precipitadamente, y partiendo de ciertas similitudes accesorias, encuentra solución adecuada la dada por la Jurisprudencia registral al supuesto de la ejecución de gananciales que tantas dificultades creó en torno a los artículos 1.413 del Código y 144 del Reglamento Hipotecario. La solución práctica de la notificación al cónyuge no administrador, dulcificadora de la exigencia reglamentaria de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, encaja en las circunstancias del artículo 144 (deudas y obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales y embargo de la totalidad del bien ganancial), pero no tanto en las varias circunstancias que pueden darse en el embargo y enajenación forzosa de la totalidad o de una mitad de la finca comprada conjuntamente con pacto de sobrevivencia. Efectivamente el acreedor unas veces será anterior a la compra y otras posterior, unas veces reclamará deudas familiares o conyugales, que también existen en el régimen de separación, otras privativas, unas veces puede interesarle ocasionar la ruptura del pacto de sobrevivencia para ejecutar una mitad indivisa ordinaria o incondicionada, y otras veces, dadas las circunstancias de edad y salud de los cónyuges, puede encontrar más beneficioso el embargo y ejecución de los derechos condicionales del cónyuge deudor, probable supérstite. Por todo ello, la solución única de ruptura del pacto y ejecución de una mitad indivisa normal u

notificar que su uso resulte restringido a la vista de la doctrina sentada por la Resolución que se comenta.

ordinaria la encontramos simplista y ante todo desconocedora de la interesante Resolución de 1918.

Más adelante veremos cómo, a partir del considerando quinto, la Resolución hace descansar la revocación de la nota del Registrador y del Auto presidencial en las sentencias dictadas en el procedimiento de tercería interpuesto por doña Rosa Puig, y en los corolarios que de ellas deduce; pero en cierto modo estos corolarios, obtenidos en el considerando sexto, pasan a ser doctrina de la Resolución especialmente por el expreso elogio del punto 2.º (extinción del pacto de sobrevivencia por virtud de la adjudicación), y por los términos en los que se expresa todo el considerando sexto que parece excluir cualquier otra solución distinta a la de los corolarios resultantes—según el mismo—de las sentencias judiciales a las que en el caso concreto no había más remedio que someterse.

Por ello debemos destacar, antes de continuar con las circunstancias del caso concreto, determinadas por las sentencias recaídas en el juicio de tercería, la omisión, en el vistos, de las Resoluciones de la Dirección que habían recaído en materia de compras conjuntas con pacto de sobrevivencia, omisión que si tiene cierta justificación en cuanto se refiere a la de 19 de mayo de 1917, porque versando exclusivamente sobre la inscribibilidad del pacto y, consiguientemente, de la compraventa que le contenga, no hizo afirmación ninguna directamente relacionada con la ejecución judicial del inmueble objeto de la compra (4), no tiene explicación ninguna en cuanto se refiere a la de 24 de diciembre de 1918 que recayó precisamente sobre la manera de configurarse el embargo de la finca comprada con el pacto en cuestión (5).

(4) El Registrador de Balaguer denegó la inscripción por estimar que el pacto implicaba donación *mortis causa* sin cumplimiento de los requisitos del artículo 620 del Código. En el informe vio, en todo caso, un mandato que se extinguiría por la muerte del causante. El Notario recurrente alegó que el pacto no puede considerarse independiente de la compraventa, amparado con ella en el *pacta sunt servanda*, que se trata de donación *inter vivos* recíproca o compendiosa y no acto de última voluntad, y que aunque fuese *mortis causa* no sería de aplicación dicho artículo, sino el Derecho Romano vigente en Cataluña. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota por ser donación *mortis causa* sometida al *Codex* (cinco testigos) y no a la legislación notarial. El recurrente insiste en la validez por tratarse de combinación tontinaria, añadiendo que como donación *mortis causa* habría de estar sometida al *Usatge duo testes* y no al *Codex*. La Dirección, con argumentos varios, refiere el pacto de recíproca cesión aleatoria al derecho contractual y no al sucesorio, cree que no puede estimarse donación *mortis causa* en ninguna de sus dos modalidades, y que no cabe aplicar la prohibición del artículo 1.271 del Código, como tampoco en múltiples figuras de pactos aleatorios que toman como punto de arranque de la adquisición de derechos la muerte de una persona (seguros, rentas vitalicias, usufructos o combinaciones tontinarias).

En cambio, la Resolución de 5 de mayo de 1932 declaró no inscribible el pacto de sobrevivencia entre dos cónyuges compradores por mitad y sometidos a la legislación de Mallorca por entender que la adquisición debía considerarse ganancial aunque se hiciese por mitades indivisas y el pacto originaría una modificación del régimen económico conyugal, inalterable una vez celebrado el matrimonio; sin que tan fundamentales principios puedan quedar contradiados por asimilación a una combinación tontina, ni a una sociedad particular ni a un seguro de vida recíproco. El Registrador había inscrito la venta y denegado la inscripción del pacto de sobrevivencia; el Presidente confirmó la nota y la Dirección el auto apelado.

(5) La Resolución de 24 de diciembre de 1918 versó sobre el siguiente caso:

Dos cónyuges compraron una casa en Figueras por mitad y proindiviso entre ellos y para el sobreviviente de los dos por entero. El marido había sido anteriormente declarado insolvente a efecto de las responsabilidades pecuniarias dimanantes de un procedimiento penal en el que resultó procesado. Llegada la compra a conocimiento de la Audiencia de Gerona, ésta remitió al Juzgado de Instrucción de Figueras ramo de responsabilidades pecuniarias dimanante de aquel procedimiento para que trabase embargo sobre «todos los derechos que tuviese sobre la finca comprada» el procesado, más tarde marido comprador. El Registrador denegó la anotación del embargo porque estando inscrita la finca a nombre del embargado y de su mujer con la condición de que pertenecía totalmente y en definitiva al sobreviviente, no puede, hasta la muerte de cualquiera de ellos, afirmarse a cuál de los dos pertenece ni por mitad ni por entero.

La Dirección en tres considerandos resuelve en favor de la práctica de la anotación solicitada sobre la mitad indivisa perteneciente al marido en la actualidad, «aunque sujeta a la condición resolutoria resultante del pacto y sobre la mitad correspondiente a su mujer en cuanto la misma condición fun-

Aconsejamos la lectura íntegra de la Resolución de 24 de diciembre de 1918 para comprender cómo, cualquiera que sean los argumentos que puedan presentarse a su doctrina sobre ejecución de inmuebles comprados con pacto de sobrevivencia por razón de deudas privativas de uno de los cónyuges, no es admisible desconocerla ni rechazarla por vía de silencio. Aún diríamos más: posiblemente el procedimiento ejecutivo, el embargo, la tercería, las sentencias recaídas, la venta otorgada y el recurso planteado ahora hubiesen sido evitados o, al menos, más claramente enfocados, partiendo de la elástica doctrina y de los ponderados considerandos de dicha Resolución. Y creemos que todo esto hubiese sido así porque vemos que en toda la controversia sostenida ahora había cierta imprecisión en el verdadero objeto de la ejecución, del embargo, de la tercería, etc., aunque en todo momento se hable—según los resultandos—de la mitad indivisa de la finca. Creo que los planteamientos que entonces hicieron el Ministerio Fiscal, el Registrador y el Juez de Figueras fueron de tal minuciosidad que habrían sido suficientemente orientativos para evitar las imprecisiones que, sin duda, hubo en los procedimientos judiciales entablados entre el señor Murió, el señor Güell y doña Rosa Puig.

No es posible negar que la doctrina que la Resolución de 1977 ve indudablemente recogida por las sentencias de tercería y que parece alabar y hacer suya, llevada a sus últimas consecuencias, simplifica mucho el régimen de las ejecuciones judiciales contra los cónyuges compradores con pacto de sobrevivencia. Es cierto que, aunque sea a consta de sacrificar el pacto de sobrevivencia, lo más sencillo es estimar que, como este pacto sólo cabe entre cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes, toda ejecución ha de ser por razón de deuda privativa, y que debe embargarse la mitad indivisa del cónyuge deudor, que se adjudicará como libre de toda condición derivada del pacto, cuyo complejo juego suspensivo-resolutorio queda así convertido en un proindiviso ordinario entre el rematante (o acreedor adjudicatario) y el cónyuge no deudor.

Pero encontramos excesiva sencillez en tan unívoca solución. En primer lugar, a pesar del silencio de la Compilación sobre la obligación de soportar ambos cónyuges las cargas familiares y prescindiendo de la posibilidad de que la adquisición de la mitad de la esposa pueda tener tanto la condición de dotal como de parafernial, lo cierto es que bastaría el artículo 322 de la Compilación para demostrar que la ejecución, al menos en algún caso, pueda y deba dirigirse contra ambos cónyuges y por la totalidad de la finca o fincas compradas con el pacto de sobrevivencia.

Por otra parte, en tanto no se distinga entre deudas anteriores al pacto y posteriores al mismo, es precipitado colocarse, en todo caso, del lado de los acreedores, fijándose en lo absurdo de que, amparándose en el pacto, pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones, pues también habría que pensar en la posibilidad contraria de que un cónyuge se confabule con tercero para dejar el pacto sin efecto a través de una ejecución amañada o buscada de mala fe. El cónyuge beneficiario del derecho de acrecer por sobrevivencia, acaso no deba ser de peor condición que la otorgada al heredatario frente a los actos de disposición del heredante en fraude del heredamiento conforme al último apartado del artículo 75, y no es seguro

ción como suspensiva a favor del ejecutado», porque los derechos pertenecientes al marido sobre ambas mitades de la finca, cualquiera que sean las limitaciones y ampliaciones producidas por la existencia de la condición resolutoria, forman parte del patrimonio del ejecutado y están afectas al pago de sus obligaciones particulares, pudiendo en consecuencia embargarse

que la notificación del embargo sea solución oportuna y no ya demasiado tardía.

Por ello, sin discutir las ventajas practicadas de la solución de dejar sin efecto el pacto respecto de los ejecutantes no queremos silenciar algunas preguntas: ¿Por que se silenció la Resolución de 1918, que contenía distinta doctrina? ¿Es completamente seguro que la normativa del artículo 62 de la Compilación se vuelva completamente del revés tratándose de enajenaciones forzosas, cuando el precepto no distingue? ¿Es suficiente en todo caso la notificación del embargo para garantizar los derechos del cónyuge no interviniente?

Pero creo que este comentario no debe alcanzar niveles que intenten resolver, en un sentido o en otro, el problema completo de la ejecución por deudas contra los inmuebles comprados en Cataluña con pacto de sobrevivencia. Creo, además, que no cabe una solución simplista y única válida para todos los supuestos posibles. Acaso, tratándose de deudas posteriores a la compra conjunta, la solución más justa sea dejar que el ejecutante opte por la solución de la Resolución de 1918 o por la mantenida por el considerando sexto de la que comentamos, exigiendo en todo caso que la demanda se entable contra ambos cónyuges, como con indudable sentido práctico exigió la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 (6).

Pero, como ya dijimos, por muy patente que sea la inclinación de la Resolución comentada hacia la solución de que toda ejecución deje sin efecto el pacto de sobrevivencia produciéndose la transformación de la situación jurídica originada por el mismo, en una comunidad proindiviso ordinaria; el fundamento decisivo para la revocación de la nota denegatoria hemos de encontrarle en la circunstancia de existir, en el caso concreto, sentencia firme declarando no haber lugar a la nulidad de actuaciones del juicio ejecutivo ni a la tercería de dominio interpuesta por la esposa. Vemos esto en los considerandos quinto y sexto que, descendiendo al nivel del caso concreto, se apoyan en las sentencias judiciales que necesariamente prejuzgaban los efectos de la ejecución en marcha que ordenaban continuar. Es cierto que el considerando quinto resulta insuficiente para conocer con exactitud el objeto del embargo, el contenido exacto de la demanda de tercería y la literalidad del fallo de las sentencias y reiteramos nuestras sospechas de que existió cierta imprecisión en el montaje total de las controversias. Tampoco los siguientes son muy decisivos para separar lo estrictamente dicho por las sentencias y lo que pudiera ser interpretación de las mismas por el Centro Directivo, pero debemos dar por cierto que ambas sentencias concordes eran suficientemente expresivas de que su

(6) La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 versó sobre un caso de demanda contra dos hermanos entablada por otro en petición de rendición de cuentas de un negocio y de rentas de un piso. Uno de los hermanos demandados lo era como titular de una mitad del piso y del negocio, pero dándose además la circunstancia de que el mismo había adquirido por compra con pacto de sobrevivencia con su esposa la totalidad del inmueble en el que estaba instalado el negocio y el piso. El Juzgado estimó excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda; la Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda; pero el Tribunal Supremo advirtió la infracción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa, que un día puede llegar a ser propietaria única, afirmando que los artículos 61 y 62 de la Compilación deben tener una más rigurosa defensa procesal en favor de la mujer que dentro del Derecho común, cual se deduce del segundo de ellos, que está indicando la necesidad de una defensa autónoma en el proceso por parte de los cónyuges. Ver el comentario de esta Sentencia hecho por O'CALLAGHAN (*Rev Jurídica de Cataluña*, 1972, págs 155 y ss.), en el cual deduce de la misma que el pacto produce una propiedad germana, «zur gesamten Hand», sobre un bien concreto.

fallo dejaba sin efecto las condicionalidades resultantes del pacto de sobrevivencia, máxime cuando el Registrador en la nota asegura que no declaran la nulidad o extinción del pacto y en cambio en el informe en lugar de llevar a sus últimas consecuencias esta afirmación orienta la defensa de su nota en el mantenimiento de los condicionamientos en la escritura de venta que obligaron al Registrador a reflejarlos en el asiento, lo que obligaba a mantenerlos por imperativo de los artículos 1.º y 82 de la Ley Hipotecaria.

Frente a ello, los considerandos séptimo y octavo reconocen que en la escritura de venta que puso fin a la ejecución hay una cláusula en la parte dispositiva (estipulación tercera) según la cual la finca está sometida a la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia; pero con gran convencimiento restan importancia a esta estipulación, considerándola una mera referencia a la certificación registral que hubo de aportarse al procedimiento, referencia que no ha de interpretarse en el sentido de que las cargas y condiciones referidas continúen en vigor en el momento del otorgamiento de la escritura, insistiendo en que la sentencia firme aportada claramente declaró la extinción de la condición discutida.

Esto es posible que sea así; no tenemos derecho a dudar de que la lectura completa e imparcial de la escritura conduzca a dar tal sentido a la referencia a las condiciones resultantes del pacto de sobrevivencia de manera que no deban resultar vinculadas a la transmisión de dominio que en ella se otorga, sino que sea una mera referencia de pretérito a unas condiciones extinguidas al momento del otorgamiento; pero lo que es seguro es que la referencia no aparece en la exposición, sino en la parte dispositiva, concretamente en la estipulación tercera—según el penúltimo considerando, por lo que no ofrece duda que, o se prescinde totalmente de la estructura reglamentaria del instrumento público, o hay que dar la razón al Registrador que trasladó la cláusula al asiento y se resistía después a erradicarla del mismo en base a un documento que, aunque fuese sentencia judicial, ni era el que había ocasionado el asiento, ni versaba sobre su inexactitud, ni implicaba consentimiento del perjudicado a la cancelación pretendida.

De todas maneras, la Dirección, considerando seguro y con valor de cosa juzgada que las sentencias dictadas en el juicio de tercería habían extinguido totalmente las condiciones y efectos del pacto de sobrevivencia (7), en un último considerando, que estimamos excesivamente comprimido y apresurado, considera suficiente tales sentencias para la rectificación del Registro, que el recurrente había pretendido.

Estimamos apresurado el considerando porque:

— Se habla en él de asiento erróneo y luego se acude al 40 b) de la Ley Hipotecaria y al título IV (en especial al art. 82) de la misma para conseguir la rectificación de la inexactitud.

— Se alega el 82 cuando no es fácil encajar en este precepto una cancelación de una inscripción hecha en virtud de escritura mediante una sentencia anterior a la inscripción y que, por tanto, mal puede tener valor cancelatorio de inscripción aún no practicada.

(7) Aunque no debemos pasar por alto que el primer resultando dice que las sentencias declaran la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada. Si esto era así, las sentencias también sufrieron cierto despiste en algún momento.

— Se deja confuso si el error había estado en recoger en el asiento, indebidamente, unas condiciones que la escritura no establecía, sino que declaraba extinguidas, o si había estado en no hacer constar que tales condiciones se habían extinguido (omisión en el asiento).

Por estas y otras razones, el último considerando debe estimarse desacertado. El verdadero motivo de revocación de la nota tenía necesariamente que pasar por el tema de la rectificación de errores [art. 40 c) de la Ley], que tanto el recurrente como el Centro Directivo tratan de eludir para evitar la trampa que este tema implica siempre en relación con el recurso gubernativo.

En otra Resolución muy reciente, también se ha tratado de ocultar que la cuestión de fondo conducía al problema de la rectificación de errores, para evitar que la solución deseada pudiese resultar obstaculizada por la doctrina del Centro Directivo según la cual el recurso gubernativo no es procedimiento idóneo para sustituir los legalmente establecidos para la rectificación de errores. Nos referimos a la Resolución de 20 de diciembre de 1977 y nos abstenemos de profundizar en esta cuestión para no incurrir en repeticiones respecto a lo dicho en el comentario a la misma (8). Nos limitamos a recordar las otras ocasiones, que en dicho comentario se citan, en las que estimamos excesiva la doctrina según la cual la Dirección no podía actuar directamente en la rectificación de errores por vía de recurso gubernativo.

El correcto enfoque del último considerando debió abordar valientemente el tema del error en lugar del juego de prestidigitación con las normas b) y c) del artículo 40. También debió plantear el problema del recurso directo contra la calificación favorable que conduce a la inscripción del documento, si bien en términos que el interesado estima distintos a los debidos. También en otras ocasiones hemos apuntado el problema y sus dificultades (9). Cabe observar que la instancia del señor Murió Jansá solicitando se dejase sin efecto la nota y se cancelase la condición resolutoria, instancia que fue denegada por el Registrador, bien puede ser concebida como un recurso contra una calificación registral que conduce a la inscripción, pero a una inscripción desacertada, disconforme con la titulación aportada. Por ambos caminos pudo llegarse más correctamente a la revocación de la nota del Registrador denegatoria de la solicitud indicada, que por el escabroso atajo utilizado por el último considerando.

Resumiendo todo lo expuesto y sin llegar en ningún momento a la conclusión de que el fallo precedente hubiese sido el contrario, sí nos atrevemos a considerar la Resolución excesivamente atrevida a tres distintos niveles:

1.º Por dar la sensación de sentar una doctrina unitaria y general aplicable a todos los supuestos de ejecución judicial contra bienes comprados por cónyuges catalanes conjuntamente y con pacto de sobrevivencia, doctrina según la cual la ejecución deja siempre sin efecto dicho pacto y debe ser dirigida contra la mitad indivisa del cónyuge deudor. Aunque no hemos pretendido profundizar en el problema porque doctores tiene la doctrina jurídica catalana a quienes corresponde hacerlo, sí hemos creído conve-

(8) Ver esta Revista, número de mayo-junio de este año, núm. 526.

(9) Ver entre otros comentarios los referentes a las Resoluciones de 11 de noviembre de 1970 en esta Revista, núm. 484 (mayo-junio de 1971), págs. 677 y 678 principalmente, y de 28 de mayo de 1971, número 486 (septiembre-octubre de 1971), págs. 1248 y 1249 principalmente.

niente dar, en el epígrafe de cabecera, como doctrina sentada por la Resolución la que con toda seguridad contiene ajustada al caso concreto y no otra más amplia y general que se apunta *obiter dictum* en alguno de los considerandos. En especial no hemos considerado sin valor en lo sucesivo ni la Resolución de 24 de diciembre de 1918 ni la sentencia de 23 de febrero de 1971, que creo obstaculiza de momento estimar bastante en todos los supuestos la notificación del embargo al cónyuge no demandado, como apunta el considerando cuarto.

2.º Es también atrevida, en cuanto considera que las sentencias de tercería eran básicas y suficientes para producir la rectificación de un asiento practicado en virtud de una escritura pública, que tenía, sin duda, relación con el conjunto procesal del que la tercería formaba parte, pero que era título autónomo, independiente, posterior y no otorgado en ejecución de aquellas sentencias.

3.º Era también discutible a un tercer nivel si el recurso gubernativo era procedimiento idóneo para producir una rectificación de error de concepto o de calificación contra la voluntad del Registrador. Y el atrevimiento fue a este nivel el afirmar, sin duda, que no había ningún error a rectificar porque se trataba de una rectificación del Registro por virtud de sentencia firme y extinción del derecho inscrito. Realmente si la inexactitud existió no pudo nacer hasta la inscripción de la escritura de venta judicial que finalizó el procedimiento de ejecución. Y mal podían ser rectificatorias de una inexactitud no nacida, las sentencias de tercería, muy anteriores a la finalización del procedimiento de ejecución.

T. G. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

II. DERECHOS REALES

TITULARES DE FACULTADES DE PASTOREAR, TALAR, APROVECHAR LEÑAS, HACER CAVADAS Y BOUZAS: NO TIENEN COMUNIDAD DE BIENES CON EL DUEÑO DE LA FINCA, NO SIENDO COPROPIETARIOS A EFECTOS DE RETRACTO. COMUNIDAD «PRO DIVISO». CUESTION NUEVA (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—Dos de los vecinos de dos pueblos a los que se les había concedido la facultad de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos y hacer cavadas y bouzas por el primitivo propietario de una finca, formulan demanda contra el comprador de una parte de la finca, suplicando se dicte sentencia declarando: A) Haber lugar al retracto enfitéutico, por apoyarse los actores en un derecho de esta naturaleza, o, al menos, de naturaleza análoga. B) Subsidiariamente, haber lugar al retracto de comuneros; y, en consecuencia, condenar a los demandados a que dentro del plazo que se les conceda, otorguen la correspondiente escritura de venta a favor de las comunidades de vecinos de Casayo y Lardeira, solidariamente.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose por no existir censo enfitéutico y por falta de legitimación *ad causam* activa, pues no se está ante la adquisición de una finca o fincas concretas y determinadas, sino ante la de participaciones sociales integrantes de un haber social, que es lo que adquirieron en realidad y no una parte concreta de finca, como alegaban los actores.

El Juez de Primera Instancia de Barco de Valdeorras dictó sentencia desestimando la demanda, apreciando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el demandado.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que la sentencia recurrida examina las dos escrituras públicas otorgadas el 20 de septiembre de 1891, señaladas con los números 270 y 271 en el protocolo del Notario autorizante, y llega a la conclusión de que, reunidos en el señor Conde de Peña Ramiro los dominios útil y directo de la finca «Tierra de Lardeira y Casayo», conocida también por «Montes de la Cabrera», a la que se contraen estos autos, el aludido señor Conde concede por tiempo indefinido al conjunto de vecinos de los pueblos de Lardeira y Casayo la facultad de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos y hacer cavadas y bouzas cual lo vienen haciendo hasta hoy, y entendiendo que tales facultades limitadas de aprovechamiento no comporta la comunidad que se invoca en la demanda, con precisa cita de los artículos 392 y 1.522 del Código Civil, rechaza el retracto de comuneros pretendido con carácter subsidiario por los actores, frente a cuya decisión se alzan los motivos segundo y séptimo y último del recurso, en los que se sostiene la existencia de una comunidad ordinaria o propia respecto a la única finca a que se contrae el retracto en el recurso, esto es, la finca número 4.704, motivos que son desestimables; en primer término, porque las indicadas escrituras públicas ponen de manifiesto el acierto de la sentencia recurrida y el error o confusión en que incurren los recurrentes, al hacer derivar la alegada comunidad propia u ordinaria, del dominio directo e incluso pleno que al pueblo de Lardeira le corresponde sobre las fincas rústicas y urbanas sitas en dicho pueblo, cuando es lo cierto que estas fincas no han sido objeto de retracto, y en segundo lugar, porque es indudable que las comunidades de vecinos demandantes ostentan la titularidad de aquellas facultades de aprovechamientos meramente limitadas de la propiedad que pertenece exclusivamente a otra persona, lo cual excluye la existencia no sólo de la verdadera comunidad de bienes según definición del artículo 392 del Código Civil, esto es, de aquella forma de propiedad en la que todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, sino también en el sentido más estricto en que pudiera entenderse copropietarios a efectos de retracto, a todos los que tuvieran sobre la cosa derechos dominicales, aunque fuera con separación unos de otros, como ya declara esta Sala en sentencia de 20 de marzo de 1929.

Considerando que el cuarto y quinto motivo se construyen partiendo del supuesto, que establecen por su cuenta los recurrentes, de la existencia de lo que denominan comunidad *pro diviso*, impropia o de propiedad separada, tema éste que no fue suscitado en el período expositivo del pleito, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva, a la que el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Trámites veda su acceso a este recurso extraordinario y que en la actual fase decisoria determina su desestimación, desestimación que también vendría impuesta en todo caso en virtud de cuanto se ha dejado expuesto en el considerando que antecede.

COMENTARIO.—Esta sentencia tiene ocasión de ocuparse de la propiedad *pro diviso* o separada, pues aunque en el supuesto concreto planteado excluye su existencia a efectos del retracto de comuneros, ello implica precisamente partir en abstracto de la posibilidad de tal figura, aunque en concreto establezca que no es el supuesto planteado.

Cierto que no quiere señalar una denominación, pues deja como problema del recurrente la terminología de comunidad *pro diviso*, impropia o de propiedad separada. Pero ya se comprende que lo de menos es esto. Ciertamente que en el penúltimo considerando dice que este tema no fue suscitado en el período expositivo del pleito, por lo que constituye una cuestión nueva a la que está vedada el acceso al recurso de casación. Pero en el considerando anterior la sentencia trata de la misma, por lo que en el contexto total de la resolución judicial no se deja de examinar tal cuestión nueva, sino que el Tribunal Supremo ha entrado en el fondo de la misma. La prueba es que en el propio Considerando en que se dice que es cuestión nueva, se añade que la «desestimación también vendría impuesta en todo caso en virtud de cuanto se ha dejado expuesto en el considerando que antecede». Por tanto, no puede decirse que la presente sentencia no se ocupe en su *ratio decidendi* de la comunidad *pro diviso*. Otra cosa es lo escueto de las declaraciones sobre la repetida figura.

El supuesto de hecho consistía en la titularidad que los vecinos de unos pueblos ostentaban sobre una finca respecto a la facultad de «pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos y hacer cavadas y bouzas». ¿Constituía esta titularidad un derecho dominical paralelo al del dueño o titular de las restantes facultades de la finca? La contestación negativa imponía rechazar el retracto de comuneros que pretendían los citados vecinos en base a esa titularidad, que consideraban como típico caso de comunidad *pro diviso*, impropia o separada.

La presente sentencia entiende que se trata de facultades de aprovechamiento meramente limitados de la propiedad, perteneciente ésta exclusivamente a otra persona. Por tanto, entiende que no hay comunidad entre dichos titulares y el verdadero dueño de la finca, sino un derecho real limitado a favor de aquéllos. Para llegar a tal conclusión, distingue los dos tipos de comunidad, ninguno de los cuales considera aplicables al presente supuesto: por un lado, aquel dominio en que «todo es de todos y para toda clase de usos y derechos», que hay que traducir como «condominio ordinario o *pro indiviso*»; y por otro lado, aquel condominio en que «todos tienen sobre la cosa derechos dominicales, aunque sea con separación unos de otros», que es el que se suele denominar comunidad *pro diviso* o separada, aunque la sentencia hemos visto que elude cualquier denominación.

Lo que resulta criticable es, como decíamos, lo escueto de estas declaraciones acerca de la propiedad *pro diviso*, si no fuera por esa atenuante de considerarlo como cuestión nueva. Pero ya que ha entrado en la misma, debería haber profundizado algo más en el tema. Máxime teniendo en cuenta que en otras sentencias se había reconocido como supuesto de comunidad de bienes aquel en que están separadas la titularidad del arbolado y de la siembra, como, por ejemplo, en la sentencia de 9 de marzo de 1893. Por ello, cabe preguntar cuándo puede hablarse de comunidad *pro diviso* y cuándo de meros derechos reales limitativos del dominio.

La doctrina viene admitiendo, lo mismo que la jurisprudencia (sentencia citada de 1893, 9 de julio de 1903, 6 de julio de 1920, entre otras), la comunidad *pro diviso*, pero no acaba de resolver de forma adecuada la diferencia que existe entre la misma y la titularidad consistente en un derecho real en cosa ajena, pues de lo único que se suele ocupar es de diferenciarla de la comunidad *pro indiviso* o por cuotas y de señalar las ventajas que tiene la admisión de aquella institución.

En mi opinión, la esencia de la comunidad *pro diviso* consiste en la existencia de varias titularidades de aprovechamiento sobre la cosa, las cuales se encuentran en un mismo plano de importancia, sin que pueda decirse que ninguna esté en inferioridad respecto a la otra. Esa igualdad o equivalencia excluye precisamente la existencia de un solo dueño y explica la pluralidad de propietarios, en que si bien el contenido de sus facultades es cualitativamente diferente, la importancia del derecho de cada uno en el todo es equivalente.

Para acabar de perfilar esta idea conviene tener en cuenta la clase de aprovechamientos de la finca en cuestión. Es evidente que si el aprovechamiento *principal* de la finca es el arbolado y el aprovechamiento *secundario* la siembra, no existirá entre los titulares de uno y otro la comunidad *pro diviso*. En cambio, si se trata de finca en que por sus especiales características, la misma o equivalente importancia tiene el aprovechamiento de los árboles que la siembra, estando los titulares de uno y otro en el mismo plano jurídico sin que prevalezca ninguno de ellos dentro del conjunto, estamos ante un campo propicio para la figura de la propiedad *pro diviso*.

Y esto es así porque las consecuencias o ventajas que se asignan a esta institución han de guardar paralelismo con la configuración jurídica de la misma. Y tales consecuencias son permitir el retracto de comuneros cuando se enajene la titularidad de cualquiera de ellos, admitir la consolidación en caso de extinción de una de las titularidades, ser factible la inmatriculación separada en el Registro de la Propiedad (art. 377 del Reglamento Hipotecario). Todas estas consecuencias sólo pueden darse cuando verdaderamente los dos o más titulares de la finca se encuentran en ese plano de igualdad, que hemos visto en la nota esencial de la institución, aunque la doctrina no acaba de apuntar extremo tan importante.

Ello explica, además, que no siempre la titularidad del aprovechamiento de leñas y pastos sea un caso de propiedad *pro diviso*: en el caso de la presente sentencia no lo era porque se trata de facultad *meramente limitada* de la propiedad; en cambio, en el caso de la sentencia de 9 de marzo de 1893, la titularidad del arbolado y de la siembra eran igualmente importantes dentro del aprovechamiento total de la finca, aludiendo la sentencia a que los derechos de ambos dueños estaban relacionados de modo que el uno en las operaciones de cultivo nada puede hacer que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni tampoco es lícito al otro, al servirse de ellos, impedir, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo. A esto podría haberse añadido la nota de similar importancia de uno y otro en relación con la finca en cuestión, que, como decimos, es lo que tipifica a la comunidad *pro diviso*.

Por último, ha de tenerse en cuenta que se trata de una figura excepcional, por lo que en caso de duda ha de considerarse titularidad limitada consistente en un derecho real y no titularidad dominical.

J. M. G. G.

MONTE DE PROPIEDAD PARTICULAR. MONTE EN GALICIA: NO CONSTA QUE LO SEA EL REIVINDICADO. PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE MONTES VECINALES EN LA LEGISLACION ANTERIOR A LA COMPILACION GALLEGA. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS: LA APRECIACION DE SU EXISTENCIA ES CUESTION DE HECHO QUE INCUMBE A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA. POSESION DE MALA FE DEL PATRIMONIO FÓRESTAL DEL ESTADO: SU APRECIACION COMPETE TAMBIEN A TALES TRIBUNALES, COMO CUESTION DE HECHO. INCONGRUENCIA POR «ULTRA PETITA» (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—Don Valentín Bretal B., actuando en beneficio de la comunidad que forma con sus hermanos y otras personas, presentó demanda contra el Estado, el Patrimonio Forestal del Estado, el Ayuntamiento de Riveira, la Diputación Provincial de La Coruña y contra otras personas particulares, alegando que el actor y los demás comuneros son propietarios de la finca rústica denominada Monte Picones, sita en el término de Ageitos y como tales la vienen poseyendo pública, pacífica e ininterrumpidamente y la tienen inscrita a su nombre; y que los demandados vienen desconociendo su propiedad, habiéndose incluido en el deslinde realizado por Orden ministerial en el año 1966 dentro del perímetro del Monte Ageitos en el Catálogo de montes de utilidad pública. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que la finca denominada Monte de Picones pertenece en plena propiedad al demandante y comunidad, en cuyo beneficio acciona, condenando a los demandados a que así lo reconozcan y consientan; y que se condene al Estado, Patrimonio Forestal, Ayuntamiento de Riveira y, en lo que afecta, a la Diputación Provincial de La Coruña, a que excluyan del Catálogo la mencionada finca, reintegrándola al patrimonio de la comunidad accionante, y a que indemnicen a la misma el importe de los frutos producidos o debidos producir desde la fecha de incautación de la misma, o sea, desde que se acordó su inclusión en el Catálogo.

El Abogado del Estado, en nombre de éste y del Patrimonio Forestal —hoy ICONA—, contestó a la demanda oponiéndose y formuló reconvencción de modo subsidiario, para que se reconozca el derecho del Patrimonio a ser mantenido en la posesión de los terrenos hasta que le sean abonados los gastos de todo tipo realizados para el mejoramiento de los predios, en la forma dispuesta por el artículo 361 del Código Civil, en el supuesto de que se estimare la demanda.

El Ayuntamiento de Riveira y los demás demandados particulares también se oponen a la demanda, suplicando sea desestimada.

Evacuadas la réplica y dúplica y practicada la prueba pertinente, el Juez de Primera Instancia número dos de La Coruña dictó sentencia desestimando la demanda y las excepciones.

Apelada la anterior sentencia por el demandante, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado y estimó íntegramente la demanda, condenando a los demandados a que abonen a la comunidad del actor los frutos producidos o debidos producir durante el tiempo que éstos estuvieron desposeídos de la posesión; y condena al Estado, al Patrimonio Forestal, al Ayuntamiento de Riveira y a la Diputación Provincial de La Coruña a que excluyan del monte público ca-

talogado «Agcitos», la parcela que se determina en el plano o croquis número 18. Desestimada la reconvención formulada por el Estado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar a siete de los motivos del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, y sólo declara haber lugar al motivo octavo, destacando los siguientes considerandos de la primera sentencia:

Considerando que para la acción conferida al propietario de un inmueble por el párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, pueda prosperar, es preciso que se acredite, en el proceso en que la misma sea ejercitada, la existencia de un título legítimo de dominio en el reclamante, la identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la posesión o detentación de la misma por parte de la persona o personas contra quienes se dirija la demanda (sentencias de 3 de marzo de 1966 y 19 de febrero de 1972), circunstancias todas ellas que concurren en el presente caso, según los hechos que se declaran probados en el segundo razonamiento jurídico de la resolución que se impugna y que deben prevalecer en casación, al no haber quedado destruidas en el recurso por la vía formal adecuada, puesto que la apreciación de su realidad, como cuestión de hecho que es, está encomendada a los Tribunales de instancia, según, entre otras, expresaron las sentencias de esta Sala de 16 de abril de 1958, 24 de junio y 17 de diciembre de 1966, razones todas ellas que conducen a desestimar el cuarto motivo del recurso en el que, acogiéndose al número primero del indicado artículo 1.692, se denuncia la aplicación indebida del precepto anteriormente mencionado.

Considerando que si bien es cierto que los montes vecinales, es decir, aquellos que se vienen aprovechando consuetudinariamente en régimen de comunidad por los vecinos agrupados en núcleos rurales, no constituidos en Entidades municipales (art. 4.º de la Ley de 8 de junio de 1957, 23 de su Reglamento y artículo 1.º, párrafo 1.º, de la Ley de 27 de julio de 1968), se regulan, en cuanto a su contenido, por las normas de la comunidad germánica o en mano común (sentencia de 17 de enero de 1967) y tienen el carácter de imprescriptibles, según el párrafo 2.º del artículo 89 de la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, hoy derogado por la Ley de 27 de julio de 1968, y según el apartado b) del artículo 2.º de la Ley últimamente mencionada, no menos exacto es: Primero: que el que es objeto de reivindicación en el proceso de que estas actuaciones dimanen, con anterioridad a la Orden ministerial aprobatoria de su deslinde, de 22 de junio de 1966, no gozó de dicha naturaleza, porque, ni se hace constar en el recurso que fuera calificado como tal por el Jurado provincial, a que se refiere el párrafo tercero del artículo primero de la indicada Ley de 1968, ni se da por acreditado en la sentencia recurrida que figurase inscrito en el inventario de bienes municipales del Ayuntamiento demandado; y Segundo: que con anterioridad a la Compilación, antes citada, no sólo no existió precepto alguno que declarase imprescriptible estos montes, como se infiere del examen de las Leyes de 24 de mayo de 1863 y 8 de junio de 1957 (art. 2.º), sino que, por el contrario, se reconoció la posibilidad de usucapirlos administrativamente, mediante la posesión de treinta años, en el artículo 12 del Reglamento de 17 de mayo de 1865, en la Real Orden de 4 de abril de 1883, en el artículo 15 del Real Decreto de 1.º de febrero de 1901, en la regla 14 de la Real Orden de 1.º de

julio de 1905, en el artículo 22 de la Instrucción de 17 de octubre de 1925 y en la Real Orden de 20 de febrero de 1930, y en las sentencias contencioso-administrativas de 9 de noviembre de 1945 y 1.º de marzo de 1973, así como con arreglo a las normas del Derecho Civil, en las sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1965 y 9 de enero de 1968, e incluso en el artículo 4.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, por lo que el simple carácter de abertal de un monte enclavado en territorio gallego, no imposibilita el que haya sido poseído por un particular, a título de dueño, por el lapso de tiempo necesario para su usucapión, con anterioridad a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil, a que antes se ha hecho referencia.

Considerando que al declararse probado en la sentencia recurrida que la Comunidad actora y las personas de quienes la misma trae causa, además de gozar en su favor de los títulos de propiedad que les otorgaban las escrituras públicas de 30 de noviembre de 1921 y 9 de diciembre de 1922, poseyeron de una manera pública, pacífica e ininterrumpida, el monte, en torno al cual gira el presente litigio, desde 1922, por tiempo superior a treinta años, realizando durante ese período de tiempo multitud de actos de disposición sobre el mismo, que se describen en su tercer considerando y, al deducir de ello, que de no disponer de título suficiente para reivindicar dicho monte, habrían logrado adquirirlo por la prescripción a que se refieren los artículos 1.957 y 1.959 del Código Civil, no infringió dichos preceptos ni los demás que se citan en el quinto motivo del recurso, que, en su consecuencia, no puede prosperar, sobre todo si se tiene presente que, aun cuando aquellos títulos pudieran tener algún defecto originario, cosa aquí no acreditada, serían suficientes para prescribir con arreglo al indicado artículo 1.957, por no ser indispensable para ello su absoluta validez, dado que de otra forma sobraría el instituto de la prescripción (sentencias de 30 de noviembre de 1910 y 30 de marzo de 1943), que, de la realización de aquellos actos dominicales se deduce que la posesión de los actores se llevó a efecto con *animus rem sibi habendi*, en la forma exigida por los artículos 430, 1.941 y 1.942, y que las cuestiones referentes al tiempo que ha durado la posesión, su falta de interrupción y concepto de dueño del poseedor, son de hecho y de la libre apreciación de la Sala sentenciadora (sentencia de 25 de junio de 1918).

Considerando que también decae el séptimo motivo del recurso, aducido bajo la rúbrica del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Procedimientos civiles, porque, aun cuando la repoblación de un monte constituye un gasto necesario para el Patrimonio Forestal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de 8 de junio de 1957, en relación con el 42 del mismo texto legal y Ley de 10 de marzo de 1941, no cabe olvidar, en cambio, que el derecho a resarcirse de tales gastos y de retener la finca hasta su total reintegro, lo concede el párrafo primero del artículo 453 del Código Civil, al poseedor de buena fe, es decir, a aquel que, conforme a lo dispuesto en el 433, ignore que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide, y como en el supuesto que aquí se contempla el Tribunal *a quo*, en el penúltimo considerando de su sentencia, niega la existencia de dicho requisito por parte de los reconvinientes, por entender que las labores de repoblación llevadas a efecto en el monte de objeto ed reivindicación, se iniciaron «en el mes de marzo de 1964, o sea, dos años antes de haberse dictado la Orden aprobatoria del deslinde, cuando todavía no se había comenzado el apeo» y con pleno conocimiento de que dicho

monte no estaba inventariado entre los bienes municipales pertenecientes al Ayuntamiento de Riveira, y como la apreciación de los hechos de que deriva la buena o mala fe de los poseedores, a estos efectos, es de la incumbencia de los Tribunales de instancia (sentencia de 27 de enero de 1906, 10 de abril de 1956 y 20 de febrero de 1959), de ahí que el motivo deba rechazarse, sin que a ello obste la presunción *juris tantum*, contenida en el artículo 434 del mencionado Cuerpo legal, que, como se ha indicado, quedó destruida en la resolución que se impugnó».

Considerando que, en cambio, debe declararse haber lugar al octavo motivo del recurso, dirigido por la vía formal del número 3 del mencionado artículo 1.692, porque, habiéndose solicitado en la demanda, se condenara a los demandados a que indemnizen a los actores el importe de los frutos producidos o debidos producir por la finca reivindicada desde que se acordó su inclusión en el Catálogo y habiéndoseles condenado al abono de dichos frutos «desde el tiempo que—los demandantes—estuvieron desposeídos de la parcela expresada», es indudable que se incurre en incongruencia por *ultra petita*, con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la LEE, al igual que ocurre al ordenar excluir del Catálogo de Montes de utilidad pública la parcela reivindicada «en la forma que se determina en el plano o croquis número dieciocho», puesto que lo entrecorrellado no se solicitó en la súplica del escrito de demanda.

En la segunda sentencia, se modifica la de la Audiencia en el sentido indicado de omitir la referencia al plano o croquis.

ACCION DE DESLINDE. EXCEPCION DE COSA JUZGADA. LA ACCION DE DESLINDE TIENE LA MISMA CAUSA DE PEDIR QUE LA ACCION REIVINDICATORIA, A EFECTOS DE APRECIACION DE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—Don Manuel Vázquez G. interpone demanda contra don Manuel Fernández V. y otros, suplicando se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Se condene a los demandados a practicar el deslinde y subsiguiente amojonamiento entre las fincas de ellos y del actor, fijando su línea perimetral y, especialmente, la de separación entre ambas fincas. B) Consecuentemente, se declare que la finca descrita por el actor se halla comprendida dentro de la línea perimetral correspondiente al actor y, por tanto, es propiedad del mismo.

Los demandados se oponen alegando excepción de cosa juzgada.

El Juez de Primera Instancia de Santiago de Compostela estimó la excepción de cosa juzgada, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, por lo siguiente:

Considerando que la cuestión planteada a la casación, en el único motivo de este recurso, es la referente a la procedencia o improcedencia de la excepción, aceptada por la instancia, que la releva de entrar en el fondo de la cuestión debatida, de cosa juzgada, aludiendo a la resolución del

primer pleito habido entre las mismas partes, juicio número 136 de 1967, del Juzgado número uno de Santiago de Compostela, en el que se ejercitaba la acción reivindicatoria sobre la parcela de terreno a que se refiere este recurso, pretensión que fue desestimada por falta de identificación de la finca reivindicada, que prejuzga el pleito de deslinde entablado entre ellas, una vez fallada la contienda anterior, al que se refiere este recurso.

Considerando que el acatamiento a la autoridad de la cosa juzgada, como expresan las sentencias de esta Sala de 7 de julio de 1943, de 26 de noviembre de 1964 y de 18 de abril de 1969, entre otras, supone la afirmación de la eficacia definitiva que la ley confiere a la sentencia firme que estima o desestima una pretensión; y esto lo hace en términos tan absolutos, que contra su «verdad» no cabe contraponer otra que no sea la ganada, en las especialísimas circunstancias, que dan paso al juicio de revisión, según dice el párrafo segundo del artículo 1.251, citado en el recurso; fijándose en cuanto a su contenido los límites de dicha eficacia, según el artículo siguiente, también invocado en el recurso, en cuanto a la relación material que existe entre el asunto fallado y el que se trate de someter de nuevo a conocimiento de los tribunales, en las tres clásicas identidades de elementos personales, reales y causales.

Considerando que en el caso de autos, la parte recurrente da por descartada la identidad existente entre las personas y la cosa del anterior pleito y las del actual; pero, en contra del criterio de la instancia, da por no existente la identidad de la causa de pedir, puesto que en aquella demanda, dice el recurrente, se ejercitaba la acción reivindicatoria con la que se pretendía el rescate de la cosa y en éste se ejercita la de deslinde, que ha de conducir sólo a la identificación; pero no se tiene en cuenta que la finalidad de ambas es la misma cuando por falta de acuerdo entre las partes la acción se ejercita judicialmente; pues en estos casos el ejercicio de una acción de deslinde, que no lleve implícita la reivindicación de lo comprendido dentro del perímetro deslindado, carece de sentido; como también carece de eficacia y de prosperabilidad la acción reivindicatoria en la que no se intente o se consiga el deslinde, o sea, la identidad del bien reivindicado; o sea, la causa, que equivale al fundamento. razón de pedir sea cual sea el nombre que a la acción que ejercita le dé la parte recurrente, es para este caso idéntica en ambos asuntos, lo que conduce, conformes las partes en que se promueve entre las mismas personas y sobre la misma cosa, a la más perfecta identidad entre el pleito anterior y el presente, proclamada por la instancia; criterio que merece ser confirmado, con desestimación del único motivo del recurso, ya que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en el nuevo juicio, mediante el ejercicio de la acción de deslinde, sólo se trata de identificar lo que en el anterior proceso reivindicatorio no se hizo por negligencia de la propia parte, pudiendo haberse hecho, o al menos intentado; o se trata del ejercicio de una acción reservada en el juicio anterior, sino de una verdadera reiteración; caso muy similar al resuelto por la sentencia de 12 de julio de 1951, donde una demanda se desestima por falta de prueba y esta falta se trata de completar posteriormente, iniciando otro juicio sobre el mismo asunto, en el cual se ofrece la prueba que faltó en el primero; posibilidad que sólo ha de darse, y en los casos excepcionales a que se refiere el artículo 1.796, en el juicio de revisión, de lo contrario, las sentencias no serían nunca definitivas.

USUCAPION. POSESION DE BUENA FE: PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCION «IURIS TANTUM» DE BUENA FE SE REQUIEREN HECHOS CONCRETOS QUE EVIDENCIEN LO CONTRARIO, ADUCIDOS POR LA VIA PROCESAL ADECUADA. VENTA DE COSA AJENA: ES UN NEGOCIO VALIDO, AUNQUE SE DECLARA QUE TAL INSTITUCION NO SE DA EN EL PRESENTE CASO (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1976).

Hechos.—Doña María de los Angeles C. Artero presentó demanda contra don Antonio L. Cervantes y otros, sobre reivindicación de finca rústica, alegando que a la actora y a los demás comuneros les pertenece dicha finca por herencia de sus padres, teniéndola inscrita en el Registro por tal título, debiendo cesar el demandado don Antonio L. en la posesión de la finca, que estima es de mala fe.

El demandado se opone alegando que la madre de la actora le había vendido la finca en documento privado de fecha 1941 y que, desde entonces, la viene poseyendo en concepto de dueño, pública y pacíficamente.

El Juez de Primera Instancia de Vera desestima la demanda, apreciando la excepción de falta de personalidad en el actor por no haber acreditado el carácter o representación con que reclama.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada desestimó las excepciones opuestas e igualmente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar al recurso, destacando el considerando primero, en el que se resumen los hechos, el cuarto en el que se hacen algunas declaraciones a propósito de la buena fe en la posesión tendente a la usucapión, y el quinto, en el que aparecen observaciones interesantes a propósito de la institución de la venta de cosa ajena.

Considerando que el acuerdo con el resultado de la prueba practicada en instancia, el origen del pleito de que traen causa las presentes actuaciones, es el contrato constante en documento privado, de 29 de agosto de 1941, por el que la madre de la actual recurrente vende a quien ahora figura como recurrido, una finca rústica que el marido y padre de aquéllos adquirió en 1919, sita en el paraje del Albardinar, pago de las Marinas, término de Mojácar, de nueve hectáreas, 23 áreas y 76 centiáreas, constando su inscripción en el Registro de la Propiedad, operación que se completó con otra compraventa igualmente constante en documento privado, de 3 de mayo de 1943 por la que el mismo comprador adquiere de un hijo del antiguo propietario y hermano de la hoy recurrente, una parte más de la finca, con lo que resultó adquirente de su totalidad, permaneciendo el susodicho comprador en la posesión de la misma hasta el año 1968, en que la actual recurrente hizo una serie de reclamaciones amistosas, cuyo fracaso motivó el inicio del pleito ejercitando acción reivindicatoria con solicitud de que se declarase la propiedad a favor de la comunidad que representaba, de la finca indebidamente detentada por el demandado, así como la mala fe en la posesión de éste a los efectos prescritos, sin que tampoco hubiesen transcurrido los treinta años necesarios para el funcionamiento de la usucapión extraordinaria; pretensiones que no fueron estimadas por la sentencia de primer grado que, sin entrar en el fondo del asunto, apreció la excepción de falta de personalidad del actor por no

acreditar el carácter o representación con que reclamaba, que había sido opuesta—entre otras—por el entonces demandado, la cual fue revocada por la que ahora se recurre—habida cuenta que la actora actuaba en nombre de la comunidad de bienes que tenía formada con su hermana Catalina—y entrando en el fondo desestimó la demanda porque «... el resultado que se ofrece en las pruebas practicadas lleva y conduce a la plena convicción de que la finca que se pretende reivindicar no pertenece a los demandantes...» en cuanto que la vendedora de 1941 obró en su nombre y el de sus hijos—que ahora recurren—mencionando expresamente entre las pruebas indicadas, la documental, confesión, testifical y pericial caligráfica y, por otra parte, el comprador—actualmente recurrido—había acreditado una posesión pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño, a partir de la fecha del contrato».

«Considerando que en conexión con el problema central debatido en el pleito precedente, el motivo tercero amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia violación del 1.957 del Código Civil en relación—parece que en el mismo concepto, aunque no lo dice, contrariando la exigencia de precisión y claridad del 1.720 de aquélla—con los preceptos contenidos en los 1.940, 1.941, 1.942, 1.945, 1.950, 1.952, 1.953 y 1.954 del propio cuerpo legal sustantivo, relativos a los requisitos necesarios para el funcionamiento del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión, con base en que en el penúltimo considerando de la sentencia recurrida—al modo antes señalado—se afirma que «... el demandado compró en 1941 y viene, desde entonces, en posesión de la finca objeto de litigio, en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente lo que, por sí solo hubiera sido suficiente para la prescripción adquisitiva...»; motivo cuya estimación tampoco es posible por varias razones: a) en primer lugar, porque sostiene que la posesión del comprador—actual recurrido—carece de justo título y no es de buena fe, afirmación que está haciendo supuesto de lo que se cuestionó en el pleito y que es contraria al resultado de la prueba practicada en el mismo alegando, además, datos de hecho con los que quiere respaldar el aserto, de modo improcedente que incurre, también en este punto, en la sanción—ahora desestimatoria—del número nueve del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento; b) en segundo término, porque el alegato específico de la buena fe, choca con la normativa legal al respecto, en cuanto que el poseedor—en este caso el comprador que ahora figura como recurrido—está amparado por la presunción de buena fe establecida en el artículo 434 del Código Civil, ciertamente desvirtuable en su calidad de *iuris tantum*, pero sólo con hechos concretos que evidencien lo contrario, los cuales en dicha condición y por su propia naturaleza, tendrían que haber sido aducidos en casación por el adecuado cauce legal del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que aquí se intentó en otro motivo, pero según se vio, sin buen éxito; c) y, finalmente, porque la declaración impugnada del Tribunal *a quo* lo es a mayor abundamiento, con mero complemento de los argumentos que el juzgador empleó, pero sin que constituya parte integrante del fallo decisorio propiamente dicho, único susceptible, según la ley, de ser objeto de la casación pretendida.»

«Considerando que asimismo en forma conexas con el tema de casación realmente suscitado, el motivo quinto y último, alega violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que aduce

“contraria a la validez de la *venta de cosa ajena*” que tampoco puede ser estimado, porque el referido problema no fue planteado en instancia, donde, por ello, no se discutió, limitándose la en su día parte actora a decir a este respecto, en el punto segundo *in fine* de los hechos de su escrito de demanda que “... ninguna venta pudo hacerse «por la madre de la hoy recurrente ...» por la simple razón de que no podía vender aquello que no le pertenecía...”, que es cosa distinta de lo que ahora se arguye, pues se refiere al título de propiedad a los fines de la acción reivindicatoria y no al problema de la operación de venta y a su validez o nulidad en relación con la propiedad del objeto vendido, tratándose, consiguientemente de una cuestión nueva que tiene vedado su acceso a la casación por imperativo de lo dispuesto en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento; además, porque también sobre este particular se está haciendo supuesto de lo cuestionado, es decir, si quien vende en 1941 era o no el verdadero dueño que pudiese transmitir que, según el resultado probatorio de la instancia ya mencionado, quedó resuelto en sentido afirmativo en contra de lo que el recurso sostiene, lo que imposibilita decir que se está en presencia de una venta de cosa ajena; y, finalmente, por la doctrina jurisprudencial que se alega acerca de la nulidad de esta clase de ventas, contenida en las sentencias que se citan—a las que podrían añadirse las de 1 de mayo de 1948 y 23 de junio de 1951—inspirada en la vieja doctrina científica que, tanto en España como en el extranjero, se construyó en torno del artículo 1.599 del Código Civil francés, fue superada posteriormente, sosteniéndose su validez científicamente, siguiendo la directriz de los autores alemanes e italianos, con apoyo en los antiguos textos romanos—especialmente Ulpiano en Digesto, libro XIII, título primero, fragmento veintiocho—la nueva redacción del Código italiano de 1942—que en el artículo 1.478 la permite expresamente, suprimiendo la nulidad que decretaba el de 1865—, y la falta de argumentos legales sólidos en nuestro sistema que se compagina más con la nueva corriente, habida cuenta el carácter meramente obligacional de la compraventa—el vendedor, en efecto no da sino que se obliga a hacerlo—sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida y donde caso de ser ajena, surgirá el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño (art. 1.475 del Código) lo que es efecto del contrato, no de su nulidad, al margen de la posibilidad del comprador, en este caso, de adquirir por usucapión la cosa comprada; tendencia ésta que, rectificando el criterio anterior, fue acogida por este Tribunal Supremo, atento siempre a perfeccionar las pautas interpretativas que permitan la mejor aplicación del Derecho de acuerdo con las nuevas técnicas jurídicas y la cambiante realidad social, al modo como se inició para este supuesto con la Sentencia de 1 de marzo de 1949, continuó con las de 1 de marzo de 1954, 27 de mayo de 1957 y 5 de julio de 1958 y mantiene inalterada y unánimemente en la hora actual sin que existan razones suficientes que justifiquen su rectificación.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL REQUERIMIENTO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL ES UNA INTIMACION AL COMPRADOR PARA QUE SE ALLANE A RESOLVER LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1977).

Doctrina de la Sentencia: Es errónea la tesis de la recurrente según la cual el artículo 1.504 del Código Civil impone al vendedor la necesidad de requerir el pago del precio al comprador, antes de optar por la resolución del contrato, pues precisamente el expresado artículo lo único que concede es facultad en el comprador de poder efectuar el pago fuera del tiempo convenido en el contrato aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago dentro de él, tendría lugar de pleno derecho la resolución del contrato—pacto comisorio—, *interin* no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial de que da por resuelto el contrato. Este es el sentido que viene dando al artículo 1.504 la jurisprudencia de esta Sala, que proclama que ese requerimiento a que el precepto alude no es un requerimiento para que el deudor pueda pagar en un nuevo plazo que haya que concederle, sino que como ha dicho la Sentencia de 3 de julio de 1917, es una intimación concreta para que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla.

No cabe otorgar la consideración de bienes inmuebles a la maquinaria que, propia del vendedor, con facultad de extracción, está incorporada en la fábrica de la compradora.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.—REQUISITOS DE LA TRANSACCION (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1977).

Doctrina de la Sentencia: La ilicitud de la causa debe acreditarse en autos por quien la alega, sin que sea suficiente con su mera invocación ante los Tribunales de Instancia.

El principio *nemo debet lucrari ex alieno damnum*, reconocido por el Derecho Romano, entre otros pasajes en la Ley 28 del Título III, Libro IV del Digesto, por nuestra legislación histórica, en la Ley 17, Título XXXIV de la Partida VII y por la jurisprudencia de esta Sala, requiere para su exigibilidad y estimación la prueba de que se ha producido el desplazamiento de un patrimonio a otro, con el consiguiente incremento de uno de ellos y empobrecimiento del segundo, sin que exista justificación o precepto legal que imponga ese resultado; no cabe olvidar, en cambio, que dicho enriquecimiento no se produce cuando la ventaja económica expresada se adquiere en virtud del cumplimiento de un contrato o negocio común, que no haya sido previamente invalidado o en virtud del ejercicio de un derecho en cuya reclamación no se empleen medios abusivos o reprobables.

La transacción extrajudicial, al igual que las convenciones atípicas transaccionales, precisan para producir efectos ante los Tribunales de Justicia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.809 de nuestra Ley Civil sustantiva,

la existencia y constatación de los siguientes requisitos: Primero. Realidad de relaciones jurídicas subsistentes entre las partes, sobre las que aparezcan incertidumbre, desacuerdo, dudas o disputas acerca de los derechos, posiciones o pretensiones que cada una de ellas crea ostentar, efecto que por su carácter subjetivo ha de interpretarse no por su valor racional, sino por el real, cualquiera que sea el fundamento de la contradicción o disidencia que le sirve de origen. Segundo: Intención de los contratantes de poner término a semejante inseguridad, dando fijeza a sus respectivos derechos, mediante la terminación del litigio a que se hallen sometidos, o deseo (*timor litis*) de evitar la provocación de un pleito, aun cuando la amenaza de su iniciación no sea inminente; y Tercero: Recíprocas concesiones por parte de los interesados de modo que cada uno de ellos, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa (*aliquo dato, aliquo retento*) sufra algún sacrificio de forma definitiva y no provisional, sin lo cual este tipo de convenciones no es concebido (*transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*), Ley Primera, Título XV, Libro II del Digesto, y sin que sea indispensable la igualdad absoluta de los acuerdos adoptados ni la paridad de las concesiones, puesto que las mismas pueden consistir en la simple renuncia de un derecho por parte de uno de los contratantes.

PARA QUEDAR EXONERADO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL NO ES SUFICIENTE EL MERO CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS, SINO QUE ES NECESARIO OBRAR CON LA DILIGENCIA QUE SE DERIVE DE LA NATURALEZA DE LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos: A consecuencia de la lluvia se reblandeció el terreno en que estaba plantado un poste de conducción de energía eléctrica de la Compañía Sevillana de Electricidad. Dicho poste cayó originándose unas chispas que prendieron en unos pinos propiedad del Estado; el fuego se propagó y se quemaron más de 36.000 pinos. El Abogado del Estado demanda a la Sevillana, quien es condenada a indemnizar, si bien por estimarse concurrencia de culpas, se acogió sólo en parte la demanda.

Doctrina de la Sentencia: En la sentencia recurrida se declara probado que se produjo la caída de un poste eléctrico y la consiguiente rotura del cable conductor, perteneciente a la Compañía demandada, debido a que la lluvia había reblandecido el terreno sobre el que estaba colocado, socavando su base, dando lugar a que se incendiara algún pino plantado por el Estado después de la colocación de la red y a que por causa del fuerte viento reinante, se produjeran los daños cuya indemnización es objeto del proceso presente, al deducir de tales hechos la Sala sentenciadora que el siniestro fue imputable tanto a la entidad demandada, que no adoptó las medidas necesarias para evitar la caída del poste, como al Estado, por incumplir lo que se previene en el artículo 27, número 3, del Decreto de 20 de octubre de 1966, realizando una plantación prohibida en el mismo, con inobservancia de las reglas contenidas en el artículo 42 de la Orden de 13 de febrero de 1964, modificada por la de 4 de enero de 1965, actualmente sustituida por el artículo 35 del Reglamento de 27 de noviembre de 1968;

y al estudiar la coexistencia de culpas en ambos contendientes en orden a la responsabilidad derivada de la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, es indudable que no infringió lo dispuesto en estos preceptos, ya que respecto a la actuación de la Compañía Eléctrica concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Sala para la exigibilidad de la culpa extracontractual, regulada por aquellas normas legales, puesto que para exonerarla de responsabilidad no es suficiente con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, establecidas de forma genérica para su actuación, cuando como aquí ha sucedido las garantías para prevenir y evitar los daños que puedan ocasionarse no hayan dado resultado alguno, demostrando su ineficacia a los fines perseguidos, lo que impone la necesidad de haber obrado con la diligencia que derive de la naturaleza de la obligación de que se trate, en atención a los diversos factores de tiempo y lugar, cual previenen el artículo 1.104 del texto legal citado y las más esenciales normas de la convivencia, de la moral y del derecho, de lo que se deduce que el hecho de no haberse acreditado adecuadamente que fuera defectuoso el dispositivo de seguridad encaminado a provocar un corte en el fluido eléctrico, no elimine a la demandada de su culpabilidad, puesto que no vigiló debidamente, como debió hacerlo, el estado en que se encontraba la base que sostenía el poste, máxime cuando los hechos que la integran están encomendados a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, al igual que los determinantes del nexo de causalidad entre la producción del daño y aquella conducta, que en este caso se dan por acreditados en el acuerdo judicial objeto del recurso y que no se destruyen por el hecho de que hubiera otros factores ambientales, que dieron lugar a la producción o extensión del siniestro, como son la humedad, frío o hielo, puesto que sin la primera circunstancia el hecho no se habría verificado, siendo, por tanto, de aplicar el principio general de Derecho *quod est causa causae, est etiam causa causati*, y sin que tampoco sirva de obstáculo a lo acabado de exponer la apreciación de coexistencia de culpas entre el agente productor del daño y el perjudicado, ni la mayor o menor graduación de la atribuida al primero, puesto que el acogimiento de semejante situación únicamente produce el resultado de compensar las consecuencias sobrevenidas por la actuación de ambos de forma proporcional a su respectiva participación.

EL ARTICULO 1.100 DEL CODIGO CIVIL, DE CARACTER GENERAL, CEDE EN SU APLICACION ANTE LOS MAS ESPECIFICOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos: Una inmobiliaria vendió un piso a un matrimonio, quedando parte del precio aplazado, que sería satisfecho mediante unas letras aceptadas. Como no se pagaron algunas a su vencimiento, la inmobiliaria demanda la resolución del contrato. La acción prosperó en la Audiencia, pero el Supremo acoge el recurso de los demandados.

Doctrina de la Sentencia: Es de tener en cuenta que tratando en general de las obligaciones recíprocas a que se contrae el artículo 1.124 del Código Civil, para que el incumplimiento por parte de una de las partes contra-

tantes pueda producir la ruptura del vínculo contractual se precisa, aparte de que realmente el incumplimiento exista, que sea imputable al que incumplió y que sea total, así como que el reclamante haya cumplido lo que a él incumbía y que se evidencie una voluntad deliberadamente rebelde en el acusado de incumplidor; exigencias incrementadas cuando de venta de inmuebles se trata y se contemple el supuesto de falta de pago de parte del precio en el tiempo convenido, que se dé cumplimiento al requisito de adecuado requerimiento hecho por el vendedor de que daba por resuelto el contrato, cual exige el artículo 1.504 del Código Civil en específica aplicación de lo normado en el citado 1.124.

La inconsistencia de la sentencia recurrida surge con solamente tener en cuenta que la fundamentación razonadora que en ella se establece para llegar a la consecuencia que acoge la resolución contractual, se soporta, en definitiva en el simple reconocimiento de haberse convenido expresamente en el contrato en cuestión que la falta de pago de cualquier cantidad originaba de pleno derecho la resolución del contrato, ya que ese razonar implica una petición de principio, pues el entender sin más y concretamente sin supeditar el pacto de *lex comisorio* a la previa apreciación de si el incumplimiento está o no justificado, tanto significaría como llegar al absurdo, y como tal rechazable, de que todo acto de incumplimiento de una obligación convenida era suficiente por sí solo para producir resolución, impidiendo al designado como incumplidor de desvirtuar esa acusación; y singularmente el impedir acreditar que la pretendida manifestación de incumplimiento no descansa en causa a él imputable, como jurisprudencialmente es exigido.

Si ciertamente el párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil previene que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe, tampoco cabe desconocer que el citado artículo 1.100 se contrae a la mora sin establecer la precisión de que la práctica de requerimiento previo al deudor cuando se trate de obligaciones recíprocas y el acreedor haya cumplido, careciendo de aplicación en el caso especial de resolución regulado en el artículo 1.124 del Código Civil, con específica normativa en el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal, en cuanto que son disposiciones especiales ante las que debe ceder la de carácter general. Haciéndose referencia del referido artículo 1.100, limitado a la no precisión de intimidación del acreedor para que la mora exista, cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente, cede igualmente en su aplicación, según queda ya anteriormente indicado, por la prevalencia reconocida de la especial regulación dada por el artículo 1.124 para la resolución de las obligaciones en general y en el expresado artículo 1.504 del contrato de compraventa, que en esencia es la proyección a éste en modalidad jurídica de pacto de *Lex comisorio expresa*, de la específica de la *Lex comisorio tácita*, que acoge el artículo 1.124, mal denominado también «condición resolutoria tácita», pues que aceptada esta expresión se llegaría al absurdo de que todos los contratos bilaterales serían condicionales

NO HABIENDOSE PACTADO EXPRESAMENTE, NO HAY LUGAR PARA LA ACTUALIZACION DE LA MONEDA EN EL PAGO DE UNA DEUDA (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos: La actora reclama el pago de una deuda y aduce que se debe condenar a los demandados, no sólo al pago de la deuda y de los intereses legales, sino también debe ser indemnizada por el deterioro que ha sufrido la moneda desde el acto de conciliación. Esta última petición no prospera.

Doctrina de la Sentencia: El Código Civil, en su artículo 1.108, prescribe un tratamiento específico para la mora del deudor, en el caso de no mediar pacto expreso, cual es el pago del interés legal, sin dar lugar por ello a la actualización del valor de la moneda, y puesto que se fija en el contrato la suma y moneda en que se ha de pagar el principal, ha de aplicarse el artículo 312 del Código de Comercio, que dice, para el caso del préstamo, que el daño o el beneficio de la cotización, en el momento del pago, de la moneda convenida, ha de ser de cuenta del acreedor.

LA VALORACION PROBATORIA LLEVADA A CABO POR EL TRIBUNAL PENAL SOLO TIENE EFECTOS EN AQUELLA JURISDICCION (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1977).

Doctrina de la Sentencia: Las sentencias recaídas en las causas penales no pueden ser calificadas de documentos auténticos a efectos de casación, ya que en las jurisdicciones penal y civil se aprecia de forma diversa las pruebas practicadas: el Tribunal de lo penal lo efectúa con arreglo a su conciencia; el de lo civil conforme a normas preestablecidas, por lo cual la valoración probatoria llevada a cabo por aquél sólo podrá tener alcance y eficacia a efecto de la jurisdicción penal.

Son conceptos antagónicos los de inaplicación de una regla de interpretación con el de interpretación de una estipulación contractual, ya que lo que se interpreta, acertada o desacertadamente, implica la aplicación de precepto regulador de la interpretación.

PUEDE INCURRIRSE EN RESPONSABILIDAD POR CULPA AUN ACTUANDO CONFORME A DERECHO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la Sentencia: Es errónea la tesis de que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia quien se halla respaldado por una legalidad y su actuación es conforme con el derecho establecido, porque tal tesis permitiría amparar actos u omisiones productoras de un daño previsible, que por serlo, el artículo 1.902 del Código Civil considera aquellos actos u omisiones como generadores de una responsabilidad, para cuya existencia no es necesaria la previa ilicitud, y que cuando las garantías

adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo que prevenir y no se hallaba completa la diligencia.

LA RATIFICACION PRODUCE LOS MISMOS EFECTOS TANTO SI EL REPRESENTANTE OBRO COMO MANDATARIO VERBAL O SIN AUTORIZACION DEL REPRESENTADO (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la Sentencia: Tanto si la persona que intervino en el contrato objeto de debate en nombre de la recurrente lo hizo como mandatario verbal de ésta, en la forma permitida por el párrafo segundo del artículo 1.710 del Código Civil, como si actuó sin poder ni autorización de ella, se llegaría a idéntica conclusión que la adoptada por la Sala de Instancia, puesto que en el primer caso entraría en juego lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.727 de dicho Código y jurisprudencia que lo desenvuelve (Sentencias de 15 de junio de 1966 y 25 de octubre de 1975), y en el segundo, el artículo 1.259, párrafo segundo, y Sentencias de 25 de marzo de 1968 y 31 de marzo de 1971, con lo que el contrato celebrado por aquel señor quedaría convalidado al haber sido ratificado como sucedió en el presente caso por la Entidad mercantil en favor de la cual se otorgó, según el brocardo *Ratihabitio mandato comparatur* (Sentencia de 7 de mayo de 1958) al haberse suplido con ella la falta de consentimiento de la última y convertido en válido el negocio desde su origen.

NO BASTA LA DENUNCIA DE VIOLACION DE UN PRECEPTO GENERICO, DEBIENDO COMPLETARSE CON LA CITA DEL PRECEPTO EN CONCRETO QUE SE CONSIDERE INFRINGIDO (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la Sentencia: El primero de los motivos formulados denuncia violación por inaplicación del apartado tercero del artículo 6.º del Código Civil, en la nueva redacción dada por el Decreto de 31 de mayo de 1974, donde se sanciona la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, que dice debe aplicarse al pronunciamiento de la sentencia recurrida en relación con los artículos 362 de la Ley Procesal Civil y 114 de la de Enjuiciamiento Criminal, sin tener en cuenta que las normas contenidas en el capítulo III del nuevo Título preliminar del Código bajo la rúbrica de «eficacia general de las normas jurídicas», referidas primordialmente a los actos jurídicos que son producto de la autonomía privada, ciertamente tienen, además, un valor genérico que preside todo el ordenamiento vigente y permite el alegato efectuado, pero en todo caso dicha cobertura general tiene que ser complementada con la cita de algún precepto, que en concreto pueda haberse infringido,

siempre que éste reúna las condiciones indispensables para ser alegado a tal fin, lo que no ocurre con los artículos 362 y 114 mencionados, pues de acuerdo con la uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, especialmente recogida en la Sentencia de 16 de enero de 1951 y en los autos de 7 de octubre de 1943 y 17 de septiembre de 1952, las resoluciones de las Audiencias sobre si se ha de suspender o no el pleito o su fallo, en los supuestos previstos en los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 362 de la Civil, no son definitivas y tienen, por tanto vedado su acceso a la casación a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.690, número primero, de la segunda.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: NO SE PRUEBA EL CONSENTIMIENTO DE AMBAS PARTES PARA DEJAR SIN EFECTO EL ARRENDAMIENTO EXISTENTE ANTERIORMENTE (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1976).

Según el propietario de la finca, se había fijado un plazo de seis años para el arrendamiento, pero al año, el arrendatario dirigió una carta a aquél solicitando la rescisión del contrato. Sin embargo, posteriormente el arrendatario citó a conciliación al dueño para que éste reconociese la nulidad de aquella carta. El arrendador demanda al colono ante el Juzgado número 4 de Valladolid pidiendo la extinción del contrato y el desalojo de la finca. Alegó el arrendatario que la carta había sido firmada sin fecha en el mismo momento de concretar el contrato, con evidente mala fe por parte del propietario, que quería terminar el contrato a su libre arbitrio. El Juez desestimó la demanda, así como la Audiencia de la misma capital.

Tampoco tiene éxito el recurso de revisión, ya que no se ha probado que exista mutuo acuerdo entre los contratantes para extinguir el arrendamiento, faltando el consentimiento, requisito esencial, según el artículo 1.261 del Código para la validez de todo contrato al no darse la concurrencia de voluntades entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato, por lo que no se han interpretado erróneamente por la Sala los artículos 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos y el 24 del mismo cuerpo legal.

DESAHUCIO: EL UNICO OBJETO DE ESTE PROCEDIMIENTO ES EL LANZAMIENTO DEL ARRENDATARIO Y NO EL PAGO DE LAS RENTAS DEBIDAS POR ESTE (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1976).

Arrendada una finca rústica por seis años, prorrogables, fijando un precio superior a partir del quinto año, así como la obligación de pagar la cuota de la Seguridad Social Agraria y las cargas fiscales de la finca, prohibiendo el subarriendo y dejadas de pagar las rentas correspondientes

a los años 1972, 73 y 74, se solicita el desahucio del arrendatario. El Juzgado número 2 de Valladolid declaró enervada la acción de desahucio por la consignación efectuada de las rentas reclamadas, condenando al demandado al pago de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó íntegramente.

No ha lugar al recurso de revisión. Autorizado el arrendatario a asociarse con alguna persona para la mejor explotación de la cosa arrendada, ello constituye un subarriendo, prohibido por la legislación de Arrendamientos Rústicos, que lo declara absolutamente nulo y no convalidable por el consentimiento del propietario, por lo que es suficiente la llamada a juicio del colono, según fue efectuada por el demandante. La reclamación de la cuota de la Seguridad Social y de las repercusiones tributarias no puede pedirse en este juicio especial, sino por separado en el declarativo correspondiente, ya que se trata de acciones distintas que no pueden acumularse. El arrendamiento está obligado a pagar la renta, lo que no hizo el recurrente, sin que pueda sustituirse tal incumplimiento obligacional por el pago hecho por otra persona en distinto procedimiento o el efectuado por un tercero en diferente época y con otra finalidad, pues en la demanda no se reclama el importe de la renta, ya que su único objeto es el lanzamiento, sin perjuicio de que en distintos procesos se reclamasen recíprocamente las partes y el tercero lo que se adeudasen respectivamente.

RETRACTO ARRENDATICIO: EL PRECIO ES EL FIJADO EN LA ESCRITURA, YA QUE LOS DICTAMENES PERICIALES APORTADOS DAN VALORES MUY DIFERENTES A LA FINCA RETRAIDA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1976).

En la escritura de venta se fijó un precio de 720.000 pesetas para la finca arrendada al actor, que alega que el precio verdadero es el de 250.000 pesetas. El Juzgado de Motril declaró haber lugar al retracto por un precio total de 400.000 pesetas, además de los gastos de Notaría, Impuesto y Registro, correspondientes a ese precio.

No triunfa el recurso de revisión. Se ha aportado un dictamen firmado por un Ingeniero Agrónomo en el que se fija un precio de 320.000 pesetas, pero aparecen otros emitidos por Perito Agrícola y por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria que establecen valoración superior e incluso rebasan el de la escritura, por lo que es necesario conjugar todos para estimar conjuntamente la prueba, así como tener en cuenta los aspectos subjetivos de los compradores, como es la proximidad de las tierras a otras de los adquirentes, que lleva a la conclusión de *tantum valet res quantum vendi potest*, sin que en esta litis se haya desvirtuado el precio confesado en la escritura. No acreditada la simulación, el precio de la escritura ha de ser el precio de venta al que se refieren los artículos 1.518 del Código y el 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

RETRACTO ARRENDATICIO: EL ARRENDATARIO DEMOSTRO SU CONFORMIDAD CON EL FIN DEL ARRENDAMIENTO, SIN QUE PUEDA RENACER EL MISMO, AL CONOCER LA VENTA DE LA FINCA (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1976).

El pretendido arrendatario de la finca vendida, enterado de dicha venta por un edicto referente al expediente de dominio, instado por el comprador, solicita el retracto ante el Juzgado de Colmenar Viejo, pero el demandado alegó que el actor había abandonado la finca, aunque dos años después intentó recuperar la finca, pagando el importe de la renta desde aquel momento, sin hacerlo de los ejercicios anteriores. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

No prospera el recurso extraordinario. Los documentos citados por el recurrente fueron tenidos en cuenta para determinar la subsistencia o no del arriendo. Se habla en una carta, obrante en autos, de conversaciones mantenidas entre propietario y arrendatario, tendentes a dar por finalizado el contrato, condonando el pago del año 1966, carta de la que no fue devuelto el duplicado firmado por el actor, pero se abstuvo de abonar la renta condonada, lo que hace suponer una conformidad con el término del arrendamiento, sin perjuicio de que después abonase las rentas de otros años, pues al serle rehusadas y devueltas debió consignarlas en forma, si quería probar la subsistencia del contrato. No hay incongruencia en la sentencia recurrida por estar en debida concordancia lo pedido por el actor retrayente y el fallo de la resolución que declara la desestimación de la demanda, no admitiendo la acción de retracto pretendida, absolviendo al demandado.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO RUSTICO: PROCEDE EL DESAHUCIO POR FINALIZACION DEL PLAZO CONTRACTUAL Y SU PRO-RROGA LEGAL. EN CUANTO AL ABONO DE MEJORAS HA DE APLICARSE LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICIA (SENTENCIAS DE 28 DE FEBRERO Y DE 12 DE MARZO DE 1976).

Los propietarios notificaron a los colonos su decisión de dar por extinguido el contrato al expirar el año agrícola 1970-71. Comprometiéndose a explotar la finca durante seis años como mínimo manifestando los arrendatarios que les interesaba continuar en el disfrute de la finca, por lo que se les demanda solicitando la extinción del arrendamiento ante el Juzgado de Guía. Este declaró extinguido el arrendamiento, lo que confirmó la Audiencia Territorial de Las Palmas.

No triunfan los recursos de revisión interpuestos. El Tribunal Supremo, en su *Sentencia de 28 de febrero* dice que no se ha podido probar que la renta en el año 1940 fuese inferior a 5.000 pesetas y respecto a la clase de cultivo de la finca, la sentencia del Juzgado demuestra que no toda la finca está destinada a plataneras, estimando que el contrato es de aprovechamiento agrícola en general, no sólo de plataneras. Al no demostrarse que el arrendamiento es protegido por su cuantía, la duración del contrato es

de seis años prorrogables por otros seis, sin existir base legal ni equitativa para apoyar una nueva prórroga de la que resultaría un plazo de dieciocho años, superior al establecido para los arrendamientos protegidos por su modesta cuantía.

En la *de 12 de marzo*, el Alto Tribunal dice que la legislación aplicable es la especial arrendaticia, como se deduce de la Ley de 3 de julio de 1942, que la extendió a todos los arrendamientos incluso anteriores a la Ley de 1935, que es la vigente, refundida en el Reglamento de 1959. Aun aplicándose el Código Civil, el precepto aplicable no es el artículo 453 referente a las mejoras necesarias y útiles en la posesión, ya que existe en este cuerpo legal un capítulo dedicado a los arrendamientos y el artículo 1.573 se refiere concretamente a las mejoras. De todas formas hay que tener en cuenta que la disposición final segunda de la Ley de 1935 derogó todas las disposiciones anteriores sobre arrendamientos de fincas rústicas, incluso los del Código en cuanto se opongan a lo por ella establecido.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTOS: SE DECLARA EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO EN LA PARTE EN QUE LA ARRENDADORA ES USUFRUCTUARIA Y SUBSISTENTE EN LA QUE TENIA EL PLENO DOMINIO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1976).

La arrendadora era usufructuaria de las cuatro quintas partes de la finca y plena propietaria de la quinta restante. Fallecida aquélla, sus herederos se dirigieron contra los arrendatarios para dar por resuelto el contrato por haber terminado el usufructo y, por consiguiente, el arrendamiento, al finalizar el año agrícola. Al no haber hecho entrega de la finca, se les demanda ante el Juzgado de Martos. Este declaró resuelto el contrato en cuanto a las cuatro quintas partes y subsistente en la quinta restante. La Audiencia estimó el recurso de apelación de los demandados.

Prospera el recurso de revisión. Coinciden las partes en que la arrendadora es usufructuaria y propietaria en la proporción vista y los preceptos del Reglamento de Arrendamientos Rústicos son claros respecto a la extinción del arrendamiento al concluir el usufructo, no pudiendo argumentar que el artículo 9.º del Reglamento sólo funciona cuando la usufructuaria sea sólo eso, porque de otro modo supondría la prolongación de la facultad que el artículo 480 del Código confiere a los arrendadores más allá de la duración del usufructo, contra lo dispuesto por el artículo 3.º del Reglamento que dice que los actos de los arrendadores no pueden tener más trascendencia que la de su propio derecho. No puede admitirse la indivisibilidad de la finca porque los problemas que plantee la división de la finca han de ser resueltos en el momento oportuno, sin que obstaculicen la aplicación de las expresadas disposiciones en cuanto a la extinción y la subsistencia parcial del arrendamiento; al no entenderlo así la sentencia recurrida incurre en infracción de los preceptos antes citados, por cuya razón ha de admitirse el recurso de revisión, confirmando la de primera instancia en su totalidad.

RETRACTO: NO SE PRUEBA EL ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA FIJACION DEL PRECIO DE LA FINCA VENDIDA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1976).

Propuesta demanda sobre retracto arrendaticio ante el Juzgado número 1 de Vitoria, éste estimó la demanda, fijando el precio en 1.142.000 pesetas más los gastos de contrato y cualquier otro legítimo. La Audiencia de Burgos estimó el recurso y fijó el precio en 342.143 pesetas.

Se desestima el recurso de revisión. El recurrente acepta la cualidad de aparcerero concurrente en los retrayentes y su legitimación activa para el ejercicio del derecho, con lo que el problema se concreta a determinar el precio de venta, cuestión ésta que no tiene el cauce de una interpretación errónea de normas aplicables, sino de alguna de las formas de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el artículo 52 del Reglamento de 1959, alusivas a que la sentencia impugnada no atribuye validez a la notificación hecha mediante acto conciliatorio ni a la concreción del precio a efectos de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales ni a que los retrayentes conocían por notificación del comprador, antes de formular la demanda de retracto que el precio era de 1.142.000 pesetas. No alegada adecuadamente la causa del recurso, es pertinente su desestimación.

DESAHUCIO: PROBADO EL COMIENZO DEL ARRENDAMIENTO EN 1 DE ENERO DE 1967, HA DE CONSIDERARSE EXTINGUIDO EN 31 DE DICIEMBRE DE 1972 (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1976).

El Juzgado de Granollers dio lugar al desahucio y la Audiencia lo confirma.

No triunfa el recurso de revisión. Alega el recurrente la extinción de la aparcería y la conversión en arrendamiento por novación voluntaria, pero el artículo 99 del Reglamento sólo se aplica a la novación forzosa. El fundamento determinante del fallo está en fijar el momento inicial del arrendamiento para computar los seis años de su duración, aceptando los recibos de renta del año 1967 y cartas del mismo año, de los que se desprende que el arrendamiento empezó el 1 de enero de 1967, a cuyos datos nada opone el recurrente, por lo que el Juez da por cumplido el plazo de seis años en 31 de diciembre de 1972.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA APERTURA DE UNA PUERTA DE COMUNICACION ENTRE DOS INMUEBLES DISTINTOS ARRENDADOS A LA MISMA ENTIDAD NO SUPONE ALTERACION DE LA CONFIGURACION DE LOS LOCALES ARRENDADOS (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1976).

En diciembre de 1955, la entidad CEISA arrendó un edificio en Madrid para hotel a la entidad EJESA. En 1968 se arrendó a la demandada un

piso en otro inmueble colindante para vivienda del director del hotel y aquélla, sin autorización expresa, realizó obras de comunicación del piso con el hotel vecino, abriendo el muro de separación de las fincas, por lo que se solicita la resolución del arrendamiento. El Juzgado número 12 de Madrid desestimó la demanda y mantuvo esta tesis la Audiencia.

Se rechaza el recurso de casación por infracción de ley. La escritura de préstamo hipotecario de 1970 no es documento auténtico a efectos de casación, ya que no acredita por sí solo la falta de consentimiento para efectuar las obras. Tampoco puede admitirse que las obras de derribo de un muro de separación entre dos fincas con dos contratos diferentes, alteren la configuración de los locales arrendados y sean causas de extinción del arrendamiento, ya que este supuesto es distinto al de autos. La sentencia recurrida establece que fueron consentidas las obras en virtud de la cláusula 19 del contrato de arrendamiento del piso destinado a vivienda del director y estas obras fueron realizadas en 1968, a poco de hacer el contrato, por el propio encargado de obras del recurrente, hechos que no se impugnan. No puede admitirse por ser cuestión nueva la transformación de vivienda en local por haber unido ambas el arrendatario.

ACTUALIZACION DE RENTA: *EL ARTICULO 101 DE LA LEY SE APLICA SOLAMENTE A LOS CASOS DE ELEVACION DE RENTA PREVISTOS EN EL ARTICULO 99 Y NO A LOS DEL 98, ENTRE LOS QUE SE ENCUENTRA EL DE AUTOS* (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1976).

Se fijó un sistema de actualización de renta en el contrato, remitiéndose a los índices de variabilidad del coste de la vida del I. N. E., adaptándose el alquiler cada tres años. Realizando el contrato en 1965, posteriormente en 1973, el arrendatario no da su conformidad a la elevación pretendida y, al no haber sido atendida la renta de octubre del mismo año, se promueve desahucio por falta de pago ante el Juzgado Municipal de Lérida, dándose lugar a la demanda, aunque después se revocó esta sentencia. Por este motivo se dirige la demanda ante el Juzgado número 2 de Lérida, pretendiendo la actualización de renta, conforme a las bases fijadas en el contrato. El Juez admite la demanda y la Audiencia de Barcelona confirma esta sentencia.

No prosperó el recurso de casación. Se denuncia la violación de la regla 5.ª del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos al no haber admitido el Tribunal de Instancia la caducidad de la acción, pero el Juez declaró no ser de aplicación al caso de autos y siendo esto así no puede decirse que tal precepto haya sido violado, teniendo en cuenta que el artículo 101 sólo tiene vigencia en los supuestos del artículo 99 de la ley, entre los que no se encuentra el debatido en el litigio, previsto por contra en el artículo 98, lo que es conforme a lo reconocido por el Juez.

RESOLUCION DE CONTRATO: EXISTE CONSENTIMIENTO PREVIO PARA LA CESION O TRASPASO DEL ARRENDAMIENTO A OTRA ENTIDAD DISTINTA DE LA ARRENDATARIA (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Ante el Juzgado número 7 de Barcelona se presenta demanda por subarriendo o cesión no consentida, al haber transformado la Mutua arrendataria su personalidad jurídica en otra distinta que es la ocupante actual del local. El Juez desestima la demanda y la Audiencia lo confirma.

No ha lugar al recurso de casación. Aparte del defecto formal de no llegar la cuantía de la renta al mínimo establecido para poder interponer el recurso de casación, ha de rechazarse el mismo ante las afirmaciones de las sentencias, no combatidas en el recurso del consentimiento del arrendador por una carta dirigida al arrendatario para que ceda las habitaciones que estime oportunas a otra entidad y, si no convenía a la Mutua arrendataria continuar como tal, podría ceder el arrendamiento de los pisos a la otra, mediante la extensión de un nuevo contrato, por lo que no existe la cesión o traspaso inconsentido que pretende el recurrente.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL PERMISO GUBERNATIVO ES UNA MERA FORMALIDAD ADMINISTRATIVA, POR LO QUE PUEDE EJERCERSE INMEDIATAMENTE LA INDUSTRIA QUE DESPUES SE CEDE A LA ARRENDATARIA, SIN ESPERAR A SU OBTENCION (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1976).

Arrendada una industria compuesta de bar y tienda de «souvenirs», al finalizar el plazo contractual, se demanda a la arrendataria para que deje aquélla a la entera disposición de la actora por haber cambiado la industria a que se dedicaba, teniendo cedida la tienda anexa a otra persona, además de que, por tratarse de un arrendamiento de industria no estaba sujeto a prórroga forzosa. El Juez de Vendrell estimó la demanda y la Audiencia lo confirmó.

No tiene éxito el recurso de casación. El recurrente pretende que el transcurso de setenta y tres días entre la petición y el permiso gubernativo prueban que lo arrendado no fue una industria sin tener en cuenta que la obtención de permisos gubernativos es una mera formalidad administrativa y el negocio fue inmediatamente explotado. La calificación jurídica del contrato como de industria hecha por el Juez de Instancia debe prevalecer sobre la de las partes a no ser ilógica o absurda, lo que no sucede en este caso. Tampoco se puede admitir la violación del convenio de 1870 entre España y Alemania—las dos partes son alemanas—al no admitir la fuerza en juicio de las certificaciones consulares en las que se prueba la venta hecha por la actora de la finca, careciendo, por tanto, de legitimación activa en el procedimiento, ya que las pruebas practicadas sin citación de la parte contraria son inútiles dentro del proceso.

V. SUCESIONES

TRONCALIDAD EN VIZCAYA. RESERVA TRONCAL.—HEREDERO TRONCAL.—ADOPCION CON PACTO SUCESORIO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1977).

No es heredero troncal quien pierde su condición por residencia en territorio no aforado. El Código Civil rige como supletorio en Vizcaya en materia de adopción. El hijo adoptivo sucede *ab intestato* con preferencia a los hermanos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que interpuso la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, conforme a los siguientes considerandos, de los que se desprende claramente el tema del litigio.

Considerando que son hechos afirmados por la Sala de Instancia fundamentales para resolver este recurso de casación los siguientes: A) Que por escritura pública de diez de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, el matrimonio constituido por don F. Z. A., hermano de la actora en este pleito, y doña M. O. A., codemandada en él, matrimonio que no tenía hijos, adoptaron a F. Z. O., el otro demandado, al que no sólo dieron sus apellidos, sino que se obligaron a instituirle heredero en la escritura de adopción; B) Que el veinte de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, F. Z. A. hizo testamento en el que después de dejar el quinto de su herencia a su esposa, instituyó en el remanente como único y universal heredero al hijo adoptivo, pero «exceptuando de esta institución de heredero, los bienes de naturaleza troncal, los que se reservaba disponer»; sin embargo, llegado el día de su fallecimiento, ocurrido el veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, no había dispuesto de dichos bienes, lo que motivó que respecto a ellos, se abriera la sucesión intestada, y en el expediente de abintestato, por auto de fecha veintidós de julio de mil novecientos setenta y cuatro, fue declarado heredero en la totalidad de los bienes de los que no había dispuesto el testador el hijo adoptivo, sin perjuicio, se decía, de los derechos que, en virtud de la comunicación foral, corresponden a la viuda; otorgándose las escrituras de adjudicación de bienes el siete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, declaración de heredero abintestato que es la que se pretende anular en el pleito por la parte actora, y, al haber confirmado dicha declaración ambas instancias, lo que hoy se combate en el recurso; C) Que doña S. Z. A., actora en el pleito y hoy recurrente, es la única hermana superviviente de don F. Z. A., la cual, aunque nacida en tierra llana, reside, desde su matrimonio, con vecino del pueblo de Bermeo, en dicho pueblo, donde rige el Derecho Común y donde ganó vecindad; habiendo perdido la vecindad foral por razón del tiempo que ha permanecido fuera del territorio aforado; D) Que la Compilación de Derecho de Vizcaya no se refiere a la adopción, institución que ni siquiera menciona.

Considerando que son dos los problemas que a la casación presenta este recurso: uno, al que se refieren los motivos segundo y sexto, que im-

pugnan la negativa de la Sala de instancia a considerar como «heredero troncal» al pariente del causante que pierde la vecindad foral por haber residido por más de diez años fuera del territorio donde rige el Fuero de Vizcaya, y otro, sobre el que se insiste en cada uno de los motivos restantes que se consagran a impugnar la condición de heredero abintestato, que concede la instancia con olvido de colaterales al hijo adoptivo con pacto sucesorio y más cuando la adopción se ha hecho en fecha anterior a mil novecientos cincuenta y ocho.

Considerando que han de ser desestimados los motivos primero y sexto, amparados, como todos los demás, en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 5.º, 6.º y 7.º de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y 10 y 14 del Código Civil en su anterior redacción, el primero de ellos, y por violación, también, del artículo 10, en relación con los artículos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 22, 27, 28, 31, 32, 37 y 51 del mismo cuerpo legal, el segundo; aludiéndose en el desarrollo de ambos, a que, siendo los artículos enumerados, los referentes a la determinación de los bienes troncales en el Derecho Vizcaíno, así como a las limitaciones para disponer de ellos tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* y a la fijación, en este último caso, de un orden de suceder de forzoso acatamiento dentro de la línea de donde los bienes proceden, en ninguno de ellos se hace la menor alusión a que el heredero troncal tenga, forzosa-mente que residir en territorio foral y en efecto, así es; pero precisamente por ello, al referirse la Compilación constantemente en la sucesión troncal a vizcaínos aforados y al no contemplar el posible caso de la pérdida de dicha condición por el llamado, la jurisprudencia de esta Sala, al profundizar en el estudio de la verdadera naturaleza de la «reserva troncal» ha llenado un vacío de la legislación foral y ha determinado que, si la supervivencia de dicha institución se debe al deseo de que permanezca unida la explotación directa familiar de determinados bienes que tradicionalmente le pertenecieron, esta finalidad se frustra desde el momento en que dichos bienes vengán a parar, por rescate (caso de la saca) o por herencia forzosa a quien ha perdido la vecindad foral por no residir en territorio aforado y que, por tanto, no pueden explotar el patrimonio familiar directamente; en este sentido se pronuncia la Sentencia de este Tribunal de seis de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, denegatoria del derecho de «saca» al pariente no residente, con el siguiente razonamiento: «no es defendible el criterio de mantener una institución cuando, quien ejerce este derecho está sometido a la legislación común y, por propia voluntad, se ha desgajado del tronco familiar que las leyes del fuero tienden a conservar»; criterio que, esta Sala confirma en su totalidad.

Considerando que le desestimación de los motivos segundo y sexto, trae consigo el apartamiento de la recurrente de todo interés en lo referente a la adjudicación de los bienes troncales, o sea, que para postular sobre dicho tema no se ha de considerar legitimada; pero como no hay parientes troqueros con derechos legítimos, para heredar una porción de los bienes dejados por el causante, sin que para dicha porción tampoco haya habido previsión testamentaria ha de abrirse en cuanto a dichos bienes la sucesión intestada, ya sin la mediatización de aquella reserva legal, y por si la recurrente pudiera ostentar algún derecho preferente sobre el hijo adoptivo, en la herencia intestada, procede entrar en el estudio de los demás motivos del recurso; dentro de los cuales cabe distinguir dos grupos:

aquellos que propugnan la indudable y exclusiva aplicación del Derecho Foral vizcaíno al caso cuestionado, motivos segundo y tercero y aquellos otros que aluden a que, aun aceptando que sea aplicable el Derecho Común, como supletorio, dada la época en que fue documentada la adopción, el hijo adoptivo, no podía ser declarado heredero abintestato del padre adoptante, motivos cuarto y quinto.

Considerando que respecto a la primera de las tesis enunciadas se impone la desestimación; pues, no refiriéndose para nada la Compilación de Derecho de Vizcaya de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve a la adopción, cuando se presenta un caso de ella en territorio foral, ha de aplicarse como supletorio, según el artículo 12 del Código Civil, las disposiciones de dicho Código; por tanto, al dar la legislación común sobre adopción en la herencia del padre adoptante un derecho al hijo adoptivo, dichas disposiciones han de ser respetadas al fijar el orden de suceder en la herencia intestada en Derecho Foral, intercalando a los hijos adoptivos, entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación y en el orden en que, por la asimilación, le corresponda, al igual que ha de respetarse en el Derecho Común, que tampoco menciona en las disposiciones referentes al abintestato, artículos 930 a 932, a los hijos adoptivos.

Considerando que en el motivo cuarto se razona que, en el supuesto de que fuera de aplicación en territorio foral vizcaíno la legislación común sobre adopción, jamás podría aplicar la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho que equipara los derechos sucesorios del hijo adoptivo a los de los hijos naturales reconocidos, ni la de cuatro de julio de mil novecientos setenta que llega a assimilarlos a los legítimos; por tratarse de leyes posteriores a la fecha en que la adopción se produjo; y tiene que ser desestimado porque, lo que se impugna en él, no es el fundamento del fallo de la instancia, sino un argumento inserto en sus considerandos a título de mayor abundamiento, al referirse a la tendencia legislativa encaminada, cada vez más, a extender los derechos del hijo adoptivo en la herencia del adoptante; la prueba es, que el razonamiento de la Sala de Instancia termina con la siguiente frase literal: «... y si bien en el presente caso, la adopción se llevó a cabo en el año mil novecientos cincuenta y seis, rigiéndose por la primitiva redacción del Código Civil, aún entonces, como fue hecha con pacto sucesorio, sucede abintestato el hijo adoptivo a falta de otros descendientes, con preferencia a los colaterales».

Considerando que en el motivo quinto es donde se impugna el razonamiento de la Sala antes transcrito que es el determinante del fallo; pero ha de ser también desestimado pues, aunque es verdad que el Código Civil, con anterioridad a la primera modificación sobre el particular, llevada a cabo en el año mil novecientos cincuenta y ocho, con manifiesta despreocupación de la evolución histórica de la adopción y cuando, en la mayor parte de los países europeos como Francia, Alemania, Austria y Suiza se reconocían a los hijos adoptivos, en la herencia de los padres adoptantes, esencialmente los mismos derechos que los legítimos, reguló la adopción en beneficio casi exclusivo del adoptante, sin otorgar al adoptado otro derecho que el de alimentos, ya que el derecho al nombre y el sucesorio se les reconocía sólo según el artículo 177 de aquella época en el caso de pacto expreso en la escritura de adopción, lo que dio lugar a que, cuando dicho pacto, verdadera excepción al principio general establecido en el artículo 1.271, se establecía, al no haberse dictado las prescripciones

complementarias indispensables para su eficacia, quedaron sin resolver por la ley los casos de incumplimiento total o parcial del pacto, en la sucesión testamentaria dispuesta por adoptante o cuando no se formalizaba dicha disposición con la consecuencia de la apertura de la sucesión intestada; omisiones que llenaron de dudas la doctrina y que la jurisprudencia tuvo y tiene que suplir, y en este sentido, sin necesidad de entrar en hipótesis distintas del caso a que se refieren estos autos, en las Sentencias de diecinueve de abril y veintiuno de mayo de mil novecientos quince, se resolvió, que, en la sucesión, para el caso de no concurrencia de ascendientes ni descendientes, el hijo adoptivo debe suceder al adoptante, cuando haya mediado pacto sucesorio inserto en la escritura de adopción; doctrina que es confirmada por la más moderna de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno; principios a los que se atiene la instancia, que también, en este punto, merece ser confirmada.

LITISPRUDENCIA. GASTOS DE PARTICION. REMUNERACION DEL ALBACEA. Artículos 260 y 239 Compilación catalana. 1.064 del Código Civil (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1978).

La legataria de cosas específicas y determinadas no viene obligada, en Cataluña, a contribuir al pago de la retribución del albacea ni a los gastos de la testamentaría.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma capital, interpuso la parte actora. Los fundamentos del fallo, tras rechazar las excepciones de incongruencia y estipendencia, son los siguientes:

Considerando que frente a la sentencia pronunciada en el segundo grado jurisdiccional que, revocando la absoluta recaída en la primera instancia, acogió sustancialmente las pretensiones establecidas por don J. P. J. en su condición de contador partidor testamentario de la herencia relicta de don G. G. C., instando al pago de la retribución y el reembolso de los gastos realizados en la práctica de las operaciones divisionarias, se alza el presente recurso de casación por infracción de ley, reprochando a la resolución impugnada vicio de incongruencia, violación e interpretación errónea de la doctrina legal sobre la excepción de litispendencia y, en cuanto al aspecto rigurosamente de fondo, violación de los artículos doscientos sesenta, en relación con el doscientos treinta y nueve de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña y mil sesenta y cuatro del Código Civil, así como la doctrina legal que cita; motivos en cuyo examen habrá de otorgarse prioridad al aducido en segundo lugar, pues obviamente la posibilidad de que la Audiencia haya procedido correctamente en el ejercicio de su facultad juzgadora constituye un *prius* con relación a las demás cuestiones planteadas, según también se desprende de la norma contenida en el artículo quinientos treinta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que la litispendencia en nuestro Derecho procesal, como remedio o excepción dilatoria para impedir la simultánea tramitación de

dos procesos con igual contenido mediante la exclusión del promovido en segundo lugar, institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada (sentencias de diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, diez y veintidós de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, veintinueve de diciembre de mil novecientos sesenta, etc.) o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, según proclama el brocardo (*de eadem re ne bis sit actio*), requiere las mismas identidades que aquella excepción perentoria (*exceptione rei iudicate affinis ad modum est exceptio litis pendendis, conforme al texto clásico*), y en tal sentido jurisprudencia reiterada exige que, sin variación alguna, la identidad entre ambos procesos se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir, de suerte que para su estimación es necesario que entre el pleito pendiente y el promovido después exista perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, siendo ineficaz la defensa en otro caso, como acontecerá cuando las cosas litigiosas son diversas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiendo por tales los hechos y su calificación jurídica (sentencias de uno de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, veintiséis de abril y veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y tres, trece de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, veintiséis de enero de mil novecientos sesenta y cinco y diez de mayo de mil novecientos sesenta y uno), y es por ello que la coincidencia parcial de elementos, generadora de una posible acumulación de autos a instancia de parte legítima, constituye hipótesis distinta a la de exclusión del segundo proceso por pendencia del anterior; razones que llevan a rechazar el motivo de que se trata, en el cual, al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número primero de la Ley Procesal, se alega «violación e interpretación errónea de la doctrina legal que sobre la procedencia de la excepción de litispendencia establecen entre otras las sentencias» que cita, en relación con el artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil «del que se ha hecho indebida aplicación, interpretándolo erróneamente», pues aparte de los defectos formales consiguientes a la expresión conjunta de dos conceptos diversos como son «violación e interpretación errónea», que han de ser aducidos por separado (sentencias de seis de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, ocho de marzo de mil novecientos sesenta y tres, dieciocho de mayo del mismo año, treinta y uno de enero, seis y veinticinco de febrero y trece de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro), es manifiesto que si bien entre ambos litigios media identidad de personas, no dificultada por la circunstancia de que en el segundo sea llamado al debate quien figure con intervención secundaria o accesorio (sentencia de veintiséis de enero de mil novecientos sesenta y cinco), como es predicable de los *concepturus*, «hijos legítimos naturales de don L. C. A.», la disimilitud objetiva y causal entre ambos procesos resulta patente, pues en el segundo se postula el pago de detribución y el reintegro de gastos por el albacea contador partidario, mientras que en el primero la viuda del causante, doña J. A. S., pretende, entre otros extremos, la corrección del inventario, la efectividad del legado de cosa específica y la no detracción de la cuarta falcidia, y si bien es de apreciar conexión en uno de los puntos debatidos que se contrae a la fijación del valor líquido de la herencia, cuya determinación opera, a criterio de la sentencia recurrida, como factor de preju-

dicialidad en la ejecución de los pronunciamientos que sean dictados en el segundo litigio, en manera alguna se dan todos los presupuestos inexcusables para la viabilidad de la litispendencia, lo que hace decaer el motivo.

Considerando que la misma decisión desestimatoria ha de ser aplicada al primero, que por el cauce del número segundo del artículo 1.692 de la Ley Procesal arguye infracción de su artículo trescientos cincuenta y nueve, pues si ciertamente el principio de congruencia, como limitación de los poderes del Juez, al que obligan en su vigencia el principio dispositivo y el de controversia, no consiente resolver *extra petitum*, según ya lo ordenó en nuestro Derecho histórico la Ley dieciséis, título XXII, Partida Tercera («deve catar el Juzgador qué cosa es aquella sobre que contienden las partes ante él... deve el Juzgador dar el juicio en la manera en que fue puesta la demanda»), el propio artículo trescientos cincuenta y nueve le exige hacer las declaraciones que las pretensiones deducidas requieran, y es constante la doctrina jurisprudencial aleccionadora de que la congruencia no entraña conformidad rígida y literal con los pedimentos deducidos, sino adecuación a los hechos alegados y a la pretensión formulada con esta base fáctica (sentencias de doce y treinta y uno de marzo y diez de mayo de mil novecientos setenta y cinco y veinte de marzo de mil novecientos setenta y seis, entre las más recientes); lo que impone rechazar el motivo, dado que la Sala sentenciadora resolvió *conformis libello*, pues sobre lo que no es apreciable en la recurrente la producción del gravamen o perjuicio indispensable para acudir válidamente a toda vía impugnativa (sentencias de cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, seis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y uno, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y dos, veintinueve de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, trece de junio de mil sesenta y seis, dos de junio y veintiséis de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, doce de diciembre de mil novecientos setenta y tres, veinticuatro de enero y dieciocho de abril de mil novecientos setenta y cinco, etcétera.), dado que el pronunciamiento de la Sala en definitiva comporta menos onerosidad para la parte condenada que el *peticum* de la demanda, tratándose de reclamación de cantidad la congruencia se traduce en operaciones matemáticas, como acertadamente lo ha entendido la resolución recurrida, pues si el actor ha pretendido el pago de una suma líquida operando con determinados porcentajes, el Tribunal sentenciador, con escrupuloso respeto a la acción esgrimida y a los hechos que la sustentaban, mantiene el mismo módulo porcentual, pero remite a la ejecución de sentencia la determinación del haber líquido herencial a los fines de hallar la retribución procedente, siempre con el límite máximo de las cantidades señaladas en la súplica de la demanda.

Considerando que el motivo tercero denuncia violación de los artículos doscientos sesenta, en relación con el doscientos treinta y nueve, de la Compilación catalana, y del mil sesenta y cuatro del Código Civil, así como de la doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de once de enero de mil novecientos cincuenta, veintidós de febrero de mil novecientos uno y once de diciembre de mil novecientos tres, que la recurrente razona arguyendo que en su condición de legataria de cosas específicas y determinadas, «que son la finca Plandolit y Ponet y las mitades indivisas de las casas de General Goded, cinco, y Lincoln, trece», no viene obligada a contribuir

al pago de la retribución del albacea ni a los gastos de la testamentaria; alegación que debe prosperar en virtud de las siguientes consideraciones: Primera: La norma del artículo doscientos sesenta de la Compilación, que en su párrafo primero impone a los herederos la responsabilidad *ultra vires* como efecto de la sucesión, en precepto equivalente al artículo mil tres del Código Civil y, por consiguiente, los sujeta al pago de las cargas hereditarias, menciona entre éstas, en su párrafo segundo, los gastos causados por la partición y los honorarios o retribución de los albaceas, con lo que palmariamente son excluidos o relevados de tal obligación de pago los legatarios, máxime los de cosa determinada. Segunda: El artículo mil sesenta y cuatro del Código Civil, aplicable en Cataluña con anterioridad a la legislación compilada e invocado expresamente al efecto por los autores foralistas («les despeses causados por la divisió i les altres fetes en interés de tots els hereus es paguen del fens de la mateixa herència»), dispone, al igual que su antecedente el artículo novecientos siete del Proyecto de mil ochocientos cincuenta y uno, que los gastos generales causados por la partición se deducirán de la herencia, si bien «esto no significa que cuando no se deducen no puedan reclamarse tales gastos por los contadores a los herederos», según precisó la sentencia de veintiséis de febrero de mil novecientos uno, o en otros términos, «de aquellos en interés de los cuales se hubieren causado», en palabras de la sentencia de cinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete, con lo que se deja al margen de tal carga a los legatarios que no lo sean de cuota. Tercera: Evidente que la retribución del albacea han de sufragarla los herederos, que responden de tal carga como de las demás de la herencia y de las deudas del causante (artículos doscientos sesenta y doscientos sesenta y tres de la Compilación y mil tres y mil veintitrés del Código Civil), con responsabilidad solidaria en el Derecho común (artículo mil ochenta y cuatro del Código Civil) y mancomunada, en proporción a sus cuotas, en el ordenamiento catalán (artículo ciento de la Compilación), no hay norma que, en principio, imponga tal corresponsabilidad a los legatarios. Cuarta: Si bien en los supuestos más generales la viuda, en su condición de cónyuge sobreviviente, es una heredera más, copartípe de la herencia e interesada en la sucesión del causante y como tal obligada a soportar proporcionalmente el pago de los gastos particionales, según declaró esta Sala en sentencia de treinta de enero de mil novecientos sesenta, ello acontecerá cuando sea «partípe de un derecho abstracto en el *universum ius defuncti* o en una cuota parte del mismo», que es la hipótesis contemplada en la sentencia de once de enero de mil novecientos cincuenta, citada por el Tribunal sentenciador, pero no si en la partición se conceptúa al supérstite como legatario de cosa determinada y no de parte alícuota, como es de ver en el caso debatido, pues, sin embargo, de lo ordenado por el causante en su testamento de cinco de julio de mil novecientos sesenta y cinco, beneficiando a su esposa, amén del legado de la finca «Plandolit y Ponet» y «de las dos fincas urbanas radicadas... una de ellas en la avenida General Goded, número cinco, y la otra en la calle Lincoln, número trece», con el usufructo «de todos sus demás bienes, derechos y acciones» (cláusula V), es lo cierto que en las operaciones divisorias el albacea contador partidor adjudicó a la recurrente la mitad indivisa de estas fincas urbanas, eliminando los restantes legados, incluso de hecho el de usufructo, puesto que todas las adjudicaciones son efectuadas en pleno dominio, y sea tal re-

ducción lícita con arreglo al artículo doscientos veintiséis de la Compilación, que autoriza a los herederos a retener la cuarta falcidia, ora comporte extralimitación del albacea que no venía autorizado para la detracción por propia iniciativa («los testamentarios deben cumplir la voluntad del finado, e non segund su alvedrío», que decía en su rúbrica la Ley tercera, título X, de la Partida Sexta), problema extraño al recurso, lo incuestionable es que en la partición doña J. A. S. es tratada como legataria de cosa concreta, lo que le releva de toda obligación de contribuir al pago de los gastos causados con tales operaciones divisorias.

Y de acuerdo con ello, en la segunda sentencia se establece:

Considerando que carente la viuda doña J. A. S. de la condición de heredera de su marido, el causante don G. C. C., que la designa legataria en su testamento de cinco de julio de mil novecientos sesenta y cinco, y cubierta su hijuela con la adjudicación de cosas determinadas, como son la mitad indivisa de dos fincas urbanas, cuya porción restante ya le pertenecía en pleno dominio, es manifiesto que no viene obligada a contribuir al pago de los honorarios o retribución correspondiente al albacea particular, contador partidor, demandante don J. P. J., consistente en el dos por ciento del activo hereditario líquido, carga que habrá de ser atendida por los restantes demandados, en su condición de herederos, conforme a lo dispuesto en los artículos doscientos sesenta, en relación con el doscientos treinta y nueve de la Compilación del Derecho Civil especial en Cataluña, y mil sesenta y cuatro del Código Civil; y en tal sentido procede la revocación de la sentencia recurrida, absolviendo de la demanda a la recurrente y sin hacer imposición de costas en ninguna de ambas instancias por no concurrir méritos para ello.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS EN NAVARRA. INTERPRETACION. Ley 6 de la Compilación Navarra (SENTENCIA DE 6 FEBRERO DE 1978).

Las normas del Código Civil sobre interpretación del testamento se aplican como Derecho supletorio en Navarra.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tudela.

La decisión se funda en lo siguiente:

Considerando que la sentencia recurrida rechaza la demanda, fundamentalmente, por estimar que «de la lectura del testamento último otorgado por doña M. P. E., y especialmente de sus cláusulas cuarta y quinta, se llega al convencimiento de que la voluntad de la testadora era confirmar, si aparecieran a su muerte, las memorias que tenía redactadas conforme al lema y demás requisitos que preveía o dejó expresados en su propio testamento», y como en ninguno de los cuatro motivos restantes del recurso, todos ellos fundados en el número primero del mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos, se ataca adecuadamente tal interpretación,

toda vez que no se alega la infracción de las normas establecidas en el Código Civil regulando la interpretación de los actos de última voluntad, de aplicación en este caso como derecho supletorio en virtud de lo dispuesto en la Ley seis de la Compilación del Derecho Privado Foral o Fuero Nuevo de Navarra, es claro que procede su desestimación, por cuanto que en los motivos que se estudian se hace supuesto de la cuestión, al construirse con base en la interpretación que del testamento hace el recurrente, contraria a la de la Sala sentenciadora, aparte de que, en todo caso, y según conocida por la reiterada doctrina jurisprudencial, la interpretación del Juzgador debe prevalecer sobre la del recurrente, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquélla es equivocada o errónea por contradecir evidentemente la voluntad del testador, principio supremo en la interpretación de este negocio jurídico unilateral, supuesto este último que aquí no se da y sí, en cambio, el supuesto contrario.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

SUSPENSION DE LICENCIA DE OBRAS POR EL GOBERNADOR CIVIL. EL PROBLEMA DEL PROCESO DEL ARTICULO 118 DE LA LEY DE JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1978).

I. ANTECEDENTES

1. El Ayuntamiento de Cartagena otorga a don José ... licencia de obras para construir un bloque de apartamentos en la unidad residencial Islas Menores.

2. La licencia se considera ilegal por la Asociación de propietarios de la aludida unidad residencial, interponiendo recurso de reposición ante el Ayuntamiento, por un lado, y por otro, dirigiendo un escrito al Delegado Provincial del Ministerio de la Vivienda.

3. A instancia de dicho Delegado, el Gobernador Civil acuerda la suspensión de la licencia, dando traslado a la Audiencia de su acuerdo.

4. La Sala de lo contencioso-administrativo dicta sentencia declarando la nulidad del acuerdo municipal que otorgó la licencia.

5. El Ayuntamiento de Cartagena y don José ... deducen recurso de apelación que ganan.

II CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1978

1. Considerando que lo primero a tener en cuenta es la naturaleza del proceso en que se ha producido el recurso de apelación que nos ocupa, que naturalmente viene determinada por la de la pretensión que le ha dado vida; proceso de carácter especial, uno de los previstos, con regulación singular, en el capítulo IV, del título IV, de nuestra Ley Jurisdiccional (Sección 2.ª, art. 118); circunstancia que se destaca, no en razón de su tramitación, que no ha sido puesta en cuestión, sino atendiendo al presupuesto procesal habilitante del mismo (acto de suspensión), a las motivaciones que pueden justificar éste (sentencias de 26 de abril de 1963, 4 de febrero de 1963, 6 de noviembre de 1964, 17 de noviembre de 1966, 12 de noviembre de 1968, 5 de marzo de 1969, 3 de marzo de 1976), a su carácter extraordinario que impone una interpretación restrictiva (sentencia de 3

de marzo de 1976), a los límites de su ámbito contencioso (sentencias de 9 de abril de 1969, 11 de febrero y 20 de junio de 1970), y como derivación de ello, a la única alternativa que cabe en los posibles pronunciamientos permitidos a los Tribunales en estos casos (sentencias de 24 de noviembre de 1960, 11 de febrero y 20 de junio de 1970), con la secuela de que no produce cosa juzgada la sentencia que levante la suspensión controvertida, respecto de la nueva pretensión que pueda plantearse en proceso ordinario.

2. Considerando que dentro del campo de posibilidades comprendidas en la especialidad procesal de estas actuaciones, se produce, a su vez, la acotación derivada de las características del acto administrativo objeto de la referida suspensión, decretada por el Gobernador Civil de Murcia (otorgamiento de licencia de construcción de doce apartamentos, por el Ayuntamiento de Cartagena, en el paraje conocido por «Islas Menores»), que es lo que produce el sometimiento de uno y otro acto (el suspendido y el de suspensión) al imperio del Derecho Urbanístico y, por tanto, a las condiciones exigidas por este Ordenamiento para que se pueda dictar con éxito este tipo de medida cautelar.

3. Considerando que son por estas últimas circunstancias por lo que el concepto de *infracción manifiesta de las leyes*, que viene exigido en el artículo 118, 1, de la Ley Jurisdiccional, en el artículo 362-14.º de la Ley de Régimen Local, y en el 110-2 a) de la de Procedimiento Administrativo, sufre una especificación en supuestos como el de autos, al exigirse en la vigente Ley del Suelo (texto refundido de 9 de abril de 1976), para que se puedan suspender los efectos de una licencia u orden de ejecución que el contenido de dichos actos constituya *manifiestamente una infracción urbanística grave* (art. 185), a que los acuerdos constituyan *infracción manifiesta de normas urbanísticas vigentes* (art. 224), aunque, de todas formas, la idea central se mantiene, en cuanto la infracción de las normas ha de reunir el requisito de ser notoria o manifiesta, esto es, que ha de ser patente y apreciable, sin necesidad de consumir esfuerzos interpretativos o exegéticos (SS. de 6 de abril de 1963, 6 de noviembre de 1964, 5 de marzo de 1969).

4. Considerando que partiendo de las anteriores premisas, y teniendo a la vista los hechos, informes, alegatos y normas manejados para llegar a la consecuencia del acuerdo de suspensión, de la licencia de que se trata, por parte del citado Gobernador Civil, lo primero que se aprecia y en forma muy destacada, es que de existir infracción del Ordenamiento urbanístico, en el otorgamiento de la misma, sólo podría ser detectable tras de penosos trabajos de análisis de textos legales y de una laboriosa labor de captación del sentido de los antecedentes existentes sobre planes, normas subsidiarias, alcance del silencio positivo con relación a aquéllos, juego de fechas, papel de la publicación de los acuerdos municipales en el Boletín informativo del respectivo Ayuntamiento, valoración de las licencias concedidas con anterioridad, al amparo de la misma planificación urbanística aquí cuestionada, etc.

5. Considerando que si lo que acaba de exponerse corresponde a una primera impresión, si se pasa de ella, como ha hecho esta Sala, y se adentra en el estudio de las actuaciones practicadas en este caso, se observa y comprueba que no sólo no existe infracción manifiesta de normas urbanísticas, sino que, de encontrarnos en un proceso ordinario, hubiera sido necesario tomar la iniciativa, al amparo de las prerrogativas que en ma-

teria probatoria concede a los Tribunales de lo contencioso nuestra Ley de 27 de diciembre de 1956 (art. 57), para traer el recurso nuevos elementos de convicción sobre varios de los puntos dudosos existentes en las litis, ya que, sólo con los disponibles, no puede contarse con la base de conocimiento suficiente para poder resolver el tema litigioso con las suficientes garantías, para el debido acierto en dicha tarea.

6. Considerando que una prueba de lo dicho se tiene en el hecho de que no exista más que una declaración abstracta sobre un supuesto incumplimiento del «planeamiento vigente» (informe del 4 de marzo de 1976 del Arquitecto Jefe de los Servicios Técnicos, de la Delegación Provincial de la Vivienda de Murcia, que ha servido de base a la propuesta de esta Delegación, y, en definitiva, al acuerdo suspensivo del Gobernador Civil), sin la menor indicación de las causas productoras del mismo; mas, con ser esto trascendente, lo es más aún el que se dé por supuesto que este «planeamiento vigente» no es el considerado como tal por el Ayuntamiento otorgante de la licencia, en base a la no publicación de este otro Plan, sin tener en cuenta que ello fue motivado por haber obtenido la aprobación por silencio administrativo positivo, lo que explica y justifica la falta del cumplimiento del trámite de publicidad; aunque también se explique, en cierta forma, el desconocimiento del influjo de esta circunstancia, por venir la calificación del referido arquitecto, esto es, de un técnico jurista, cuyas incursiones—las de los técnicos de esta clase—en el campo del Derecho, constituye un fenómeno advertido en la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo, animada del propósito de su erradicación.

9. Considerando que puede sumarse a los anteriores argumentos la circunstancia de que, según parece, la situación que ha permitido edificar en la zona de autos, y con ello la disponibilidad de las viviendas ocupadas por la mencionada Asociación de Propietarios, es la misma que ha permitido al señor Sarrión Conesa obtener de este Ayuntamiento la licencia de construcción suspendida, lo cual significa la existencia de algo más que un precedente, o unos precedentes, ciertamente no constitutivos de fuente de Derecho; consistiendo este algo más en un factor que rebasa lo cuantitativo del número de precedentes, por lo cualitativo de un estado de cosas, que ha servido de factor determinante de las construcciones efectuadas en el sector cuestionado; razón por la cual la dialéctica igualdad-legalidad no puede ser concebida en la forma en que viene enfocada por el Tribunal *a quo* en el sector considerado de la sentencia que nos ocupa.

10. Considerando que con lo expuesto hasta aquí es más que suficiente para dejar demostrado que el acto de otorgamiento de la tan repetida licencia «no constituye una infracción manifiesta de la normativa urbanística aplicable, en el sentido requerido por una constante jurisprudencia, ya recogida al principio de la presente motivación, por lo que resulta innecesario seguir estudiando otros aspectos de la cuestión, como son el de la retroactividad de la vigente Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976, y el del *dies a quo* del plazo del año, establecido en el artículo 224 de este texto, para poder dejar en suspenso los acuerdos municipales que incurran en el vicio en el mismo señalado, puesto que, cualquiera que sea la solución que corresponda a estos extremos, ni puede considerarse que no encierran ciertas complicaciones, ni, aunque fuera lo contrario, podría neutralizar el resultado que ya viene determinado por los anteriores moti-

vos; debiendo, en definitiva, estimarse los recursos de apelación y, en su virtud, alzar la suspensión acordada por el Gobernador Civil de Murcia, en su resolución de dos de septiembre de 1976.

III. COMENTARIO

1. *Planteamiento: La suspensión*

La conexión de dos datos nos puede llevar a un claro planteamiento del tema: por un lado, la distinción entre existencia de acuerdos de la Administración y eficacia de los mismos; por otro, los distintos supuestos de existencia de la eficacia.

Por el primer lado, debe constatarse que la suspensión se hace a la existencia de efectos de un acuerdo existente: no hay efectos (normales) a pesar de existir el acuerdo.

Por el segundo lado, se puede distinguir (aparte la eficacia simultánea y la retroactiva) demora de eficacia, cesación de eficacia y suspensión de eficacia. Por lo que se refiere a la demora, significa que «a pesar de existir» el acuerdo sus efectos «todavía no» se despliegan (1) en razón a las características del acto mismo. La cesación lo que nos indica es que el despliegue de efectos por el acto «ya no» se produce y estricta y precisamente de un modo definitivo. Ello nos lleva al tema de la existencia misma del acto: éste, por la razón que sea, habrá dejado de existir o de aparentar existencia. Por último, la suspensión supone un cese de eficacia, pero no definitivo, sino temporal. Presupone la existencia de un acto y «a pesar de ello», un paréntesis en el que no desplegará eficacia. La cuestión es cómo y en razón a qué procede la suspensión.

En relación con la primera cuestión destaca que la suspensión habrá de acordarse en todo caso: Es necesario que se produzca un nuevo acto que determine como efecto «específico» la suspensión de efectos del acuerdo en cuestión. Y se dice en todo caso porque ello supone una diferencia con los anteriores supuestos, que admiten otras posibilidades, aunque no excluyan un supuesto análogo, por ejemplo: para la cesación de eficacia por invalidez se precisa una declaración a estos efectos, que determinará, a otros efectos, el cese de la eficacia.

La suspensión más clara y normal es la que se acuerda como medida cautelar, provisional en un procedimiento (art. 116, LPA) (2) o proceso (artículo 122 LJ) administrativo en el que se dilucida la permanencia misma del acto. Tal suspensión tiene por finalidad prevenir consecuencias que luego (de decretarse la cesación definitiva), como consecuencia de la anulación del acto, serán difíciles de reparar. La suspensión en este caso está en conexión con un supuesto específico de cesación de efectos y viene a proporcionar una especie de situación interina ante la expectativa que la decisión sobre la permanencia de un acto supone.

En el supuesto contemplado por la sentencia que comentamos no estamos ante la suspensión que acabamos de calificar de más clara y normal: cuando se adopta el acuerdo específico de suspender no existe (todavía) una revisión del acto que se suspende. Parece que la suspensión se produce

(1) Artículos 45 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo; artículo 361 de la Ley de Régimen Local.

(2) No sólo de recurso, sino incluso en la revisión de oficio. Ver en este sentido la importante Sentencia de 21 de febrero de 1964.

autónomamente. Estamos en el ámbito local donde es dable esta posibilidad (3). En el caso, se trata de un acuerdo del Gobernador Civil que suspende un acuerdo municipal.

Según la Ley de Régimen Local (4), los acuerdos de las Corporaciones locales pueden suspenderse (y deben):

1.º Cuando recaigan sobre asuntos que, según las leyes, no sean de su competencia.

2.º Cuando constituyan delito.

3.º Cuando sean contrarios al orden público.

4.º Cuando constituyan infracción manifiesta de las leyes.

Ciertamente que todos los supuestos y no sólo el cuarto constituyen infracciones del ordenamiento jurídico, siendo las tres primeras matizaciones expresas del último de ellas (5), pero su diferenciación legal en cuanto supuesto queda patente (6) precisamente en un punto de singular importancia (7). Nos referimos al procedimiento de suspensión: mientras en los tres primeros supuestos el acuerdo del Gobernador, en cuanto suspensorio, «eventualmente» puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional (alzada ante el Ministro del Interior para la posterior interposición del contencioso), en el cuarto «necesariamente» debe ser de conocimiento por los órganos jurisdiccionales (por el proceso del 118 de la Ley Jurisdiccional, que opera como condición de la suspensión, como veremos). De lo dicho que en los tres primeros supuestos pueda hablarse de autonomía de la suspensión (de efectos) en la relación con la revocación (del acto) (8).

El supuesto de la sentencia comentada es precisamente el cuarto (considerando 3) y, como tendremos ocasión de ver, proporciona sugestivas consideraciones en relación con todo lo que hemos expuesto.

Por lo demás, nos enfrentamos con un supuesto aún más concreto (se trata de un acuerdo del Gobernador suspendiendo una licencia de obras) que está previsto en la legislación del suelo (art. 224 y/o sólo 186) y que, por tanto, añade nuevos matices de singular interés en relación con el general de la Ley de Régimen Local. (Por lo que se refiere a su conexión con la suspensión de licencias del 27 de la Ley del Suelo, lo único que tienen en común es la suspensión, siendo todo lo que se va a decir a continuación completamente distinto.)

Contrado así el tema planteado, podemos entrar ya en él con profundidad.

(3) Aparte como es sabido que un sistema análogo se haya seguido en la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974.

(4) Artículo 362, 1.º, de la Ley de Régimen Local. Quede hecha la remisión de una vez por todas en la exposición: L. R. L., artículos 362 y siguientes. Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Local de las Corporaciones Locales, artículos 327 y siguientes.

(5) BOQUERA, *Revista de Administración Pública*, núm. 36, pág. 115; J. SALAS en *Descentralización administrativa y organización política*, Madrid, obra colectiva dirigida por el profesor SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, tomo II, pág. 417.

(6) Y por ello criticado, dado que por lo dicho no hay más causa que justifique la diferencia que un arastre histórico para justificarle. Sobre esto, y concretamente sobre la introducción *ultra vires* de la Ley de Bases de 1945. del supuesto cuarto, ver URQUÍA REUL, núm. 62, pág. 175; BOQUERA, cit., pág. 115; LEGUINA, *Revista de Administración Pública*, núm. 82, pág. 10.

(7) Aparte el requisito que el calificativo «manifiesta» implica para la infracción y el que los acuerdos de los presidentes de las Corporaciones puedan ser objeto de suspensión por el Gobernador.

(8) Sólo en caso de llegarse a la Jurisdicción (contenciosa), que es (sus órganos) quien puede anular o declarar la nulidad, no el Gobernador ni el Ministro, que sólo suspenden, aunque (pueda pasar que) con carácter de firmeza. Precisamente por esto (por la posibilidad de firmeza del acuerdo de suspensión, caso de no recurrirse en tiempo) se advierte que podría llegarse a una revocación impropia, esto es, a una CESACIÓN de los efectos, a pesar de no haber pronunciamiento sobre la subsistencia del acto.

2. *El Gobernador Civil como autoridad competente para suspender*

En el supuesto que analizamos «quien suspende es el Gobernador y «lo que» suspende es un acuerdo Corporativo. Aparte el problema de si puede el Gobernador suspender resoluciones de los presidentes de las Corporaciones (9), debe destacarse que los acuerdos de las Corporaciones pueden ser suspendidos también por los presidentes (10). Dado, por tanto, que, no sólo puede suspender el Gobernador, se plantea el problema de la interconexión de ambas competencias (11). Pues bien, la del Gobernador se caracteriza y debe calificarse de «subsidiaria», siendo principal o primaria la de los Presidentes de las Corporaciones (12). Y ello centrados en el supuesto cuarto del artículo 362 de la Ley de Régimen Local «siempre» (13).

En el supuesto específico de suspensión de licencias de obras se produce la consiguiente concreción, dado que el otorgamiento de las mismas corresponde a la Corporación Municipal (14). Queda descartado que el Gobernador suspenda un acuerdo del Presidente (15) y el deber primario de suspender corresponderá al Alcalde-Presidente. De aquí que la Ley del Suelo (16) se refiera al Alcalde. Además, el carácter subsidiario de la intervención del Gobernador Civil queda más matizado por cuanto que para poder acordar la suspensión debe esperar a que transcurran diez días, a contar de su comunicación a la Corporación, sin que el Alcalde haya dispuesto la suspensión (17).

Por otro lado, en la legislación de Régimen Local, para posibilitar la intervención, en su caso, del Gobernador, se establece el deber de comunicarle dentro de tres días, los acuerdos adoptados (18), salvo que no sean de los que puede suspender (19), dado que la comunicación es «a estos efectos».

Al margen de lo acabado de decir, tratándose de licencias de obras, la concreción proporcionada por la Ley del Suelo se centra en prever que la suspensión se puede adoptar «a instancia del Delegado Provincial de la

(9) Centrados estamos ya en el cuarto supuesto del artículo 362 de la L. R. L., y si razonamos a sentido contrario de los artículos 364, 1, L. R. L., y 118, 1, L. J., llegamos a la respuesta negativa. En contra, GONZÁLEZ NIETO, *REUL*, 57, págs. 411 y ss.

(10) En tal caso cabrá plantear la cuestión de si estamos ante un supuesto de AUTOTUTELA. Sobre el tema ver: PÉREZ BURRIEL, *Tutela provincial administrativa*, Valencia, 1964, pág. 33; GARCÍA TREVÍJANO, *Tratado*, tomo II, pág. 1158; J. SALAS, cit., pág. 412.

(11) No entramos en la «legitimación» o «capacidad» para actuar que viene genéricamente determinada por la naturaleza del cargo. Cuando hablamos de competencia lo hacemos en su sentido más estricto. Ver SALAS, cit., pág. 305.

Por otro lado, y también refiriéndonos aisladamente a cada punto de la conexión, en el supuesto, incluso se da la característica «competencia-deber» que nos llevaría a un sentido todavía más estricto de la competencia.

(12) Concretamente artículos 364, 1, y 365, 1, L. R. L.

(13) A diferencia de los tres primeros supuestos del artículo 363, L. R. L., en los que la competencia-deber del Gobernador es primaria cuando suspende las resoluciones de los Presidentes. Ver nota 9.

(14) Artículo 178 L. S. Independientemente de regímenes especiales o la necesidad de otro tipo de licencias.

(15) Estaríamos en otro supuesto: el primero del artículo 362 L. R. L.

(16) En el 186 y por remisión en el artículo 224 L. S.

(17) Artículo 186, 2, L. S., y por remisión el 224.

(18) Artículo 365, 1, L. R. L., y 331 R. O. F.

(19) Artículo 365, 2, L. R. L. El problema lo plantea el 331, 2, del R. O. F., que dispensa de comunicar acuerdos que según la L. R. L. no están expresamente excluidos del control. Sobre el tema ver URGÜA, cit., pág. 117, seguido por SALAS, cit., pág. 413.

Vivienda» (hoy de Urbanismo) (20), que será quien, a falta de comunicación, puede mejor apreciar la existencia de acuerdos ilegales (21).

En el supuesto de la sentencia que comentamos, precisamente es determinante la intervención del Delegado.

3. Los acuerdos que puede suspender el Gobernador

Dejando a un lado el problema de si pueden suspender reglamentos (22), visto el tema de las resoluciones de los Presidentes (23) y llamada la atención sobre la intrascendencia (24) e incluso la importancia (25) (no hay contradicción en lo que se dice) (26) de que el acuerdo municipal tenga por objeto la definición de una situación jurídica, *la consideración del objeto de la suspensión «en sí mismo»* puede quedar hecha, para pasar a las circunstancias del acto «que motivan su suspensión».

No obstante, conviene hacer una precisión. En el caso de la sentencia objeto del comentario, el acuerdo que se suspende es el que aprueba el otorgamiento de una «licencia de obras» y ello, como veremos, plantea peculiaridades que difieren del régimen previsto con generalidad en la Ley de Régimen Local. Por esto importa registrar ahora que, dadas tales diferencias de regulación, tiene que surgir el problema de la compatibilidad de ambas instrumentaciones jurídicas; en otras palabras: si el Gobernador puede suspender una licencia de obras (por presuponer un acuerdo de Corporación Local) con arreglo a la Ley de Régimen Local y además (por ser licencia) con arreglo a la Ley del Suelo, ¿son o no compatibles, alternativas, ambas instrumentaciones jurídicas? La respuesta entiendo debe ser negativa, por cuanto la especificación urbanística de entenderse como derogación en dicho ámbito (27).

Aunque en la sentencia que comentamos este problema no se afronta directamente (no es necesario para el fallo tomar posición), tiene gran interés en este punto. Efectivamente, en el considerando 3, se habla de la *especificación* que el supuesto de antes implica. Y en el considerando 2, se afirma que la especial naturaleza del acto objeto de la suspensión exige «acotar» las «condiciones» de la suspensión conforme al Derecho urbanístico.

Refiriéndonos ya al tema de las *circunstancias del acto que motivan la suspensión*, la genérica, derivada del supuesto cuarto del artículo 362 de la Ley de Régimen Local, es que «infrinja manifiestamente las leyes», las más

(20) A raíz de lo dicho podrá entrarse en la siguiente problemática: ¿La iniciación del expediente fuera del 186 L. S. puede ser NO DE OFICIO? ¿Qué alcance tiene dentro del 186 L. S. la distinción entre apreciar a instancia o de oficio y acordar de oficio? ¿Puede iniciarse el expediente por algún interesado?

(21) Y como es lógico sin perjuicio de que pueda denunciarse por cualquiera: la posibilidad de denuncia es clara por cuanto no inicia el expediente, sino simplemente plantea la conveniencia (necesidad) de iniciarlo de oficio.

(22) Cuestión que la doctrina dominante responde afirmativamente y con argumentos difícilmente cuestionables. Ver ALVAREZ GENDÍN, *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, página 179; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción*, Madrid, 1965, I, página 160; PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción*, 3.ª ed., Barcelona, 1974, página 709; SALAS, cit., págs. 415 y ss.

(23) Ver nota 9.

(24) Ver GONZÁLEZ NIETO, cit., pág. 406.

(25) Ver LEGUINA, cit., págs. 12 y ss.

(26) Si se ve lo que se ofrece en las dos notas anteriores.

(27) En este sentido, GONZÁLEZ BERENGUER, R. E. D. A., núm. 10, pág. 472. En contra, y admitiendo el juego alternativo de ambos supuestos, CLAVERO, «El nuevo régimen de las licencias», *Civitas*, páginas 60 y ss., en nota y sobre todo pág. 63. Siguiéndole CARCELLER en *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, pág. 329.

específicas de la Ley del Suelo que constituya «manifiestamente una infracción de normas urbanísticas» (arts. 186 y 224 de la Ley del Suelo).

Aparte de la especificación del supuesto, en cuanto urbanístico, podemos partir de un esquema más amplio basado en distinguir *qué* es lo que se infringe y *el alcance* de la infracción.

a) Por lo que se refiere a *qué* es lo que se infringe (28) en el ámbito general, el tema se ha centrado en la interpretación del término «leyes». Sabidas son las tres acepciones que pueden encerrar (29). Pues bien, sólo aisladamente (30) se le ha dado su sentido más estricto; mayoritariamente doctrina (31) y jurisprudencia (32) la extienden a «disposiciones del poder ejecutivo dictadas con carácter general» y ello no deja de ser paradójico si comparamos esta solución con la que se adopta en otros supuestos (33): El concepto de «manifiesta infracción de leyes» se utiliza también en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo (precisamente citado en el considerando 3) para motivar la «revisión» de oficio de actos administrativos declarativos de derechos, y la interpretación en este supuesto ha sido la más estricta (34). Por lo que se refiere a la ampliación del término al concepto principios generales (35), ha sido fundadamente negada (36).

En el ámbito urbanístico las precisiones una vez más se imponen: Según el artículo 186 de la Ley del Suelo hay que partir del concepto «infracciones urbanísticas» para llegar al de normas urbanísticas, de que habla el artículo 224 de la Ley del Suelo. Lo que nos interesa precisar no es que las normas a que debamos atender deban acotarse a las urbanísticas (37), sino que el juego de tales normas en su ámbito opera de un modo peculiar. Nos referimos a los Planes (en sentido más amplio y distintas manifestaciones): independientemente de la naturaleza que se les atribuya (38), el hecho es que apartarse de ellos puede determinar una «infracción urbanística» (art. 186 de la Ley del Suelo) y además una infracción de las «normas urbanísticas» (art. 224 de la Ley del Suelo) no sólo por entenderse éstas en un sentido amplio (comprensivo de los Planes), sino porque infringir un Plan es infringir las normas (en sentido estricto), en virtud de las cuales dichos planes se han dictado. Lo último fácilmente se corrobora si relacionamos *dos datos*: el que los Planes deben contener una serie de determinaciones según la propia Ley del Suelo (arts. 10 y siguientes) con el que

(28) No hace falta puntualizar que el control es de legalidad y no de oportunidad; el tema quedó ya centrado en las primeras líneas.

(29) CASTRO, *Compendio*, 1968, págs. 102 y ss.

(30) CLAVERO, *REUL*, núm. 102, págs. 834, 842 y 844.

(31) GONZÁLEZ NIETO, cit., pág. 409; URGUÍA, cit., pág. 175; BOQUERA, cit., págs. 120 y ss.; SALAS, citado, pág. 428.

(32) Sentencias de 4 de julio de 1955, 3 de diciembre de 1957, 27 de febrero de 1961, 4 de febrero de 1963, 17 de noviembre de 1966, 12 de noviembre de 1968, 5 de marzo de 1969, 20 de junio de 1970 y 3 de marzo de 1976.

(33) Así, GARCÍA TREVIJANO, cit., pág. 1161.

(34) Por ejemplo, Sentencias de 8 de abril de 1965 y 10 de diciembre de 1966. La diferencia de soluciones, no obstante, es explicable. Aquí no se revoca un acto, sólo se suspenden sus efectos hasta que el órgano jurisdiccional decida sobre la revocación, como luego veremos (apartado 6).

(35) BOQUERA, cit., págs. 121 y ss.

(36) SALAS, cit., pág. 430, y Sentencia de 3 de marzo de 1976, en la que expresamente se sale al paso de tal pretensión y precisamente en el ámbito urbanístico.

(37) En contraposición a otras de carácter material y sin perjuicio de otras formales de procedimiento.

(38) GONZÁLEZ PÉREZ, «Comentarios a la Ley del Suelo», *Civitas*, págs. 134 y ss., y la doctrina citada. Aquí cabría también plantear el tema de la suspensión de los acuerdos aprobatorios de Planes de ordenación.

el estatuto de la Propiedad venga determinado no sólo por la Ley del Suelo, sino «en virtud de la misma» por los Planes de Ordenación (art. 76) (39).

Ahora bien, dejando lo abstracto de los conceptos, el hecho de que hayan de tenerse en cuenta los Planes como punto de referencia nos advierte, ya que, en la práctica, se plantearán problemas considerables, sobre todo si la conexión ser-deber ser debe ser (como vamos a ver) grave y manifiesta (40): sistema de publicidad de planes, utilización de conceptos técnicos, etc.

b) Por lo que se refiere «al alcance» de la infracción, en general y en primer lugar ha de ser «manifiesta». Se trata de un requisito que califica este tipo de suspensión distinguiéndolo de las tres primeras del artículo 362 de la Ley de Régimen Local, pero que es exigible también para las revocaciones de oficio (art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y aplicable a las suspensiones urbanísticas (arts. 186 y 224 de la Ley del Suelo) (41). Pero se trata de un criterio que ha sido criticado doctrinalmente, porque (se dice) basar una institución jurídica sobre el mismo, es cimentarla sobre un terreno movedizo e inseguro, dado lo vago, impreciso y relativo (depende de las cualidades del observador) del mismo, riesgo que no se justifica por lo ilógico de atender a algo que es más aparente que importante (42). La única justificación se encontraría en la idea de limitar las facultades revisoras y suspensorias de la Administración (43), lo que no obstante (en el supuesto concreto de la suspensión que nos ocupa, como luego veremos) lleva a situaciones de contradicción, dada la peculiar naturaleza del proceso del artículo 118 de la Ley de Jurisdicción.

Por otro lado (y sin adelantar acontecimientos, centrada la crítica en el concepto mismo y en el momento de la suspensión), se ha querido o bien «añadir» al criterio el dato de importancia o esencialidad (44) o «remodelarlo», encuadrando en él la nota de la gravedad (45).

En segundo lugar, y para el caso concreto del supuesto del artículo 186 de la Ley del Suelo, la infracción (expresamente se exige) además de manifiesta debe ser «grave» (46). Independientemente de la relación entre ambos requisitos (ya apuntada) y prescindiendo de conceptuar el último (artículo 226 LS) (47), interesa plantear de nuevo el problema de la compatibilidad de los distintos supuestos de suspensión. *Antes* ya vimos la cuestión de si a falta de los requisitos específicos de la Ley del Suelo (aquí sería la gravedad) podía acudirse al sistema general de la Ley de Régimen Local. *Ahora* importa constatar que la especificación que la exigencia de gravedad implica (al menos expresamente) no sólo se produce en relación

(39) Dicho lo anterior sobra decir que lo normal será que lo que se infringe es el planeamiento.

(40) Así, CLAVERO, *Nov. Régimen*, cit., págs. 57 y 64. En el mismo sentido, CARCELLER, cit., página 328.

(41) Así ver CONSIDERANDO III.

(42) CLAVERO, *REUL*, cit., págs. 842 y ss.; *Nov. Régimen*, cit., pág. 58; BOQUERA, cit., págs. 119 y ss.; GARCÍA TREVIANO, cit., págs. 1160 y ss.; GONZÁLEZ BERENGUER, cit., pág. 470; LEGUINA, cit., págs. 10; LAVILLA, *RAP*, 34, págs. 92 y ss.; SALAS, cit., págs. 424 y ss.

(43) LEGUINA, cit., pág. 11.

(44) GONZÁLEZ NIETO, cit., pág. 409.

(45) Así, por ejemplo, Sentencias de 12 de noviembre y 28 de diciembre de 1968.

En términos generales las Sentencias sobre el tema son: 8 de octubre de 1960, 27 de febrero de 1961, 6 de abril de 1963, 6 de febrero de 1964, 5 de noviembre de 1964, 17 de noviembre de 1966, 12 de noviembre y 28 de diciembre de 1968, 5 de marzo de 1969, 31 de enero de 1970 y 3 de marzo de 1976. Y también: 4 de julio de 1955, 11 de diciembre de 1956, 8 de octubre de 1960, 3 de diciembre de 1957, 11 de diciembre de 1957 y 24 de marzo de 1975.

(46) Precisamente en la reforma de la Ley del Suelo se planteó el problema de suprimir el concepto «manifiesta» y centrar toda la alternativa en el de «gravedad». Ver CLAVERO, cit.

(47) BASSOLS, *REDA*, 6, pág. 316.

con la Ley de Régimen Local, sino en relación con el artículo 224 de la Ley del Suelo, y el problema es: si no hay gravedad en la infracción, a pesar de no concurrir los requisitos del artículo 186 de la Ley del Suelo, ¿puede suspenderse la licencia (en cuanto que supone un acuerdo municipal) en base al artículo 224 de la Ley del Suelo? La respuesta negativa de nuevo se impone (48).

En relación con este punto, la sentencia que comentamos no es expresiva: podría deducirse la compatibilidad de supuestos, aunque también la conclusión contraria (contempla supuestos distintos y entre ellos parece que también son distintos los ahora analizados) (considerando 3).

4. *Circunstancias de la suspensión*

Si el Gobernador Civil puede (debe) suspender los acuerdos de las Corporaciones Locales (antes apartado 2) que impliquen infracciones de determinadas características (antes apartado 3), cuando suspende debe atenerse a determinadas circunstancias. Unas las presuponemos (49), a otras ya hicimos referencia (en el apartado 2); ahora interesa centrarnos en dos: en la motivación de la suspensión y en el plazo para suspender.

Por lo que se refiere a la *motivación*, viene exigida por analogía en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo [1, a) y e)] y concretamente en el 368 de la Ley de Régimen Local [d] del art. 43, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo], debiendo entenderse (50) que para que se cumpla la exigencia es preciso citar la norma infringida.

En relación con esto, es de interés lo que la sentencia que comentamos apunta en su cuarto considerando; de él se desprende que la «indicación de las causas productoras del incumplimiento del planeamiento es un dato «trascendente» y que incluso puede tener relación con lo manifiesto de la infracción (si fuese manifiesta no hubiera habido problema para que se dijese por qué) (51).

Por lo que se refiere al *plazo*, plantea especiales problemas. En términos generales (LRL), la suspensión debe acordarse en el de cinco días, a contar desde la comunicación (52) o desde que el Gobernador tenga conocimiento del acto (53), no siendo válida la suspensión posterior (54).

En el concreto supuesto de la sentencia comentada, el problema del plazo se centra fundamentalmente en la determinación de cuál debe ser: tengamos en cuenta que el artículo 186 de la Ley del Suelo no establece plazo, a diferencia del brevísimo de la Ley de Régimen Local. Cabría entender, que por analogía se aplicaría el del artículo 224 de la Ley del Suelo

(48) Así, GONZÁLEZ BERENGUER, cit., pág. 471. En contra, CLAVERO, *Nov. Reg.*, cit., pág. 58.

(49) Las de procedimiento en general.

(50) Sentencia de 6 de febrero de 1964.

(51) Ver CLAVERO, *Nov. Reg.*, cit., pág. 60, que critica lo dicho.

(52) Aunque se produzca después de los tres días preceptivos (Sentencia de 11 de enero de 1970).

(53) Caso de que no haya comunicación alguna (Sentencias de 8 de octubre de 1960 y 22 de febrero de 1964).

También se ha exigido el traslado del expediente en Sentencias de 12 de octubre de 1968 y 5 de marzo de 1969.

(54) En el mismo sentido la doctrina que se cita, salvo GONZÁLEZ NIETO, cit., págs. 403 y ss., que compara la infracción con un incendio, al Gobernador con un bombero y el plazo con el que se podría establecerse para que el bombero acudiese al incendio: si el bombero llegase tarde no podría utilizar la manguera fuera de plazo y tendría que contemplar impasible el incendio.

Sentencias de 9 de febrero de 1959, 16 de octubre de 1959, 24 de noviembre de 1968 y 5 de marzo de 1969.

(un año) (55), pero parece más adecuado a la finalidad perseguida por la Ley del Suelo y que se desprende de su sistemática, que el plazo es la terminación de las obras, esto es, que puede suspenderse la licencia mientras ésta opere *in fieri* (56).

También es de singular interés en este punto la sentencia de 24 de mayo de 1978, porque parece contener la tesis de la analogía con el artículo 224 de la Ley del Suelo, al presuponer la exigencia del plazo del año (considerando 10).

5. *La incoación del proceso del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción, como condición de la suspensión*

Lo peculiar del supuesto cuarto del artículo 362 de la Ley de Régimen Local en relación con los tres primeros, se concretaba, como veíamos (apartado 1.º), en el procedimiento de suspensión y concretamente en el que sigue a la suspensión ya acordada. Presupuesto que el Gobernador haya acordado la suspensión debe entonces en el plazo de tres días dar traslado de la misma a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial (art. 118, 1, LJ).

Debe dar traslado precisamente el Gobernador (que es quien suspende, no la Corporación cuyo acuerdo se suspende) (57).

Y debe dar traslado precisamente en el plazo de tres días desde la suspensión: si se presenta fuera de dicho plazo (de caducidad), la suspensión debe necesariamente ser levantada por el órgano jurisdiccional (58).

Es fácil imaginar el problema que se plantearía si no se da el traslado exigido. ¿Puede entonces quien esté interesado en que la suspensión se levante incoar el proceso del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional? La respuesta debe ser negativa, como luego veremos, dada la peculiaridad del proceso y de la legitimación que exige. Pero lo que no queda cerrado es el camino (fuera del art. 118) ordinario de impugnación.

Dicho lo anterior, ahora se plantea el problema de la posibilidad de impugnación ordinaria del acuerdo de suspensión (o de los actos dictados en su ejecución), imponiéndose una precisión a lo anterior: no podrán impugnarse por la vía ordinaria en tanto se vaya a entrar (tres días) o se haya entrado ya, en el proceso especial del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción (59) y los plazos para recurrir deberán quedar en suspenso hasta la correspondiente sentencia

6. *La naturaleza del proceso del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción*

El pronunciamiento que puede contener la sentencia recaída en el proceso del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción, necesariamente (artículo 118, 5) (60), debe ajustarse a una doble alternativa: o levantar la suspen-

(55) Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la L. S.*, cit., pág. 1008. Matizando que no habrá de atenderse a la fecha de la notificación, sino a la del acuerdo.

(56) Así la doctrina mayoritaria: GONZÁLEZ BERENGUER, cit., págs. 469 y ss., y sobre todo pág. 471; BASSOLS, cit., págs. 316 y ss.; CLAVERO, *Nov. Reg.*, cit., pág. 63 y en nota.

(57) Sentencias de 9 de febrero de 1969, 16 de octubre de 1959, 7 de mayo de 1962 y 17 de enero de 1964.

(58) Las sentencias citadas en nota 54, menos la del 69, a las que hay que añadir la de 19 de febrero de 1972.

(59) En este sentido, CLAVERO, *Nov. Reg.*, cit., pág. 61.

Es otro tema ver el de la impugnación del acto suspendido.

(60) Así en la Sentencia comentada, CONSIDERANDO I, v. en las de 24 de noviembre de 1960, 9 de abril de 1968, 11 de febrero y 20 de junio de 1970.

sión o anular el acto suspendido; es decir, que la segunda posibilidad no se limita a mantener la suspensión (de efectos) para que en un proceso ordinario se discuta la validez (del acto), sino que en el mismo proceso del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción se anula dicho acto (61), siendo, por tanto, el del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción un proceso especial de anulación.

La especialidad del proceso se concreta: en su sistematización dentro de la Ley de la Jurisdicción y (materialmente) en su peculiar tramitación (62) (considerando 1). En la extraordinaria legitimación que exige [artículo 28, 4, a) LJ] sólo posibilitando la incoación (63) a la autoridad que acuerde la suspensión (64) dentro de tres días (como veíamos) y sobre todo (*por y*) en el dato de tener como «presupuesto procesal habilitante del mismo» el hecho de que se haya suspendido (válidamente) un acto manifestamente ilegal (considerando 1).

Nos detenemos en este punto. «Antes» veíamos cómo el proceso (válidamente entablado) era condición de eficacia de la suspensión, «ahora» se constata cómo la suspensión (válidamente acordada) es presupuesto de este peculiar proceso de anulación. Conviene, por tanto, retener dos ideas fundamentales: «Una» que en el proceso no sólo puede confirmarse la suspensión, sino que además (y en sentido diferente) (65) puede y debe sentenciarse (en su caso) la anulación del acto suspendido. «Otra», que para anular mediante este especial proceso es presupuesto que se haya suspendido el acto cuya anulación se pretende. En otras palabras, que el Gobernador (a diferencia del Derecho comparado continental) (66) no puede anular, sino que sólo puede suspender, y una vez acordada la suspensión utilizar el proceso del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción para conseguir la anulación.

De lo dicho, dos cosas. Por un lado (dada la conexión necesaria entre acuerdo y proceso), la diferencia que se advierte con los tres primeros supuestos del artículo 362 de la Ley de Régimen Local: aquí estamos igualmente ante un supuesto de control (suspensión), pero que no deja de ser al mismo tiempo una medida preliminar a otro control más intenso (afecta permanencia del acto) (67). Idea ésta que se recoge expresamente en el considerando 2, *in fine*, de la sentencia comentada.

Por otro lado (dada la disociación que suspensión-anulación producen en la conexión), se advierte una reduplicación del problema en la exigencia de que la ilegalidad se encuentre calificada por la ley como manifiesta. Idea ésta que merece una especial (y siguiente) apartado.

Prescindiendo del enfoque material del problema (requisitos de la ilegalidad), pueden quedar ya registrados una serie de ideas que completan la visión del tema.

En primer lugar, contra la sentencia de la territorial cabe apelación (artículo 118, 6, LJ), con amplia legitimación (68).

(61) No obstante, ver la Sentencia de 6 de abril de 1963.

(62) Criticada por GONZÁLEZ BERENGUER, cit., pág. 470, y CLAVERO, *Nov. Reg.*, cit., pág. 64.

(63) Mediante el «traslado». Ver GONZÁLEZ PÉREZ, «Comentarios a la L. J.», *Civitas*, 1978, página 1296.

(64) Sentencia de 9 de marzo de 1960.

(65) La diferencia entre suspensión y cesación de efectos que veíamos al principio en relación con la existencia y mantenimiento del acto que los despliega.

(66) Ver SALAS, cit., págs. 446 y ss.

(67) Ver GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, 1.ª ed., págs. 404 y ss.; SALAS, cit., pág. 443.

(68) Sobre el tema, GONZÁLEZ PÉREZ, *loc. cit.*, págs. 1298 y ss.

Por otro lado, no dándose los requisitos (formales) que antes apuntábamos, la sentencia deberá levantar (o haber levantado) la suspensión y por limitarse a esto «no» será confirmatoria del acto suspendido (no será de aplicación del art. 105, 5, de la LJ) «ni» producirá los efectos de cosa juzgada en cuanto a la validez del acto que se suspendió (así expresamente en el considerando 1, *in fine*, de la sentencia comentada), pudiendo acudir los interesados a los procesos revisorios de actos distintos del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción, e incluso al civil correspondiente si se diera el caso (69).

Por el contrario, caso de ser la sentencia anulatoria no habrá especialidad alguna, en relación con otras del mismo pronunciamiento, y sólo cabrá plantear la duda sobre la posibilidad (70) de reconocer los derechos afectados por el acto anulado.

7. *Lo manifiesto de la ilegalidad en sede Jurisdiccional*

Antes ya apuntábamos el tema. Ahora, con todo lo que se ha dicho, se patentiza que la exigencia de que la infracción sea manifiesta, no sólo plantea problemas en sí misma, sino en relación con el contexto que supuestos como el que analizamos implican.

Si el órgano jurisdiccional se limitare a enjuiciar la suspensión habrá una clara posibilidad, o levantarla (si la infracción no era manifiesta) o mantenerla (si lo era). No obstante, como veíamos, el proceso del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción se configura como revocatorio del acto suspendido, y la contradicción se produce cuando, no reuniendo la infracción el requisito a que se refiere el presente apartado, el Juez se ve en el caso de levantar la suspensión recaída sobre un acto ilegal y, consiguientemente, de permitirle desplegar efectos a pesar de haber pasado por su Sala de Justicia (71). De aquí que lo relativo del concepto «manifiesto» haya desplegado toda su virtualidad, entendiendo los Jueces en numerosas ocasiones que la ilegalidad (cuando la hay) es manifiesta (aunque pudiera no serlo) e incluso justificando su proceder reconceptuando lo que el término significa vulgarmente (72). Esta tendencia, llevada hasta sus últimas consecuencias, llegará incluso a no exigir siquiera que la infracción sea manifiesta para anular, diciéndolo tácita (73) o expresamente, como en la impresionante sentencia de 24 de marzo de 1975 (74).

Cabría preguntar ahora hasta qué punto es admisible tal fenómeno, y creo que más lógico sería operar como la Ley ordena (75). Lo que la Ley ordena es que mediante la extraordinaria tramitación del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción sólo se anulen aquellos actos que sean manifies-

(69) Así, Sentencia de 9 de marzo de 1960.

(70) Apuntada por CLAVERO, REUL, cit., pág. 385, lo mismo que el problema de la reclamación de daños y perjuicios, tanto en una como en otra alternativa.

(71) BOQUERA, cit., págs. 119 y ss.; SALAS, cit., pág. 427, a los que sigue LEGUINA, cit., pág. 11.

(72) Así, Sentencias de 11 de noviembre de 1956 y 8 de octubre de 1960.

(73) Así, Sentencias de 4 de julio de 1955 y 3 de diciembre de 1957.

(74) Es impresionante en este orden de ideas la Sentencia de 24 de marzo de 1975. En ella se llega a decir:

« el artículo 362, núm. 4, de la L. R. L. condiciona la suspensión de los acuerdos a que vulnere las leyes de modo manifiesto ; pero si esta circunstancia restringe las posibilidades gubernativas en cuanto a la suspensión aquí tratada, otra cosa es el ámbito revisor pertinente al proceso jurisdiccional que sigue a la medida, ya que la posibilidad de anular el acuerdo corporativo . implica necesidad de examinar su ajuste a Derecho en toda la extensión susceptible de producir aquella ineficacia, o sea, de modo autónomo a la cualidad manifiesta o no de la transgresión »

(75) Independiente de que la Ley hubiere ordenado algo más lógico (suprimir el requisito). Ver J. SALAS, cit., pág. 428; LEGUINA, cit., pág. 11.

tamente ilegales; si la ilegalidad no es manifiesta, la «tramitación de la anulación» más ajustada a las garantías que el proceso debe proporcionar debe ser la del proceso ordinario (76), en el cual podrá pedirse la suspensión y la «suspensión» deberá ser la primera de las que veíamos al comienzo del comentario (arts. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo).

Precisamente es en este contexto en el que debe valorarse la sentencia que comentamos. Si a lo largo de estas líneas hemos visto qué útil es en orden a las distintas cuestiones apuntadas, en la que ahora estamos cobra extraordinaria importancia, por la conclusión a que nos lleva (freno de la tendencia que culmina en la sentencia de 24 de marzo de 1975) y por el seguro camino que utiliza para justificar su meta. Para terminar, por tanto, resumo la sentencia en este punto:

Exige el requisito para que se puedan suspender acuerdos y lo interpreta (considerando 3). A la vista de los datos que se utilizaron para suspender se concluye que no pudo apreciarse que la infracción era manifiesta (considerando 4), lo cual, además, explica la falta de motivación concreta (considerando 4, primera parte).

No puede entenderse que se dé el requisito cuando se discute cuál es la normativa aplicable (77), sobre todo si de planificación se trata (considerando 6, segunda parte), porque al entrar en juego, por ejemplo, el tema del silencio positivo se precisará constatar numerosos datos (lo que exigirá antecedentes) (78) (considerandos 6 y 4).

Por lo anterior, que se refuerza por el dato de la situación existente en la zona y acorde con la ilegalidad (considerando 9), resulta claro que el Gobernador no debió suspender la licencia.

Pero no sólo por todo lo anterior, además, el Juez no puede anular porque si pasando de una primera impresión, se adentrara en el estudio de las actuaciones practicadas (considerando 5), ello supondría ir contra la naturaleza del proceso utilizado (considerando 1) y, concretamente, implicaría utilizar trámites propios de un proceso ordinario (considerando 5).

J. G. S.

(76) CLAVERO, *REUL*, cit., págs. 834 y ss; *Nov. Reg.*, cit., pág. 65.

(77) Se sale al paso de las Sentencias de 11 de diciembre de 1956 y 8 de octubre de 1960.

(78) Se sale al paso de las Sentencias de 11 de diciembre de 1956 y 3 de diciembre de 1957.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PARA QUE SEA ADMISIBLE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ES MENESTER QUE EL ACTO IMPUGNADO NO SEA SUSCEPTIBLE DE ULTERIOR RECURSO ORDINARIO EN VIA ADMINISTRATIVA. EL ERROR DE LA ADMINISTRACION INDUCIENDO A INTERPONER UN RECURSO IMPROCEDENTE NO PUEDE IR EN PERJUICIO DEL INTERESADO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—En julio de 1974 se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda competente un contrato denominado de inversiones de carácter privado, que, en 21 de junio anterior, habían suscrito las representaciones de «International Finance Corporation» e «Industrias de Tableros y Derivados de la Madera, S. A.», y por el cual la primera de las expresadas sociedades otorgaba a la segunda un préstamo, quedando supeditada su efectividad al cumplimiento de una serie de condiciones que se determinaban en el propio contrato.

La oficina gestora declaró exento el referido contrato, imponiendo la nueva presentación del mismo en la citada dependencia, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del cumplimiento de las condiciones y, en todo caso, no más tarde del 31 de diciembre de 1974.

Industrias de Tableros y Derivados de la Madera, S. A., impugnó el aplazamiento de la liquidación, por cuanto prejuzgaba la existencia de la misma, y solicitaba que se declarase pura y simplemente exento el documento del impuesto al amparo del artículo 65,9 del texto refundido en relación con el artículo 6.º, sección 9, apartado a), del Acuerdo Internacional, constitutivo de la Corporación financiera otorgante de 10 de marzo de 1960, siendo desestimada la reclamación por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Barcelona, se desestima, confirmando, en consecuencia, la resolución del Tribunal Provincial.

Finalmente se interpone recurso de Apelación ante el Tribunal Supremo y, siendo ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Enrique Amat Casado, se revoca la sentencia dictada por la citada Audiencia Territorial y, al mismo tiempo, se declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo antes expresado, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley de esta Jurisdicción, para que sea admisible el recur-

so contencioso-administrativo es menester que el acto impugnado no sea susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, incidiéndose, en otro caso, en la causa determinante de una sentencia de inadmisibilidad prevista en el apartado c) del artículo 82 de la propia Ley, posibilidad ésta puesta de manifiesto en el caso actual por la Sala, con utilización al efecto de las facultades que le confiere el segundo párrafo del artículo 43 de la repetida normativa legal, surgiendo, consecuencia de todo ello, la necesidad de proferir un fallo de ese signo de inadmisión, ya que se impugnó en vía jurisdiccional, ante la pertinente Sala Territorial, un acuerdo dictado por un Tribunal Provincial del orden Económico-Administrativo, sin previo agotamiento del recurso de Alzada ante el Tribunal Central, procedente con toda evidencia al amparo del artículo 127 del Reglamento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, ya que se trata de la pretensión de que se declare exento en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales un contrato relativo a un préstamo de más de cuatro millones de dólares, lo que permite aseverar, sin riesgo alguno de error, que la cuantía es superior al límite de quinientas mil pesetas legalmente establecido a estos fines de posibilitar el recurso de alzada omitido.

Considerando que consta en autos que la entidad recurrente al proceder en la forma expuesta, esto es, al acudir tras el fallo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, sin la previa formulación del recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, no hizo más que seguir las indicaciones que se le hicieron en la notificación del acuerdo impugnado, y siendo ello así es claro que no puede ir en perjuicio del interesado el error de la administración que le indujo a interponer un recurso improcedente, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia (sentencias de 29 de marzo y 30 de abril de 1965, 27 de diciembre de 1966 y 10 de mayo de 1974, entre otras muchas), lo que obliga a posibilitar la prosecución de su reclamación en la vía pertinente.

COOPERATIVAS PROTEGIDAS. PRESTAMOS. APLICABILIDAD DE LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 65, I, 5.º DEL TEXTO RE-FUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—En la oficina liquidadora competente se presenta una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgado por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Bilbao en favor de la Cooperativa de Consumo la Cruz, concediendo un préstamo de 6.000.000 de pesetas, con un interés del 6,5 por 100 anual, a amortizar en plazo máximo de cinco años. Girada liquidación por importe de 171.273,75 pesetas, se interpone reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, reclamación que es desestimada, lo mismo que la entablada ante el Tribunal Central.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se estima por la Audiencia Territorial de Burgos, con sentencia que anula los acuerdos recurridos, así como la liquidación impugnada, con obligación por parte de la administración de devolver la cantidad indebidamente pagada.

Recurrida la anterior resolución ante el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrador Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la litis versa sobre la procedencia de aplicar la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales contenida en el artículo 65, I, 5.º, del texto refundido de 6 de abril de 1967, al supuesto fáctico de un contrato de préstamo dinerario con garantía hipotecaria concedido por la entidad crediticia, Caja de Ahorros de Bilbao a la Cooperativa apelada, inscrita como Cooperativa Protegida, préstamo destinado a los fines sociales y estatutarios de la misma, a cuya exención se opone la Administración tributaria y en esta apelación el Abogado del Estado, invocando la no inclusión de los bienes muebles entre los actos adquisitivos enumerados en el citado texto refundido, pues al ser el dinero un bien mueble estima dicha representación que no puede ser incluido en los términos de la exención, sin ampliarlos indebidamente.

Considerando que no cabe aceptar la tesis de la Administración, ya que si bien el texto refundido en el citado artículo 65, I, 5.º, no enumera a los bienes muebles, se refiere, en cambio, a «las adquisiciones de bienes inmuebles o derechos», y en la expresión derechos, no limitada a los que recaigan sobre bienes muebles y en el caso del préstamo de dinero, aunque por su naturaleza real secularmente admitida, la entrega del mismo es necesaria para su perfección, es indudable que como todo contrato, además del requisito de la entrega propia de los de carácter real, se requiere la concurrencia de los demás requisitos esenciales comunes, consentimiento, objeto y causa a que se refiere el artículo 1.261 del Código Civil y que por efecto del contrato se opera la adquisición de la propiedad del dinero, pues no sólo la entrega, sino los demás requisitos enumerados son necesarios para tal efecto adquisitivo, por lo que el artículo 1.753 del citado Cuerpo Legal, al contemplar el efecto transmisivo de la propiedad del dinero entregado viene a confirmar cuanto se expone, o sea que el préstamo implica como efecto esencial la adquisición de un derecho de propiedad sobre el dinero, efecto adquisitivo que debe comprenderse en el texto fiscal objeto de debate, pues al no limitar el carácter de los derechos adquiridos no puede realizarse tal limitación por vedarlo la naturaleza de las normas fiscales, bien sean de exención o de sujeción al tributo (art. 24 de la Ley General Tributaria), criterio que ya ha sustentado esta Sala en casos de completa identidad con el presente en sus sentencias de 16 de febrero de 1971 3 de octubre de 1972, 5 de junio de 1973 y 27 de enero de 1975.

PRESTAMO GARANTIZADO SIMULTANEAMENTE CON FIANZA E HIPOTECA. NO ES PERMITIDO SOSTENER QUE UNA DE LAS DOS GARANTIAS PACTADAS EN EL NEGOCIO JURIDICO UNICO, SE SUBSUME FISCALMENTE BAJO EL CONCEPTO DE PRESTAMO, Y LA OTRA COBRA COMPLETA AUTONOMIA, CONVIRTIENDOSE EN CONCEPTO INDEPENDIENTE, A EFECTOS DEL IMPUESTO QUE GRAVA LAS TRANSMISIONES PATRIMONIALES, COMO SI SE HUBIESE PACTADO ANTES O DESPUES DE LA FORMALIZACION SOLEMNE DEL PRESTAMO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Por escritura pública de 8 de agosto de 1972 Catalita, S. A., reconoció haber recibido del Banco Español de Crédito, S. A., un préstamo de 55.000.000 de pesetas, a devolver en el plazo de dos años; habiéndose

garantizado la obligación en la misma escritura mediante fianza solidaria de varias personas e hipoteca sobre fincas de la sociedad, pendientes de inscripción en el Registro.

Presentada la escritura en la oficina liquidadora correspondiente, se giraron dos liquidaciones, una por préstamo a cargo de la sociedad y otra por fianza contra el Banco, siendo esta última objeto de reclamación que, tanto el Tribunal Provincial como el Central, desestiman.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo fue estimado por la Audiencia Territorial de Granada que anula las resoluciones impugnadas, así como la liquidación girada por fianza.

Interpuesto por el Abogado del Estado recurso de apelaciones ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, se desestima, confirmando en todas sus partes la sentencia apelada, en base a la siguiente:

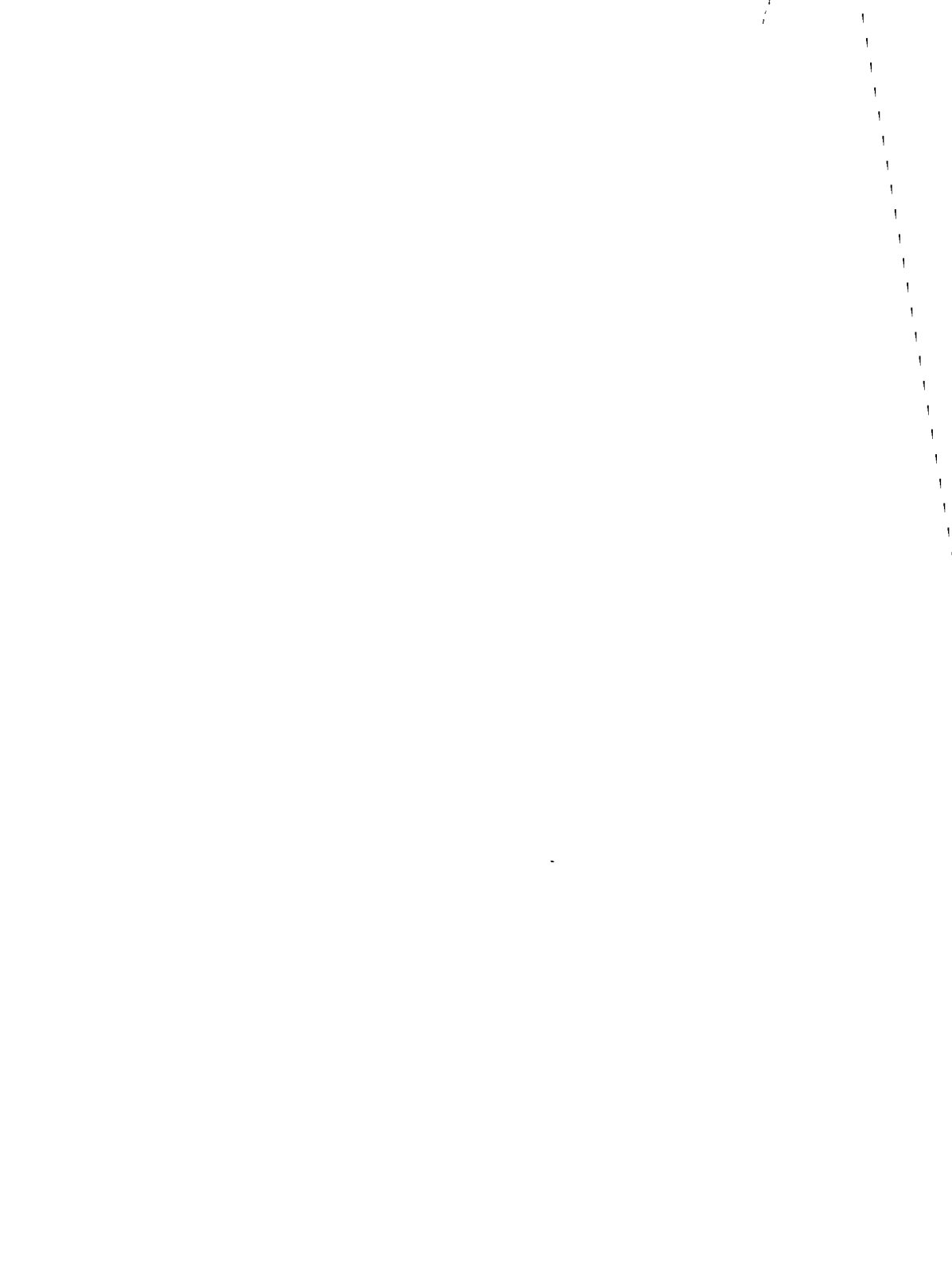
Doctrina.—Considerando que si en una misma escritura, una sociedad reconoce haber recibido de un banco la cantidad de cincuenta y cinco millones de pesetas, que se compromete a devolver en plazo de dos años más los intereses y comisión, y se garantiza la devolución mediante fianza solidaria de varias personas e hipoteca sobre veintiocho fincas de la sociedad, pendientes de inscripción en el Registro, no es permitido sostener que una de las dos garantías pactadas en el negocio jurídico único se subsume fiscalmente bajo el concepto de préstamo, y la otra cobra completa autonomía, convirtiéndose en concepto independiente, a efectos del Impuesto que grava las transmisiones patrimoniales, como si se hubiese pactado antes o después de la formalización solemne del préstamo; pues, aparte de no permitir tal desglose conceptual el artículo 58 ni el 79 del texto refundido de 6 de abril de 1967, el primero de los cuales se refiere a «un préstamo», en singular, después de haber enumerado las fianzas y los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, ofrecidos en garantía, y el segundo, a la sujeción separada en la tarifa, de las varias convenciones comprendidas en un mismo documento, se alteraría, sin razón alguna, el sujeto pasivo del impuesto, que, en los préstamos de cualquier naturaleza, es decir, sin garantía, con garantía personal, con garantía real, o con ambas clases de garantía, es siempre el prestatario; y buena prueba de esto último es que la reclamación económico-administrativa y el subsiguiente pleito contencioso, han sido entablados por el Banco acreedor, y no por la sociedad deudora, que no hubiera estado legitimada, por habersele exigido solamente el impuesto por el préstamo, sobre el más alto de los tipos y sobre la suma del principal y de todas las responsabilidades accesorias que en la escritura se pactaron; luego, tomada en cuenta, una vez, la base total de la operación única de préstamo, al más elevado de los tipos impositivos, cual era, a la sazón, el del 1,90 por 100, envolvería una duplicidad conceptual, el gravar otra vez el principal del préstamo, a un tipo más reducido, lo que no se hubiera hecho si, en vez de veintiocho fincas, se hubieran hipotecado más, y la responsabilidad entre ellas hubiese quedado más diluida; por lo que si la sociedad no podía ofrecer más inmuebles en garantía, y no había seguridad de que la hipoteca llegara a constituirse sobre todas las fincas, ya que estaban en su totalidad pendientes de inscripción en el Registro, esa cautela del acreedor, exigiendo también la garantía de una fianza solidaria en la misma escritura, no desnaturaliza la unidad contractual del préstamo y, en consecuencia, no puede convertirle a él en sujeto pasivo del impuesto.

BUQUES. PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA. CONSIDERACION O NO COMO INMUEBLE A EFECTOS DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—La cuestión fundamental estriba aquí en decidir (cosa ya planteada en la sentencia de 27 de mayo de 1977) si el buque debe tener la consideración de 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 21 de agosto 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 texto refundido, artículo 62, I, indica que estarán sujetos al mismo 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 del tráfico de las empresas.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, dando la razón al particular recurrente, opta por la segunda de las apreciaciones a lo largo de una serie de considerandos, cuyo contenido omitimos por coincidir plenamente con los ya reflejados al reseñar, en anterior ocasión, la sentencia de 27 de mayo de 1977.

C. M. A.



LIBROS

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO, y AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL:
Prácticas de Derecho Civil. Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 1977.

Sería presuntuoso que intentara encuadrar el presente libro en esa serie de categorías que en forma dogmática o humorista son de todos conocidas, pues el título y, sobre todo, el prólogo enmarca el carácter práctico del mismo y su estricta finalidad. Pero si hago alusión a las clases de libros es porque hace poco uno de los autores del que recensiono contó una anécdota en torno a los libros y casas de citas que me hizo sonreír mucho y a la que le agregué la que en el prólogo de su magnífica obra *Estudios jurídicos de arte menor* hacía GONZÁLEZ PALOMINO: libros gordos y flacos, libros para ser enseñados y libros para enseñar, libros para ser citados y libros para citar (o de citas) y libros hechos y por hacer. ¡Qué pena que la juventud actual antes de iniciarse en el campo del ejercicio del Derecho no lea una o varias veces este prólogo!

En el año 1884, MANUEL TORRES CAMPOS, ex bibliotecario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación y del Ateneo de Madrid, decía en su maravilloso libro *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España* que la bibliografía en la descripción de los libros. Responde a la necesidad de dar a conocer fácilmente las obras que existen sobre un asunto, y es una parte externa de la llamada «Historia literaria», que se propone exponer la cultura y el desenvolvimiento de la ciencia, reseñando sus direcciones y sus progresos.

Creo que ambos autores, en el fondo, vienen a tener razón, pues en esta recensión-bibliográfica voy a dar cuenta de la existencia o de la aparición de un libro para enseñar práctica jurídica sobre la materia, aunque la bibliografía pueda ser—como apuntaba GONZÁLEZ PALOMINO—una causa limitativa de la capacidad de obrar y discurrir. Aparte de la cita es necesario en esta recensión—según EUGENIO D'ORS—detener el girar de una peonza, dando por bueno que el menester del crítico es el de analizar y hasta, si tanto se nos apura, el de disecar. Es decir, mi recensión no sólo es noticia, sino un análisis seguido de un proceso de síntesis

Y yo que he militado en las dos zonas—teoría y práctica—del Derecho, me encuentro «legitimado» para llevar a puerto ese doble proceso. Creo en la necesidad y en la eficacia de estos libros «prácticos» que recogen precisamente «casos prácticos» y creo en ellos, como creo en la vida misma que frente al arrollador impulso de mentalidades clarividentes se ve compensada por la tranquilizadora aportación de la experiencia.

El tema ahora tan de moda de las oposiciones (al igual que las revoluciones que se suceden en ciclos naturales más o menos distanciados, pasa con las oposiciones que ofrecen base polémica para desahogo de intelec-

tuales y políticos) puede ser una buena prueba de la necesidad de libros de práctica jurídica. Recuerdo en mi época de preparador de oposidores las grandes dificultades con las que tropezaba al abordar lo que yo llamaba la «etapa de la montaña». La mente acostumbrada a la disciplina del estudio teórico y reiterativo de los temas, sufría una auténtica prueba al tener que enfrentarse con una realidad, con el caso práctico o, lo que es lo mismo, con la aplicación de la teoría a la práctica. De ahí que adoptase en mis métodos de preparación el ejercicio simultáneo y espaciado del caso práctico. Creo que ahora se sigue así y, a juzgar por los resultados, esta doble proyección del estudio está dando muy buenos resultados. Conste que con ello no entro en la bondad o maldad del sistema de oposiciones, ya que para mí dejó de ser tragedia hace tiempo y ahora sólo contemplo y recopilo el aspecto anecdótico que ella encierra y que algún día dará a la luz. No obstante, considero que entre el drástico sistema de la oposición tradicional y el que se ofrece de agujerear un cartón con cinco preguntas y un punzón, como si de un revisor de la RENFE se tratase, tiene que haber un término medio y unas fórmulas para demostrar una cierta preparación. Bien está que el pueblo elija por sufragio, pero para ocupar ciertos puestos claves de una nación debe exigirse una prueba, pues de lo contrario desembocaríamos no en una dramática improvisación, sino en un auténtico caos intelectual.

El prólogo de la obra lo escribe y lo escribe muy bien, como él sabe hacerlo, DÍEZ-PICAZO, Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Creo que si reproduzco un párrafo que a mi entender resume la esencia de la idea, el lector se dará cuenta de la dimensión de dicho prólogo: «Aplicar el Derecho exige una difícil y delicada tarea que, como sabemos, se encierra dentro de los moldes o del marco de la interpretación del Derecho. Hay que encuadrar el supuesto dentro de un marco institucional; buscar y encontrar las normas que *prima facie* pueden resultar aplicables; analizarlas y decidir finalmente si lo son o no y cuál de ellas debe serlo; establecer el significado preciso y el sentido de la norma; contrastar el supuesto de hecho de la norma con las características fácticas del caso y contrastar, por último, la consecuencia jurídica de la norma para ver si es la que conviene o no».

Me ha hecho sonreír la comparación que DÍEZ-PICAZO hace del libro con la pesca «y como en la pesca... uno no aprende sólo en los libros, sino metiéndose en el río y mojándose hasta donde fuera menester». Y me ha hecho sonreír porque yo soy pescador, un pescador que santifica sus días de pesca y que en el siguiente hace realidad verbal del milagro de la multiplicación de los peces, y a mí las lecciones teóricas me las dio un buen pescador (cosa rara que esto suceda), pero ha sido el río el que me ha enseñado más. Los ríos, como diría DELIBES, son locuaces, dicen muchas cosas y, las que no dicen, las sugieren... Por eso, aunque el prologuista no lo estime así, yo creo que este libro sí es el río, pues dice muchas cosas y sugiere otras, pero a diferencia de los ríos de verdad aquí hay que utilizar un maestro al lado. El diálogo libro-lector exige un complemento posterior de contraste. Frente al caso que se relata y las preguntas que se solicitan y las posibles claves que se ofrecen, hay que montar la escena de la clase práctica: el contraste de pareceres, las distintas visiones y los diferentes enfoques dados al problema.

En materia de contenido de la obra—que ya va siendo hora de que de esto nos ocupemos—es preciso diferenciar cinco partes que responden a

otros tantos criterios de penetrar en ese campo jurídico de la práctica del Derecho. Creo que para mayor claridad debemos ir separando en esta recensión dichas partes:

PARTE PRIMERA

Está destinada a casos prácticos. Son casos debidamente clasificados en las cinco ideales partes en que se divide el Derecho Civil: introducción y derecho de la persona, obligaciones, cosas, familia y sucesiones. Son casos breves, contados con claridad, sin la malicia del obstáculo premeditado de una redacción bifronte (¿es lo mismo su legítima estricta que estrictamente su legítima?) y seguidos de una o varias preguntas y muchas veces con la clave de una sentencia o de una referencia, pero sin solución.

Aquí no hay soluciones. Recuerdo en mi época de bachiller el haber descubierto cuál era el libro que un profesor de matemáticas utilizaba para ponernos los problemas, así como las soluciones a ellos. El libro se llamaba *Soluciones analíticas* y su autor José Dalmau Carles. Debe ser de los pocos sobresalientes que figuran en mi expediente. Total, que ahora apenas domino las cuatro reglas, sin utilización de *tampax*.

Descender a detalles haría larga y tediosa esta recensión, pues ni podríamos enumerar todos y cada uno de los problemas que se ofrecen, ni enumerándolos conseguiríamos nada. De todas formas, sí me importa consignar que están tratadas las materias de mayor y actual problemática, como las de la jerarquía de las normas, la capacidad de los menores de edad, la nacionalidad y vecindad, la persona jurídica y las uniones sin personalidad, el derecho al honor, la fama, a la vida, el silencio, los vicios de la voluntad, la simulación, etc. En la segunda parte existen también cuestiones de suma actualidad, como la de los arrendamientos, obligaciones genéricas-específicas, pacto de reserva de dominio, responsabilidad por daño, etc. En materia del derecho de cosas hay muchos casos íntimamente ligados con el Derecho Hipotecario, así como los problemas de reversión, buena fe y justo título, propiedad horizontal, derecho de pesca, etc. En la familia, aunque son pocos problemas los que se ofrecen en relación a las demás partes, todos ellos son de actualidad, separación, divorcio, gananciales. En sucesiones la materia de testamentos, las sustituciones, legados y particiones acaparan el temario.

PARTE SEGUNDA

Tiene como contenido la reproducción de tres dictámenes debidos a tres figuras punteras de la vida del Derecho: CLEMENTE DE DIEGO, PÉREZ SERRANO y HERNÁNDEZ GIL. Responden a tres épocas distintas, aunque la técnica del dictamen viene a ser la misma. Don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO aborda en el año 1931 el tema de la sociedad de gananciales, su liquidación y el abono de mejoras voluntarias. Don NICOLÁS PÉREZ SERRANO, en el año 1943 discurre sobre la situación de una pared medianera, unas obras y un interdicto de obra nueva y HERNÁNDEZ GIL, en el año 1954, toca en su dictamen los puntos del prelegado, la administración de los bienes y repercusiones del artículo 675 del Código Civil.

El dictamen—dice el último de los autores citados—es el trabajo que posiblemente refleja de una manera completa y libre la personalidad y el

estilo del abogado. Es una tarea má remansada y pacífica. La función del abogado en el dictamen se aproxima a la del juez; pierde el radicalismo característico del proceso contencioso. La labor del que consideramos como dictamen en sentido propio implica ante todo un parecer, aunque haya de ser fundado. Y es curioso cómo este mismo autor («El abogado y el razonamiento jurídico»), al enjuiciar los dictámenes de CLEMENTE DE DIEGO—preocupado siempre por el estrecho vínculo que liga a la teoría y a la práctica—dice que marcan como línea argumentativa constante la marcha de lo universal a lo particular. El razonamiento tiende a instalarse en unas proposiciones generales como antecedente para llegar a la proposición inmediatamente requerida para pronunciarse sobre el caso contemplado. De los dictámenes de PÉREZ SERRANO el autor citado dice que sabe descender desde las delectaciones de la especulación al terreno de las realidades sin que se note esa doble vía de su intelecto. Al lado del dictamen extenso y circunstanciado aparece lo que denominaba «la nota-dictamen» provocada por la urgencia, la premura y la repentización. De los dictámenes de HENÁNDEZ GIL el lector sabrá enjuiciarlos en su medida.

PARTE TERCERA

Está destinada a reproducir diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Estado civil. Y así en los tres apartados que a ello se dedican se ofrecen las referentes a matrimonio, filiación y adopción.

Cuesta mucho—sobre todo al novel—introducirse en la lectura de una sentencia o una Resolución, pero poco a poco la trama prende en uno, y ya es difícil dejar la lectura que desemboca no en la posible solución que se le da al asunto, sino en la que uno le hubiera dado. Creo que esa labor crítica es la que hace fructífera la dedicación de esta parte a este menester.

PARTE CUARTA

Cuando detrás o paralelamente a la mesa de trabajo, dos o más personas nos piden que se plasmen por escrito sus manifestaciones hace falta tener mucha soltura para ir enlazando—sin mucha extensión—todos y cada uno de los requisitos que la Ley exige cumplir para que el acto, aparte de ser eficaz, sea válido. Los primeros pasos son de auténtica vacilación, pero luego se van superando. En ellos se hace imprescindible un formulario, un ejemplo, un protocolo, un algo orientador en qué apoyarse. Esta viene a ser la utilidad práctica de esta parte en la que se brindan diversos modelos de escrituras notariales de más frecuente otorgamiento: compraventas, hipotecas, poderes, obras, etc.

En mi labor de publicista más de una vez he salido al público con el ofrecimiento de unas fórmulas de inscripciones registrales y podría, por ello, decir ahora que esta parte es como una fábrica de sueños que el autor hace realidad.

PARTE QUINTA

La fórmula notarial de elaboración de una voluntad o de estructuración legal de una voluntad o de varias, tiene un momento posterior en su efica-

cia—a veces en su constitución—y es la necesidad de ser inscrita en un Registro Público. Precisamente para dar una idea de la forma en que se verifica la inscripción se transcribe en esta parte el historial registral de dos fincas.

A mí normalmente no me ha gustado nunca hacer «un historial», pues carezco de la imaginación suficiente para ir descubriendo apellidos que no impliquen parentesco o que impliquen y, por ello, siempre he prescindido de ese esfuerzo. Recuerdo, a este respecto, una recensión de un libro sobre Derecho Hipotecario que traía también modelos e historiales y vi con auténtico asombro cómo dos personas con el mismo nombre y apellidos en un modelo aparecían como mayores de edad y en otro como incapacitados por minoría. Aquí no sucede eso, pero sí, quizá por error de imprenta, en la nota marginal de la 20.842 se dice que se cancela la hipoteca que grava la matriz y esto sucede el 20 de octubre de 1976, pero en 1970 se hace una obra nueva y una constitución en propiedad horizontal y se vuelve a poner la nota marginal de cancelación de una hipoteca fechándola el 20 de octubre de 1976. Igualmente en el arrastre de cargas se habla de una anotación letra B. y una inscripción de hipoteca, fijándose la cantidad de un millón de responsabilidad para las dos. Dicho así la cosa es grave, luego se fija uno y ve que la anotación era de «suspensión de inscripción de hipoteca», que ya había sido convertida. ¿Por qué si está convertida hace falta arrastrar esa carga?

Hay otros pormenores—como, por ejemplo, la inscripción en segregación y en pleno dominio a favor de titulares distintos, que es muy discutible en purezas hipotecarias—que creo que sabrán explicar quienes perciban la reacción del alumno en la clase práctica. Por supuesto, el orden de exposición de historial de las fincas lo hubiera alterado, ofreciendo primero el de la matriz y luego el de la finca que se segrega de ella. Hacer lindar una finca con el «cementerio» es ganas de poner lazos negros a la historia de una finca que comienza, pero no dejo de comprender que hay fincas que así lindan, pero no sé si podrán ser edificadas.

Aunque cito en el comienzo como autores del trabajo a BERCOVITZ y AMORÓS GUARDIOLA, parece ser, según el prologuista, que el libro es obra de una colectividad, siendo los primeros autores los que han llevado el mayor peso. Cabe por ello citar a CARLOS ROGEL, ANTONIO CABANILLAS, JORGE CAFFARENA, JOSÉ RAMÓN ANTÓN y JOSÉ POVEDA MURCIA, estos dos últimos suministradores de los modelos de escrituras y de inscripciones. Eso es todo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*. Edit. Montecorvo, S. A., Madrid, 1978.

Al abordar la recensión crítica de esta monografía—tesis doctoral, me imagino—de este joven autor, enraizado en apellidos y en vivencias con el norte de España, se me viene a las mentes una tremenda escena televisiva entre dos estilistas del pensamiento: Tierno Galván, lo que ahora se llama viejo profesor, y Fernández de la Mora, lo que podríamos calificar como

el crepúsculo de un régimen. Yo vi cómo el viejo profesor arrancaba casi a zarpazos la persistencia de dos principios totalmente incompatibles: la igualdad y la libertad. Me quedé con muchas ganas de hacer un comentario marginal a dicha escena, pero cuando ya mis ganas habían sido vencidas apareció en el periódico *ABC* un magnífico artículo de mi compañero DURÁN CORSANEGRO que demostraba la casi imposibilidad de que juntos puedan ir la libertad y la igualdad. Si hay igualdad es porque ésta se impone y con ello se elimina la libertad. Si hay libertad, la igualdad es imposible porque cada hombre utiliza la suya para diferenciarse de los demás. Parece ser que en las mentes elaboradoras de nuestra futura Constitución democrática aparecen del brazo y por la calle la consagración de los dos principios: igualdad y libertad. Creo que es el artículo 1.º el que lo consagra. De una Constitución pueden esperarse muchas cosas, entre ellas la de su respeto, pero entiendo que en este caso provocar un milagro de coexistencia de principios es exigir demasiado.

Fijaos que las ideas de libertad y de igualdad van a ser las que se manejen en esta monografía, pues si la equivalencia de las prestaciones no vienen a ser más que la traducción de una deseada igualdad, igualdad formal de posiciones, un trato equivalente de ambas partes, como se reconoce en la regla del cumplimiento simultáneo y asimismo en la desvinculación contractual cuando una parte incumpla, es también cierto que no debe olvidarse nunca el principio por el cual las partes son libres, autónomas en su voluntad, para establecer los pactos y condiciones siempre que no violen la ley o perjudiquen los intereses de terceros. ¿Serán ambos principios compatibles? ¿Será este caso concreto una realidad que ha movido al legislador constitucional a introducir ambos principios en el texto legal?

Con esta pequeña sugerencia no quería más que llamar la atención del lector sobre la importancia de la monografía que tenemos ante nosotros, pues—aparte de su documentación, precisión, profundidad y claridad—se abre ante el estudioso el interrogante que su autor ofrece como meta de su trabajo: ¿Tiene sentido que alguien alegue y pruebe en juicio el desequilibrio patrimonial de un contrato? Ya el autor advierte que se ha procurado deslindar la índole moral que esta cuestión puede presentar de su tratamiento jurídico. Entendido el Derecho como un mínimo ético exigido coactivamente, es claro que éste no alcanza a hacer suyas todas las exigencias que la justicia moralmente pueda presentar.

Para una mejor comprensión del contenido vamos a respetar cada uno de los seis capítulos de que la obra se compone, sin perjuicio de hacer unas apreciaciones generales.

La obra, obra sin prólogo y, por ello, obra valiente, en su estructura ofrece al lector seis capítulos, unos índices de Sentencias del Tribunal Supremo citadas y otras analizadas, así como otro de la bibliografía utilizada y un sumario general. Creo que es importante destacar la forma y la manera en la que el autor maneja la sentencia, pues aparte de poner en antecedentes al lector de la materia, sintetiza los supuestos de hecho y transcribe los considerandos, sin perjuicio de luego hacer el comentario pormenorizado de la misma. Igualmente me llama la atención la forma, casi angustiosa, de agotar argumentos en pro o en contra de una tesis. En la misma forma podría elogiar esa manera de esbozar esquemas, apuntando momentos cruciales de precisión doctrinal, que suponen o dejan ver la

gran pantalla donde se van reproduciendo los efectivos y profundos conocimientos del autor sobre la materia. Veamos en breve síntesis el contenido:

A) *LA EQUIVALENCIA EN LA RELACION CONTRACTUAL INTER PARTES*

Esta primera parte está destinada al examen de una de las facetas del fenómeno, cual es la relación contractual entre partes. Se arranca del artículo 1.257 del Código Civil, que precisamente creo que en otra publicación he utilizado para perfilar el concepto de tercero. Sobre ese arranque se examinan tres fundamentales cuestiones a modo de previsiones del ordenamiento: la igualdad formal de posiciones, requisitos de validez de los contratos y la onerosidad o gratuidad en su proyección económica. Es evidente que la primera cuestión nos va a determinar el alcance, dentro del ordenamiento, del principio de igualdad; la segunda, al enumerar el consentimiento, el objeto y la causa, permiten examinar los posibles vicios del consentimiento y la proyección de la teoría de la causa en la equivalencia de las prestaciones, siendo, por último, la onerosidad y la gratuidad la que influye en ese equilibrio de prestaciones, diciendo el autor, que el régimen de onerosidad, que supone una conceptualización patrimonial contrapuesta a la gratuidad, que aspira a un apoyo cierto en la realidad económica, se acomoda en la relación *inter partes* a la relación de valor que los particulares establecen. En la relación con terceros, sin embargo, es una relación de valor medida como equivalencia objetiva y real.

Intimamente ligado con el problema de la equivalencia de las prestaciones están los recursos extraordinarios concedidos por los diferentes ordenamientos y, entre los cuales, se estudian por el autor la rescisión por lesión con sus proyecciones en Cataluña y Navarra (precio justo en Cataluña y rescisión por lesión en Navarra), así como la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa y su desconexión con la de la lesión, según la tesis de NÚÑEZ LAGOS, así como la posición jurisprudencial.

B) *LA RELACION CONTRACTUAL Y LA EQUIVALENCIA FRENTE A TERCEROS*

La segunda faceta o aspecto del problema de la equivalencia es afrontada por el autor en esta segunda parte o capítulo: su proyección frente al tercero. Creo que la tesis del autor se hace patente inmediatamente de esta forma: «Entre las partes el contrato es consentimiento y, por tanto, pura subjetividad. Frente a terceros el contrato es un fenómeno ajeno relevante o irrelevante. Relevante cuando incide en la esfera de sus intereses, como beneficio o como perjuicio. Para el tercero el contrato es una realidad objetiva, con la que—caso de ser para él perjudicial—se ha de enfrentar. Y si el ordenamiento tutela su interés, si le concede accionalidad, lógicamente el análisis que hará del contrato, en todos sus aspectos, será el propio de un tercero—ajeno a la relación pero afectado—. Para él la reciprocidad económica propia del negocio oneroso será real o ficticia, sin matizaciones. Y si le interesa lo hará notar.»

Para el desarrollo de esta idea el autor nos sitúa rápidamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en el examen de dos sentencias que tratan el problema de distinta forma, aunque se aprecia que es más extensa

y firme cuando se rechaza la necesidad de que concurra la equivalencia de las prestaciones que cuando se aprecia su inexistencia como causa de lesión. Luego el autor nos introduce, como no podía menos, en la teoría de la simulación, tocando el problema de la calificación dada por las partes al negocio, la plasmada en el documento público y la posible trascendencia del principio de legalidad registral en todo ello. Debo hacer constar que el Notario calificará el negocio y le dará el nombre adecuado, cualquiera que fuera la denominación que le den las partes y el Registrador calificará, sin conformarse con la calificación hecha por el Notario. Efectivamente se escapa a la labor de calificación el problema de la simulación, pero ésta debe aflorar cuando con ella se trata de violar una norma legal. El caso frecuente en la actualidad es la figura del «autocontrato», que supone un previo levantamiento del velo de la persona jurídica, tal y como lo refleja la Resolución de 1 de julio de 1976 que, por cierto, niega al Registrador esta facultad quizá pensando en el problema de la simulación, aunque no lo diga claramente.

El complemento de estas ideas se desarrolla a través del estudio del interés del tercero, el perjuicio del mismo, la onerosidad o gratuidad y la pretensión del tercero. Se complementa o refuerza el estudio con una análisis de ciertos supuestos conflictivos a través del Tribunal Supremo.

C) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EQUIVALENCIA

El autor, en su estudio, trae a colación la doctrina de la llamada *clausula rebus sic stantibus* y sus aplicaciones. El enfoque se hace desde diversos puntos de vista como pueden ser el de la aplicación, el de los requisitos de aplicación, el de los presupuestos, la problemática de la equivalencia a través de dicha doctrina, de su elaboración doctrinal y del principio de buena fe. Para el autor la justificación de este estudio radica en su afirmación de que el momento prudencial de la realización del derecho se presenta como un ámbito donde, con caracteres propios y marcada independencia de la técnica contractual, el principio de la equivalencia de las prestaciones es tenido en cuenta. El hecho de que dicha vigencia del principio se presente como un fenómeno autónomo—salvando el principio *pacta sunt servanda*, sin apreciación de perjuicio de tercero, sin pacto previsor previo, sin explicación de la propia relación jurídica deducida—decanta la instancia jurisprudencial como uno más de los enfoques posibles desde los cuales se alcanza la idea de equilibrio contractual.

D) LA EQUIVALENCIA INSTITUCIONALMENTE CONSIDERADA

Es claro que al usar el término «institucionalización» el autor explique la razón en que lo usa y la licencia que con ello se permite: la presencia del principio de equivalencia trae causa, en estos casos, de esa función que en un sentido amplio, por ser aspectos básicos del vivir social, calificamos de institución. El minucioso estudio del problema se hace a través de dos Sentencias del Tribunal Supremo, la de 23 de noviembre de 1963 (sobre una renta vitalicia) y la de 14 de febrero de 1976 (pago de pensión de alimentos), las cuales se exponen en hechos y antecedentes, considerandos y los correspondientes comentarios.

E) *LA EQUIVALENCIA COMO REGLA*

Las dos vertientes en que la equivalencia de las prestaciones puede ofrecerse como regla son la de una previsión positiva normal incorporada al ordenamiento como norma excepcional o como regla convencionalmente establecida. En torno a esta doble posibilidad el autor nos lleva al examen de los caracteres de excepcionalidad, al estudio de sus relaciones con la analogía, su incrustación en el Derecho Positivo, su incorporación a la voluntad negocial y los problemas de la justicia conmutativa, el interés social y la diligencia inexcusable.

F) *FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LA EQUIVALENCIA DE PRESTACIONES*

Para llegar a la precisión de las funciones del principio de la equivalencia el autor parte de la idea de la «mayor reciprocidad de intereses» de que habla el artículo 1.280 del Código Civil, para luego examinar el artículo 1.276 del mismo Código a través del nivel de onerosidad y terminar sentando como bases del mismo la de ser un postulado de justicia, como principio económico, solución de justicia, opción de política legislativa, regla asumida por las partes y como inspiración institucional, aparte de ser principio general de Derecho acogido al artículo 1.º del Código Civil actual.

Creo que podría concluirse con la apreciación general de que el principio de igualdad—equivalencia de prestaciones—es un corrector en ciertos casos del principio de libertad, lo cual demuestra que resulta muy difícil la coexistencia de ambos principios.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Jornadas iberoamericanas y europeas de Derecho Agrario. Zaragoza-Jaca, 1976. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela, 1977. Un tomo de 637 págs.

Si empezamos diciendo que en todas partes cuecen habas no es simplemente por conformarnos, pues, como contrapunto, tampoco olvidamos que nuestro refranero dice que el mal de muchos sólo puede servir de consuelo a los tontos.

Y todo esto viene a cuento porque la exigencia de reformar estructuras agrarias es casi universal, pero se presenta en América de modo más imperioso. Desde el río Bravo a la Patagonia todavía perduran situaciones y formas injustas de tenencia de la tierra, ya muertas en nuestro Continente. Es lo que se viene intentando corregir con la promulgación de diecisiete leyes de reforma agraria en la década de los 60, estando ya alguna de ellas en trance de revisión, como la venezolana.

La problemática rural en Iberoamérica y las soluciones que aportan cada uno de los países del área son siempre interesantísimas y su estudio merece cada vez mayor atención. Es justa correspondencia al interés con que ellos han mirado siempre las tendencias legales y doctrinales de la

vieja Europa, que, más experimentada y sedimentada, aún tiene raíces válidas a las que acudir.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria, creado en 1973, con sede en la Universidad de Los Andes, en Mérida, Venezuela, y la Asociación Española de Derecho Agrario llevaron a cabo un encuentro en Zaragoza y Jaca en julio de 1976, para intercambiar opiniones y conocimientos sobre esta disciplina jurídica que últimamente tiene un florecimiento especial. En estas Jornadas se reunieron 89 juristas americanos y europeos llamados por el común interés de conocer los últimos desarrollos de la ciencia jurídica agraria y el Derecho Positivo vigente en los respectivos países; las miras científicas y las prácticas presidieron las reuniones en un ambiente de positiva voluntad para obtener resultados efectivos.

Dos fueron los temas estudiados: Por un lado, «La Agricultura asociativa», como punto que requiere meditación, comprensión y una depurada técnica jurídica que sepa captar la realidad, y, por otro lado, la conservación de la naturaleza, bajo el título «El Derecho Agrario y los recursos naturales renovables».

El contenido de ambas ponencias, las valiosas y numerosas comunicaciones presentadas y las conclusiones a que se llegaron en estas Jornadas de Zaragoza-Jaca se recogen en este libro, editado en junio de 1977 por la Universidad de Los Andes y que seguidamente tratamos de resumir.

Tema primero: LA AGRICULTURA ASOCIATIVA.

La *ponencia* fue defendida por Juan José Sanz Jarque, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid, quien tras afirmar que el fenómeno de la agricultura asociativa es reciente y universal, pasa a estudiar el fenómeno asociativo en España, contemplando las sociedades civiles y mercantiles, las comunidades de bienes o de simple goce de fincas rústicas, las asociaciones de empresas, la acción concertada, la aparcería múltiple y las agrupaciones como formas en que se manifiesta esta agricultura de grupo. Para el ponente, el fundamento de estas figuras sociales está en una clara exigencia de la sociedad de nuestro tiempo, en donde han nacido espontáneamente y en la subsiguiente promoción legislativa adecuada. Esta legislación se ha concretado en España en las disposiciones sobre reforma de estructuras agrarias, en la legislación de cooperativas y en las disposiciones fiscales, crediticias y de planificación. La realidad asociativa española en la Agricultura se concreta, hasta 1975, en 5.919 cooperativas del campo que asocian a 1.327.000 familias; en 15.921 Grupos Sindicales de Colonización, 2.096 agrupaciones cerealistas y 53 agrupaciones de productores agrarios (APAS). Ante esto, intuye el ponente que el futuro de la agricultura española y del mundo entero está en la forma empresarial y asociativa, siendo la cooperativa el instrumento más idóneo de reforma social y desarrollo del campo.

Veintitrés *comunicaciones* se presentaron a este tema, que el libro recoge, por orden alfabético de sus autores, y nosotros agrupamos y resumimos:

— ALBERTO BALLARÍN presentó un breve estudio sobre los diversos tipos de empresa comunitaria y personalista en España.

— Sobre la agricultura asociativa en general, en España y en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, hay comunicaciones de JOSÉ LUIS SÁNCHEZ

GIL, LEOCADIO BUESO ZAERA, MARCELINO GAVILÁN, LUIS MARTÍN-BALLESTEROS, JOSÉ FERNÁNDEZ LEÓN y MARÍA AMPARO LLOMBART.

— La agricultura asociativa en Uruguay es expuesta por el Catedrático de Derecho Rural de la Universidad de Montevideo ADOLFO GELSI BIDART; el cooperativismo en Brasil por OCTAVIO MELLO ALVARENGA, Director de la «Associação Latino-Americana de Direito Agrario»; en el Derecho Alemán por KARL F. KREUZER, Profesor de la Universidad de Hohenheim, Stuttgart, y, por último, AIME DE LEEUW, Profesor del «Institut de Hautes Etudes de Droit Rural» de París, aporta su estudio sobre la protección y la utilización adecuada de las tierras agrícolas belgas.

— La responsabilidad patrimonial en las asociaciones agrarias es estudiada por RUBÉN DE MARINO; los problemas del crédito en el cooperativismo por MARÍA LUISA DE HOYOS, el aspecto fiscal de la agricultura de grupo por el autor de esta recensión y la materia de la comercialización de los productos obtenidos por las asociaciones se toca por EMILIO PLANCHUELO ARIAS.

— Como formas especiales de asociaciones se estudian las comunidades de aguas por JOSÉ LUIS ESPINOSA YÁÑEZ y JOSÉ-DAMIÁN TELLEZ DE PERALTA, las explotaciones comunitarias técnico-laborales por EMILIO PÉREZ PÉREZ y otros, las formas asociativas en aprovechamientos ganaderos por MARCELINO TOUBES HERRERO y las agrupaciones de productores agrarios, APAS, por JOSÉ LUIS ALGÓBEZ CORTÉS.

— Por último, el Seminario de la Cátedra de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid, presentó una documentada comunicación sobre las sociedades cooperativas y otros entes de explotación en común, con datos numéricos y gráficos.

Sobre este punto de la agricultura asociativa se aceptaron las siguientes conclusiones:

1. Las formas asociativas de la actividad agraria surgen ante la insuficiencia de las instituciones jurídicas clásicas para regular las apremiantes exigencias de producción y de justicia social.

2. La agricultura asociativa cambia el sujeto del quehacer agrícola en la titularidad de la explotación, en su funcionamiento y en la distribución de los resultados.

3. Es indispensable una legislación especial en materia de agricultura asociativa para darle los cauces adecuados a su desarrollo.

4. Cada país o región ha de encarar la agricultura asociativa, según sus propias necesidades y modalidades, para que resulte adecuada y efectiva.

5. Sin perjuicio de lo que cada país estime pertinente, han de establecerse para la agricultura asociativa formas del Derecho Agrario distintas de las mercantiles.

6. Es necesario dar un apoyo efectivo en educación y en asistencia técnica y crediticia a los agricultores que realicen la experiencia de la agricultura asociativa, para la consolidación y el éxito de la misma.

Tema segundo: EL DERECHO AGRARIO Y LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES.

La *ponencia* se debe a RAMÓN VICENTE CASANOVA, Rector de la Universidad de Los Andes de Mérida (Venezuela), que empieza rechazando la concepción del Derecho Agrario como disciplina referente a la empresa agraria y se inclina por la corriente que construye sus principios alrededor de la propiedad territorial y que regula el uso y aprovechamiento de la misma, comprendiendo éste el suelo, los bosques y las aguas y sus producciones sucesivas. La propiedad territorial, como manifestación de la propiedad general, lleva como contenido los recursos naturales renovables que el hombre hace suyos y transforma en bienes para satisfacer sus necesidades. Pero, según el ponente, estos recursos constituyen una unidad y para salvarla debe intervenir el Derecho Agrario, con lo que se amplía su marco de acción hasta la ecología. Esta concepción cobra vigencia ante una realidad extremadamente difícil determinada por la destrucción de los recursos naturales y la pérdida del equilibrio ecológico; padecemos una crisis en esta materia y por ello no pueden mantenerse los ordenamientos liberales. De aquí que el Derecho Agrario, junto a la racionalización de la tenencia de la tierra, deba ocuparse de la conservación de sus recursos para que nada esté demás en la naturaleza ni se pueda echar tampoco de menos.

Las *comunicaciones* presentadas, en número de catorce, se refieren a las medidas legales que en los respectivos países se adoptan para la consecución de estos fines:

— IVO ALVARENGA, de El Salvador, y ANA MARÍA DOBRY, de Argentina, contemplan el marco jurídico para la defensa de los recursos naturales en Iberoamérica.

— Sobre la adecuada utilización del suelo en Venezuela, hay comunicaciones de RAMÓN DUQUE CORREDOR, JOSÉ MARÍA FRANCO GARCÍA y M. A. PALMA LABASTIDA.

— ADOLFO GELSI BIDART, Profesor de Montevideo, estudia la preservación de los recursos naturales con medidas de Derecho Agrario y en especial con la registración de dichos recursos.

— La Ley de Protección a la Naturaleza de la República Federal Alemana es objeto de comunicación del Profesor ALFRED PIKALO.

— El Código colombiano de recursos naturales renovables y protección al medio ambiente, se estudia y analiza ampliamente por el profesor de Derecho Agrario OTTO MORALES BENÍTEZ, ex Ministro de Agricultura y de Trabajo de su país.

— Por último, hay varias comunicaciones españolas sobre el tema en sus diversos aspectos: LUIS AMAT ESCANDELL, sobre la repoblación forestal; PETRA MARÍA CERRILLO estudia la protección a la fauna silvestre; SALVADOR GRAU llama la atención a ecólogos y juristas sobre el problema de proteger la naturaleza; LUIS MARTÍN LIÑÁN defiende la conservación del paisaje en las zonas de influencia de las autopistas y, finalmente, la legislación española sobre espacios naturales protegidos es analizada en tres comunicaciones de FRANCISCO-JAVIER OLIVARES VIEJOBUEÑO, MARCELINO TOUBES y CARLOS VATTIER FUENSALIDA.

Las *conclusiones* adoptadas en las Jornadas respecto a la conservación de la naturaleza por medios jurídicos fueron las siguientes:

1. Los recursos naturales y renovables—suelos, agua, flora y fauna—constituyen una unidad y deben ser regulados en forma unitaria, dentro de la cuestión general de la ordenación del territorio y de acuerdo con los principios de la ecología.

2. Corresponde al Derecho Agrario la regulación de los recursos naturales renovables en cuanto a su defensa, conservación, mejoramiento, uso racional, aprovechamiento y disponibilidad adecuados.

3. El uso competitivo de los recursos naturales renovables entre la agricultura y la industria debe ser regulado por las normas de Derecho Agrario, para garantizar la prioridad del destino agrario en al materia.

4. En atención a la significación que ha adquirido el tema, las organizaciones internacionales deben convocar a juristas agrarios para realizar los estudios que conduzcan a la regulación internacional de los problemas que afectan a la humanidad en su conjunto en relación con los recursos naturales renovables.

He aquí el resumen del libro, que tiene un indudable interés y muestra que hay quienes se preocupan de mejorar la agricultura y conservar nuestro entorno natural, cuestiones ambas que a todos nos afectan.

La atención sobre estos temas es creciente. Después de las Jornadas que comentamos, se ha celebrado en octubre de 1977, en Valencia, el IX Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural, en el que han sido estudiados la propiedad rústica y la explotación agraria en la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. Son cuestiones vivas, palpitantes, en las que la doctrina va entrando decididamente hasta que, a fuerza de aldabonazos, acaben llegando a la atención de los legisladores. Se trata de dar a conocer estos problemas y quienes estamos profesionalmente unidos a ellos debemos mostrar el máximo interés por estudiarlos y buscar soluciones. Me repele emplear ese engendro idiomático de «concienciar», que ahora se usa a troche y moche; no se trata de «predicar», sino de dar trigo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ROPPO, Enzo: *Il Contratto*. Ed. «Il Mulino». Bologna, 1977, 333 págs.

Aun en la vida profesional más intensa o agitada se ofrecen breves remansos de serenidad en que las meditaciones son gratas y se aprecia que el ocio es más sabroso cuando se invierte en la puesta al día, el rearme, de equipo intelectual o teórico. El libro de este joven profesor es singularmente apto para un fin de semana: fluido, ameno, original y profundo; se hace interesante desde el primer momento.

Su parte central, en capítulos de corte clásico que recuerda los de HENRI CAPITANT en nuestra juventud, descompone los infinitos elementos materiales de esta piedra miliar del Derecho Privado, el más fabuloso instrumento del ejercicio de la libertad. Analiza células y tejidos y nos obliga a recordar tanto su general perfección como leves detalles casi olvidados: la denominación adecuada para el beneficiario del derecho de opción es la de *oblato*.

Pero es en sus fases final e inicial, que interrogan pasado y futuro, en las que queremos centrar estas notas. La *stipulatio* romana, más que contrato, realmente era un esquema formal, una ceremonia mágica o religiosa propia de un espíritu primitivo. En aquel entonces sólo existían *negotia* concretos. Hay que llegar al período justiniano y al contrato innominado para que pueda hablarse de esta categoría lógica como concepto general.

En el *common law* también aparece el mismo muy tardíamente. Durante largos siglos predomina la acción *ex-delicto*. Aún en nuestros días en la isla de Guernsey, de la Corona Británica, el llamado «Clamor de Haro» constituye un ejemplo vivo: El desposeído se presenta con dos testigos en su fundo y, arrodillándose, clama: «En nombre de la Reina, os conjuro a que dejéis de trabajar en estas tierras, que son mías.» Rezan seguidamente un Padrenuestro y al día siguiente formulan la denuncia al Bailly, con expresa mención de haber practicado el clamor. La Corte Real, al resolver, impone sanción pecuniaria al vencido.

Pero el contrato, el inmobiliario como paradigma, a partir de Roma se convierte en *status* durante largos siglos. Es un período que nosotros, inmersos en una propaganda «anti» que ni siquiera nos permite percibir la realidad objetiva de épocas inmediatas, somos incapaces de percibir y valorar, pero en el que las instituciones conjugaron con las necesidades adaptándose a la función que requería el contorno económico-social. El naturalismo, el iluminismo, proclaman posteriormente la libertad y la igualdad que consagra el Código de Napoleón al demoler radicalmente los infinitos obstáculos que cercenan la transmisión inmobiliaria, pues para dicho Código la propiedad es categoría clave, el verdadero símbolo de la libertad. El contrato es concepto ancillar que posibilita la libre circulación. De hecho, el tránsito de la tierra de la nobleza vencida a la burguesía vencedora.

Con el BGB, en 1900, la abstracción intelectual alcanza su grado máximo, pero la mística de la voluntad continúa siendo dogma fundamental. Si el contrato era esencialmente patrimonial, tónica o veste de una operación de contenido económico, el «negocio jurídico» es concepto genérico que comprende convenios de otra índole. El BGB es un formidable instrumento técnico al servicio del capitalismo.

El Código fascista de 1942, pese a apariencias verbales, sigue la propia línea, aunque rechaza el negocio jurídico, en crisis doctrinal; aún profundiza en sus protecciones a los industriales: al unificar el derecho de obligaciones, de hecho comercializa lo rústico, lo civil, imponiéndole ritmo empresarial. Es la victoria de lo dinámico sobre lo estático.

Pero al quebrar totalmente las limitaciones de la circulación inmobiliaria, al suprimirse fideicomisos y prohibiciones, retractos, autorizaciones y licencias se observa que los conceptos libertad e igualdad son antitéticos y que han instaurado la injusticia y el desorden. No son iguales, ni libres, el poderoso y el débil, el empresario y el trabajador, el monopolista y el consumidor. El contrato está sentado en bases falsas, es un mito. Por otra parte, una economía masificada y acelerada exige una revisión absoluta de los privilegios concedidos a la voluntad. Toda suerte de calamidades azotan a aquella institución cuya perfección y grandeza había descrito HENRI CAPITANT con la sobria prosa de un Tácito. Mientras unos se limitan a negar planteamientos o conclusiones rectificatorias, otros señalan su desaparición. GILMORE, en 1974, publica *The Death of Contract* y como AMIANO

MARCELINO narra incursiones de escitas, hunos o alanos que preludian aquel período que enmarcan los célebres versos de VERLAINE:

*«Je suis l'Empire a la fin de la decadence
qui regarde passer les grands Barbares blancs...»*

La relación de embestidas y transformaciones sufridas por el contrato es extensa; no todas son negativas, ciertamente. De la mano de ROPPO, sin ánimo exhaustivo, enunciamos las más destacadas:

a) Intervención normativa del Estado en contratos de trabajo, arrendamientos, etc., y aun en los de venta a plazos. En este último supuesto no sólo para protección de la parte reputada débil, sino para regular la economía a través del consumo.

b) Los privilegios de la voluntad y sus elementos internos parecen ser propios de otros momentos históricos; se tiende a la objetivación: se procura la subsistencia de contratos celebrados aun después del fallecimiento del mandante o la revocación del poder; la validez de las ofertas retiradas, en muchos casos; la primacía de la apariencia, en los supuestos de simulación; el carácter meramente interno de las limitaciones de facultades normales de administradores, gerentes o factores; la eliminación total de la nulidad en algunos casos, principalmente relaciones laborales, su sustitución, en otros, por dilatadas anulabilidades o causas de disolución o extinción.

c) El relieve concedido al contrato social en sus varias modalidades, cuya versión más esquemática es la representada por las ventas de mercancías o billetes de transporte a través de máquinas.

d) Los Bancos, entidades de seguros, de transportes, arrendadoras y otras de contratación masiva imponen los llamados contratos *standard* que simplifican la conclusión y su coste, permitiendo planificar la gestión empresarial, regulando estrategia y resultados. Pero las llamadas «cláusulas vejatorias» para la parte débil provocan reacciones e intervenciones: declaración formal de inexistencia, necesidad de especial ratificación posterior, estimación judicial de validez, control previo administrativo, imposición de cláusulas de inserción automática...

e) El contrato-institución con la única finalidad de crear una persona jurídica o una organización dotada de estabilidad, lo que implica una especial normativa de protección a terceros: publicidad, control, hipótesis limitadas de nulidad. Aunque en algunos contratos asociativos el acento económico queda destacado, no faltando asociaciones que son verdaderas sociedades atípicas, como ha dicho GALGANO, no obstante, la finalidad ideal de la mayoría provoca serias dudas sobre su naturaleza contractual, ya que el aspecto patrimonial carece de relieve.

f) El contrato colectivo, que si parece haber fracasado en el mundo de las asociaciones de consumidores y productores, ha alcanzado auge extraordinario en ámbito laboral y aun en el social, pues su contenido excede en muchos casos del aspecto meramente económico. Se impone a obreros presentes y futuros, miembros o no de las entidades contratantes, conformes o disconformes y llega a abarcar extensos sectores profesionales y territoriales. La distorsión del tradicional instituto de la representación ha originado varios estudios y de entre ellos queremos destacar el recientemente reeditado, sin alteración, de GRUGNI, por la Editorial Giuffrè, en 1977.

Las poderosas organizaciones obreras han invertido el poder de las partes y el suyo; en ocasiones, excede al del mismo Estado.

g) La llamada «fuga del contrato»: las amarguras, gastos y lentitud de la exigencia del cumplimiento judicial motiva que las partes confíen en sanciones estrictamente sociales, cuya eficacia es superior a lo que se cree: pérdida del crédito o del concepto de corrección, honestidad o seriedad en el mundo de los negocios. Los muy frecuentes «Gentlemen's Agreements» son prueba de ello.

h) En sentido opuesto se producen las ampliaciones de esfera: los sindicatos de funcionarios imponen verdaderas regulaciones de las que las normas legales son simples plasmaciones formales; la contratación administrativa tiende cada vez más a desenvolverse en el ámbito privado: suministros, concesiones especiales e importantes, obras de igual calidad o considerable trascendencia y, sobre todo, las innúmeras operaciones dinamantes del urbanismo.

Roppo se ocupa también de la autonomía de la voluntad y la contratación en los sistemas socialistas, pero muy brevemente. Es tema para no ser removido sobre todo por aquellos que, como el autor, siguiendo una poderosa corriente italiana que se separa abiertamente de las germanas, suizas y francesas, tiene evidente influencia marxista. La primacía de la igualdad, programada por el Estado, sobre la libertad individual, la eliminación de la competencia que suprime la iniciativa y el desarrollo progresivo, constituyen signos de una evidente regresión.

Pero frente a los nostálgicos y los pesimistas, Roppo sostiene que no puede hablarse de decadencia o desaparición del contrato, sino simplemente de transformación. Muchas leyes consideradas como absolutas son realmente relativas, históricas y circunstanciales. El orden público, la moral, las buenas costumbres, tienen un sentido y valor distintos, según el estado social. El contrato es simplemente diverso del de hace unos decenios. No existe una esencia del contrato y el mito de la voluntad absoluta es sólo un sueño que no despertará ni clamando a Godofredo de Bouillon o a las *élites*, que en momentos decisivos salvan civilizaciones, para otra gran epopeya. La voluntad pierde, aceleradamente, el papel de protagonista absoluto que tenía asignado; su esfera ha quedado considerablemente reducida. Pero no hay retorno al *status*.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

SAINZ MORENO, J.: *Fenomenología elemental de la estructura jurídica*. Madrid, 1978.

Creo que puede haber en la recensión de todo libro algo que la justifique y, sobre todo, el que la misma se incluya en una revista especializada en temas muy concretos. Y a la hora de esas justificaciones tengo que hacer diversas citas que las apoyen, pues el título que el autor da a su obra no revela el posible interés que su contenido puede tener para aquellos funcionarios que dan fe en los documentos públicos y para los encargados de calificarlos posteriormente.

Creo, con DÍAZ-PLAJA (G.), que «lo que el libro aporta, en principio, es la autonomía que nos permite, en primer término, “construir” nuestra biblioteca, y en segundo lugar, es coger, en cada caso, el momento y la dirección de nuestra lectura. Por eso, la noción del libro va acompañada de cierta idea de poder, cuyo primer estadio implica la posesión física de nuestros libros, lo que comporta el concepto importantísimo de biblioteca privada, ligada a nuestro yo más privativo». Sustancialmente, el haberme fijado en este libro para su recensión ya implica la selección justificativa de su recensión, pues, aunque todos los libros la tienen, aquí entiendo que sólo deben traerse aquellos que ofrecen interés a juicio del criterio que recensionista.

De otra parte, el tema es importante, no sólo desde el punto de vista general del Derecho, sino en su aplicación inmediata al Derecho Registral. Con ello ya tendríamos las dos vertientes de la justificación cubiertas, pero a ello hay que añadir la tremenda curiosidad que el problema de la fenomenología ofrece al recensionista. Dice el autor que la fenomenología es la ciencia de los fenómenos y que fenómeno es toda apariencia o manifestación, así de orden material como del espiritual. De ahí no paso, pues mi mente no está para llegar a mayores precisiones, sobre todo, si cuando trato de desmenuzar la palabra fenómeno recuerdo la aplicación popular de su utilización para calificar la actuación, por ejemplo, de un torero, de un opositor, de un político, de un deportista, etc. ¡Ha estado fenómeno!

De ahí que mi labor en esta ocasión sea «pasiva», pues mi bagaje de conocimientos se estrecha cuando trato de mezclar la estructura con el estructuralismo, sin recordar aquello que ya dijera HERNÁNDEZ GIL sobre la diferencia de ambos conceptos: la estructura se predica lo mismo del todo o conjunto que de conjuntos inferiores, mientras que el estructuralismo, como sistema o método, no parece ser susceptible de la reductibilidad de aquélla. De ahí también que me limite a transcribir lo que el autor pretende con su trabajo: el objeto de nuestra teoría es el Derecho en su estructura general, poniendo de manifiesto lo sorprendente y lo natural de la articulación de las piezas de la estructura jurídica. Es decir, que no se trata de lo que el primer autor citado califica como fenómenos de depuración o liberación de elementos exógenos de la ciencia, o de autonomía por la que la ciencia se extiende y se diversifica, sino de una disección entre esos elementos que forman la estructura del Derecho y que el autor califica de sorprendentes o naturales. Creo que con esto debemos ya intentar la exposición de cada uno de los cinco libros de que se compone el trabajo:

LIBRO PRIMERO: *EL CONCEPTO DE CADA DISCIPLINA Y LA INVERSION DE SU PRAXIS*

La teoría de la inversión de la praxis, sostenida por CARLOS MARX en el ámbito de las ciencias sociales—comienza diciendo el autor—queda perfectamente verificada en la aplicación práctica de los mismos. Esto es, las metas u objetivos fijados en cada ordenamiento acaban siendo invertidos en la aplicación práctica de los mismos. Para demostrar su tesis hace recorrer al lector por los apartados destinados al Derecho Civil, Mercantil, Laboral, Político, Administrativo, Financiero, Registral, Procesal y Penal.

De dichos campos sólo nos referiremos al del Derecho Mercantil, el Administrativo, Financiero y Registral. La inversión de la praxis en el

Derecho Mercantil se produce cuando el lucro del comercio no se debe al riesgo corrido por propietarios de las mercancías, sino a la dificultad y al mecanismo de las relaciones comerciales. En el Derecho Administrativo, cuando la administración de los bienes adquiere tal intensidad que se convierte en disposición de los mismos, es decir, cuando de la administración de los bienes públicos en beneficio de los bienes privados se pasa a la planificación de los bienes privados y cuando de ésta se pasa a las nacionalizaciones. En el Derecho Financiero el fenómeno de inversión se logra cuando con este ordenamiento no se trata ya de buscar una igualdad ante el impuesto, sino de una igualdad conseguida mediante el impuesto. Por último, en el Derecho Registral es necesario señalar que se trata de favorecer las transmisiones patrimoniales, lo cual se logra indirectamente a través de proteger al adquirente, que es su objetivo directo, pero la inversión de la praxis se produce cuando tan útil es la institución del Registro que no sólo es empleada para las adquisiciones, sino que pasa también a utilizarse con objeto de cobrar créditos, por ejemplo, en el embargo.

LIBRO SEGUNDO: *EL DERECHO DE PERSONAS Y LA APARICION DEL DERECHO ACTIVO JUNTO AL DERECHO OBJETIVO Y AL DERECHO SUBJETIVO*

El autor parte de una afirmación genérica que se proyecta luego sobre las mismas clases de Derechos antes apuntadas: las normas que crean las instituciones jurídicas constituyen el Derecho objetivo. Las facultades derivadas del Derecho objetivo, con las que se dota a las instituciones jurídicas, constituyen el Derecho subjetivo. Las normas que elaboran las instituciones jurídicas, en virtud de sus Derechos subjetivos, constituyen lo que vamos a llamar el Derecho activo. El Derecho activo es, por tanto, el Derecho objetivo derivado del Derecho subjetivo.

La aplicación se hace respecto del Derecho Civil, donde la costumbre es el vértice entre los Derechos objetivo y subjetivo; en el Derecho Mercantil, donde el uso es la fuente formal o de conocimiento del Derecho activo; para el Derecho Político la Constitución es el fenómeno claro del Derecho activo; en el Derecho Administrativo el Derecho activo está constituido por el Plan; en el Financiero se encuentra en el Presupuesto; en el Derecho Procesal la jurisprudencia es el ejemplo patente del Derecho activo; en el Derecho Penal desempeña un papel determinante la buena o mala conducta del reo frente a la pena; en el Derecho Laboral los convenios colectivos son la manifestación clara del Derecho activo y, por último, en el Derecho Registral, para el autor, la figura del Derecho activo está constituida por la inscripción cuando a ésta el ordenamiento le concede el valor de constitutiva de la situación jurídica material, pues para los demás casos lo que existe es una autoorganización de una situación jurídica por el titular del derecho que la inscribe. La titularidad registral de las inscripciones constitutivas no es un mero caso de Derecho subjetivo subsumido en una norma de Derecho objetivo, ya que tal Derecho subjetivo no existe antes de la inscripción registral.

LIBRO TERCERO: *EL DERECHO DE COSAS Y LOS IURA IN RE ALIENA COMO SINTOMAS DE LOS PERIODOS HISTORICOS DE DECADENCIA*

El estudio de esta parte, quizá el más conflictivo de toda la obra por su proyección hacia un futuro, responde a la idea de que los derechos sobre cosa ajena representan una patología sintomática en el paso de los derechos de obligaciones a los derechos reales y suponen un momento de crisis ante su crecimiento.

Para el desarrollo del tema va recorriendo los diferentes Derechos y en el Civil califica a los *iura in re aliena* como soluciones de emergencia para el acceso a la propiedad, lo cual requiere un nuevo planteamiento que facilite el acceso a los bienes de consumo; en el Mercantil se estudia el título valor como reflejo de esa situación crítica; en el Laboral se ofrece la confusión entre la sociedad mercantil y la empresa laboral; en el Político los Tratados internacionales suplen la falta de una organización política mundial; en el Administrativo la multiplicación de derechos sobre cosa ajena, como la concesión, patentiza su carácter de remedio transitorio cuando la Administración no puede resolver situaciones por sus propios medios; en el Financiero juega con la contraposición entre la Administración estatal y la no estatal en orden a los impuestos y las autonomías regionales; en el Procesal perfila la figura del acusador privado como actuación sobre derecho ajeno o derecho sobre una acción que corresponde al Ministerio Fiscal y en el Penal califica al encubrimiento como un *ius in re aliena*, que no deja de serlo por suponer un tipo delictivo.

Destaco, por último, la curiosa construcción del autor al considerar que el Derecho de cosas registral lo constituyen los asientos y que las anotaciones marginales (notas marginales) son derechos sobre cosa ajena, puesto que afectan a los derechos inscritos y son un buen sistema para solucionar momentáneamente un problema derivado de la configuración de unos libros cuya estructura y sistema deben reformarse. Contrasta esta idea con la que el autor sitúa seguidamente en la que solicita el aumento de notas marginales, sobre todo en el Registro de la Propiedad intelectual para reflejar, por ejemplo, el derecho del arrepentimiento del autor.

LIBRO CUARTO: *EL DERECHO DE OBLIGACIONES Y EL DESARROLLO DESIGUAL DE LOS CONTRATOS*

La tesis del autor en este punto es que frente al conjunto de contratos que el ordenamiento jurídico establece y que producen la vinculación de la que nacen deberes y derechos, existen otros contratos que representan un eslabón más débil en esa regulación y exigen un nuevo ordenamiento jurídico diverso al que rige en el resto de los eslabones de la anterior cadena. Creo que el ejemplo más claro que el autor ofrece es el del contrato de sociedad, donde el ciudadano que lo negocia pierde, más que en ningún otro contrato, su capacidad de decisión.

Al recorrer los diferentes Derechos al estilo de los demás libros ya vistos, el autor va citando contratos y eslabones. En lo referente al Derecho Registral no veo lo suficientemente clara la postura del autor que, de una parte, nos habla del Derecho Registral que configura una serie de inscripciones en las que hay una, el embargo preventivo, que descubre la existen-

cia del sujeto del Derecho Procesal, ya que sin jurisdicción no tendría sentido el embargo. Luego habla de un Derecho profesional y termina distinguiendo entre el Derecho material y formal, al que adscribe el Registral, en el cual el sujeto no es nunca el Registro, sino la publicidad. La serie de contratos que preceden a cada sujeto de una disciplina formal, más que ocasionar la aparición de la institución lo que hacen es señalar su existencia.

LIBRO QUINTO: *EL DERECHO DE RESPONSABILIDADES Y LOS PRIVILEGIOS*

La tesis que se mantiene en este capítulo o libro es extremadamente avanzada. Parte de relacionar íntimamente el concepto de privilegio con la responsabilidad o con el derecho de responsabilidades. Se perfila el privilegio—reconociendo la existencia de diversos conceptos—como toda aquella norma dictada para regular la convivencia humana en circunstancias excepcionales, y que, en consecuencia, contiene preceptos no aplicables en circunstancias normales, por lo que el privilegio no puede ser aplicado por analogía.

La responsabilidad de cada cual depende de las circunstancias en las que viva; es, pues, el derecho de responsabilidades el derecho que estudia estas circunstancias. De ahí que se deba encontrar el privilegio en el derecho de responsabilidades, que es el que se ocupa de las circunstancias.

Para el autor, el privilegio en sentido amplio es equivalente a cualquier Derecho Positivo, por lo que al desarrollar su idea nos viene a precisar cómo el Derecho Civil, Mercantil, Laboral, Político (en el que toca la dictadura del proletariado como privilegio), Administrativo, Financiero, Registral (cuya calificación es privilegio que contradice a la norma general de la mera publicidad para entrar en una labor de enjuiciamiento un tanto excepcional), Procesal y Penal, son verdaderos privilegios.

Quizá la tesis sea irreproachable, pero aceptándola en toda su dimensión se me viene a las mientes aquel párrafo del Discurso de la Corona en donde el Rey proclamaba «que nadie tema que su causa sea olvidada; que nadie espere una ventaja o un privilegio...». ¿Se estaría refiriendo también a estos que el autor construye como privilegios?

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 197

La responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio, por Celestino A. Cano Tello, págs. 753 a 763.

La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad, por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, páginas 763 a 809.

Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley, por Federico de Castro y Bravo, págs. 809 a 859.

DOCUMENTACION JURIDICA

Octubre-diciembre 1977

Protección jurídica de los consumidores y contratación (Aproximación al Derecho europeo), por Manuel Santaella López, págs. 789 a 847.

Asociaciones y partidos políticos en España hoy, por Gabriel Alférez Callejón, págs. 847 a 887.

La función del Fiscal General de las Comunidades en el proceso de integración de Europa, por Juan de Miguel Zaragoza, págs. 887 a 903.

Hacia un nuevo concepto del delito de escándalo público, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 903 a 917.

La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas, por José María Chico y Ortiz, págs. 917 a 941.

El Proyecto de Ley italiano sobre interrupción del embarazo. Traducción y comentario de Francisco Bueno Arús, págs. 941 a 963.

Enero-marzo 1978

El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho Civil, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 7 a 41.

Derecho y desarrollo: El caso de España, por José Juan Toharía, páginas 41 a 149.

Los partidos políticos y la Ley de Divorcio de 1932, por Luis Aguiló Lucía, págs. 149 a 163.

La cárcel como factor de configuración social (Observaciones de algunos jesuitas), por Antonio Beristáin, S. J., págs. 163 a 187.

Principios de Derecho Inglés, por Francisco José Martín Mazuelos, páginas 187 a 229.

La regulación portuguesa de la extradición (Decreto-ley núm. 437/1975, de 16 de agosto), por Francisco Bueno Arús, págs. 229 a 255.

Los bienes eclesiásticos y su regulación en el Derecho de Puerto Rico, por Juan Gelpi Barrios, págs. 255 a 291.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Enero-febrero 1978

La justificación de un régimen fiscal especial para las Fundaciones, páginas 29 a 58.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Julio-septiembre 1977

Génesis y evolución de las prestaciones accesorias, por Angel Rojo, páginas 271 a 309.

Algunas experiencias recientes sobre el control público de la información de sociedades que cotizan en Bolsa, por José Luis Fernández Ruiz, págs. 309 a 361.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Abril-junio 1977

Precisiones sobre los artículos 60 a 62, 1.387 y 1.388 del Código Civil, por Enrique Luis Brioso Escobar, páginas 13 a 69.

La validez de los actos y contratos otorgados por las Sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil, por Luis Figa Faura, págs. 69 a 159.

La situación de la mujer casada en Derecho Civil (Observaciones sobre la reforma del Código Civil por Ley de 2 de mayo de 1975), por Angel Sanz Fernández, páginas 159 a 337.

La fe de conocimiento. Antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho Español, por Alfonso Ventoso Escribano, págs. 337 a 423.

Segregación y división de locales en régimen de propiedad horizontal, por Eduardo Menéndez-Valdés Golpe, págs. 423 a 513.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre 1977

La cualidad y unidades de los derechos y valores humanos, por R. Muruzábal, págs. 821 a 832.

Algunas notas comunes del derecho agrario europeo y del español, por Carlos Vattier Fuenzalida, páginas 833 a 844.

El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José A. Alvarez Cape-rochipi, págs. 845 a 877.

Diciembre 1977

Artículo 18 (Nacionalidad) de Comentarios al Código Civil, por M. Peña Bernaldo de Quirós, páginas 952 a 963.

Artículo 830 (Mejora) de Comentarios al Código Civil, por J. Vallet de Goytisolo, págs. 964 a 968.

Artículo 831 (Mejora) de Comentarios al Código Civil, por J. Vallet de Goytisolo, págs. 969 a 986.

Artículo 1.973 (Prescripción de acciones) de Comentarios al Código Civil, por M. Albaladejo, págs. 987 a 994.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre-noviembre-diciembre 1977

La ejecución imposible de sentencias en materia de Urbanismo, por Angel Mingo de Miguel, págs. 13 a 33.

Régimen jurídico del suelo, por Rafael Gómez-Ferrer Morán, págs. 33 a 79.

El régimen jurídico de la edificación, por J. L. González-Berenguer Urrutia, págs. 79 a 101.

Dictamen sobre si es procedente la exigencia de licencia urbanística, con el cobro de la correspondiente tasa, para los movimientos de tierra que requiere la explotación de una cantera, por Fernando Garrido Falla, pág. 101.

Enero-febrero 1978

Reclamaciones y recursos en relación con la fiscalidad de los bienes de naturaleza humana, por

Antonio Martínez Lafuente, páginas 13 a 25.

Apuntes en torno a las competencias de la Audiencia nacional, por Miguel Montoro Puerto, págs. 25 a 61.

La recepción en América de los conceptos del Derecho Urbanístico europeo, por José Luis González-Berenguer Urrutia, págs. 61 a 71.

Los edificios singulares en la Ley del Suelo, por José Gabaldón López, págs. 61 a 109.

Sobre la licitud y eficacia de una limitación de volumen y altura respecto de las máximas permitidas a establecerse por el propietario-promotor de un Plan Parcial, por Gonzalo González Romero, páginas 109 a 123.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Octubre-diciembre 1977

La participación y la colaboración ciudadanas en la gestión municipal como demandas de la hora actual, por Julián Carrasco Belinchón, págs. 729 a 751.

La realización directa de obras por la Administración, por José Luis González-Berenguer y Urrutia, páginas 751 a 767.

Alcaldes pedáneos, mayordomos-jueces y alcaldes de barrio, por José Fariña Jamardo, págs. 767 a 789.

El concepto de explotación como uno de los elementos determinantes de la no sujeción al arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos, por José-Enrique Rebes Solé, págs. 789 a 815.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Octubre-noviembre 1977

La reforma de la empresa. Problemática general, por Francisco Javier Tirado Suárez, págs. 962 a 969.

Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivadas del hecho punible, por Alvaro Navajas Laporte, págs. 969 a 976.

Diciembre 1977

El dictamen jurídico, por José María Martínez Val, págs. 1114 a 1122.

Los libros de contabilidad en la suspensión de pagos, por Luis-Alberto Navarro Martínez, págs. 1122 a 1131.

Enero-febrero 1978

El Concordato como fuente en el Derecho Civil, por Manuel Gitrama González, págs. 2 a 13.

Cómo se constatan y valoran las averías de las mercancías transportadas en la ocasión de su entrega, por Francisco Miguel Sánchez Gamborino, págs. 13 a 20.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Octubre 1977

El futuro de los Derechos Forales, por Francisco de A. Sancho Rebullida, págs. 311 a 323.

La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontaldad, por José María Chico Ortiz, págs. 323 a 351.

De la obligada reforma de la Casación penal, por Jesús Sáez Jiménez, págs. 351 a 381.

Reseña Legislativa (Índice de las disposiciones más importantes publicadas en el «B. O. E.» durante el mes de septiembre de 1977), por F. B., págs. 381 a 385.

Jurisprudencia Registral (Dirección General de los Registros y del Notariado), por Francisco Bonet, páginas 385 a 399.

Noviembre 1977

La Costumbre, la Jurisprudencia y la Equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español, por Angel Cristóbal Montes, páginas 405 a 417.

Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente, por Luis Rodríguez Ramos, páginas 417 a 437.

Resolución por incumplimiento de contrato editorial (Interpretación del contrato y extensión de la obligación de indemnizar), por Eduardo Vázquez Bote, págs. 437 a 505.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Abril-junio 1977

En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes, por Elías Campo Villegas, págs. 271 a 323.

Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines, por Francisco Muñoz Conde, págs. 323 a 353.

La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, derecho científico y legislación catalana, por José María Ramos González, págs. 353 a 379.

La declaración universal de los derechos de los pueblos, por Fernando Mariño Menéndez, págs. 379 a 413.

Provisión de fondos y legitimación para librar (Relaciones entre los presupuestos económico y jurídico del libramiento de la letra), por Eduardo Polo, págs. 413 a 467.

Julio-septiembre 1977

El Código Civil y los derechos nacionales, en especial el Derecho Civil Catalán, por María Encarna Roca i Trias, págs. 511 a 565.

Una Ley de fundaciones privadas, por José M. Vilaseca Marcet, páginas 565 a 603.

Articulació de competències entre la segona República i la Generalitat. El successiu traspàs de serveis, por Josep Broggi Trias i Margarita Obiols Llandrich, págs. 603 a 657.

Implantación institucional de los organismos locales y regionales en el Estado italiano, por Valerio Onida, págs. 657 a 681.