

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIV ○ Mayo - Junio 1978 ○ Núm. 526

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:

«La adaptación de los planes de urbanismo a la reforma de la Ley del Suelo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	453
«La producción de los bienes y rendimiento económico», por LUIS Díez PICAZO	467
«La reserva de facultades dispositivas a favor del instituyente en la sucesión contractual aragonesa», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES ...	477
«Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA	493

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	519
--	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	535
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	589
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ...	593

LIBROS:

«Derecho administrativo de los bienes», de F. FUENTES BODELÓN, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	601
«La participación del trabajador en la gestión de la empresa», de MANUEL GARCÍA FERNÁNDEZ, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	604

«Impuesto sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», de varios autores, por CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ	607
«Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por FERNANDO SEQUEIRA	618
«El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca», de M. MASOT MIQUEL, por JUAN VIDAL PERELLÓ	619
«El modelo industrial», de JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	622

ESTUDIOS

La adaptación de los planes de urbanismo a la reforma de la Ley del Suelo

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Nociones generales*: 1. Concepto.—2. Naturaleza jurídica.—3. Regulación.—III. *Requisitos*: 1. Idea general.—2. Requisitos subjetivos.—3. Requisitos objetivos: a) Planes sujetos a la adaptación. b) Límites objetivos de la adaptación. c) Extensión de la adaptación a otros elementos. d) Posibilidad de que en el mismo procedimiento se proceda a adaptar y revisar o modificar el plan.—4. Plazo.—IV. *Procedimiento*: 1. Regla general.—2. Regla especial.—V. *Efectos*: 1. De la situación de transitoriedad hasta la adaptación del plan general.—2. De la iniciación del procedimiento de adaptación.

I. INTRODUCCION

La naturaleza especial de los planes de ordenación urbana comporta un régimen asimismo especial de su derogación (1). Si, según el artículo 2.º, 1, del Código civil, las normas sólo se derogan por otras posteriores de igual o superior rango, los planes se derogan por otros posteriores, previos los trámites que se exigen para su formulación (art. 49 de la Ley del Suelo), o por otras normas ulteriores de superior jerarquía que los regulen. Derogación que no hace falta que sea expresa, pues basta la incompatibilidad entre la antigua y la nueva normativa. Pero esta regla general no puede aplicarse sin más a los planes de ordenación urbana. Precisamente por su naturaleza especial existen aspectos de los mismos a los que no puede aplicarse el régimen de derogación de las normas.

Si se aplicara el régimen general, la modificación de la Ley del Suelo comportaría la modificación de la normativa de los planes en tanto en

(1) Sobre la naturaleza especial de los planes, me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3.ª ed., comentario al artículo 6.

cuanto se opusieran a ella. De análoga manera a como la modificación de la ley comporta la modificación de las normas reglamentarias que de ella deriven «en tanto en cuanto se opongan a la ley modificada»—según la fórmula usual—, los planes quedarían modificados en la misma medida en que resulte modificada la ley básica reguladora de los mismos, de la que, en cierto modo, son desarrollo y ejecución. Sin embargo, no ocurre así. Las importantes modificaciones introducidas en el texto primitivo de la Ley del Suelo por la Ley 19/1975, de 2 de mayo (más tarde recogidas en el texto refundido aprobado por el Decreto 1346/1976, de 9 de abril), no han afectado directa e inmediatamente a los planes de ordenación urbana. Por el contrario, la repercusión de la nueva normativa en los planes vigentes o en trámite de aprobación, se ha graduado en las normas transitorias en función del estado en que se encontraba el procedimiento de aprobación o la ejecución del plan.

Respecto de los planes generales de ordenación, se parte, en principio, de su subsistencia, si bien se prevé su adaptación en el plazo que se señala. Pero en tanto en cuanto la adaptación no entre en vigor, los planes de ordenación urbana vigentes desplegarán sus efectos con arreglo a sus previsiones y normas, sin que resulten afectados lo más mínimo por la nueva regulación. No obstante, pese a este principio general, la nueva ordenación afectará a los planes parciales que se aprueben inicialmente después de entrar en vigor la Ley 19/1975, e incluso a los que se hubieren aprobado definitivamente antes de entrar en vigor esta ley, si no estuvieran en curso de ejecución. En efecto, aun antes de la adaptación del plan general, aun antes que el plan general de ordenación de un territorio se hubiere adecuado a la normativa urbanística, los planes parciales de ordenación que fuesen ejecución del plan todavía no adaptado se verán afectados. No resultarán afectados aquellos que estuviesen en ejecución antes de entrar en vigor la Ley 19/1975 (disposición transitoria 2.^a de la Ley del Suelo), pero sí los demás, aunque en diverso grado:

- Si se aprobaron inicialmente después del momento de entrar en vigor la Ley 19/1975, deberán adecuarse a las normas de ésta y «se ajustarán—dice la disposición transitoria 2.^a, apartado 2, de la Ley del Suelo—a lo dispuesto en el artículo 13 y desarrollarán las determinaciones que para las distintas calificaciones de suelo establezcan los respectivos planes generales de ordenación».
- Si al entrar en vigor la Ley 19/1975 no se hubiesen aprobado definitivamente o, aprobados definitivamente, no estuviesen en curso de ejecución, la eficacia de la nueva normativa se limitará a la ejecución (disposición transitoria 2.^a, 1, Ley del Suelo), con los problemas que ello comporta.

II. NOCIONES GENERALES

1. CONCEPTO

La adaptación de un plan general de ordenación urbana al nuevo ordenamiento urbanístico es una revisión impuesta por el cambio normativo. A diferencia de la revisión general prevista en el artículo 47 de la Ley del Suelo, la adaptación no tiene otro alcance que adecuar el plan a la nueva ordenación, introduciendo en el mismo las modificaciones al efecto necesarias. En uno y otro caso estamos ante una operación de revisión, pero su alcance y finalidad es distinto: si la revisión prevista en el artículo 47 trata de verificar hasta qué punto el plan responde a las nuevas circunstancias urbanísticas a efectos de introducir las modificaciones necesarias, la adaptación es una verificación limitada a la adecuación del plan a una nueva regulación básica del urbanismo (2).

Esto no quiere decir que no pueda aprovecharse la adaptación para llevar a cabo al mismo tiempo la revisión del plan o su modificación, siempre que éstas fueran necesarias o convenientes. Como después se señala al estudiar el ámbito objetivo de la adaptación, ninguna razón existe para negar la posibilidad de extender la adaptación a una revisión total del plan en la que, además de la modificación normativa, se tengan en cuenta cualesquiera otras circunstancias urbanísticas.

2. NATURALEZA JURÍDICA

La adaptación es, como se ha señalado, una revisión del plan. Comporta, por tanto, un examen de todas sus determinaciones, con objeto de adecuarlas a las modificaciones de la Ley del Suelo introducidas por la Ley 19/1975. Se trata, en definitiva, de llevar a los planes generales las modificaciones de la ordenación urbanística general.

(2) Se ha considerado la «adaptación» un concepto jurídico indeterminado. Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en «La reforma de la Ley del Suelo y el período de transición», *Revista del Consejo Superior de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos técnicos*, núm. 18 (1976), pág. 28. La adaptación de unos textos normativos a otros no es la primera vez que aparece en nuestras leyes. (Cfr., por ejemplo, Disposición final 4.ª de la Ley de procedimiento administrativo sobre adaptación de las normas de procedimiento de organismos autónomos a la Ley de procedimiento administrativo.)

Una completa referencia a los problemas que comporta la adaptación en DÍAZ CAPMANY en «La adaptación del planeamiento o la reforma de la LS», *REVL*, número 191, págs. 551 y ss.

Comporta, por tanto, una modificación del plan. Si bien su alcance venga impuesto por la razón de ser que la motiva y su finalidad. De aquí que el procedimiento a que debe ajustarse la adaptación sea sustancialmente el mismo que para la revisión o modificación, que será el mismo que para su formación (art. 49 de la Ley del Suelo) (3). Procedimiento que estará sujeto al régimen jurídico general de los procedimientos de aprobación de los planes de ordenación urbana.

3. REGULACIÓN

La adaptación de los planes generales de ordenación urbana a la Ley del Suelo se regula en la disposición transitoria primera de esta ley. La circular del Ministerio de la Vivienda 2/75, en su apartado 1, se limita a disponer: «La adaptación prevista en esta disposición afecta a los planes generales de ordenación urbana municipal o comarcal aprobados definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma. Este mandato impide la revisión de los planes generales con arreglo a la Ley de 12 de mayo de 1956, por lo que aquellas corporaciones o entidades urbanísticas especiales que tuvieran en curso de revisión un plan general deberán suspender el procedimiento para proceder a la adaptación prevista en esta disposición transitoria y a su tramitación con arreglo a la misma.»

El artículo 2.º del Decreto de 2 de junio de 1977 (núm. 1.374/77) dispone: «1. El Ministerio de la Vivienda establecerá, en el plazo de cuatro meses, convenios con las Corporaciones Locales sobre la realización de su planeamiento, fijándose plazos para la redacción del mismo, y proponiendo al Gobierno, en su caso, la anticipación de la adaptación y revisión obligatoria de los Planes generales de ordenación urbana y de las Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria 1.ª de la Ley del Suelo. 2. Por el Ministerio de la Vivienda se concederá ayuda técnica y económica, con cargo a sus asignaciones presupuestarias, a las Corporaciones Locales y Entidades Urbanísticas especiales para facilitarles la tarea de redacción de Planes y Normas. Las subvenciones concedidas al efecto podrán alcanzar hasta el 95 por 100 del presupuesto de los trabajos».

(3) Me remito al comentario a este artículo en mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit.

III. REQUISITOS

1. IDEA GENERAL

Para que la adaptación produzca todos y sólo sus efectos normales es necesario que se cumplan los requisitos exigidos por las normas que la regulan. El tratamiento jurídico general de los requisitos del procedimiento para aprobar y modificar los planes (4) es aplicable aquí.

2. REQUISITOS SUBJETIVOS

La competencia para llevar a cabo la adaptación aprobándola inicialmente corresponde a las mismas entidades a las que se confía la formulación de los planes (art. 31 de la Ley del Suelo) (5). La disposición transitoria primera, apartado 2, se refiere genéricamente a «las entidades locales». Al tratarse de planes municipales deberán ser formulados por los Ayuntamientos (art. 31, 1, Ley del Suelo) (6).

Ahora bien, en el supuesto de que no remitiese la propuesta de adaptación en los plazos previstos, se prevé que el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo acuerde la subrogación en el ejercicio de las competencias correspondientes «por parte de la Dirección General de Urbanismo, la Comisión Provincial de Urbanismo o la Diputación provincial, si se trata de municipios que sean capitales de provincia, que cuenten con más de 50.000 habitantes o si el Plan afecta a varios Municipios. Asimismo, la Comisión Provincial de Urbanismo podrá adoptar en los demás casos, el mismo acuerdo disponiendo que la redacción de los Planes y Normas se realicen por la propia Comisión o por la Diputación Provincial» (art. 3.º, Decreto de 2 de junio de 1977).

Parece evidente que, en aplicación del artículo 52 de la Ley del Suelo, pueda realizarse por los particulares la elaboración de la adaptación y su propuesta a la Corporación. No existe dificultad alguna para que la propuesta de adaptación del plan vigente a las normas del texto refundido de la Ley del Suelo (que, en definitiva, es un proyecto de nuevo plan, o de modificación del plan) sea «formado» (elaborado o «redactado») por particulares, si bien la Administración conservará siempre sus potestades de

(4) Me remito al comentario al artículo 41 en *Comentarios a la Ley del Suelo*, citado.

(5) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los planes de urbanismo*, Madrid, 1974, págs. 124-125.

(6) Y, concretamente, al Ayuntamiento en pleno. LARIOS, «Algunos problemas procedimentales en la coyuntura Ley del Suelo-Ley de régimen local», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 41, pág. 52.

aprobación (o desaprobación) de la misma. El particular que «forma» o elabore tal propuesta, habrá de «evarla al Ayuntamiento»; éste habrá de aprobarlo inicialmente, someterlo a información pública y a audiencia de los interesados, aprobarlo provisionalmente (si procede) y elevarlo (él) a los órganos de la Administración central competentes para aprobarlo definitivamente (si procede, también) y en todo caso, y como dice el artículo 54, 3, del texto refundido de la Ley del Suelo, «el acto de aprobación podrá imponer las condiciones, modalidades y plazos que fueren convenientes».

Naturalmente, el particular que «forma» un plan general de ordenación urbana (o una propuesta de adaptación del mismo) asume, con ello, una carga—la de costear su elaboración—que en principio no le incumbe, y ello puede hacer difícil que tal iniciativa se presente, supuesto que no tiene garantía alguna de que tal plan haya de merecer la aprobación definitiva en los términos en que lo ha elaborado. Incluso, a través de la potestad que a la Administración otorga expresamente el artículo 54, 3, del texto refundido de la Ley del Suelo, puede ocurrir que la Administración imponga, para la aprobación de la propuesta de adaptación del plan, condiciones que para el particular autor de la propuesta resulten perjudiciales; y ello hace que no resulte fácil que un particular tome la iniciativa de formar un plan general (o una propuesta de adaptación); pero si, a sabiendas de tal riesgo, un particular quiere hacer uso de la posibilidad que ofrece el artículo 52 del texto refundido de la Ley del Suelo, nada puede impedir que dicho particular «forme» (elabore o redacte) la propuesta de adaptación a que se refiere la disposición transitoria 1.^a del texto refundido de la Ley del Suelo.

Y todavía existen menos obstáculos a que tal propuesta sea formada por un particular, si éste acepta una sugerencia del Ayuntamiento en tal sentido. El particular formaría la propuesta, y el Ayuntamiento la haría suya, en cuanto el particular haya sabido interpretar los deseos del Ayuntamiento. En tal caso, por supuesto, podría ser aplicable lo que dice el artículo 52, 2, de la Ley del Suelo.

3. REQUISITOS OBJETIVOS

a) *Planes sujetos a la adaptación*

«Los Planes generales de ordenación vigentes en la actualidad se adaptarán a lo dispuesto en esta Ley.» Así, la disposición transitoria primera, 1, de la Ley del Suelo. La adaptación se refiere, por tanto, únicamente a los planes vigentes en el momento de entrar en vigor la Ley 19/1975. ¿Es que no deben adaptarse los no vigentes? Si el grado de aplicación de la

nueva normativa alcanza a los planes ya vigentes, no ofrece duda que con más razón alcanzará a los no vigentes.

El hecho de que la disposición transitoria se refiera únicamente a los vigentes es porque el procedimiento que regula se limita a éstos. ¿Cuál será el aplicable a los no vigentes? Parece que debe seguirse el procedimiento simple de realizar la adaptación antes de la aprobación definitiva. Según la fase del procedimiento en que se encuentre, cabría incluso—si ya estuviesen en la fase final—ejercer la facultad que reconoce el artículo 41, apartado 3, de la Ley del Suelo.

Ahora bien, puede ocurrir que el plan no esté vigente por falta de publicación, pero habiéndose otorgado la aprobación definitiva. Si así ocurriese, parece más lógico aplicar el procedimiento de adaptación que regula la disposición transitoria primera (7).

b) *Límites objetivos de la adaptación*

a') *Idea general*

«La adaptación—dice la disposición transitoria primera, 1, inciso segundo, de la Ley del Suelo—podrá limitarse a la clasificación del suelo, determinación del aprovechamiento medio e incorporación del programa pertinente.» Existen, pues, unos límites mínimos de la adaptación. La Ley impone que la adaptación afecte, por lo menos, a aquellos elementos del plan. Si no cumple estas exigencias mínimas, estaremos ante una infracción del ordenamiento jurídico. Ahora bien, ¿comporta esta infracción la invalidez de la adaptación, en aplicación de la norma general del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo? Es evidente que esta infracción comportará la necesidad de que se extienda a aquellos elementos del

(7) Así, en mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., comentario a la Disposición transitoria 1.ª En el mismo sentido, GONZÁLEZ BERENGUER, «Las disposiciones transitorias de la Ley del Suelo», *Revista de Derecho Urbanístico*, número 54, pág. 41. En contra, PAREJO ALFONSO, «El derecho transitorio de la reforma urbanística (I)», *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, número 12 (1977), págs. 80 y ss., considera que la revisión de un plan aprobado inicialmente debe seguir tramitándose con arreglo a la normativa anterior, si bien, una vez aprobada y publicada la revisión, el plan estará sujeto a la adaptación. Dice así: «Sólo comprende aquellos planes que contaran, a la entrada en vigor de la Ley, por lo menos con aprobación inicial. En efecto, aludiendo la disposición transitoria 5.ª únicamente a los planes que estuvieran "en tramitación", forzoso resulta concretar el alcance exacto de tan imprecisa expresión. Y tal concreción debe realizarse con criterios interpretativos, pues en este supuesto no debe entenderse eficaz el principio de irretroactividad (en cuanto que dicho supuesto consiste cabalmente en una excepción a la regla general establecida en aplicación de aquel principio por la disposición transitoria 1.ª, que fija el límite de la irretroactividad en el dato de la vigencia del planeamiento preexistente), y sí, por el contrario, el principio que postula la reducción del régimen transitorio a sus justos límites en favor del nuevo ordenamiento urbanístico».

plan no adaptados. Pero resultaría contrario a los principios informantes del procedimiento administrativo que tal infracción implicase la anulación de la adaptación. Ya que ésta, al menos, ha adecuado el plan a la nueva reglamentación en los elementos «adaptados». Deberá ampliarse a los demás omitidos; pero, al menos, deberá mantenerse en lo ya adaptado. Lo que ya se ha conseguido, aquello que ya se encuentra conforme al nuevo ordenamiento urbanístico, debe mantenerse.

b') *Clasificación del suelo*

Es éste el primer elemento respecto de los que la adaptación es necesaria. La clasificación del suelo deberá adecuarse a la nueva clasificación de la Ley del Suelo. Lo que comportará:

a'') Respecto del suelo urbano, la necesidad de limitar esta calificación a aquellos terrenos que reúnen las circunstancias reales exigidas por el artículo 78. En cuanto se priva al planeamiento de operatividad para conferir a una porción del suelo la consideración de urbano, habrá que estar a la realidad. Lo que podrá determinar que una parte del suelo que en el plan general era urbano antes de la adaptación, pasará a no serlo, convirtiéndose en suelo urbanizable.

b'') Respecto del suelo de reserva urbana, según la clasificación anterior, que, en principio, pasará a ser *urbanizable*, con arreglo a la nueva, si bien no parece que se convierta en su totalidad en «urbanizable programado», ya que ello dependerá de las previsiones de actuación en las etapas de cuatro años del desarrollo del plan del programa de actuación [artículo 12, 1, c), Ley del Suelo], programa que asimismo deberá incorporarse como exigencia de la disposición transitoria primera, 1.

c') *Aprovechamiento medio*

Elemento capital en los sistemas de actuación urbanística que consagró la reforma de 1975, es lógico que sea uno de los elementos en que se impone la adaptación.

Al plan general objeto de adaptación deberá incorporarse el «aprovechamiento medio». En consecuencia, respecto del suelo urbanizable programado se establecerá la siguiente determinación: «Fijación del aprovechamiento medio de la superficie total y, en su caso, por sectores en función de las intensidades y usos globales señalados a los terrenos destinados a viales, parques y jardines públicos y demás servicios y dotaciones de interés general, homogeneizados según sus valores relativos» [art. 12, 2.2, ap. b), Ley del Suelo]. Se ha dicho que no aparece condicionada esta imposición a respetar los contenidos urbanísticos que el plan

tuviera ya atribuidos a la propiedad (8); sin embargo, parece que, en atención al fundamento de la adaptación, que no responde a otra finalidad que la adecuación a una nueva normativa, debe respetarse el aprovechamiento anterior.

d') *Programa de actuación*

Por último, se exige la «incorporación del programa pertinente». Es indudable que, con arreglo a la normativa anterior [art. 9, 1, a), y 2, f), del texto de 1956], el plan debería contener el correspondiente programa (9). Parece, por tanto, que, más que de «incorporación», debe hablarse de una adaptación del programa a las exigencias de la nueva regulación.

c) *Extensión de la adaptación a otros elementos*

Al decir la disposición transitoria primera, 1, de la Ley del Suelo, que la adaptación *podrá limitarse* a los elementos citados, pone de manifiesto que, en principio, la adaptación debe ser más amplia. Aquello es lo «mínimo», lo que resulta imprescindible adaptar. Pero lo conveniente es que la adaptación sea más amplia.

Porque, en efecto, si de lo que se trata es de ajustar un plan general a una nueva reglamentación urbanística, es indudable que deberá afectar a todas—absolutamente todas—las determinaciones y documentos del plan. De tal modo que, una vez verificada la adaptación, no exista ni un solo elemento que no esté en perfecta correlación con la normativa contenida en la Ley del Suelo modificada.

d) *Posibilidad de que en el mismo procedimiento se proceda a adaptar y revisar o modificar el plan*

Esta posibilidad es incuestionable. En efecto: en definitiva, la adaptación de que habla la disposición transitoria primera está sometida (apartado 4) al mismo procedimiento establecido para la aprobación de los planes (arts. 40 y 41); el mismo, también, que se exige para la modificación de cualquiera de sus elementos (art. 49). Se trata, por tanto, en definitiva, de aprobar un nuevo plan, de modificar el vigente, de sustituir éste por otro. Pero nada impide que éste se adapte no sólo a las exigencias *formales de la Ley*, sino a las exigencias *sustantivas* de la realidad. Si ésta aconseja introducir alguna modificación en el planeamiento anti-

(8) Así, PAREJO ALFONSO, «El derecho transitorio de la reforma urbanística (II)», *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 13, pág. 265.

(9) GONZÁLEZ BERENGUER, *Las disposiciones transitorias*, cit., pág. 43.

guo, por haber quedado patente que éste era erróneo, o que aun siendo adecuado cuando se elaboró se ha trocado luego en inadecuado por el cambio de las circunstancias sociales y económicas, ¿cómo no va a ser posible lograr tal adaptación a la realidad al mismo tiempo, y por el mismo procedimiento, que el previsto en la disposición transitoria primera, apartado 4 (es decir, el mismo previsto para la aprobación y modificación de planes)?

El fundamento de las modificaciones no es otro que la necesidad de adecuar la ordenación a las exigencias de la realidad. La realidad urbanística, como toda realidad social, experimenta frecuentes mutaciones. No puede, por tanto, mantenerse inflexible la ordenación durante los plazos más o menos largos en los que se prevé su revisión.

Una sentencia de 4 de noviembre de 1972 (Ponente: MARTÍN DEL BURGO), dice que «si el plan de urbanismo se inserta con más naturalidad en el terreno de la norma que en el del acto administrativo, ello significa que ha de seguir la suerte de aquélla y sometido a lo que las mismas tienen, tanto de positivo como de negativo, que el plan puede ser alterado, como lo puede ser toda norma, hasta la de más alto rango, como la Constitución, pero sometido a la servidumbre de que para serlo es a condición de la observancia de cuantos requisitos son necesarios para modificar la norma».

No cabe invocar frente a la potestad de modificar el plan las situaciones anteriores como derechos adquiridos que constituyan un obstáculo a su ejercicio. Frente al plan no hay derechos adquiridos oponibles derivados de un plan anterior. Como dice la sentencia de 4 de noviembre de 1972 (Ponente: MARTÍN DEL BURGO), «la invocación del artículo 369 de la Ley de Régimen Local—plasmación en el área local del que se ha llamado "principio de irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos"—le sirve al recurrente para construir otro de los motivos de impugnación, y así, al dictado de aquel precepto, ha de fraguarse su tesis de que el "plan de ordenación" del sector urbano de Gavá es fuente de derecho subjetivo—del que es titular—y por ello límite obstructivo de una posterior ordenación; mas aquí no está acertado el actor, porque el contenido de la "propiedad urbana"—tal como dice el artículo 61 de la Ley del Suelo—es el definido en el plan y éste—aunque por naturaleza debe ser estable—no es invariable: de tal suerte que una disminución en las posibilidades de edificación, consecuencia de un nuevo planeamiento, no puede invocarse ni como límite a este planeamiento (a través de la modificación parcial o de un nuevo plan) ni como fundamento de una indemnización (con la excepción del art. 70), a salvo en su caso las técnicas de justa distribución de las cargas y beneficios de la ordenación».

Y, naturalmente, si no se afecta ningún derecho adquirido, la modificación del plan halla todavía menos obstáculos.

La Circular 2/75 significa que se impide la revisión del plan conforme a las normas de la antigua Ley de 1956, pero no puede quedar prohibida la *revisión* del plan conforme a las de la nueva Ley. No hay que olvidar que para la Ley de reforma de 1975, la primera de las causas de la reforma es precisamente (Exposición de Motivos, II, a):

«Una insuficiente incidencia de la planificación económica en la planificación física y una concepción del plan urbanístico, introducida en la legislación española al hilo de la doctrina dominante en la época en que se promulgó la Ley del Suelo, como un documento cerrado, estático y acabado, imagen anticipada de la ciudad en el año horizonte y limitado a los aspectos físicos del proceso de urbanización, que ha sido superada ya desde una perspectiva teórica y que se revela en la práctica como incapaz de dirigir el proceso urbano con la dinámica que exigen las actuales circunstancias.»

Para contrarrestar este defecto (dice la misma Exposición de Motivos, IV, apartado segundo):

«los planes generales municipales de ordenación se conciben ahora como planes abiertos, sin plazo de vigencia fijo, evolutivos y no homogéneos, que permitan, de una parte, la incorporación de imprevistos, la asimilación del margen de imprevisibilidad para exigencias nuevas o cambiantes, y de otra, la diferenciación de las propuestas del propio planeamiento con tratamiento diverso para las mismas, en cuanto a fijeza y concreción según se programen».

Sería, pues, un contrasentido entender que la Ley de Reforma impide aprovechar el procedimiento previsto en la disposición transitoria primera del texto refundido para otra cosa que no sea la adaptación «formal» del plan vigente a las normas del texto refundido; que la ley quiere que tal procedimiento se limite a ello y que las demás modificaciones del planeamiento vigente, por necesarias que sean, deben dejarse para un procedimiento posterior. Si el procedimiento previsto para adaptar el plan a las normas del texto refundido es el mismo previsto para aprobar un plan y para modificarlo, carecería de sentido obligar a duplicar los procedimientos (conculcando el principio de economía) y mantener mientras tanto un planeamiento inadecuado (produciendo una rigidez que la

Ley de Reforma ha querido desterrar). Y por ello es necesario concluir que es perfectamente posible, y aconsejable, que se aproveche el procedimiento de adaptación del plan vigente a las normas del texto refundido de la Ley del Suelo para introducir en aquél las modificaciones (no obligadas de modo estricto para aquella adaptación) que se estimen convenientes.

Naturalmente, se entiende que tales modificaciones sólo serán posibles mientras no conculquen las normas del texto refundido de la Ley del Suelo en lo sustantivo, y habrá que tener en cuenta los artículos 49 y 50 de esta Ley.

4. PLAZO

La ley prevé un plazo de adaptación del plan. Se señala un plazo de cuatro años, que el Gobierno podrá reducir o ampliar en dos años (10).

Dentro de este plazo, ¿qué deben hacer las entidades locales? ¿La aprobación inicial? ¿O deben llegar hasta la provisional? La ley dice que las entidades «deberán remitir las propuestas de adaptación». Por lo que, poniendo en relación esta expresión con la regulación general del procedimiento de aprobación de los planes del artículo 41 de la Ley del Suelo, parece evidente que lo que se exige es que se hubiese llegado a la aprobación provisional y remitido la adaptación al órgano competente para la aprobación definitiva.

De acuerdo con las normas generales (art. 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo) es indudable que la infracción del requisito del plazo no determina la invalidez (11).

Ahora bien, el incumplimiento podrá determinar la subrogación en la competencia de los órganos de las entidades locales por los del Estado, en los términos previstos en el artículo 3.º del Decreto de 2 de junio de 1977 (núm. 1.374/77), antes citado (disposición transitoria primera, 5).

IV. PROCEDIMIENTO

1. REGLA GENERAL

El procedimiento para elaborar y aprobar la adaptación será el previsto con carácter general para la aprobación de los planes de urbanismo. La

(10) El artículo 2.º, 1, del Decreto de 2 de junio de 1977 (núm. 1.374/77) establece que el Ministerio de la Vivienda propondrá «al Gobierno, en su caso, la anticipación de la adaptación».

(11) Me remito al comentario a este artículo en mis *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977.

Disposición transitoria 1.^a, 4. dice que «las propuestas de adaptación se someterán al mismo procedimiento establecido para la aprobación de los planes». Se seguirá, por tanto, el procedimiento regulado en el artículo 41 de la Ley del Suelo, con los trámites esenciales de aprobación inicial, información pública, aprobación provisional y aprobación definitiva (12).

2. REGLA ESPECIAL

No será de aplicación a estos casos—dice la Disposición transitoria 1.^a, 4—«la aprobación por silencio administrativo prevista en el artículo 41».

Es necesario, en todo caso, la aprobación expresa. Cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde que se recibió en el órgano competente para la aprobación definitiva el plan adaptado, sin que recayera ésta, no se entenderá aprobado. El órgano competente deberá examinar el plan adaptado y aprobado provisionalmente y adoptar resolución expresa.

Resulta fácil imaginar lo que tardará en producirse la adaptación de los distintos planes generales de ordenación y, por tanto, el tiempo durante el que se mantendrá el período transitorio (13).

V. EFECTOS

1. DE LA SITUACIÓN DE TRANSITORIEDAD HASTA LA ADAPTACIÓN DEL PLAN GENERAL

La situación de transitoriedad no comporta en absoluto una paralización de la acción urbanística. Por el contrario, como se ha señalado (14), los planes generales de ordenación no adaptados despliegan plenamente sus efectos, con alguna limitación respecto de los planes parciales y su ejecución.

Ahora bien, en cuanto la entrada en vigor de la nueva ordenación urbanística impone la adaptación, no tendría sentido que, durante este período transitorio, se elaborasen, tramitasen y aprobasen revisiones de

(12) Me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., comentario al artículo 41 y a la Disposición transitoria 1.^a

(13) Se ha dicho que, en supuestos límites, no cabe descartar que «la plena aplicación del nuevo Ordenamiento urbanístico en su integridad puede verse diferida hasta ocho o diez años después de la entrada en vigor de la Ley de reforma». Así, PAREJO ALFONSO, *El derecho transitorio* (I), cit., pág. 91.

(14) Cfr. la introducción.

planes al margen de la nueva ordenación. De aquí que la Circular del Ministerio de la Vivienda 2/75 prohíba toda revisión, para proceder a la adaptación.

Ahora bien, el hecho de que no proceda una revisión general de los planes, no supone la imposibilidad de modificación parcial. Si en algún aspecto concreto es necesaria la modificación, ésta podrá llevarse a cabo con arreglo al artículo 49, aun antes de llevarse a cabo la adaptación (15).

2. DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADAPTACIÓN

Se plantea el problema de si ha de aplicarse al procedimiento de adaptación la norma contenida en el artículo 27 de la Ley del Suelo sobre suspensión de licencias. En cuanto la adaptación se traducirá en una reforma, podría entenderse que sí. No obstante, dado el carácter necesario de la adaptación—que afectará a todos los planes generales vigentes—y sus efectos limitados, no parece prudente una interpretación que conduciría a una total paralización de la actividad urbanística prácticamente en todo el territorio nacional. Unicamente podría admitirse tal suspensión como facultad (art. 27, 1, de la Ley del Suelo). No se aplicaría la norma del apartado 3 del artículo 27, sino la del apartado 1 del mismo artículo, y ello siempre que la adaptación fuese más amplia que la limitada que prevé la Disposición transitoria 1.^a, apartado 1.

3. DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA

Aprobada definitivamente la adaptación—y publicada—tendrá plena vigencia el plan con las modificaciones introducidas. Se aplicarán las reglas generales sobre obligatoriedad y eficacia de los planes (arts. 56 a 62 de la Ley del Suelo).

Asimismo se aplicarán las reglas generales sobre la impugnación del acuerdo de aprobación definitiva en vía administrativa y contencioso-administrativa.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(15) Así, en mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., págs. 1278 y ss. En el mismo sentido, GONZÁLEZ BERENGUER, *Las disposiciones transitorias*, cit., página 41.

Producción de los bienes y rendimiento económico

1. *El concepto de frutos como concepto tradicional de la dogmática jurídica: introducción.*—En la dogmática jurídica es tradicional la utilización del concepto o de la idea de *fruto* para designar con ella los rendimientos o las percepciones que una cosa permite obtener o, por lo menos, aquellos rendimientos, productos o percepciones que reúnen unas determinadas características.

Se trata de un concepto que tiene evidente raigambre romana. Se encuentra utilizado por ULPIANO en *Digesto*, 7, 1, 9 (*quidquid in fundo nascitur quidquid inde percipi potest ipsius fructus etc*) y por PAULO en *Digesto*, 6, 6, 7 (*frugem pro redditu...*). En las fuentes se utiliza también la expresión *ius fruendi* para designar la potestad de adquirir los frutos.

La idea más o menos ambigua pervivió a lo largo de la tradición jurídica romanista y ha llegado hasta las codificaciones. Se recoge en el artículo 547 del Código civil francés, donde se dice que los frutos naturales o industriales de la tierra, los frutos civiles y las crías de los animales pertenecen al propietario por derecho de accesión.

En nuestro Código civil se recoge y desarrolla la misma idea en los artículos 354-357, donde se establecen los siguientes criterios o directrices:

a) Pertenecen al propietario los frutos naturales, los frutos industriales y los frutos civiles (art. 354).

b) Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales; son frutos industriales los que producen los predios de cualquiera especie a beneficio del cultivo o del trabajo, y son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias y otras análogas (art. 355).

c) El que percibe los frutos tiene el deber de abonar los gastos

hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación (artículo 356).

d) No se reputan frutos naturales o industriales sino los que están manifiestos o nacidos. Los animales basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido (art. 357).

2. *Las funciones desarrolladas por el concepto y los casos de aplicación.*—El concepto de frutos, como concepto de Derecho civil, con todas las proyecciones que posee y que trataremos de ir examinando, se utiliza en nuestra legislación con muy diversos motivos, de los cuales convendrá esquematizar o esbozar algunos.

a) Ante todo, define o delimita el contenido de un derecho o facultad del propietario de una cosa, que el Código configura como una forma o como una variante del derecho de accesión (cfr. arts. 353 y 354).

b) Es un módulo para resolver el eventual conflicto entre el poseedor y quien le ha vencido en la posesión al liquidar el estado posesorio en que el primero se encontrara: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y el poseedor de mala fe tiene la obligación de restituir o de abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (arts. 451-455).

c) Se utiliza también el concepto de frutos para delimitar las respectivas esferas de actuación del usufructuario y del nudo propietario en los casos en que se haya constituido un usufructo sobre la cosa: el usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos (cfr. arts. 461 y 462).

d) Reaparece el concepto para resolver los posibles conflictos entre el donante que revoca la donación y el donatario que en virtud de la revocación tiene obligación de restituir los bienes (cfr. v. gr. art. 651; según el cual cuando se revoca la donación por alguna de las causas expresadas en el artículo 644 o por ingratitud y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda).

e) En el mismo o en parecido sentido se menciona la idea cuando se dice que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (art. 1.095) o cuando se dictan algunas reglas especiales en materia de obligaciones condicionales (v. gr. art. 1.120) o cuando en los casos de nulidad de los contratos se preceptúa que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1.302).

Con carácter general podemos considerar que es preciso establecer un criterio por medio del cual se delimite el derecho de adquisición de los rendimientos (*ius fruendi*) cuando pueden corresponder al propieta-

rio o a otras personas (enfiteuta, arrendatario, etc.) y que cuando existe obligación de transmitir o de restituir una cosa hay que delimitar el momento en que la percepción de los rendimientos comienza o termina para cada uno de los dos sujetos, el que transmite y el que adquiere, el que recibe en restitución y el que restituye.

En un estrato de mayor profundidad cabría señalar que en los Códigos late una cierta consideración de las cosas como algo naturalmente fructífero o productivo o como algo económicamente destinado a la producción y la consideración de la productividad como un deber de diligencia y un canon de resarcimiento de daños cuando las cosas han devenido improductivas o no han llegado a alcanzar la que sería su razonable productividad (v. gr., «frutos que se han debido percibir; cfr. art. 455), especialmente cuando la explotación está en manos de un no-propietario o de quien no tiene un derecho definitivo y pleno sobre los bienes.

En otro terreno, el concepto de frutos desempeña un papel decisivo en la organización de la sociedad legal de gananciales, y de algunas otras comunidades conyugales, que tienen por objeto las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por los cónyuges durante el matrimonio (artículo 1.392). Son bienes gananciales los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes o de los privativos de cada uno de los cónyuges (art. 1.401).

3. *La inadaptación del lenguaje codificado en relación con los esquemas de la economía moderna.*—R. SAVATIER, al estudiar recientemente la sociedad conyugal (París, 1970), ha puesto de relieve los arcaísmos y la inadaptación general que presenta el lenguaje jurídico codificado en relación con la economía moderna. Los Códigos se encuentran montados, en la importante cuestión de la explotación económica y de la distribución de los productos y rendimientos, sobre el concepto de frutos. En ellos, son en muy buena medida extrañas las ideas de ingresos, rentas y beneficios, que, sin embargo, posteriormente han encontrado reflejo en algunas leyes especiales como pueden ser la Ley de Sociedades Anónimas o las leyes fiscales.

Para SAVATIER hay tres fundamentales arcaísmos en la estructura de los Códigos:

a) El primero es que el trabajo nunca se considera como un bien fructífero o como un factor de producción. Toda nueva riqueza tiene su fuente en una cosa preexistente. Los frutos se ligán con los bienes a título de accesoriedad o como algo secundario o percibido de un bien principal. La «industria» del hombre es solamente un factor auxiliar de la tierra o de los otros bienes para la producción de sus frutos.

Excepciones a esta regla pueden ser la disciplina de la sociedad de gananciales, donde se consideran bienes de esta naturaleza los adquiridos con la industria o trabajo de los cónyuges y la figura de la «aportación de industria» en el contrato de sociedad. En cambio, por lo general, el trabajo no es factor de producción sin gasto deducible. Así, en el artículo 356, según el cual el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección o conservación o en los artículos 453 y 455 donde aparece un criterio similar.

b) El segundo arcaísmo es que los Códigos hacen abstracción, al hablar de frutos, no sólo del trabajo humano, sino también de los demás elementos del precio de costo o de producción. Aunque aisladamente se ponga a cargo del que adquiere los frutos el abono de los gastos (cfr. artículo 356, etc.), no se establece ninguna conexión entre el derecho a los frutos y la obligación de pago de gastos.

c) El tercer arcaísmo es que los frutos de un bien se atribuyen aisladamente por título de accesión. La teoría de los frutos, dice SAVATIER, no conoce las conexiones que la economía moderna establece entre los diferentes bienes de producción haciendo de ellos el «capital» indispensable para esta producción. En los Códigos los frutos son frutos de un solo bien, cuando en realidad la ganancia lo es de un patrimonio.

Hay, sin embargo, una tímida aparición en el Derecho civil de las nociones económicas de ingresos, ganancias y beneficios. Así, al regular la tutela parece distinguirse entre ahorro e inversión (al hablar, por ejemplo, en el art. 269 de la colocación del dinero sobrante en cada año). Sin embargo, la idea de ganancia y de beneficio es en la regulación de las sociedades donde más nítidamente aparece (cfr. art. 1.683).

La conclusión a la que habría que llegar tras este análisis es la inadecuación del viejo concepto y la necesidad de su reconstrucción.

4. *La dualidad frutos naturales o frutos civiles y el concepto jurídico de los frutos.*—Como puse de relieve ya hace algún tiempo (*Anuario de Derecho civil*, 1954, pág. 357) una de las mayores dificultades que surgen para elaborar un concepto jurídico de frutos consiste en superar el callejón sin salida de la dualidad—frutos naturales, frutos civiles—en la que los Códigos se metieron y en la que parecen insistir.

Los primeros son productos materiales de determinadas cosas, que, según la mentalidad codificadora, se producen «espontáneamente». De *producciones espontáneas* de la tierra habla precisamente el artículo 355. Frente a ello habría que señalar que las producciones espontáneas carecen de toda trascendencia económica y son algo baladí. Son cantidades despreciables. Por ello, es preciso llegar a una fusión de lo que nuestro Código llama frutos naturales e industriales. Esta idea se refuerza si no

olvidamos que no hay diferencias *a posteriori* en su tratamiento, pues a una y otra clase de frutos se les aplican las mismas normas. Hay producciones de la tierra o de los predios, que pueden ser excepcionalmente espontáneas, pero que normalmente son el resultado de lo que el Código llama «beneficio del cultivo o del trabajo».

Los frutos civiles parecen poseer en los Códigos una caracterización puramente negativa. Lo son en tanto en cuanto no nacen de la tierra. Por ello, para construir una doctrina de los frutos caben dos caminos: renunciar al concepto unitario y referirse a cada una de las especies como unidades distintas o intentar conseguir la unidad conceptual por encima de las muy acusadas diferencias. El primero de estos caminos es el que sigue nuestro Código civil, que no intenta siquiera dar un concepto general de los frutos, limitándose a disponer que pertenecen al propietario (artículo 354); que no intenta tampoco definir sus distintas especies, y que al tratar de los frutos civiles se contenta con hacer una enumeración descriptiva («alquileres de edificios...») y otros análogos.

5. *Las construcciones teóricas en la formulación del concepto general de los frutos.*—La doctrina ha tratado, no sin esfuerzo, de construir un concepto unitario de los frutos y ha ido estableciendo para ello algunas posiciones teóricas, que en su momento sistematizó adecuadamente Mosco, a quien nosotros seguimos.

a) *La teoría orgánica de los frutos.*—De acuerdo con ella los frutos son productos orgánicos que se separan de una cosa en virtud de una función biológica. Es fruto todo lo que la cosa produce y reproduce (*quidquid et re nasci et renasci*) y todo lo que es el resultado en una actividad biológica.

La quiebra de la antigua teoría orgánica, es muy clara. El concepto de frutos es más amplio que el de producciones orgánicas nacidas de una actividad natural o biológica. Están ante todo los frutos civiles que no tienen nada que ver con aquella concepción. Está también la concepción como frutos de sustancias procedentes de lo que las ciencias naturales llaman el reino mineral, como las piedras de las canteras, los minerales de las minas, etc. Por último, aun manteniéndonos dentro del reino vegetal o del reino animal, conviene advertir que el concepto jurídico de frutos no deriva tanto del carácter orgánico de la producción, cuanto de la forma económica de la organización de ésta. Por ejemplo: jurídicamente pueden ser frutos las peras de los perales si la actividad productiva es la producción de peras, pero pueden ser frutos los árboles mismos si la dedicación es, por ejemplo, a un vivero o a un bosque maderable. En materia de ganados se puede considerar como fruto cada cría de cada animal. Pero es posible seguir también el criterio, más racional desde el

punto de vista económico, que aparece en el artículo 1.405 del Código civil, donde el beneficio de la explotación ganadera es la diferencia entre el número de cabezas de ganado existentes en dos momentos naturales distintos, pues parte de las nuevas reses habrá que destinarlas a sustituir a las antiguas y sólo el aumento será verdadera ganancia.

b) *La llamada teoría de la separación.*—Según ella son frutos las partes de una cosa que, en virtud de su separación de aquélla, a la que se considera como cosa principal, adquieren independencia. La idea se matiza, en algunos autores, uniendo al factor de la separación el derivado del destino económico. Son frutos las partes de una cosa que se separan de ella conforme a su destino económico o al uso social: las partes destinadas a separarse de la cosa.

La teoría de la separación ha sido matizada por los autores, adicionando al de la separación otros criterios. Así, BONFANTE señala que son frutos las partes de una cosa que se separan de ella conforme a los usos sociales o al destino económico, si bien sin alteración de su sustancia, o conservándose ésta. Criterio de raigambre romana de gran aceptación entre los civilistas franceses. Otras veces se atiende al criterio de la periodicidad, entendida, si no como existencia de espacios o intervalos temporales definidos entre diferentes percepciones, si por lo menos en el sentido de que los frutos no se obtienen de una sola vez y debe haber en su producción y percepción una cierta habitualidad y reiteración.

A nuestro juicio, la quiebra más grave de la teoría de la separación consiste en que no permite construir un concepto unitario de los frutos, pues, rigurosamente, sólo es aplicable a lo que nuestro Código civil llama frutos naturales, añadiendo a ellos si se quiere también los industriales, pero no tienen nada que ver con los frutos civiles, de los que no se puede decir en modo alguno que sean partes que se destacan o que se separan de una cosa matriz. Es, a nuestro juicio, bastante claro que los alquileres (cfr. art. 355) no se separan de los edificios, ni las rentas de los bienes que las producen, etc.

c) *La teoría económico-jurídica.*—A mi juicio es la única que ha logrado un criterio unitario de los frutos, construyéndolo con auténtico rigor y fundándolo en criterios económicos. Los frutos en sentido jurídico no son entidades del mundo exterior reconocibles como tales ni poseen cualidades objetivas. La cualidad de frutos se determina por la relación existente entre la persona y los bienes. Se puede decir de algo que constituye fruto cuando es la renta que una determinada cosa ajena produce, se percibe sin disminución de la fuente de producción y se destina al consumo del titular. Con ello se consigue un brillante resultado, como es la unificación de los dos términos—frutos naturales y frutos civiles—en

una sola fórmula. Es fruto en sentido jurídico lo que es renta en sentido económico.

Hay dos ideas en la construcción diseñada, que hay que poner en entredicho: una es subrayar que la cualidad de los frutos no es objetiva y que depende de la relación de la persona con los bienes; la otra es fijar el destino.

El bien-capital o cosa-madre es una subespecie de las cosas inconsumibles desde un punto de vista jurídico, es decir, de aquellas que son susceptibles de dar una utilidad permanente y que se caracterizan por su posibilidad de fructificar, esto es, de dar utilidades periódicas, materializadas en bienes autónomos, permaneciendo ellos mismos inalterados y observando el destino económico a que están afectos.

Pero el bien capital aislado, sin estar implicado en las relaciones humanas, no produce frutos jurídicamente relevantes, aunque por su fecundidad natural produzca frutos en el sentido de las ciencias naturales. Ahora bien: hay dos formas de concebir esta vinculación del bien-capital a un sujeto. Una es al modo de PETRAZYCKI, para quien basta la tenencia o posesión del mismo para que pueda hablarse de frutos. Otra es, como lo hace MOSCO, el cual, con base a una investigación operada sobre el Derecho positivo italiano, concluye que siempre que un sujeto puede ejercer determinadas facultades sobre aquellos productos de la cosa que son frutos y no puede, al propio tiempo, ejercitarlas sobre la cosa productora, o puede hacerlo sólo con ciertas reservas, adquiere plena relevancia jurídica el concepto de fruto; es decir, que relación de capital es aquella que se tiene sobre unos bienes respecto de los cuales la facultad de goce o de administración está sujeta a particulares limitaciones.

6. *El concepto económico de renta y el concepto jurídico de frutos.*—

Para perfilar debidamente el concepto jurídico de frutos es menester a nuestro juicio acudir al concepto económico de renta y, para ello, tener en cuenta las enseñanzas de las ciencias económicas y las de algunos sectores de la legislación en que dichas enseñanzas han dejado mayores huellas como son la legislación fiscal y tributaria.

Según la ciencia económica, la idea de renta está muy estrechamente unida a la producción y creación de nueva riqueza mediante la utilización de bienes y servicios. Sin embargo, no cabe confundir la renta con la producción o creación de nueva riqueza. Un constructor crea riqueza con el trabajo diario empleado en la construcción de una casa y cuando la vende a cambio de dinero simplemente intercambia activos. Es menester de algún modo que la nueva riqueza creada se destine a la circulación y se convierta en dinero. De esta manera, en un sentido amplio la renta se puede definir como los ingresos monetarios obtenidos en un período

de tiempo como derivados del trabajo de los individuos o de la propiedad o titularidad de los factores de producción. Ello no obstante, es claro que puede existir renta sin efectivo cobro monetario, por lo que renta y cobro monetario no son lo mismo. Por ello, puede, a mi juicio, aceptarse la opinión de quienes entienden que la renta en sentido económico es un excedente económico: son las ganancias derivadas de la titularidad o de la utilización de un factor de producción deduciendo la suma necesaria para mantenerlo en uso e impedir que pase a otros.

En la legislación fiscal el texto refundido de la Ley del Impuesto General sobre la renta de las personas físicas (Decreto de 23 de diciembre de 1967) atribuye la consideración de renta a los conceptos de rendimientos sujetos a los llamados impuestos a cuenta y a los rendimientos obtenidos en la enajenación de objetos mobiliarios e inmobiliarios (art. 5). En cambio, señala que no tendrán la consideración de renta el precio de venta del derecho de suscripción preferente de acciones, los incrementos de patrimonio no justificados y los incrementos de patrimonio provenientes de herencias, legados, donaciones, premios de la Lotería Nacional y del Patronato de Apuestas y cobro de capitales por razón de contratos de seguros o de amortizaciones de cédulas.

Si acudimos a los llamados impuestos a cuenta, para determinar el concepto de renta encontraremos los siguientes datos:

1.º En la contribución territorial rústica y urbana el hecho imponible es la percepción devengada o la susceptibilidad de rendimiento de bienes, derechos y actividades de fincas rústicas o del suelo y construcciones urbanas, así como la utilización, goce y posesión en virtud de derechos reales de los bienes que produzcan o sean susceptibles de producir los citados rendimientos.

2.º Son rendimientos de trabajo personal los que se perciben directa o indirectamente de trabajos personales o del ejercicio de actividades profesionales o artísticas.

3.º Por último, en el impuesto sobre las rentas de capital constituyen el hecho imponible los dividendos y participaciones en los beneficios de sociedades, los intereses de la deuda, de obligaciones y títulos similares, de préstamos, cuentas corrientes y precio a plazo de compraventas, las primas de amortización y las rentas vitalicias o temporales que tengan por cuenta la imposición de capitales; los rendimientos procedentes de la propiedad intelectual, de la prestación de asistencia técnica y de otras manifestaciones de la propiedad industrial, de la utilización de producciones cinematográficas y de arrendamientos de minas, negocios, bienes o cosas.

Estos materiales económicos y legislativos son, a nuestro juicio, útiles

para constituir el concepto que estamos persiguiendo, cuya puntualización podremos intentar ahora del siguiente modo:

1.º Fruto en sentido jurídico y renta en sentido económico-jurídico es un excedente económico, esto es, un incremento positivo experimentado por el patrimonio de la persona de que se trata. Sólo hay auténticamente fruto cuando en un período determinado el patrimonio ha experimentado un aumento.

Sin embargo, no todos los aumentos patrimoniales, a los que llama incrementos de patrimonio la Ley del Impuesto General sobre la renta, deben confundirse con ésta o con los frutos.

2.º En particular, no son fruto ni renta los incrementos de patrimonio que tengan su origen en la enajenación de activos mobiliarios o inmobiliarios (plusvalías), cuando existe una diferencia entre el precio de costo y el de enajenación.

Tampoco son renta los incrementos extraordinarios o excepcionales que resultan obtenidos de una sola vez (herencia, legado, donaciones, ganancias procedentes de la suerte o del azar, hallazgo de tesoros, etc.).

Por último, no son fruto ni renta las percepciones por virtud de las cuales se restituyen bienes de capital, aun cuando su restitución se produzca en forma fraccionada. Por ejemplo, las cuotas de amortización de los créditos, el precio de venta de bienes vendidos a plazos, etc.

3.º Son fruto en sentido jurídico y renta en sentido jurídico-económico tanto los incrementos procedentes del rendimiento de los capitales como los procedentes del rendimiento de trabajo personal. Lo que ocurre es que en el terreno jurídico como quiera que, según hemos insistido varias veces, la cuestión estriba en distribuir el fruto entre dos o más personas que pueden hallarse en conflicto, es claro que la consideración como frutos de los rendimientos del trabajo personal tiene una aplicación muy limitada, pues no es posible ni la enajenación ni la cesión de la renta salarial, por lo que su comunicación únicamente encuentra aplicación en los regímenes económico-conyugales y en algunas formas de sociedad.

De todo lo anterior, parece deducirse que para poder hablar de fruto y de renta es necesario referirse a los rendimientos del trabajo personal y de los bienes de capital. En cuanto estos últimos, es preciso que el rendimiento se produzca por insertarse dichos bienes como factores específicos de producción o por virtud de su cesión a terceras personas, de acuerdo con su destino económico objetivo y con la normalidad de su uso social.

En cambio, parece intrascendente que la percepción de los frutos se produzca mediante un cobro monetario o mediante un cobro en especie. Sí es, en cambio, preciso que se produzca el incremento patrimonial. Por

eso no es fruto en sentido jurídico lo que los economistas llaman la renta imaginaria o ideal como puede ser, por ejemplo, el valor del interés del propietario que ocupa su propia casa.

Tampoco parece decisivo el que el incremento patrimonial obtenido por la vía de la renta o del rendimiento se destine al consumo, bien directamente, cuando se percibe en especie, o indirectamente, mediante su conversión en dinero y la producción de un gasto monetario o que se reinvierta, transformándose en nuevo bien de capital.

7. *El derecho de adquisición de los frutos (derecho de disfrute o «ius fruendi»).*—Los frutos o rendimientos que las cosas o los bienes producen son objeto de una específica titularidad. Por regla general, pertenecen al individuo trabajador cuando se trata de rendimientos de trabajo o a la persona a quien pertenece la propiedad de los factores de producción. Sin embargo, la percepción o el devengo de los rendimientos puede haber sido traspasado a otra persona. Ello puede ocurrir porque, en virtud de un derecho real, la utilización, el goce y explotación y la posesión de los bienes que produzcan o sean susceptibles de producir el rendimiento, pertenezcan a un tercero (v. gr., usufructo, etc.), porque la cesión se haya hecho como consecuencia de una relación jurídico-obligatoria (verbigracia, arrendamiento) o porque exista una situación específicamente prevista por la ley y sea ésta quien directamente atribuye a un tercero el derecho de disfrute (v. gr., posesión en concepto de dueño).

El derecho de adquisición de los frutos, al que se puede llamar derecho de disfrute o *ius fruendi*, pertenece, pues, a los propietarios de los bienes de capital y a los cesionarios del disfrute en virtud de relaciones jurídico-reales o jurídico-obligatorias o en virtud de la ley. Pertenecen al propietario cuando el capital está constituido por bienes o cosas en sentido estricto. Si el capital o los bienes fructíferos fueran de otra naturaleza, pertenecerá a quien de acuerdo con esa naturaleza sea titular del derecho subjetivo sobre tales bienes (v. gr., los intereses de un préstamo garantizado con hipoteca pertenecen al acreedor hipotecario).

LUIS DÍEZ PICAZO

La reserva de facultades dispositivas a favor del instituyente en la sucesión contractual aragonesa

SUMARIO: 1. Los orígenes del artículo 102 de la Compilación.—2. La reserva del señorío mayor.—3. La formulación dogmática del señorío mayor a la vista del artículo 102 de la Compilación.—4. Las «otras facultades análogas» del artículo 102.

1. LOS ORIGENES DEL ARTICULO 102 DE LA COMPILACION (*)

Mientras en el artículo 65 del Anteproyecto de Compilación de 1962 se disponía que «salvo pacto en contrario y lo dispuesto en el artículo 163, el instituyente podrá disponer de sus bienes por acto *inter vivos* y a título oneroso», en el Anteproyecto de 1963, habida cuenta de que lo normal en Aragón es el nombramiento de heredero de presente y el consiguiente traspaso dominical inmediato a su favor, se invertía la norma y su artículo 61 establecía que «salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido».

Con ligeras puntualizaciones consistentes en eliminar la referencia al título oneroso y en circunscribir el ámbito de la norma a la disposición

(*) «Artículo 102. 1. En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el *señorío mayor* u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1.º del artículo 39 es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas a favor de la casa.

2. No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesitará para hacer tales disposiciones en testamento.»

de los bienes sitios y los considerados como tales, los artículos 109 del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965 y 102 del Anteproyecto emanado de la misma Comisión en 1966 mantenían la exigencia de que el instituyente debía contar con la voluntad del heredero para disponer de los bienes objeto de la institución.

En el artículo 102 del Anteproyecto aprobado por el Pleno de la Comisión General de Codificación, aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes como Proyecto de Compilación se dispuso, a su vez, que «en el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente conceda al instituido el *señorío menor* reservándose el *señorío mayor* u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que, para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1.º del artículo 39, es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa».

Finalmente, el también artículo 102 de la Compilación promulgada respetó la fórmula acogida en el Proyecto, eliminando tan sólo la referencia a que el instituyente haya concedido al instituido el señorío menor.

Las sucesivas redacciones del precepto, partiendo de un supuesto que evidentemente no era el normal en la sucesión contractual aragonesa, habían ido delimitando la figura en sus justos términos. En efecto, mientras en una primera rectificación sustancial se pasaba de la libre disposición del instituyente a la no disponibilidad sin el consentimiento del heredero, todavía, en los Anteproyectos de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, el mecanismo contemplado resultaba borroso o inadecuado, porque siendo corriente la institución de presente no se alcanzaba a ver cómo puede hablarse en fórmula general de que el instituyente necesita el consentimiento del instituido, habida cuenta que, al resultar éste propietario de los bienes, mal podría aquél disponer de ellos a no ser que expresamente se hubiese pactado semejante circunstancia. De manera evidente, los preceptos habían contemplado el supuesto no mayoritario en las comarcas altoaragonesas de nombramiento de heredero para después de los días de los heredantes, en el que, como es sabido, la titularidad del dominio continúa en el disponente, pero, en todo caso, con una peculiar inversión de lo que acontecía en la práctica, ya que, en lugar de requerirse pacto para que el instituyente necesitase de la cooperación del heredero (como suele establecerse), esta situación se presentaba como normal y aplicable en principio, haciendo falta pacto expreso precisamente para excluirla. Se imponía, pues, la rectificación so pena de incurrir en un doble contrasentido: regular como supuesto ordinario el que tan sólo era excepcional e incidir, incluso, en éste en la paradoja de pre-

sentar como regular lo que únicamente con ocasión de un específico convenio orientado al efecto podía tener lugar.

La rectificación se hizo acudiendo al problemático recurso de la reserva por parte del instituyente del señorío mayor, con lo que, aun introduciendo un elemento susceptible de generar numerosas dudas e imprecisiones, se lograba repristinar la figura a su adecuada forma y justificar dogmáticamente el hecho de que el heredante conservase facultades dispositivas no obstante el nombramiento. En efecto, con la fórmula aceptada se conseguía erradicar la doble contradicción antes apuntada porque, por un lado, ya no hay duda de que la institución hereditaria que se contempla es la de presente, pues si fuera la *post mortem* no tendría sentido hablar de reserva del señorío mayor (al conservar el instituyente la propiedad no precisa de ningún otro derecho, ya que al poder lo más puede lo menos), y, por otro lado, al resultar que la legitimación dispositiva del heredante viene dada precisamente en virtud de un expreso y específico convenio por el que se reserva determinados derechos sobre los bienes.

A la vista de lo dicho se comprende la inexactitud de las palabras de PELAYO HORE en el sentido de que el artículo 102 admite la posibilidad de que el pacto sucesorio impida al instituyente disponer de sus propios bienes a no mediar el consentimiento del instituido (1), pues no es que el pacto impida al heredante disponer de sus propios bienes, sino que le faculta para enajenar bienes que ya no son suyos por haberlos transmitido al nombrado heredero, ya que, en otro caso, mal cabría hablar de reserva (sólo hay tal cuando disponiendo del dominio conserva el *tradens* una u otra facultad de las integrantes del mismo) y lo correcto hubiera sido estatuir que por virtud del pacto sucesorio concertado hará falta, para disponer de los bienes, las voluntades conjuntas de instituyente e instituido.

Todo ello, empero, advirtiendo que el artículo 102 de la Compilación, aun acertando en lo fundamental de modelar la figura de acuerdo a sus líneas maestras, da pie para generar equívocos y torcidas interpretaciones al utilizar expresiones tan poco precisas como la de «es exigible el consentimiento del instituido», cuando debería hablar de que el instituyente podrá disponer con el consentimiento de éste, aparte de la mención innecesaria de que el nombramiento de heredero se haya pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, pues éste es el carácter normal del contrato sucesorio aragonés, y del confusionismo e indeterminación que introduce al referirse a otras facultades análogas al señorío mayor.

(1) PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 855.

2. LA RESERVA DEL SEÑORIO MAYOR

Lo primero que debe advertirse es que pactar en la institución contractual de heredero *post mortem* que el instituyente se reserva el señorío mayor, el usufructo, la administración o cualquier otra facultad similar carece de sentido e implica, incluso, una contradicción, ya que si el mismo retiene el dominio pleno de los bienes conservará también todas y cada una de las facultades integrantes de la titularidad dominical. A pesar de ello, no es extraño que en las escrituras de institución de heredero, por inercia, repetición y a mayor abundamiento se inserten fórmulas como ésta: «Que tal institución, aunque irrevocable, ha de entenderse para después y no antes del fallecimiento de los instituyentes, quienes se reservan, para ambos y para el que de ellos sobreviva, el señorío mayor, la administración y el usufructo de los bienes de su herencia, si bien no podrán vender, permutar, adjudicar, gravar e hipotecar los bienes raíces que la integran sin el consentimiento del heredero, así como tampoco podrá hacerlo éste sin anuencia de los instituyentes, debiendo invertirse el indicado usufructo en beneficio y para la manutención de unos y otros y demás individuos de la familia mientras permanezcan reunidos». Rectamente entendida la cláusula y expurgada de las menciones innecesarias y vacuas, la misma viene a suponer tan sólo el pacto por el que el instituyente, señor de los bienes, se obliga a contar con la voluntad del heredero para disponer de ellos, pacto corrientísimo en toda institución para después de los días del heredante.

Sólo, pues, en la institución hereditaria de presente tiene sentido y justificación hablar de reserva del señorío mayor o de cualquier otra facultad integrante del dominio que, sin la reserva, se perdería al tener lugar su tránsito *in actu* al nombrado heredero.

Aunque en las escrituras y ahora en la ley se hable del señorío mayor, engendrador, por lógica, como dice SOLANO NAVARRO, de otro señorío o señor que habrá de apedillarse menor y que resulta atribuido al instituido, trátase de una terminología que no tiene reflejo en el lenguaje del pueblo, en el que lo corriente es llamar al principal de la casa amo viejo y al heredero amo joven, o simplemente el amo y el joven, respectivamente (2).

En cualquier caso, empero, no es empresa fácil aclarar el recto significado y alcance de una figura que con razón se la ha caracterizado de «enigmática», sobre todo habida cuenta de que su utilización no suele hacerse con la ponderación y precisión pertinentes.

(2) SOLANO NAVARRO, «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, pág. 338.

En los Proyectos de Apéndice de 1904 y 1923 se la hizo equivalente a usufructo y administración, posición evidentemente errada porque si tal fuere su contenido lo corriente, legal y contractualmente, sería referirse en exclusiva a estos términos, aparte de que la utilización de los tres conjuntamente supondría una inadmisble tautología y, sin embargo, lo cierto es que en las fórmulas consignadas en las escrituras se dice con reiteración que los instituyentes se reservan «el señorío mayor, la administración y el usufructo».

En este sentido, tiene razón PALÁ MEDIANO cuando señala que unida la reserva del señorío mayor en los usos convencionales a la reserva del usufructo y administración ha de tener un valor jurídico distinto y, en consecuencia, deben rechazarse las opiniones que niegan a la frase señorío mayor todo contenido jurídico y la hacen equivalente a la reserva de los derechos de usufructo y administración (3).

Para este ilustre foralista, *senior*, anciano, el más anciano, es calificativo que se aplica a la persona de más autoridad, más caracterizada, y así, entre las personas que se hallan en relación con una cosa, se llama *senior* a la que ejerce el derecho más elevado o central, a aquella que reúne en sí la suma de poderío y facultades, que puede haberse desprendido de alguna de ellas, pero que conserva en sus manos esa fuerza centrípeta que atrae y recobra las facultades temporalmente sustraídas a su poder. Consecuente con esta posición, sostiene que el señor es el propietario, el dueño, el que ejerce su poderío sobre cosa propia; y frente a la pregunta que pudiera hacerse de que si el instituyente se reserva el dominio, ¿qué necesidad habrá de hacer expresa reserva de usufructo y de la administración?, replica que como los instituyentes son dos, marido y mujer, y la reserva se hace para ambos y para el que de ellos sobreviva, la mención tiene por objeto asegurar al viudo el usufructo sobre los bienes del premuerto, y lo mismo cabe afirmar respecto a la reserva de administración, aunque aquí no resulta tan extraño que quien se reserva el dominio se reserve expresamente aquella facultad, pues en el Código civil se encuentran ambas reservas al tratar de los bienes parafernales. «Ocupa el heredero en la casa una posición digna—escribe en tal sentido—, participando en la dirección del patrimonio, y conviene hacer constar que su poder de administrar está subordinado a la voluntad superior del señor mayor que a tal fin se reserva la facultad y no se desprende de ella aunque la delegue con mayor o menor extensión» (4).

En esa misma dirección, el profesor MARTÍN-BALLESTERO considera que estamos frente a una cotitularidad de disposición, puesto que el se-

(3) PALA MEDIANO, «Los señores mayores en la familia altoaragonesa», en *Segunda Semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, págs. 155-157.

(4) *Ibid.*, págs. 159-161.

ñorío mayor no es ni un mero usufructuario ni administrador de unos bienes, ni el derecho que tiene sobre los mismos es un derecho en cosa ajena, ya que conserva su titularidad dominical y sigue, aunque limitada, en su capacidad de disposición (5).

Lo curioso es que, aun con un enfoque inadecuado de la figura, PALÁ MEDIANO tiene razón cuando defiende que el instituyente conserva la propiedad de los bienes, y la tiene porque él se está refiriendo en exclusiva al nombramiento de heredero *post mortem*, supuesto el más difundido históricamente en el partido judicial de Jaca, aunque minoritario e incluso desconocido en las demás comarcas altoaragonesas. Lo que sucede es que para llegar a esa conclusión no hace falta recurrir al mecanismo de la reserva del señorío mayor, pues, por tratarse de una institución contractual de heredero en la que la titularidad dominical sólo la adquirirá el instituido a la muerte de los heredantes, es obvio que éstos conservan, por definición, la propiedad de los bienes, sin que se precise pacto o reserva alguna al respecto; es más, en tal situación hasta resulta impropio, reiterante e innecesario, según dijimos, hablar de reserva del señorío mayor, por más que las escrituras repitan irreflexiva y cansinamente la fórmula.

Ha sido BATALLA quien mejor ha captado la incongruencia ínsita en el planteamiento criticado y lo ha hecho con las siguientes palabras: «A través del prisma de una institución para después de los días del instituyente, nada nos extraña que se haya llegado a la consecuencia de estimar que tal señorío entraña la titularidad del dominio y que, por consiguiente, si no hay pacto que lo contradiga, el instituyente conserva íntegra la facultad de disponer a título oneroso, y tampoco nos sorprende que considerando dicha institución como la más frecuente, se crea que el señorío mayor es siempre tal titularidad de dominio, pero, como hemos repetido, es muchísimo más frecuente la institución que hemos llamado de presente..., la titularidad del dominio con la facultad de disponer a título oneroso, la conserva el instituyente para después de sus días, precisamente porque ella es condición esencial de tal institución, siendo necesario para que esta facultad de disposición del instituyente quede compartida con el heredero, pacto expreso en este sentido, que en la práctica se da siempre como única garantía de que no quede reducida a la nada la herencia, cuando la institución tenga efectividad por la defunción del instituyente. Es, por tanto, titular del dominio el instituyente cuando dispone para después de sus días, por el hecho de hacerlo para tal momento, pero no porque, innecesariamente, se reserve el señorío, sin que quepa decir que para algo se habrá consignado esta reserva, porque también se

(5) MARTÍN-BALLESTERO, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, página 85.

decía en las antiguas capitulaciones que aportaban al matrimonio su persona los contrayentes—conocemos una en que el marido aportaba la carrera—, y no creemos que esto responda a nada práctico. Hemos visto además que actualmente se prescinde en el partido de Jaca de tal señorío en las capitulaciones autorizadas por Notario competentísimo y netamente aragonés—montañés mejor—, y a nadie se le ha ocurrido atribuir a esos nombramientos efectos distintos a los otorgados con anterioridad» (6).

La reserva del señorío mayor en el nombramiento del heredero *post mortem* nada añade, en consecuencia, al poder que retiene el instituyente; tratase, en suma, a lo máximo, en el ámbito patrimonial se entiende, de la ratificación y exteriorización de que el dominio de los bienes objeto de la institución permanece en manos del heredante.

Pero la reserva del señorío tiene lugar también en las instituciones del presente, en las que, obviamente, por verificarse el traspaso inmediato del dominio de los bienes, mal puede suponer la retención del mismo por el instituyente, ya que no cabe defender, sin incurrir en contradicción, que pueden coexistir la transmisión y la conservación de la propiedad, ni se produce en la materia en estudio un supuesto de condominio o una manifestación de propiedad en mano común.

La misma imposibilidad tiene lugar en el caso, resaltado por BATALLA, del nombramiento de heredero por parte del cónyuge sobreviviente respecto a los bienes del premuerto, supuesto en el que la reserva del señorío mayor nunca podrá implicar que el instituyente conserve el dominio de los mismos, porque sobre los bienes del premuerto no cabe semejante titularidad dominical a favor del supérstite.

Se impone, pues, en tales hipótesis la consideración de cuál será la sustancia y contenido jurídicos del señorío mayor que el instituyente se reserva, debiendo prescindir en semejante indagación de cualquier vinculación a la idea de propiedad, ya que la misma, por definición, se excluye.

SAPENA hace notar que el heredamiento altoaragonés no produce sólo una transmisión presente o futura de bienes y simples relaciones entre las partes como consecuencia de la reunión de distintas titularidades sobre un mismo patrimonio, sino que crea algo más: una comunidad familiar a la que todos tienen obligación de aportar sus ingresos y su trabajo, su amor y su afán por la casa y sus componentes. Como toda sociedad bien organizada, precisa una jefatura: señorío mayor se la llama aquí. Quien la ostente, como órgano rector de la misma, administrará los bienes de sus miembros y dispondrá sobre la inversión de sus productos, sin que para ello precise detentar titularidad real sobre los mismos. Al señor

(6) BATALLA, «Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, págs. 356-357.

mayor corresponde dirigir la explotación de las fincas, distribuir el trabajo, disponer sobre las atenciones de la casa y de sus miembros. Si esto en el fondo es tanto como un derecho de goce de los bienes, a la familia y no a su jefe corresponde, como a la sociedad conyugal y no al marido pertenece el de los bienes de los esposos. Aquél como éste es el órgano rector solamente. Luego tal cargo, aunque le acompañe el dominio o el usufructo, es independiente de toda relación individual con los bienes, de toda titularidad de los mismos.

Tal es, en el sentir de SAPENA, la esencia y contenido del señorío mayor al menos en el plano histórico-conceptual, pues en la vida real lo corriente es que, desde el momento de la boda, suelen dejar los viejos en manos del heredero las riendas de la casa, sin que éste olvide por ello la categoría y posición de sus padres, consultándoles antes de tomar cualquier decisión y obrando conforme al parecer conjunto de todos. Esta práctica tiene el inconveniente de que supervalora la posición del heredero y de su cónyuge, quienes van olvidando cuál es la que legalmente les corresponde, surgiendo así las disensiones cuando ya el remedio es difícil. Por ello, cuanto más firme se mantenga en sus derechos el señor mayor, mejor marchará la casa: no usurparán los jóvenes las atribuciones que no les competen y no habrá por qué recuperarlas con riñas y disgustos si nunca por los padres fueron abandonadas (7).

Se observará que en la orientación transcrita la conformación jurídica del señorío mayor se traslada del campo de las titularidades reales al ámbito familiar. En el señor mayor así conceptualizado no interesa tanto el dominio o derechos de goce que puedan corresponderle sobre los bienes de la casa, derechos que pueden faltar sin que sufra quebranto por ello la institución, sino su posición al frente del grupo familiar: a la manera de un *paterfamilias* romano, el señor mayor ostenta la jefatura familiar; a él le corresponde la suprema y máxima autoridad en todo lo concerniente a la actividad, desenvolvimiento y objetivos de la casa tanto en la esfera patrimonial como en la personal.

Esta es también la concepción aceptada por el profesor LACRUZ, para quien la reserva del señorío mayor expresa más una situación familiar que patrimonial: si hay mera institución contractual de heredero sin transmisión inmediata de bienes, tal aspecto familiar es, incluso, único, y si se han transferido ya los bienes con reserva de usufructo y señorío mayor, éste, en particular, atribuye los frutos al grupo familiar, y no al usufructuario, a la vez que impide la disposición individual (8).

(7) SAPENA, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 742-743.

(8) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 747.

Y en la misma línea se orienta GARCÍA-ARANGO, ya que, en su opinión, si bien es difícil atribuir al señorío mayor un alcance definido y concreto, sobre todo si se le considera aisladamente, en realidad cabe afirmar que lo que viene a significar es la autoridad familiar del instituyente, su condición de jefe de la casa, la suprema jerarquía de la sociedad familiar que se constituye con la reunión de dos familias (la del instituyente y la del heredero), pero refiriéndose más a este orden puramente familiar que al patrimonial o económico (9).

Con revestir la construcción que se comenta una evidente superioridad sobre la que identifica el señorío mayor con el mantenimiento en el instituyente de la titularidad dominical, porque evita los inconvenientes jurídicos que ésta plantea y se adorna con la garantía de la constatación sociológica de la vida real en la familia rural altoaragonesa, no se crea, empero, que la misma resuelve todos los problemas de raíz y procura una modelación de la figura nítida, rigurosa y armónica, sobre todo si se tiene a la vista la normativa contenida en la Compilación del Derecho civil de Aragón, como más adelante se tendrá ocasión de considerar.

En efecto, es cierto que en la institución contractual de heredero para después de los días del heredante el señorío mayor difícilmente puede suponer otra cosa que un poder familiar, la ratificación de que la jefatura de la familia continúa encarnada en la persona del instituyente, sin que tenga sentido relacionarlo con el dominio y disposición de los bienes, ya que la titularidad dominical no se ha visto afectada por la institución hereditaria: aunque ya hay nombrado en forma irrevocable un heredero de la casa, se recuerda, enfatiza y acepta que el instituyente continuará ostentando la máxima autoridad familiar, continuará siendo el rector supremo y cabeza visible del poder de la casa. Visto desde este ángulo estrictamente familiar, recobraría sentido y hallaría justificación el hecho de que en las escrituras de nombramiento de heredero *post mortem* se incluya la cláusula de reserva del señorío mayor a favor del heredante, circunstancia que en el ámbito patrimonial carece de razón, según se ha señalado reiteradamente.

Pero la situación no se presenta igual en la institución contractual de heredero de presente. En ella hay tránsito inmediato del dominio de los bienes a favor del instituido y se manifiesta con toda desnudez la conveniencia y aun necesidad de que el instituyente, en previsión de torcidos comportamientos y en aseguramiento de su vejez, conserve alguna vinculación con aquéllos, retenga alguna facultad que le permita intervenir en las vicisitudes jurídico-patrimoniales de la casa.

(9) GARCÍA-ARANGO, «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1967, pág. 1333.

Obsérvese que en este supuesto no es que se excluya o niegue el matiz familiar del señorío mayor, ya que el instituyente también aquí continúa ostentando la condición de jefe de la casa, pero esta connotación escuetamente personal no es suficiente, pues al haberse producido la pérdida del dominio hace falta su complementación y refuerzo con específicas y reales facultades jurídicas de entraña patrimonial.

Si se pretendiese atender a esta necesidad recordando que el instituyente, en el nombramiento de presente, se reserva siempre el usufructo (y, normalmente, la administración) de los bienes, habría que responder que, aparte de que señorío mayor, usufructo y administración son categorías dotadas cada una de significado y contenido jurídico propio, la preocupación fundamental no incide sobre el aprovechamiento o gobierno del patrimonio familiar, sino sobre la disponibilidad y tráfico jurídico de los bienes de la casa. Y es, precisamente, centrando el problema en la conservación de los bienes en el seno de la familia, cuando cobra sentido y se aprecia la justificación patrimonial de la reserva del señorío mayor.

3. LA FORMULACION DOGMATICA DEL SEÑORIO MAYOR A LA VISTA DEL ARTICULO 102 DE LA COMPILACION

Lo anteriormente expuesto se resalta con toda nitidez al contemplar el artículo 102 de la Compilación, pues a la vista de este precepto, aunque pueda sostenerse que en el plano humano y en su consideración sociológica el señorío mayor atañe al ámbito familiar y supone expresión de autoridad familiar en el seno de la casa, lo que no cabe afirmar es que en su consideración jurídica pueda negarse la sustancia patrimonial del mismo, ni es posible desconocer que la reserva del señorío mayor supone para el instituyente alguna facultad o poder que le permite intervenir de manera jurídicamente relevante en las incidencias atinentes a los bienes de la casa y, de manera especial, en su tráfico jurídico.

Mientras en relación al Apéndice cabía restringir el juego de la figura al orden puramente familiar por la ausencia de normas conformadoras de la misma, promulgada la Compilación y de cara a su artículo 102 ya no es posible semejante inhibición dogmática ni se puede aceptar, desde el punto de vista jurídico-conceptual, la afirmación de LACRUZ en el sentido de que la reserva de señorío mayor expresa más una situación familiar que una patrimonial.

El mencionado artículo 102 dispone que cuando el instituyente se haya reservado el señorío mayor u otras facultades análogas necesitará,

para disponer de los bienes inmuebles y de los a éstos asimilados por la ley, el consentimiento del instituido. Ahora bien, como el nombramiento de heredero puede adoptar alguna de las dos modalidades conocidas, se comprende que el dispositivo legal haya que considerarlo en relación a cada una de ellas y extraer las consecuencias jurídicas cónsonas con su respectiva estructura.

En el nombramiento de heredero *post mortem* ya sabemos que la reserva del señorío mayor a favor del instituyente nada significa en cuanto al dominio de los bienes, pues el mismo, por requerimientos institucionales, permanece en manos de aquél. Si el heredante, en esta modalidad de nombramiento, conserva la propiedad mientras viva, a él le corresponderá también en exclusiva el ejercicio del *ius disponendi* en cuanto facultad integrante del dominio, sin que quepa tampoco considerar que la inserción del pacto de reserva del señorío mayor puede tener alguna incidencia en la atribución del poder dispositivo, porque la misma es simple emanación y consecuencia de la permanencia de la titularidad dominical.

Ahora bien, ya se ha visto cómo en esta modalidad de institución contractual de heredero es normal y constante el que se pacte que para la disposición de los bienes hará falta el consentimiento del instituido, previsión normal, pues, en otro caso, no obstante el carácter irrevocable del nombramiento hereditario y las limitaciones que semejante designación impone a la facultad dispositiva del instituyente, siempre entraría en juego un elemento aleatorio, un factor de sorpresa y riesgo que pugnaría y resultaría de difícil acomodo con los fundamentos mismos de la sucesión contractual.

Pues bien, pensamos que ante la reiteración del hecho y la justificación teórica de dicho pacto, el legislador ha dado un paso hacia adelante, típico en casos similares, y ha transformado en elemento natural del contrato de institución de heredero lo que hasta ahora había sido simple elemento accidental o modalidad del mismo, fenómeno que a nadie debe extrañar, ya que es bien sabido que los denominados elementos naturales o normales de los negocios jurídicos han resultado tales cuando la ley, constatando la repetición e inclusión normal y mecánica de los mismos, ha pasado a considerarlos queridos por las partes mientras expresamente éstas no los hayan excluido.

Según esto, tendríamos que en la institución de heredero para después de los días del heredante, el señalamiento de que el instituyente se reserva el señorío mayor significa que para poder disponer de los bienes sitios y de los comprendidos en el número 1.º del artículo 39 de la Compilación (explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras) necesita de la participación y consentimiento del instituido, sin que haga falta, para obtener

este resultado, la inclusión de un pacto específico orientado a establecerlo de manera expresa.

Esta es la única interpretación lógica que es posible dar, en el plano patrimonial, a la cláusula de reserva del señorío mayor cuando se trate de heredamiento *post mortem*, ya que, en otro caso, llegaríamos a la paradoja de que reteniendo el instituyente en el mismo la propiedad de los bienes necesita de la voluntad del instituido, precisamente cuando se ha reservado el señorío y no en el caso contrario, conclusión que pugna con la elemental e inmodificable idea de que reservar es aumentar, conservar o retener y no disminuir o limitar. Claro está que para mayor nitidez y precisión el texto legal no debería hablar de que se haya reservado el señorío mayor, sino de que se haya pactado dicho señorío.

En el nombramiento de heredero de presente el dominio de los bienes (normalmente el nudo, ya que el instituyente suele reservarse el usufructo) se transmite de inmediato al instituido y, por ende, corresponderá a éste su disposición. Aquí también, aunque en sentido inverso, es normal el que se pacte que la enajenación y gravamen de los bienes de la casa por parte del heredero requerirá de la aprobación y consentimiento del heredante.

Y, asimismo, la inclusión en el contrato sucesorio de la reserva del señorío mayor a favor del instituyente supone su forzosa colaboración con el heredero para poder proceder a la disposición de los bienes objeto de la institución. Pero si se quiere mantener la necesaria armonía con el otro supuesto y tratar de la misma manera lo que en sustancia es igual, forzosamente hay que proceder a una recomposición de la letra de la norma.

Porque, efectivamente, si conservando la propiedad el instituyente, la inserción del pacto de señorío mayor supone para él la necesidad de contar con la voluntad del instituido en los actos dispositivos, estos términos legales ya no nos sirven en su estricta literalidad cuando, por haber tenido lugar el traspaso dominical, es el heredero el que resulta adornado del *ius disponendi* y, en tal sentido, no cabe aceptar como exacto jurídicamente que para disponer sea «exigible el consentimiento del instituido».

El sentido y entendido deben ser en realidad el contrario del que se desprende de la fórmula gramatical utilizada por la norma: Tratándose de institución hereditaria de presente, si el instituyente se reserva (y aquí ya no hay inconveniente en denominar reserva el oportuno pacto) el señorío mayor, cuando el instituido vaya a disponer de los bienes a que hace referencia el artículo 102 precisará del consentimiento de aquél.

Ello es lo cónsono, ya que el *ius disponendi* estricto en cuanto formando parte del contenido del derecho sólo puede corresponder al titular del mismo, y, por tanto, si la propiedad de los bienes ha pasado al here-

dero mal podrá el instituyente disponer de ella. Como ha dicho PUGLIATTI, el acto de disposición tiene como base para su legitimación el ejercicio de un poder del mismo titular, precisamente de su derecho subjetivo o, si se quiere, de la facultad de disposición, que no es un poder jurídico porque, como parte del contenido del derecho subjetivo, está privado de toda autonomía (10). En consecuencia, no cabe un poder de disposición no perteneciente al titular del derecho (11).

Claro que explicado y aceptado que tras el nombramiento de presente el *ius disponendi* corresponde al heredero en cuanto nuevo titular del dominio, todavía cabría hacer un postrer esfuerzo, si se quiere mantener a ultranza la letra del texto legal, consistente en entender que la reserva del señorío mayor supone constituir a favor del disponente, que ha perdido la propiedad y la facultad de disponer, una legitimación dispositiva extraordinaria que le facultaría para disponer eficazmente de los derechos ahora pertenecientes al heredero, a la manera de lo que ocurre en la denominada donación con reserva de disponer (12).

Si bien, como esta posibilidad para disponer del derecho ajeno, caso de ser irrestricta y enteramente libre, chocaría contra el espíritu y finalidad de la institución contractual de heredero y aun supondría contradicción con la sustancia misma del nombramiento de presente, se comprende que la ley haya exigido para la eficacia plena del acto dispositivo el consentimiento del instituido.

En apoyo de esta interpretación, que reconduce el artículo 102 de la Compilación al sentido que le corresponde de acuerdo a la naturaleza y modalidades del nombramiento de heredero en Aragón, cabe recurrir también aquí a la pauta que señala el artículo 107 de la Compilación al disponer que «cuando un pacto sucesorio se refiera a determinada institución consuetudinaria (en este caso la reserva del señorío mayor) deberá aquél interpretarse e integrarse con arreglo al uso u observancia de tal institución».

Finalmente, el hecho de que, como es natural, el artículo 102 contemple y se refiera a los actos dispositivos libres y voluntarios por parte del instituyente, explica que en el párrafo segundo del mismo se establezca que no hace falta el consentimiento del instituido «para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa», ni tampoco «para hacer tales disposiciones en testamen-

(10) PUGLIATTI, «Considerazioni sul potere di disposizione», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1940, I, pág. 540.

(11) LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, páginas 23-24.

(12) Cfr. nuestra obra *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971, páginas 175 y ss.

to», ya que en estos casos se trata de actos dispositivos que el instituyente está obligado a realizar en cuanto sus destinatarios se hallan dotados de auténticos derechos para impetrar semejantes adquisiciones.

4. LAS «OTRAS FACULTADES ANALOGAS» DEL ARTICULO 102

Ya se ha señalado cómo en las escrituras de nombramiento de heredero la reserva del señorío mayor suele ir adicionada con la atribución también a los instituyentes del usufructo y administración de los bienes de la herencia.

Siendo la institución *post mortem*, la reserva de usufructo carece de sentido, pues quien tiene lo más tiene lo menos, y si los heredantes conservan el pleno dominio de sus bienes retendrán también su usufructo aunque nada se diga. Y lo mismo vale para la administración.

Si la institución es de presente, entonces la reserva del usufructo es práctica normal y constante y se halla en plena consonancia con la justificación última de la figura, que no exige para su cabal actuación que el heredero perciba más de la nuda propiedad de los bienes hereditarios. Con acierto apunta SAPENA que la reserva implica continuación en usufructo del goce que se tenía como dueño y no nacimiento de nuevo derecho y que a cada instituyente corresponderá el de sus propios bienes, con sujeción al régimen de la sociedad conyugal como hasta ese momento lo estaban, y a partir de él al de la sociedad familiar que por el heredamiento nace; fallecido uno de los instituyentes, el sobreviviente adquirirá el usufructo de los bienes del premuerto, uniéndolo al que ya ostenta en los que fueron suyos (13). Debe advertirse, empero, que en cuanto el usufructo se contempla en función del grupo familiar, el goce de los bienes corresponde a la comunidad familiar y los instituyentes tienen forzosamente que utilizar los frutos en razón de las necesidades de la misma, hasta el punto de que pierden el derecho de usufructo si abandonan la casa, tal como suele prevenirse minuciosamente en las cláusulas contractuales correspondientes.

Junto al usufructo es normal que el heredante se reserve la administración de los bienes. La razón de semejante cautela estriba en que si bien como usufructuario le corresponde el natural derecho de gestión, la administración que precisa realizar el instituyente respecto al patrimonio hereditario no es, por obvios motivos, la ordinaria y propia de un administrador común, ya que, como advierte el mismo SAPENA, la administración reservada por los instituyentes es más amplia, como lo es también

(13) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., pág. 741.

su derecho de usufructo: explotación y administración de los bienes sin otra limitación que la de atender con ello a las necesidades actuales de la familia y procurar la seguridad para el futuro (14).

Pues bien, a la vista de esto, ¿cabría sostener que las «otras facultades análogas» que menciona el artículo 102 de la Compilación son precisamente las de usufructo y administración tradicionales que se haya reservado el disponente?

De ninguna manera, pues por muy amplios que sean, y en realidad lo son, los derechos de usufructo y administración del instituyente nunca lo serán tanto como para entrañar la legitimación dispositiva que cualquier facultad análoga al señorío mayor, y por implicarla éste, debe suponer, ya que, en otro caso, privaríamos de contenido y sentido al propio señorío mayor, según antes se apuntaba, aparte de que bajo las denominaciones de usufructo y administración se estarían configurando relaciones jurídicas que no tendrían *stricto sensu* tal carácter.

No queda, por tanto, otro camino para dotar de contenido a la poca precisa expresión legal que recurrir, una vez más, al dato consuetudinario. Serán los concretos pactos que se establezcan y las facultades que de los mismos dimanen a favor de los instituyentes los que permitirán decidir si dichas facultades, en función de su naturaleza y extensión, pueden o no catalogarse como análogos al señorío mayor, tal como éste ha sido caracterizado en las líneas que anteceden, teniendo en cuenta siempre, en cuanto pauta de principio, que corresponderá en todo caso a la norma consuetudinaria determinar el alcance de tales pactos (art. 99, 2).

De todas maneras, quizá lo más prudente y cónsono hubiera sido prescindir de una expresión como la que se comenta, que, antes de aclarar y complementar, diluye y enturbia la figura.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de las Universidades Central
de Venezuela y Católica Andrés Bello
(Caracas)

(14) *Ibíd.*

Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil

A ELADIO BALLESTER GINER, Registrador de la Propiedad, mi maestro. En el veinte aniversario de su dedicación a la preparación y formación de Registradores de la Propiedad y Notarios.

SUMARIO: I. *Capitulaciones matrimoniales e inmutabilidad de régimen económico matrimonial antes de la Ley de 2 de mayo de 1975.*—II. *Capitulaciones matrimoniales y mutabilidad del régimen económico matrimonial en la Ley de 2 de mayo de 1975.*—III. *Cambio de régimen de separación por régimen de gananciales.*—IV. *Cambio de régimen de separación o de gananciales por régimen de comunidad absoluta o universal.*—V. *Cambio de régimen de gananciales legal o convencional por el régimen de separación absoluta.*

I. CAPITULACIONES MATRIMONIALES E INMUTABILIDAD DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL ANTES DE LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975

El Código civil español, como es sabido, consagró el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, después de contraído matrimonio. Dicho principio aparecía claramente recogido en su artículado, y así, a título de ejemplo, el artículo 1.315 establecía que «los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones *antes de celebrarlo*, estipu-

lando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código». La modificación de los capítulos únicamente era posible antes de las nupcias y así lo determinaba el artículo 1.319, cuando decía que «para que sea válida cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar *antes de celebrarse el matrimonio*». Y por si alguna duda quedaba, el 1.320 del Código civil confirmaba que «*después de celebrado* el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros».

En defecto de capítulos, el régimen legal era y es el de la sociedad legal de gananciales (art. 1.315, segundo párrafo).

II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y MUTABILIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL EN LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975

La Ley de 2 de mayo de 1975 ha modificado sustancialmente el régimen anterior.

1. *Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después de contraer matrimonio.*—El nuevo artículo 1.315 del Código civil, en su párrafo primero, dice que: «Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código».

2. *El contenido de las capitulaciones matrimoniales* en sentido propio es el establecimiento o modificación del régimen económico matrimonial, pero no sólo ello, sino que puede contener el establecimiento de derechos a favor de los contrayentes o por éstos a favor de otras personas. Así se desprende con claridad no solamente del artículo 1.315, sino también del artículo 1.319 del Código civil. Este último dice que «para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes si vivieren, y la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas a favor de los contratantes o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos». Así lo reconoce igualmente la Exposición de Motivos al señalar que «las capitulaciones matrimoniales son, como es sabido, un acto de carácter complejo, en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico matrimonial, sino que, a veces, incorporan también

disposiciones hechas en favor de los dos contrayentes o de uno de ellos pos otras personas».

3. *El principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial* es recogido patentemente en el nuevo artículo 1.320 del Código civil, a cuyo tenor: «Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico convencional o legal del matrimonio. Si alguno de ellos fuere de menor edad, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318».

4. *El Código civil ha recogido la distinción efectuada por la doctrina entre estipulaciones capitulares y no capitulares*, o lo que es lo mismo, entre pactos que establecían el régimen económico matrimonial propiamente dicho y aquellos otros—dotes, donaciones *propter nuptias*, etc.—que aun figurando en capitulaciones—documento—no son propiamente estipulaciones capitulares, aunque pueden guardar interdependencia (1).

Así, LACRUZ BERDEJO decía que «en el instrumentum nupcial caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aun sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es «matrimonial»; dentro ya de éste, las dotes y donaciones *propter nuptias* y, sobre todo, las determinaciones sobre el futuro régimen de la sociedad conyugal. No todo este contenido, evidentemente, pertenece a la esencia de los capítulos. En realidad, salvo las determinaciones sobre el régimen matrimonial, las demás pueden establecerse fuera de ellos. Aquellas determinaciones, por tanto, forman el contenido propio de los capítulos, íntegramente sometido a los artículos 1.315 a 1.326, contenido que denominaremos desde ahora estipulación capitular, para distinguirlo del que, constando en los pactos nupciales; no sigue el régimen de éstos» (2).

La Exposición de Motivos lo reconoce igualmente cuando dice: «Por otro lado, se ha contemplado también la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos».

A lo primero se refiere el artículo 1.320 (estipulación capitular) y a lo segundo el artículo 1.319 (estipulaciones no capitulares).

5. *El principio de la autonomía de la voluntad inspira o rige en materia de determinación o modificación del régimen económico del matri-*

(1) DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII, fascículo I, págs. 29 y ss. LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia*, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1974, págs. 166 y 167.

(2) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, págs. 166 y 167.

monio.—La autonomía de la voluntad tiene, no obstante, unos límites, que vienen determinados por el artículo 1.316 del Código civil, reformado, cuando dice que: «En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio». Y el artículo 1.317 que dice: «Que se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código».

Las cláusulas contrarias a estas limitaciones son nulas, pero no afectan al resto de lo estipulado, que no las vulnera (arts. 1.316, segundo párrafo, y 1.317).

Como ha puesto de manifiesto Díez PICAZO (3), «lo que probablemente ha querido decir el legislador es que al socaire de un contrato que es sobre régimen de bienes no pueden establecerse estipulaciones relativas a las relaciones personales no económicas más que cuando estas estipulaciones sean conformes con la ética imperante y con los fines del matrimonio, o dicho de otro modo, las capitulaciones matrimoniales permiten un doble contenido económico matrimonial o personal; mas, así como en materia económica rige el principio de libertad, en materia de relaciones personales rige un principio restrictivo».

Como consecuencia de ello, es decir, de la aplicación a las capitulaciones matrimoniales del principio de la autonomía de la voluntad, y del principio de mutabilidad de los capítulos y del régimen, cabe afirmar:

5.1. El término o la condición pueden formar parte del contrato de capitulaciones.—En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS (4) ha puesto de manifiesto que, desaparecida la imposibilidad impuesta por el Código civil, antes de la Ley de 1975, hoy es posible el juego de la condición y del término en el régimen económico del matrimonio. ¿Cómo pueden jugar uno y otro?

5.1.1. El término inicial se dará en aquellos casos en que se pacte que a partir de determinado momento regirá un determinado régimen económico matrimonial. En este caso, pueden darse a su vez dos supuestos: que se haya previsto el régimen que ha de regir hasta que llegue el día; en este caso se aplicará dicho régimen, que sin solución de continuidad enlazará con el pactado para el advenimiento de la fecha señalada. O que nada se haya dicho, por lo que por aplicación del artículo 1.315, párrafo

(3) Díez PICAZO, Luis: *Comentarios a la reforma del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1071.

(4) GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios a las reformas*, . pág. 1069.

segundo, del Código civil regirá hasta la llegada del día fijado el régimen legal y a partir de esa fecha, el pactado para entonces.

5.1.2. El término final tendrá lugar en aquellos supuestos en que se pacte un régimen económico que ha de regir hasta un momento determinado, en que o bien regirá otro estipulado o en su defecto entrará en funcionamiento el régimen supletorio legal.

5.1.3. En cuanto a la condición, ya sea suspensiva o resolutoria, cabe aplicar las mismas normas que las dichas para el término, teniendo, como es lógico, en cuenta que lo que determina la variación del régimen es el cumplimiento del evento, o su incumplimiento, con los efectos propios de la condición.

5.2. La aplicación a las capitulaciones matrimoniales de las reglas generales de los contratos, especialmente por lo que se refiere a la confirmación, punto muy discutido por la doctrina, antes de la reforma del Código civil en 1975. En este sentido GULLÓN (5) ha señalado que con el principio de inmutabilidad, desaparece también el fundamento de «las posiciones negativas de la doctrina sobre la viabilidad de una confirmación sanatoria de la posible nulidad relativa o anulabilidad de las capitulaciones otorgadas por un menor de edad sin la asistencia y concurso de las personas que deben darle su licencia para contraer matrimonio» y también «todas las razones que se alegan para fundamentar una nulidad absoluta de los capítulos viciados en el consentimiento» (6).

6. *Las capitulaciones matrimoniales son acto formal y solemne.*—Por ello tanto su otorgamiento como su modificación deben necesariamente constar en escritura pública que es constitutiva, es decir, no mera forma de prueba, sino que afecta a la sustancia del acto (art. 1.321), excepto en los casos del artículo 1.324, en que no la escritura, pero sí la forma, continúa siendo constitutiva.

7. *Para que puedan afectar a terceros, se requiere que las capitulaciones gocen de una cierta publicidad.*—El artículo 1.322 del Código civil, reformado, dice que «En toda inscripción de matrimonio en el Registro

(5) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 1069.

(6) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 1070. Y añade: «Se ha dicho que predicar una nulidad relativa o anulabilidad supondría que el cónyuge que accionare pidiendo su declaración cambiaría el régimen económico del matrimonio destruyendo el pactado. Aunque la tesis es sumamente criticable (peor es la nulidad absoluta si no se permitiera a los cónyuges ejercitarla hasta la disolución del matrimonio, porque entonces se destruye retroactivamente un régimen mantenido quizá durante largo tiempo; y si se permite durante el matrimonio, sus efectos son iguales a los de la anulabilidad), lo cierto es que, al ser legal el cambio de régimen durante el matrimonio, no hay ninguna excusa para no aplicar los principios en materia de anulabilidad de los contratos de capitulaciones».

Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquélla o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida.

Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.»

7.1. La inscripción en el Registro Civil.—Antes de la reforma del Código civil, ya el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, en su párrafo segundo determinaba que «en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación».

Hoy, la exigencia de constancia en el Registro Civil para que pueda resultar perjudicado el tercero de buena fe, viene determinada además por el propio Código civil en el artículo que acabamos de transcribir.

Sin embargo, dicho precepto suscita alguna duda:

7.1.1. La inscripción o indicación en el Registro Civil no es obligatoria.—Lo contrario podría producirse de la expresión «en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención». Sin embargo, como dice AMORÓS GUARDIOLA (7), «el asiento registral es necesario para que los terceros queden afectados por el otorgamiento de las capitulaciones o de su modificación, siempre que sean terceros de buena fe que de otra manera no habría podido conocer el acto en cuestión; mas no para que produzca efecto *inter partes*», y añade, «No se puede hablar de inscripción o asiento obligatorio, en sentido técnico, cuando el incumplimiento de la obligación de inscribir se traduce meramente en no gozar de los efectos *erga omnes* derivados de la publicidad. En este sentido, y a pesar de su dicción, el Código civil parece mantener el criterio general de voluntariedad cuando de la mención registral se trata.» Y en el mismo sentido SANZ FERNÁNDEZ (8) dice a este respecto que «de la nueva redacción del artículo 1.322 no resulta que quede a voluntad de los interesados o de cualquiera de ellos la indicación de las capitulaciones o de sus modificaciones en la inscripción del matrimonio. Sin embargo, es evidente que de hecho será un acto voluntario de ellos, pues no hay fórmula hábil para obligarlos a manifestar la existencia de capitulaciones o de su reforma a efectos de hacerlo constar en el Registro Civil».

(7) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Comentarios a las reformas...*, pág. 1108.

(8) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: «La situación de la mujer casada en Derecho civil», en *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. II. pág. 975.

7.1.2. Lo que publica el Registro Civil es el otorgamiento de las capitulaciones, pero no el contenido del documento.—En efecto, la indicación registral se limita a decir que los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales en determinada fecha y ante el Notario que se indica, pero no revela el contenido en sí de las capitulaciones matrimoniales; o lo que es lo mismo, advierte de su existencia pero no de su contenido. De ahí, que bien se disponga de certificación al respecto, bien se tenga a la vista el Libro de Familia (art. 36 del Reglamento de Registro Civil, modificado por el Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre), si el tercero quiere conocer el contenido de los capítulos deberá solicitar que le sean exhibidos por el propio interesado, ya que el secreto del Protocolo Notarial dificultará su conocimiento, a no ser que quede patentemente acreditado el interés legítimo de quien quiere conocer su contenido.

Todas estas razones han sugerido a algunos autores, como AMORÓS GUARDIOLA—y en este sentido hubo igualmente una enmienda al proyecto de don JOSÉ FERNÁNDEZ LÓPEZ DE URALDE—, la necesidad de que se cree un Registro Central en que se publique el contenido de las capitulaciones, para que pueda ser consultado y conocido (9).

7.2. La inscripción en el Registro de la Propiedad.—Como ha puesto de manifiesto ROCA SASTRE (10), las capitulaciones matrimoniales consideradas en su conjunto «no constituyen acto propiamente inscribible en el Registro de la Propiedad, mas sí pueden interesar, a estos efectos registrales, algunos de los actos, negocios jurídicos, pactos, estipulaciones o capitulaciones singulares que integran normalmente su contenido global». En el mismo sentido AMORÓS GUARDIOLA (11) y SANZ FERNÁNDEZ (12), y a ello nos adherimos plenamente.

Siguiendo el esquema de ROCA, aunque como es lógico, teniendo en cuenta el contenido de la reforma de 1975, cabe distinguir:

7.2.1. Actos referentes al régimen económico matrimonial.—En sí, el régimen económico matrimonial no es directamente inscribible. Puede llegar a serlo, como dice ROCA SASTRE, en el caso de pactarse la comunidad universal—supuesto como veremos, a nuestro juicio, dudoso después de contraído el matrimonio—. Pero aun en este caso lo que realmente se inscribe es la comunicación de los bienes que pasan a ser propiedad de ambos en virtud del negocio jurídico contenido en las capitulaciones. También puede llegar a inscribirse, y de hecho se ins-

(9) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Ob. cit.*, pág. 1112.

(10) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV-1.º, págs. 5 y ss.

(11) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Ob. cit.*, pág. 1110.

(12) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Ob. cit.*, pág. 975.

cribirá, la liquidación del régimen anterior, en cuanto determinará adjudicación de bienes a los cónyuges, y por tanto, cambio en la condición o titularidad de los inmuebles o derechos reales inscritos.

7.2.2. Actos que consistan en derechos constituidos por terceras personas en favor de los contratantes-cónyuges, de éstos en favor de aquéllos o de los cónyuges entre sí; en cuanto afecten a inmuebles o derechos reales inscribibles, son indudablemente inscribibles por estar comprendidos en el ámbito de los artículos 1.º y 2.º (1.ª y 2.ª) de la Ley Hipotecaria.

7.2.3. Actos que consistan en aportaciones de bienes con carácter dotal o parafernial cuando sean fincas o derechos reales sobre las mismas. Que como es lógico son inscribibles.

7.2.4. Como documento calificador para el Registrador, para determinar la titularidad común o de uno de los cónyuges de los bienes que adquieren, después de celebrado el matrimonio, en cuanto incide el Régimen económico respecto de ellos.

7.3. La nota extendida por el Notario autorizante.—El párrafo segundo del artículo que comentamos, relativo a la indicación mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y su constancia en las copias que expida, no es en realidad un requisito de publicidad para que pueda oponerse a terceros el contenido de las capitulaciones, sin más, sino una norma que es de carácter reglamentario y no propia de este lugar del Código civil, ya que implica una total redundancia.

En efecto, el Código civil ya determina en el artículo 1.219 que «las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el Registro Público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero». Y el Reglamento Notarial, en su artículo 178, redactado en la forma que establece el artículo primero del Decreto 1310/1968, de 22 de julio, dice que «Se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo: Primero. La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o quede sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.219 del Código civil.» Estos dos preceptos establecen un régimen mucho más perfecto y consecuente que el del precepto que comentamos.

En la primitiva redacción del Código civil del artículo 1.322, la constatación de la modificación en la escritura primitiva y, en su caso,

la constancia en el Registro de la Propiedad, eran requisitos cumulativos para que tal alteración tuviera efecto legal en cuanto a terceras personas.

En la actual redacción y con acierto, la constatación en la escritura anterior de capítulos, de haberse modificado aquéllos, ya no es requisito para la oponibilidad, que queda dentro del ámbito que le es propio, es decir, la publicidad de los Registros Públicos. Pero entonces lo procedente hubiera sido suprimir la referencia a la escritura en este precepto, ya que con mucha mayor perfección viene recogida esta exigencia en el artículo 1.219 del Código civil y 178 del Reglamento Notarial.

A la vista de estos preceptos cabe obtener las siguientes conclusiones:

7.3.1. Que las capitulaciones matrimoniales para que sean oponibles a terceros, deben constar inscritas en el Registro Civil correspondiente y en cuanto afecten a bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad.

7.3.2. Que la modificación de las capitulaciones ya otorgadas, para que surtan efecto contra tercero, deberán haber sido anotadas en el Registro Público competente (art. 1.219 del Código civil), y tomada razón en el Registro de la Propiedad, en cuanto afectaren a bienes inmuebles (art. 1.322).

7.3.3. Que, aunque no constasen inscritos ni en uno ni en otro, sí al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero, constase la modificación, éste no puede alegar su ignorancia, y producirá efecto contra el mismo (art. 1.219). Y lo mismo cabe decir si el tercero tuvo a la vista la única capitulación otorgada, por que le faltaría el requisito de la buena fe, para que le ampare el principio de publicidad. En este sentido también AMORÓS GUARDIOLA (13).

8. *Las modificaciones de régimen económico matrimonial no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*—Como dice AMORÓS GUARDIOLA (14), «la aplicación práctica de esta norma exigirá determinar caso por caso: a) Cuando existe un derecho (no mera expectativa) adquirido por terceros con anterioridad a la fecha de la modificación; b) Si ésta es oponible a terceros con carácter general por estar dotada de la correspondiente publicidad registral; c) Y si la variación introducida, al incidir sobre esa previa situación jurídica de los terceros, les causa un verdadero perjuicio».

(13) AMORÓS GUARDIOLA: *Ob. cit.*, pág. 1108.

(14) AMORÓS GUARDIOLA: *Ob. cit.*, pág. 1111.

9. *Conclusión crítica.*—Pese a todo, como ha puesto de manifiesto GULLÓN (15), «el nuevo régimen que ahora se instaura no merece más que alabanzas. Se viene a reconocer la razón que asistía a la doctrina que había propugnado el abandono del sistema de inmutabilidad por ser contrario en su inflexibilidad a que los matrimonios pudieran adaptar su régimen a las diversas contingencias por las que la relación conyugal puede pasar. Es claro el cauce que se brinda ahora a las separaciones matrimoniales de hecho, que viven una situación claudicante».

III. CAMBIO DE REGIMEN DE SEPARACION POR REGIMEN DE GANANCIALES

Los cónyuges que otorgaron capitulaciones matrimoniales, pactando el régimen de separación, o que se hallan regidos por el legal de separación del artículo 50 del Código civil, o por el nuevo régimen de separación legal establecido por la vía judicial creado en la nueva reforma de 2 de mayo de 1975, ¿pueden, cumpliendo los requisitos de capacidad que determina el artículo 1.320 del Código civil, modificar dicho régimen y pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen de la sociedad de gananciales?

TORRALBA SORIANO (16), comentando el artículo 1.320 del Código civil, dice que «si el término modificar se entiende en su sentido propio parece que no cabe más que adaptar el régimen económico que regía la vida del matrimonio, sea convencional o legal, a la especial situación y circunstancias en que se encuentre dicho matrimonio. Incluso habría que entender que no sería posible sustituir ningún régimen distinto por el de la sociedad de gananciales, ya que el artículo 1.393 establece que «la sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio». Pero más adelante (17) reconoce que «como solución momentánea, mientras se aborda la reforma, habrá que interpretar estos artículos adaptándolos a las líneas de la Ley de 1975, lo cual significa tanto como considerar que han sido derogados».

A nuestro juicio, la cuestión no debe plantearse en esos términos por lo siguiente:

a) Es cierto que modificar significa, según la tercera de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua: «transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes», y que el Código debía haber sido más preciso y añadir junto a «modificar»,

(15) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 1068.

(16) TORRALBA SORIANO: *Comentarios a las reformas.*, pág. 1097.

(17) TORRALBA SORIANO: *Ob. cit.*, pág. 1098.

«sustituir», que según el propio Diccionario, quiere decir: «poner a una persona o cosa en lugar de otra», con lo que habría eliminado dudas; pero no habiéndolo hecho, la palabra modificar debe interpretarse en el sentido de que lo que es totalmente necesario es la subsistencia o existencia de un régimen económico, siquiera puedan variarse las normas de atribución de los bienes, régimen de administración, disposición, etc.

Es decir, lo que en definitiva no puede permitirse es que los cónyuges pacten la no existencia de régimen económico o el vacío de régimen en el tiempo, pero sí, el cambio de un régimen por otro, ya que siempre habrá régimen, si bien con características distintas e incluso opuestas a las que calificaban el anterior.

b) El artículo 1.339 del Código civil hay que interpretarlo en relación con el artículo 1.315 del mismo texto legal, párrafo segundo, cuando dice que «a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales». Al conectar un precepto con el otro, se obtienen, a nuestro juicio, cuatro conclusiones:

1.^a No hay matrimonio sin régimen económico. De ahí que o bien el pactado o bien el legal entran en vigor precisamente el día de la celebración del matrimonio, *condictio iuris*, tanto para lo uno como para lo otro (art. 1.326).

2.^a Que el artículo 1.393 se está refiriendo al supuesto exclusivamente de que los cónyuges antes de contraer matrimonio no capitulen; porque en tal caso regirá la sociedad legal de gananciales que empezará precisamente el día de la celebración del matrimonio.

3.^a Que dicho artículo no se refiere en modo alguno al régimen convencional de gananciales, pactado durante el matrimonio, porque entonces tal régimen—al que se aplicarán las normas del Código civil sobre esta clase de sociedad con las modificaciones convenidas, por sumisión expresa o tácita de las partes—entrará en vigor el mismo día en que se capitule y sin solución de continuidad, o el día que se señale, si se estableciere término para ello.

4.^a El párrafo segundo de dicho precepto es precisamente aplicable al régimen legal de gananciales, pero no al convencional, de conformidad con lo expuesto en la conclusión primera.

En resumen: a nuestro juicio, no hay que entender ni modificado ni derogado el artículo 1.393, cuyo ámbito de aplicación es muy concreto.

Realizadas estas precisiones, distingamos:

1. *Cambio de régimen de separación convencional por el convencional de gananciales.*—La cuestión no plantea excesivas dificultades. Dado el principio de autonomía de la voluntad que hoy rige esta materia

y ya hemos expuesto, los cónyuges pueden adoptar este régimen nuevo, sometiéndose expresa o tácitamente a los preceptos del Código civil, con las modificaciones que—sin desvirtuar el régimen—consideren oportuno, como, por ejemplo, en orden a la administración, disposición, etc., siempre dentro de los límites del artículo 1.316 del Código civil. En este mismo sentido se manifiesta SANZ FERNÁNDEZ (18), quien dice que «no será necesario en este caso ni siquiera que hagan constar los bienes que les pertenecían con anterioridad, pues es evidente que del mismo título de propiedad se derivará el carácter privativo de los mismos en el régimen» y añadía: «No obstante, será conveniente la determinación de dichos bienes, especialmente aquellos que por no ser inmuebles carezcan de un título claro y terminante de adquisición y de una referencia registral incuestionable.»

2. *Cambio de régimen de separación legal del artículo 50 del Código civil por el convencional de gananciales.*—La dificultad radica en determinar la licitud de tal cambio, pues caso de que se admita, será de aplicación lo dicho en el supuesto 1 anterior.

Dos posiciones se dibujan en la doctrina:

2.1. TORRALBA SORIANO (19) opina, con DE TORRES Y FRANCO, que habría un fraude de ley, porque la separación absoluta de bienes se establece en el Código como una pena civil para quienes violan la prohibición del artículo 45 del Código civil.

2.2. SANZ FERNÁNDEZ (20), y a su opinión nos adherimos plenamente, sostiene que es posible el cambio de régimen por las razones que pueden sintetizarse así:

a) El artículo 1.320 habla de modificar el régimen económico convencional y legal. No hay razón alguna para creer que al hablar de legal se refiere solamente al de la sociedad legal de gananciales, y no al de separación del artículo 50 del Código civil.

b) Ni el artículo 1.315 ni el 1.320 del Código civil establece excepción alguna y «sería violentar—dice SANZ—la norma de este último precepto incluir por vía de interpretación la excepción de la separación de bienes del artículo 50», excepción que no recoge tampoco la Exposición de Motivos.

c) El alcance del artículo 50 no es sino el de cambiar el régimen legal supletorio, pero no el de impedir de forma absoluta el cambio de régimen para el futuro.

(18) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Ob. cit.*, págs. 978-979.

(19) TORRALBA SORIANO: *Ob. cit.*, pág. 1099.

(20) SANZ FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 979 y ss.

d) La propia finalidad del artículo 50 en relación con el artículo 45, que SANZ analiza con detalle y a cuyo estudio magnífico nos remitimos.

3. *Cambio del régimen de separación judicial por el convencional de gananciales.*—LACRUZ BERDEJO (21) decía, refiriéndose al régimen establecido en los artículos 1.432 y siguientes del Código civil, antes de ser reformados por la nueva ley, que «la doctrina ha visto aquí una suerte de régimen matrimonial, para casos excepcionales en los que a petición de uno de los cónyuges, se disuelve la comunidad de ganancias», cuando lo que en realidad lo que había era «el *modus vivendi* económico de un matrimonio cuyos cónyuges se hallan físicamente separados (por una sentencia que lo ordena así; o por otra parte, penal, que priva de libertad y capacidad de obrar a uno de ellos; o por la ausencia de uno, ya declarada)...». Y añadía: «erróneamente identifica la doctrina estas situaciones especiales y especialmente atendidas por el Código civil con un régimen de separación propiamente dicho, confusión nacida acaso de la redacción del artículo 1.432, a cuyo tenor, a falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el artículo 50. En realidad, este precepto se limita a aplicar el principio de inmutabilidad de los regímenes matrimoniales, prohibiendo suprimirlos constante matrimonio, salvo la sustitución transitoria y eventual disolución de sus consecuencias patrimoniales, en un *numerus clausus* de supuestos, y precisamente mediante decisión judicial».

El artículo 1.439 del Código civil ha sido reformado por la Ley de 1975 y dice en su nueva versión que:

«La reconciliación de los cónyuges, en caso de separación personal o la desaparición de las causas que la motiven, en los demás casos no alterará la separación de bienes decretada, salvo que los mismos esposos acuerden lo contrario en capitulaciones matrimoniales. En ellas harán constar los bienes que nuevamente aporten, y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno. En este caso se reputará nueva aportación, la de la totalidad de los bienes, aunque, en todo o en parte, sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación.»

Hoy creemos puede hablarse de un régimen económico matrimonial de separación, en virtud de declaración judicial.

Teniendo en cuenta la posibilidad de pactar el régimen de separación en capítulos durante el matrimonio, ofrece hoy el mencionado artículo

(21) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, págs. 363 y ss.

lo 1.432 una nueva perspectiva, porque en efecto, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio, puede tener lugar por declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, en virtud de providencia judicial, o en los supuestos del artículo 50. De ahí que no se haya modificado, a nuestro juicio, este precepto, ni sea ello necesario.

El profesor LACRUZ (22) reconoce que, en efecto, la separación ahora no se concibe como un *status* transitorio, sino definitivo en sus efectos eliminatorios de la sociedad de gananciales. Pero, a su juicio, «tampoco constituye la actual normativa un conjunto suficiente y apto para regular el régimen de separación dentro de una normal convivencia matrimonial»... «los efectos de la resolución que acuerda o ejecuta la separación de bienes entre los cónyuges persisten más allá de la causa que dio lugar a aquélla».

Pues bien, rigiendo entre los cónyuges este régimen de separación —si se quiere insuficientemente regulado—, lo bien cierto y ello es, que a diferencia de la legislación anterior, en que, automáticamente, reconciliados los cónyuges o desaparecida la causa, volvían a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, hoy se requiere el otorgamiento de capítulos para modificar dicho régimen, y por tanto, en el caso que estamos examinando, para pactar el de gananciales.

En las capitulaciones matrimoniales se harán constar los bienes que nuevamente aporten los cónyuges, y éstos serán los que constituyen respectivamente el capital propio de cada uno, y en este caso, se reputará siempre nueva aportación, la de la totalidad de los bienes, aunque en todo o en parte sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación (art. 1.439).

A la vista de esta parte del precepto, dice el Profesor LACRUZ, a nuestro juicio, acertadamente, que «en los capítulos—pese al tenor literal del precepto igual en este punto al anterior—no es preciso hacer constar las nuevas aportaciones: basta pactar el régimen que se desea desde entonces. Los bienes anteriores continuarán siendo propios si no se conviene su ingreso en la nueva masa común. Tal es el sentido del último párrafo del artículo 1.439, cuya redacción, poco afortunada, hubiera debido mejorar la reforma» (23).

Además, podría añadirse, basta ya con la norma del número 1.º del artículo 1.396 del Código civil, de que son bienes propios de cada uno de los cónyuges los que aporte al matrimonio, como de su pertenencia;

(22) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, páginas 370-371.

(23) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, tomo II, pág. 371.

lo que en definitiva vendrá determinado por su título de adquisición, siendo indiferente que se le hubiesen adjudicado al tiempo de la separación.

Por lo demás, a este supuesto le será de aplicación lo dicho en el epígrafe 1).

IV. CAMBIO DE REGIMEN DE SEPARACION O DE GANANCIALES POR REGIMEN DE COMUNIDAD ABSOLUTA O UNIVERSAL

El régimen de comunidad universal se caracteriza, como ha puesto de manifiesto el Profesor LACRUZ BERDEJO, por las siguientes notas (24):

a) La creación de un patrimonio inicial: hoy habría que añadir—si es que cabe la posibilidad que examinamos—la creación de un patrimonio integrado por la totalidad de los bienes de ambos cónyuges en el momento de la modificación, de carácter común.

b) La universalidad del patrimonio común.

c) La atribución de las deudas de la comunidad.

Pues bien, el problema que planteamos es el de la posibilidad y licitud del cambio de régimen legal o convencional de gananciales o de separación, legal o convencional, por un régimen de comunidad universal.

La respuesta afirmativa podría deducirse de que los artículos 1.315 y 1.320 del Código civil no distinguen, y por tanto, en principio, habrá que considerar comprendidos dentro de su actuación estos supuestos.

Sin embargo, la solución apuntada, a nuestro juicio, tropezará normalmente con:

— el artículo 1.334 del Código civil, en relación con el artículo 1.316, párrafo primero: Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. La posibilidad de colisión con este precepto puede ser problema constante, especialmente en el caso de fortunas desiguales privativas de los cónyuges. En el caso de fortunas exactamente iguales—lo que es difícil de determinar en todo caso—, quizá pudiera estimarse de aplicación—si el régimen es de separación el que se modifica—el artículo 1.458 del Código civil, en relación con el artículo 1.541. También en el caso de que el régimen que se modifica sea el de gananciales y no exista fortuna privativa de los cónyuges.

Pero de todas las maneras es de suponer que en la práctica esta

(24) LACRUZ BERDEJO: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 553

modificación se dará en contadas ocasiones por los riesgos que ello entraña de que dichas capitulaciones puedan considerarse o por el Notario que haya de autorizarlas o por el Registrador que haya de inscribirlas, o por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en caso de negativa de uno u otro funcionario y consiguiente recurso, como no realizables por la amenaza de nulidad del artículo 1.334 del Código civil.

Ello, no obstante, en el caso de que la escritura se otorgase y fuese inscrita, siempre sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código civil, párrafo último, es decir, que los acreedores del titular de los bienes puestos en común en virtud de derechos ya adquiridos, pueden ignorar el contenido de dichas capitulaciones, si bien al dirigir su acción deberán solicitar previamente, o a la vez, que la nulidad de las capitulaciones—nulidad que puede ser solamente parcial (art. 1.316 del Código civil, segundo párrafo)—la nulidad de las inscripciones por aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Y otro tanto cabe decir, respecto de los legitimarios.

V. CAMBIO DE REGIMEN DE GANANCIALES LEGAL O CONVENCIONAL POR EL REGIMEN DE SEPARACION ABSOLUTA

Dos problemas previos es preciso plantear, y de hecho ya han sido planteados por la doctrina, a saber:

1.º *Al pactarse el régimen de separación absoluta ¿puede pactarse la disolución de la sociedad de gananciales existente y proceder a su liquidación?*

GARRIDO PALMA (25) señala que la contestación ha de ser forzosamente afirmativa por las siguientes razones:

— De política legislativa: «si el legislador permite ahora capitular constante matrimonio y no pone límites al ámbito de la capitulación, salvando los límites generales y los específicos de cada régimen económico concreto, la materia entró de lleno dentro del campo de la autonomía de la voluntad y ésta tiene, por tanto, fuerza suficiente para disolver la sociedad de gananciales y verificar la partición de los bienes comunes».

(25) GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: «Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial*, XCIII-XCIV, julio-diciembre 1976, páginas 58 y ss.

— De carácter estrictamente legal: «El artículo 1.315 habla de estipular las condiciones de la sociedad conyugal “relativamente a los bienes presentes y futuros”: existiendo sociedad de gananciales los bienes comunes dentro de los presentes habrán de incluirse, y los capítulos son el vehículo adecuado para fijar el régimen económico matrimonial, las condiciones relativas a esos bienes.»

— De deducción jurídica: «si no cupiese pactar la disolución de gananciales, no sería posible capitular estableciendo un régimen de comunidad universal, pues en éste comunes son todos los bienes, presentes y futuros; régimen de comunidad universal que no puede confundirse, es claro, con el de la sociedad de gananciales».

Si bien, los dos primeros argumentos son convincentes y nuestra opinión coincide con la de GARRIO PALMA, no tiene apenas fuerza el último, ya que admitiendo la posibilidad de pactar el régimen de comunidad universal, dudosa como hemos visto, no es necesaria, a nuestro juicio, liquidación alguna, por cuanto se hacen comunes tanto los bienes como las deudas, ni tampoco, por tanto, disolver una comunidad, sino simplemente transformarla ampliándola.

También sostiene la solución afirmativa SANZ FERNÁNDEZ (26), quien añade, con razón, que «las dos únicas limitaciones existentes a esta posibilidad son: a) la del párrafo final del artículo 1.322 de no perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros...; b) la de que no cabrá la posibilidad de que uno de los cónyuges haga uso de la facultad de renunciar que establece el artículo 1.394, pues ello equivaldría a una donación prohibida categóricamente por el artículo 1.334».

2.º *Si el hecho de pactar el régimen de separación supone necesariamente la disolución automática de la sociedad de gananciales.*—GARRIDO PALMA (27) pone de manifiesto cómo en la doctrina se ha puesto de relieve que capitular fijando el régimen de separación de bienes sólo para el futuro dejando subsistente la sociedad de gananciales respecto a los bienes presentes produciría:

- Confusión: al coexistir en un mismo matrimonio dos regímenes económicos.
- Esterilización práctica de la sociedad de gananciales.
- Dificultad de armonización de los dos regímenes económicos.
- Peligro de donaciones entre cónyuges y perjuicio e incluso fraude para terceros.

(26) SANZ FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 985 y ss.

(27) GARRIDO PALMA: *Ob. cit.*, pág. 61.

El, por el contrario, se muestra partidario de la coexistencia de ambos regímenes, y, por tanto, de que el hecho de pactar el régimen de separación no es causa de disolución automática de la sociedad de gananciales, y así dice que es «extraño (28) que en capitulaciones se diga solo simplemente que “de ahora en adelante el régimen aplicable será el de separación de bienes...”»; previsiblemente debe decirse cuál va a ser la situación de la sociedad de gananciales vigente». Aun en el caso de que no se tomara esa precaución no debe entenderse disuelta la comunidad legal «ni es el criterio de los Derechos forales, ni Códigos como el francés establecen tal exigencia, ni desde luego se extrae tal consecuencia del Código español; en él nada se deduce del inalterado artículo 1.417; el 1.434 establece la disolución de la sociedad de gananciales sí, pero es que mantenerla cuando el Juez decreta la separación de bienes por causa de separación personal de los cónyuges, ausencia o interdicción civil de uno de ellos, carecería de sentido; y alegar el artículo 1.364 referente a la simple exclusión de la sociedad de gananciales en capitulaciones matrimoniales sin más, en un supuesto como el que tratamos, es forzar la «ratio del precepto, no ajustable—en nuestro sentir—al supuesto que estamos tratando».

¿Cuál será, pues, la consecuencia de todo ello a juicio de GARRIDO? El mismo lo dice: «a nuestro juicio, no debe desecharse... la posible conveniencia de que sociedad de gananciales y separación de bienes coexistan, cada uno con su propia esfera de aplicación. Si la sociedad de gananciales se mantiene respecto a “los bienes existentes al otorgar capitulaciones matrimoniales”, la situación futura de este régimen será la siguiente: los bienes comunes seguirán siéndolo, lo serán también sus subrogados y, a nuestro juicio, también lo serán los frutos de los bienes comunes, puesto que en este importante aspecto debe seguir aplicándose el número 3 del artículo 1.401, por lo que la fuente de ganancialidad no queda totalmente seca a nuestro entender. La regulación del Código civil, por tanto, en éste como en otros aspectos (administración y disposición fundamentalmente) no se trunca».

SANZ FERNÁNDEZ (29), ante el planteamiento del problema de si es causa de disolución de la sociedad de gananciales el pactar el régimen de separación, se inclina igualmente por la solución negativa, siendo sus argumentos el artículo 1.417, que establece las causas de disolución; la aplicación del artículo 1.394, según el cual la renuncia a la sociedad de gananciales no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial, y el nuevo artículo 1.320, que habla solamente de modificar el régimen económico, pero no de sustituirlo ni de disol-

(28) GARRIDO PALMA: *Ob. cit.*, pág. 62.

(29) SANZ FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 982 y ss.

ver la sociedad legal de gananciales. Y añade que introducir en el artículo 1.417 una causa de disolución no establecida expresa y directamente por el legislador, violentaría de tal modo la doctrina de este artículo, que la cuestión debe resolverse por ello en sentido negativo.

¿Qué ocurre entonces para SANZ FERNÁNDEZ? La consecuencia no puede ser más lógica. Al igual que GARRIDO PALMA señala que hay yuxtaposición de dos regímenes distintos, pese a la dificultad de armonizarlos, ya que, como él mismo reconoce, no es que sean distintos, sino opuestos; y es en las capitulaciones matrimoniales en que se modifique el régimen donde los cónyuges deben determinar el alcance que quieren dar a la modificación pactada, y así, entre las múltiples combinaciones posibles, enumera tres:

La primera: mantener el régimen de gananciales pero separando dos masas de bienes, comprensiva cada una de bienes presentes o futuros, con el fin de atribuir la administración de cada una de esas masas de bienes a uno solo de los cónyuges. En este caso él mismo afirma, que no puede decirse que se «haya adoptado un régimen de separación de bienes, pues se trata simplemente de establecimiento de nuevas normas sobre la administración de gananciales».

La segunda: Mantener como régimen fundamental el de gananciales, pero modificándolo mediante una influencia del de separación, en el sentido de ampliar el campo de posibilidades de bienes privativos de los cónyuges. Tal solución, dice, «tampoco equivaldría a la introducción de un régimen de separación propiamente dicho», y «vendrá a chocar con preceptos imperativos o de Derecho necesario de los que rigen la sociedad de gananciales».

La tercera: se pactaría el régimen de separación de bienes como régimen económico del matrimonio, pero manteniendo como gananciales los bienes que al tiempo de las capitulaciones matrimoniales tuvieran este carácter. «En tal caso, de dudosa admisibilidad, se daría una situación en cierto modo inversa a la del régimen de gananciales, tal como lo regula el Código civil.» No serían de aplicación, como él señala, los artículos 1.401, números 1.º y 2.º, 1.402 a 1.406, por ser incompatibles con el régimen pactado de separación; no será de aplicación el artículo 1.407 tampoco. En definitiva, no será de aplicación prácticamente ninguno de los preceptos—decimos nosotros—que regulan la sociedad de gananciales, excepto aquellos que son consecuencia, no del régimen económico, sino de la teoría del patrimonio, como el principio de subrogación real.

A la vista de las anteriores argumentaciones de la doctrina, pueden, por tanto, resumirse los inconvenientes para estimar que el pacto de

régimen de separación implica la disolución necesaria de la sociedad de gananciales los siguientes:

- El artículo 1.417 del Código civil, que no prevé esta causa.
- El artículo 1.394.
- Y el artículo 1.320.

Por nuestra parte, opinamos que *el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación es causa de disolución de la sociedad de gananciales*.—Es cierto que el artículo 1.417 del Código civil, previsoramente, debía haber sido reformado incluyendo esta causa de disolución, pero ello hay que atribuirlo a la prisa legislativa, que produce normalmente, como consecuencia, la falta de memoria legislativa de preceptos que no son precisamente los que se modifican.

Pero aun así y todo veamos la posible fundamentación de nuestra tesis:

1. Se ha dicho que el artículo 1.417 determina como causas de disolución de la sociedad de gananciales las cinco que enumera, a saber: disolución del matrimonio, nulidad, separación personal, ausencia e interdicción civil y, por tanto, no recoge el supuesto que nos ocupa. Y ello es cierto. Pero de dicha afirmación no cabe deducir lo contrario, por lo siguiente:

a) El artículo 1.417 tampoco es consecuente con el artículo 1.392, que el definir—con defecto, pero definición—la sociedad de gananciales se refiere únicamente al supuesto de disolución del matrimonio, y no a los demás casos que recoge el artículo primeramente reseñado.

b) El artículo 1.417 determina cinco casos en que se disuelve la sociedad de gananciales, pero a la luz de la reforma no parece claro que establezca un *numerus clausus*, ya que no dice en ningún momento que sólo en esos casos se produce la disolución.

c) Si el artículo 1.417 fuese obstáculo a que se produjese la disolución por pactarse el régimen de separación, tampoco podría pactarse la disolución, es decir, disolver voluntariamente la sociedad de gananciales, lo que afirman categóricamente incluso quienes ahora niegan la posibilidad que estamos examinando; porque o el precepto del 1.417 es de derecho imperativo y necesario y no puede interpretarse analógicamente o por el contrario, no lo es y sí cabe dicha interpretación.

d) El artículo 1.417, que no ha sido reformado, recoge un principio de evidente interés: en los casos que el Código conocía de separación de bienes, dicha separación va acompañada ineludiblemente de la disolución de la sociedad de gananciales. No contempla este supuesto

específico, pero regula otros semejantes en los que se aprecia identidad de razón. El artículo 4.º-1 del Código civil claramente determina que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón.»

2. Se ha dicho que imposibilita esta solución el artículo 1.394 del Código civil, a cuyo tenor: «La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial.»

No es argumento decisivo por las razones apuntadas desde antiguo por la doctrina, a saber:

a) El artículo 1.394 no se refiere a la renuncia a la sociedad de gananciales, sino a sus efectos, es decir, a los bienes gananciales.

b) Prueba de ello es que el párrafo segundo del propio precepto parece contradecir al primero ya que se refiere no solamente al caso de separación, sino también a los supuestos de disolución o nulidad del matrimonio.

c) Este precepto es imperativo y constituye una norma de derecho necesario, por tanto, lo único que cabe decir de él es que en caso de separación convencional no puede uno de los cónyuges renunciar a los bienes gananciales, lo que, además, viene también determinado por el artículo 1.334 del Código civil—que resultaría vulnerado si se admitiese esa renuncia— si por donación se entiende cualquier transmisión patrimonial carente de contraprestación económica y con ánimo de liberalidad.

3. Se ha afirmado que el 1.320 habla únicamente de modificar y no de sustituir. Aparte de lo que hemos apuntado anteriormente respecto de la interpretación de la palabra modificar, si ello fuera cierto tampoco cabría la disolución voluntaria y pactada de la sociedad de gananciales preexistente, lo que admiten incluso quienes sostienen la no posibilidad de disolver la sociedad de gananciales por el mero hecho de pactar el régimen de separación. El artículo 1.320 del Código civil no ha hecho sino plasmar en materia de régimen económico matrimonial el principio de autonomía de la voluntad, que no tiene otras limitaciones que las que el artículo 1.316 determina.

4. No son, pues, a nuestro juicio, claras las razones esgrimidas por la doctrina para negar la posibilidad de lo que nosotros afirmamos. Es más, consideramos que dicha posibilidad viene apoyada en los siguientes argumentos:

A) Cada matrimonio tiene inexcusablemente un régimen económico matrimonial, pero sólo un régimen económico.

El Código civil, siempre que se refiere al régimen económico matrimonial lo hace en singular y nunca en plural: así, artículos 1.315, 1.318, 1.320, 1.321, 1.322, 1.325, 9.º-3.

Cuando el Código se refiere a la determinación del régimen económico siempre es por exclusión de otro: así el 1.315 determina la vigencia del legal de gananciales, si no hubiere convencional; el artículo 50 castiga con el de separación, excluyendo el de gananciales; y los artículos que regulan la separación judicial, excluyen el de gananciales para regular el de separación; y no hay más que régimen de separación mientras no se pacte otro en capitulaciones matrimoniales (art. 1.439 del Código civil).

B) El artículo 1.320, interpretada la palabra modificar en el sentido por nosotros expuesto, consagra el principio de autonomía de la voluntad en materia de determinación de régimen económico matrimonial, el cual puede ser fijado antes o después de celebrado el matrimonio por contrato. A dicho contrato le serán de aplicación las normas que regulan la interpretación de los contratos, y si los cónyuges que vienen rigiéndose por el régimen de gananciales deciden en un momento determinado cambiar de régimen, un mínimo esfuerzo interpretativo, avalado por la experiencia de los actos previos, coetáneos y posteriores incluso, nos debe llevar a la conclusión de que su voluntad es modificar el régimen totalmente, es decir, cambiar el anterior, ya que en caso contrario bastaría con, dejando subsistente el de gananciales, introducir algún pacto relativo a administración, disposición, etc., pero sin variar la naturaleza y esencia de la sociedad de gananciales (30).

C) En el supuesto de que un matrimonio tuviese un régimen mixto de comunidad de determinados bienes y de separación de otros, sería, en definitiva, un régimen mixto, pero nunca coexistencia de regímenes distintos.

D) No pueden compaginarse preceptos, como los artículos 1401-2.º y 3.º, 1.407, etc., con el régimen de separación.

(30) Se podrá objetar que si ello es así por qué no lo acuerdan expresamente. Los que vivimos el problema en nuestros despachos podríamos aclarar que hay ocasiones en que es preferible no hacer mención alguna al respecto. No es infrecuente el caso de matrimonios en crisis que tienen todo su patrimonio a nombre de persona interpuesta: hacer que al capitular manifiesten que no hay nada que liquidar, equivale a posibles impedimentos futuros de que por la vía de posibles impugnaciones de actos simulados se reconstruya el auténtico patrimonio ganancial y pueda liquidarse. En otras ocasiones no hay nada que liquidar. Y en otras finalmente: lo único que se pretende es que a partir de ese momento vivían con independencia económica, dejando para más adelante, y con menos acaloramiento del que normalmente suele acompañar estos otorgamientos, el problema de la liquidación de los gananciales. Pero lo que siempre queda patente es su voluntad de acabar con el régimen anterior.

E) En definitiva, son incompatibles todos aquellos preceptos que regulan el régimen de gananciales y que implican se hagan comunes—comunidad germánica—las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, con un régimen como el de separación que implica que cada uno adquiere para sí, y tiene la administración y disposición de lo adquirido, sin perjuicio de su contribución a las cargas del matrimonio.

Las consecuencias más importantes, por tanto, que se derivan del sostenimiento de esta tesis, son, como es lógico, las siguientes:

Primera.—La sociedad de gananciales, como régimen económico matrimonial, se disuelve al pactarse el régimen de separación.

Segunda.—Disuelta la sociedad de gananciales, los bienes gananciales quedan en indivisión en tanto no se lleve a cabo su liquidación.

Tercera.—Cualquiera de los cónyuges puede exigir en cualquier momento que se practiquen las operaciones de liquidación, lo que tendrá lugar de mutuo acuerdo o, en su defecto, con intervención judicial, para cesar en la indivisión.

Cuarta.—Tanto el marido como la mujer disponen en abstracto de un derecho a la mitad de las ganancias que han de determinarse al hacer la liquidación y sobre la cual tiene disponibilidad, si bien limitada por la imposibilidad de renuncia, conforme al artículo 1.334 del Código civil, en relación con el artículo 1.394.

Quinta.—La enajenación de los bienes que tienen la consideración de gananciales deberá llevarse a cabo por marido y mujer, quedando excluido, por tanto, el artículo 1.413 que es propio del régimen de gananciales disuelto. Respecto de los bienes o derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, tampoco existe problema al respecto, porque si la enajenación se efectúa de mutuo acuerdo y antes de liquidar—como es lógico—se requiere la comparecencia de ambos cónyuges en el instrumento público, es decir, el consentimiento de ambos, y la jurisprudencia registral ha declarado que si comparecen ambos, que es lo que importa, es indistinto que venda el marido con consentimiento de la mujer, que, que vendan conjuntamente, porque lo que se persigue es que ambos tengan conocimiento de la transmisión y la consientan.

Sexta.—La administración corresponderá a ambos cónyuges y no puede aplicarse el artículo 1.412 del Código civil; así debe deducirse de las normas que rigen para la comunidad de bienes, en los artículos 392 y siguientes del Código civil, sin perder de vista la especial naturaleza de esta comunidad.

Séptima.—Los frutos de los bienes gananciales no liquidados y los subrogados de aquéllos o de éstos son gananciales por el principio de

subrogación real, por tratarse—durante la indivisión—de un patrimonio separado en fase de liquidación.

Octava.—Los bienes gananciales siguen respondiendo de las deudas contraídas durante la sociedad, pero habrán de ser demandados conjuntamente marido y mujer (art. 142 del Reglamento Hipotecario).

Novena.—Practicada la liquidación cada cónyuge adquiere los bienes que se le adjudiquen, y se aplicarán las mismas normas que rigen para el supuesto de disolución del matrimonio (31).

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA
Notario

(31) Véase sobre la posibilidad de modificación del régimen del artículo 50 del Código civil el excelente trabajo de DÍAZ ALABART, Silvia: «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuestos por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1978, aparecido con posterioridad a la confección del presente estudio, pero cuya lectura consideramos de interés.

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO
TIRSO CARRETERO GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2. PUEDE Y DEBE SER CANCELADA, A PETICIÓN DEL TITULAR REGISTRAL AUTENTIFICADA EN ACTA NOTARIAL, LA CONSTANCIA EN EL ARRASTRE DE CARGAS DE UNA FINCA, DE LA MENCIÓN DE ESTAR LIBRE DE CARGAS, «SALVO LAS CONDICIONES QUE AFECTAN A LA CONCESIÓN DE MARISMA A PERPETUIDAD SEGÚN LA INSCRIPCIÓN 1.^a», SI DE ÉSTA RESULTA QUE SE INSCRIBIÓ EN ELLA EL DOMINIO DE LA PARCELA, SIN RESERVA DE DERECHOS A FAVOR DEL DOMINIO PÚBLICO Y NO SOLAMENTE UNA CONCESIÓN DE MARISMA EN TERRENO PÚBLICO. NO OBSTANTE, LA CANCELACIÓN DEBE LIMITARSE A LA PORCIÓN DE LA FINCA DE ORIGEN, QUE POR VIRTUD DE AGRUPACIONES Y SEGREGACIONES HA VENIDO A PERTENECER AL TITULAR REGISTRAL SOLICITANTE.

Resolución de 20 de diciembre de 1977 (B. O. del E. de 24 de enero de 1978).

Antecedentes de hecho.—El historial de la finca objeto del recurso es el siguiente: Finca 6.931, con fecha 24 de diciembre de 1929 se inmatricula en el Registro una parcela de marisma por título de concesión administrativa. Se hace constar en dicha inscripción que el concesionario queda obli-

gado a conservar las obras que realice en buen estado, de modo que se satisfaga siempre el objeto para el que dichas obras han sido construidas; también se hace constar en la inscripción que «la concesión se hace a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedades y sin perjuicio de tercero», no entrando a disfrutar de la libre disposición del terreno hasta tanto que «no haya terminado completamente el relleno». Se añade que «la falta de cumplimiento a cualquiera de las condiciones será causa bastante para declarar la caducidad de la concesión y una vez declarada se procederá, con arreglo a lo prevenido para estos casos en la Ley General de Obras Públicas y en el Reglamento para su ejecución. En la misma inscripción se recoge el acta, aprobada por la Dirección de Obras Públicas, por la que se dan por recibidas las obras, siendo el acta de inscripción del siguiente tenor:

«En virtud de todo lo expuesto, la Sociedad de Minas de Complemento inscribe la finca de este número a título de concesión administrativa». Por otra inscripción de la misma finca se inscribe un exceso de cabida en relación a ella; posteriormente dicha finca se agrupa con otras fincas normales, y de la agrupada, a su vez, se hacen diversas segregaciones: una de dichas segregaciones es la de la finca registral 8.392, a la que se contrae el recurso y en la inscripción 3.ª de dicha finca, siendo así que en todas las inscripciones anteriores se dice que la finca esté libre de cargas, se hace constar en el Registro que no tiene cargas, «salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma, a perpetuidad, según la inscripción 1.ª de la finca 6.931», expresión que se repite en las inscripciones posteriores y que se arrastra en una segregación posterior de dicha finca, y en la venta de la parcela segregada;

Por acta autorizada el 13 de abril de 1975, por el Notario de Santander, don Antonio Vázquez Presedo, comparece don José Luis Gómez Pérez interesando que conste en forma auténtica que aparezca libre de cargas la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Santoña con el número 8.392, al folio 132 vuelto del libro 100, tomo 978, ya que figura sujeta a las condiciones que afectan al derecho de concesión a perpetuidad para sanear y aprovechar una parcela de marisma del dominio público, respecto a la parte de esta finca que procede de la finca número 6.931, que, por agrupación con otras tres, formó la finca número 7.402 de la que por segregación procede la citada número 8.392; las condiciones que afectan a esta finca según esa inscripción son las relativas a la realización de las obras de saneamiento, desecación y aprovechamiento propias de las concesiones de marismas que figuran en la inscripción 1.ª de la finca número 6.931, y que fueron establecidas por la Real Orden de otorgamiento de concesión de marisma a perpetuidad de 3 de marzo de 1899, modificada por la de 13 de noviembre de 1909; dicha concesión fue inscrita como finca número 6.931 otorgada a perpetuidad, haciéndose constar en la inscripción que se procede al reconocimiento de las obras, según el acta reglamentaria que fue aprobada por la Dirección General de Obras Públicas; en el apartado 3.º del acta autorizada se afirma que como consecuencia de lo anterior, dicha finca, inscrita a título de concesión administrativa, se convirtió, al reconocerse y recibirse las obras por la Administración, en inscripción de propiedad a condición, sin sujeción alguna, carga o gravamen según ha venido figurando inscrita en los asientos registrales anteriores a la inscripción 3.ª de la finca número 8.392, que procede de la 6.931; que habiéndose consolidado plenamente la propiedad de la finca 6.931, procede que la finca 8.392 figure inscrita en plena propiedad y sin sujeción a ninguna condición procedente de aquella antigua concesión, solicitándose del Registro que así se inscriba, transformando las inscripciones que limitan el derecho de pleno dominio, para adecuar la realidad jurídica a la registral,

anulándose y cancelándose toda referencia a las condiciones que afectaban a la condición de marisma;

Presentado en el Registro de la Propiedad de Santoña el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «Presentado este documento el 14 de julio de 1976, según asiento 586 del diario 52, no procede practicar las operaciones solicitadas en su apartado 4.º, por los siguientes motivos:

1. No parece exacta la afirmación que se contiene en el apartado 3.º, relativa a la «conversión en plena propiedad, no sujeta a limitación ni condición alguna», del derecho derivado de una «concesión para sanear y aprovechar una parcela de marisma del dominio público» otorgada conforme a la Ley General de Obras Públicas y su Reglamento, la Ley de Puertos y las Reales Ordenes de concesión (que causó la inscripción 1.º, de la finca 6.931, al folio 45 del libro 73, tomo 662 de este Registro de la Propiedad) una vez realizadas las obras de cerramiento; por no tener dicha conversión apoyo legal concreto ni estar reconocido expresamente por la Administración concedente; y ser en principio contradictoria con el concepto de «concesión otorgada a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero»; características que, junto con su destino especialmente señalado y con todas las demás «condiciones» establecidas legal y documentalmente (y que están recogidas en la inscripción), configuran la naturaleza jurídica y el contenido del derecho inscrito, que no pueden ser alterados unilateralmente por quien, al adquirir, ha de entenderse «subrogado» en la posición del concesionario.

2. De las antedichas «condiciones» contenidas en el acto concesional inscrito, se derivan derechos reservados por la Administración concedente (posibilidad de reversión o rescate por causa de «caducidad» de la concesión por incumplimiento de sus condiciones; control de la Administración por la simple naturaleza de la concesión, etc.); cuyos derechos reservados deben considerarse igualmente inscritos y con el mismo carácter de perpetuidad que tiene el derecho del concesionario; por lo que no pueden ser cancelados ni alterados, si no es por sentencia firme o con el consentimiento de la Administración que es su titular; conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Estas dos consideraciones que preceden están referidas a la inscripción 1.º de la finca 6.931, que es la primera practicada en virtud del acto concesional, pero afectan con la misma extensión a todas las fincas o partes de ellas, formadas o procedentes de aquélla, que tendrán la misma condición jurídica, como ocurre, en parte, con la finca número 8.392 que se dice inscrita a favor del requirente.

3. Dado el principio de voluntariedad y rogación que informa nuestro derecho hipotecario, debe limitarse la práctica de la operación registral solicitada—caso de ser posible—a la parte de finca de que sea titular en la actualidad el requirente, cuya finca sólo se indica en el documento calificado por la referencia registral (incluso incompleta), por lo que es preciso que dicha parte de finca se describa con todos los requisitos necesarios para su perfecta identificación (situación, nombre, cabida, linderos); no sólo porque así lo exigen los principios de especialidad y claridad registral, sino también porque respecto de dicha finca 8.392 se ha realizado por el requirente, la segregación de una parcela de 108.665 metros cuadrados, que por escritura otorgada el 9 de julio de 1974, ante el Notario de Santander señor Vázquez Presedo se vendió a don José Castillo Morante, casado con doña María Teresa Santiago Higuera, a cuyo favor figura inscrita (y de hecho pueden existir otras segregaciones y ventas no inscritas), cuyos titulares pueden estar conformes con la condición atribuida a la finca en la parte que deriva de la concesión de marisma, y nada soliciten;

El Procurador doña Mercedes Manero Barriuso, en la representación de don José Luis Gómez Pérez que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la finca número 7.402 de la

que por segregación procede la número 8.392, figuraba inscrita (inscripciones 1.ª y 2.ª) como una finca normal en plena propiedad y sin cargas, haciéndose constar expresamente en la inscripción 2.ª su adjudicación en pleno dominio, pero al practicarse la inscripción 3.ª en virtud de deslinde voluntario formalizado por escritura pública de 20 de octubre de 1972 es cuando aparece el dato de las cargas que la gravan y que no figuraban desde tiempos remotos en el historial de dicha finca, al advertirse en esta inscripción que «no constan cargas salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.ª de la finca 6.931, que por agrupación con otras forman la finca 7.402 de la que por su segregación procede la de este número, según su inscripción 1.ª y en cuanto afectan a esta porción de fincas segregadas»; que de las cuatro fincas que por agrupación forman la número 7.402, tres de ellas son fincas rústicas inscritas en el Registro como de pleno derecho de dominio, y que la otra finca, la 6.931, se inmatriculó igualmente en el Registro, aunque el título que sirvió para la inmatriculación fue, en este caso, la Real Orden que otorgaba la concesión para sanear una marisma; que, así pues, lo que se inscribe en el Registro y abre folio registral no fue una concesión administrativa, sino una finca rústica normal, pero cuyo título de inmatriculación era una concesión administrativa; que si lo que se hubiera inscrito fuera sólo un derecho y no una finca física, en ningún caso hubiera podido agruparse con otras fincas físicas normales; que la Orden de otorgamiento de la concesión administrativa que sirvió de título para la inmatriculación tiene por objeto el saneamiento y aprovechamiento de una marisma, y que la concesión se hace a perpetuidad, no entrando el concesionario a disfrutar de la libre posesión del terreno hasta tanto no se haya terminado completamente el relleno, estableciendo por último que el terreno quedará sujeto a la servidumbre de salvamento y vigilancia litoral y demás establecidas en la Ley de Puertos; que en la inscripción 1.ª de dicha finca se hace constar que por haberse reconocido y recibido las obras, la sociedad titular de la concesión inscribe la finca mencionada, lo que ratifica el carácter y naturaleza de esta inmatriculación de finca rústica en virtud de título concesional, cuyas condiciones se han cumplido, por lo que puede inscribirse, no ya la concesión administrativa, sino la propiedad de la finca; que durante más de treinta años ha figurado esta finca inscrita en el Registro en pleno dominio y sin sujeción a ninguna condición y que en el transcurso de este largo lapso de tiempo ha de tenerse en cuenta por la posible prescripción de dichas cargas y condiciones; que a continuación el recurrente hace un estudio de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas y de las características especialísimas que dentro de ellas tienen las concesiones de marismas, respecto de las cuales asegura que en este tipo de concesiones lo que los particulares inscriben no es propiamente la concesión o sus derechos, sino la propiedad del terreno que se inmatricula en el Registro a través del título concesional como una finca física normal objeto de dominio; que las concesiones de marismas son negocios jurídicos bilaterales por los que la Administración entrega al particular un bien comprometiéndose el concesionario a realizar las obras de desecación y saneamiento del terreno necesarias, y que una vez realizadas, el vínculo contractual no perdura por haberse consumado el contrato, y el concesionario adquiere los terrenos, produciéndose la desafectación que determina el cese del dominio público de la inalienabilidad; que esta tesis viene corroborada por la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en las sentencias de 6 de noviembre de 1884 y 23 de marzo de 1972 y que en igual sentido el Consejo de Estado, en dictamen de 14 de julio de 1964 entiende que «según la Ley de marismas, la relación concesional se extingue al término de las obras, ya que la concesión de que se trata se agota por la realización de las obras con arreglo al proyecto y satisfacción de la Administración, sin que existan con posterioridad a

tal momento nuevas obligaciones concesionales; que, por lo tanto, es impropio que la nota de calificación trate de mantener sobre la finca objeto de la inscripción, las primitivas cartas o condiciones establecidas en la primera inscripción de la concesión de marisma; que aun suponiendo que la interpelación (*sic*) legal expuesta no fuera la correcta y la propiedad del terreno saneado continuara perteneciendo al Estado es indudable que en virtud de la prescripción adquisitiva, el titular de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad habría adquirido los bienes por la posesión durante diez años con buena fe y justo título (artículo 1.957 del Código Civil), o al menos por la prescripción extraordinaria del artículo 1.959 del mismo texto por la simple posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de título ni de buena fe; y que, por último, la Dirección General de lo Contencioso, en consulta formulada por la Junta de Puerto de Santander, ha reconocido expresamente la imposibilidad de reivindicar la propiedad de una finca de igual procedencia que la que nos ocupa y de cancelar los asientos registrales referentes a la misma, por haber entendido que los titulares que primitivamente figuraban en el Registro de la Propiedad de Santoña como de pleno dominio y sin sujeción a condición alguna, eran efectivamente propietarios y sus propiedades no se encontraban sujetas a ninguna carga;

El Registrador informó que la nota de calificación se limita a mantener una situación jurídica derivada de una legislación y de unos asientos registrales antiguos, pero vigentes, con un criterio que indudablemente es contrario a una realidad de hecho y al convencimiento actual generalizado que considera pleno dominio a esa situación posesoria derivada, junto al paso del tiempo, de una concesión otorgada a perpetuidad por la Administración para cerrar, rellenar, sanear y aprovechar una marisma, pero que esta realidad, apoyada por la indiscutible autoridad de los dictámenes del Consejo de Estado que el recurrente cita, no puede ser apreciada por el funcionario calificador, sin haber sido antes constatada por los Tribunales de Justicia a quienes únicamente corresponde declarar su evidencia y realidad; que el acta notarial objeto del recurso no es documento suficiente para acceder a la pretensión de convertir en pleno dominio no sujeto a condición ni limitación alguna, lo que, según el Registro, fue y puede ser todavía limitado, sin acreditar documentalmente que esas limitaciones y condiciones han quedado extinguidas, es decir, que si tales limitaciones subsisten no se pueden expulsar del Registro sin consentimiento expreso de su titular, o por sentencia firme en que se declaren extinguidas; que el hecho de que en los asientos registrales se hable de «finca» no es argumento para entender inscrita la propiedad, ya que, en la técnica registral, «finca» es todo aquello que abre folio registral, y la concesión lo abre, se inmatricula (artículos 31 y 44 del Reglamento Hipotecario), por lo que se la considera como una finca, siquiera sea «anormal», y sin que sea necesaria la inscripción a favor del ente público concedente, porque antes de la concesión sólo habrá un dominio público que no se inscribe por su propia naturaleza al estar excluido del tráfico jurídico (artículo 5 del Reglamento Hipotecario); que no existe obstáculo alguno para agrupar fincas físicas con concesiones que tengan su trato físico (*sic*) y de este supuesto encontramos ejemplos como los regulados por los artículos 44 y 76 del Reglamento Hipotecario; que ha de tenerse en cuenta que las limitaciones y condiciones que figuran en la inscripción 1.ª de la finca 6.931, derivadas del acto concesional que la originó, afectan a todas las transmisiones y a todas las partes de finca que de ella deriven, porque son limitaciones consignadas en el folio registral de la finca, aunque incidentalmente se hayan omitido en algún asiento intermedio; que según las Reales Ordenes que aprueban la concesión (inscripción 1.ª de la finca 6.931), ésta se otorga para sanear y aprovechar una marisma exigiendo como base física de su aprovechamiento que se realicen las obras de cierre y de relleno y una vez realizadas las obras el concesio-

nario entrará en la libre posesión del terreno, pero la concesión continúa en cuanto al aprovechamiento que la Administración sigue concediendo al particular, como compensación de las obras, pero también para la satisfacción de ese interés público general constituido por el destino ulterior para el que se atribuyó. Teniendo el concesionario «la obligación de conservar las obras en buen estado, de modo que satisfagan siempre cumplidamente el objeto para el que han sido construidas», por lo que la concesión se hace a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad, y sin perjuicio de terceros y el incumplimiento de cualquiera de estas condiciones será causa bastante para declarar la caducidad de la concesión; que la inscripción también recoge que el 7 de octubre de 1912 se procedió al reconocimiento de las obras, resultando ejecutadas las de cerramiento que se dan por recibidas, pero faltan por acreditar las obras de relleno y las verificadas para la transformación del terreno en apto para el cultivo, punto importante para apreciar el cumplimiento de «la satisfacción de la utilidad general», que iniciaría el cómputo del plazo para la prescripción; que la finca se inscribe a favor del concesionario «a título de concesión administrativa», siendo sólo esto lo que se acredita en la citada inscripción 1.ª de la finca 6.931; que, así pues, se demuestra que estamos en presencia de algo distinto de la propiedad o pleno dominio, y que las Reales Ordenes de concesión no son títulos aptos para adquirir ni para inscribir el dominio; que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 alegada por el recurrente en su favor sólo contiene en su parte dispositiva la declaración de que la concesión de marisma objeto de pleito, que originariamente se había otorgado por cincuenta y cinco años nada más, debería otorgarse a perpetuidad; que en cuanto al informe de la Dirección General de lo Contencioso que igualmente alega el recurrente, aunque referido a una finca distinta, pero que tiene igual procedencia que la 6.931 no fue conocido por el Registrador en el momento de la calificación, pues no fue aportado en tal ocasión, por lo que no debería tenerse en cuenta en este recurso; y que al no alegar nada el recurrente respecto al apartado 3.º de la nota, el Registrador entiende que deberá ser mantenido en su total contenido;

El Presidente de la Audiencia, basándose en que la doctrina viene poniendo de relieve que, en la concesión de marismas, una vez desecado y saneado el terreno y cumplidas las cláusulas concesionales, el concesionario pasa a ser propietario del terreno saneado, de modo que tal «concesión» constituye una enajenación atípica de bienes ligada a finalidades trascendentes al puro hecho de la enajenación y que, con criterio análogo, nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de marzo de 1972, declara que este tipo de concesión otorga un derecho real administrativo de goce que a su vez «se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento», de suerte que, en definitiva, se proclama «la eficacia del saneamiento para la adquisición de la propiedad del terreno» y entendiendo que la inmatriculación que se produjo fue de la finca normal, y no la de la concesión, por considerar legítimamente el Registrador que en su día practicó la inscripción 1.ª que la propiedad privada se había adquirido por el titular en virtud de un título concesional de una marisma ya saneada y recibida por una resolución administrativa, estimó en parte el recurso y en parte lo denegó, acordando que debe quedar plasmada en las inscripciones de la finca número 8.392 del Registro de la Propiedad de Santoña, que la misma figure inscrita en plena propiedad de su titular salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.ª de la finca 6.931, que por agrupación con otras tres formó la finca 7.402, de la cual procede la citada 8.392 por segregación y en cuanto afectan a esa porción segregada, limitándose la práctica de la operación registral a la parte de la finca de que sea titular

el recurrente don José Luis Gómez Pérez, si bien la inscripción acordada no podrá practicarse hasta que sea subsanado el defecto consistente en la descripción completa, con todos los requisitos necesarios para su completa identificación;

El funcionario calificador se alzó contra la decisión presidencial e interpuso recurso de apelación ante el Centro directivo;

Y la Dirección General, resolviendo la apelación (1), acordó confirmar el auto apelado solamente en la parte que revoca el defecto primero de la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección.—Al haber apelado del auto presidencial solamente el Registrador, y no haberlo hecho la persona que interpuso el recurso, queda circunscrito éste exclusivamente al defecto 1.º de la nota de calificación que plantea como cuestión primordial la de si la finca, de la que por sucesivas operaciones registrales de agrupación y segregación procede la actualmente existente se inmatriculó en los libros del Registro en pleno dominio o únicamente a título de concesión administrativa, a favor del inmatriculante.

La concesión para sanear y desecar terrenos de marisma ofrece en nuestra legislación una normativa muy peculiar que la diferencia de las otras clases de concesiones administrativas, peculiaridad que se manifiesta ya en la primitiva Ley de Aguas de 1866, y en particular en la de 1879 (artículo 65), así como en la Ley de Puertos de 1880, pasando por la Ley de 24 de julio de 1918, dedicada especialmente a esta materia, que rompe en cierta manera con el criterio tradicional, volviéndose de nuevo al anterior sistema con la Ley de Puertos de 1928 (artículos 51 y 52) y la de Costas de 26 de abril de 1969, disposiciones legales todas ellas que confieren como efecto primordial la adquisición al concesionario de la propiedad de los terrenos ganados al mar, una vez ejecutadas las obras y cumplidas las cláusulas de la concesión.

Como han puesto de relieve diversos dictámenes del Consejo de Estado y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 en este tipo de concesiones, el derecho real administrativo de goce que toda concesión comporta «se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento», por lo que viene a constituir, como indica el auto del Presidente, un modo de adquirir atípico, paralelo a la desafectación del dominio público producido y que tiene su fundamento en la actividad administrativa de fomento que estimula la iniciativa privada para conseguir un beneficio general al sanear un terreno que en su estado natural no es utilizable por nadie.

Si tenemos en cuenta la legislación aplicable y en particular la que estaba vigente cuando se realizó la inmatriculación y la documentación que para extender el asiento tuvo el Registrador a la vista (Ordenes de concesión y muy especialmente la de aprobación por la Dirección General de Obras Públicas, de 16 de diciembre de 1912 del acta de 14 de octubre del mismo año de haber sido ejecutadas las obras y aprobación de la transferencia), así como las facultades de calificación que como funcionario le atribuye la legislación hipotecaria, y aun apreciando una falta de claridad en la inscripción practicada, no ofrece duda que en el ejercicio de su función realizó una inscripción en pleno dominio de la finca discutida a favor del inmatriculante, lo que aparece confirmado además por la calificación de «rústica», que confiere al inmueble y el haber comenzado su descrip-

(1) Visto la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 y Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928, la Ley de 24 de julio de 1918, la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, la Ley de Costas de 29 de abril de 1969, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1970 y 23 de marzo de 1972, los dictámenes del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949 y 3 de julio de 1953 y la resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas de 30 de julio de 1969.

ción con el sustantivo «parcela»; y que este mismo carácter de inscripción en pleno dominio fue reconocido por los sucesivos Registradores, que sin ninguna dificultad realizaron operaciones registrales de agrupación y segregación del mencionado inmueble con otras fincas rústicas normales, e igualmente tuvieron acceso los posteriores deslindes realizados, todo lo cual no hubiera sido posible si se hubiera tratado de la inmatriculación de una concesión administrativa.

Al aparecer inscrita la primitiva finca, de la que tiene origen la actual, en pleno dominio, debido a la calificación hecha en su día por el Registrador que la inmatriculó, no cabe entender, por tanto, que se pretende alterar unilateralmente la naturaleza jurídica del derecho inscrito—concesión—, pues no es ésta la situación que publican los asientos registrales, sino por el contrario la ya indicada de dominio, sin que por último pueda entrarse, en cuanto a la posible cancelación de las limitaciones y condicionamientos que los mismos asientos manifiestan, en el examen de los conceptos de «desafectación fáctica» y «degradación del dominio público», estudiados con detenimiento por la moderna doctrina administrativa, al no haber sido objeto este punto de apelación.

COMENTARIO.—I. *Vista panorámica del recurso.*—El acta autorizada por el Notario de Santander señor Vázquez Presedo, cuyo contenido se condensa en el segundo resultando, es fundamentalmente una solicitud de rectificación de error cometido en asientos registrales, aunque ello resulte hábilmente disimulado. Más adelante veremos las razones de no hablar por ninguna parte de rectificación de errores, aunque se solicite del Registro que se transformen las inscripciones que limitan el derecho de pleno dominio para adecuar la realidad jurídica a la registral (!), anulándose y cancelando toda referencia a las condiciones que afectaban a la condición de marisma.

La nota del Registrador deniega lo solicitado por tres motivos que no son realmente defectos independientes. En varias ocasiones hemos puesto de relieve lo impropio que resulta considerar defectos o faltas a ciertos motivos de denegación, especialmente tratándose de solicitudes.

En nuestro caso, los dos motivos o argumentos primeros forman un conjunto: por no estimarse que las obras de cerramiento de la marisma sean suficientes para convertir en propiedad ordinaria los derechos del concesionario, éstos resultan sometidos a condiciones y limitaciones inscritas a perpetuidad a favor de la Administración. El motivo tercero sí es distinto y consiste en mantener que, por virtud del principio de rogación, aunque pudiera accederse a lo solicitado, siempre sería limitando la operación registral a la finca de la que es titular el solicitante. De todas maneras, carece de importancia el que la Dirección confirme el auto apelado solamente en la parte que revoca el defecto primero de la nota. Claramente se ve que, como el Auto presidencial, quiere revocar la nota tanto en cuanto al motivo 1.º como en cuanto al motivo 2.º, dando la razón al Registrador sólo en cuanto al apartado 3.º de la nota, único del que no hubo apelación por considerarse correcto, no obstante la incongruencia que supone que unas fincas resulten con limitaciones y otras sin ellas a pesar de traer todas origen (en todo o en parte) de la misma concesión.

Pero lo más interesante es que el Registrador tampoco hace hincapié en la cuestión de la rectificación de errores ni en la nota ni en el informe. A pesar de su alegación del artículo 82 de la Ley Hipotecaria conduce el recurso directamente a los terrenos de la cuestión de fondo consistente en la correcta aplicación de la legislación sobre concesiones de marismas, prescindiendo de aquella otra cuestión de determinar si había error en los asientos, de qué tipo y cómo podían ser rectificandos.

Así las cosas, nada tiene de extraño que la casi totalidad del contenido del escrito de recurso, del informe del Registrador y de los considerandos

de la resolución se vuelquen hacia el tema planteado como básico: la legislación sobre concesiones de marismas y el sentido que, como consecuencia de ella, tenía que tener (debía tener) la inscripción 1.ª de la finca. Es, por el contrario, escasa la importancia que se concede a la posibilidad de que el contenido verdadero de los asientos, especialmente después de aparecer las condiciones en el arrastre de cargas, por error de tal o cual tipo, fuese discordante con el contenido que debieron tener.

Excepto el primer considerando, destinado a circunscribir el recurso al defecto 1.º conforme ya hemos visto, todos los demás se ocupan de la cuestión sustantiva o de fondo. El segundo se refiere a la evolución histórica de la legislación sobre concesiones de marismas; el tercero acude a la jurisprudencia sobre la materia y a los dictámenes del Consejo de Estado para completar el cuadro legislativo sobre estas concesiones, cuyo efecto primordial—dice—es la adquisición por el concesionario de la propiedad de los terrenos ganados al mar una vez ejecutadas las obras y cumplidas las cláusulas de la concesión.

No obstante, encontramos en esta exposición poco destacado el régimen de la llamada Ley Cambó de 24 de julio de 1918, que se presenta como un corto paréntesis cerrado por la Ley de Puertos. Esto no es completamente exacto, pues la Ley Cambó no fue derogada por la Ley de Puertos de 1928 ni por ninguna otra. Por ello, el cuarto considerando debió matizar más antes de incluir la legislación aplicable en el momento de la inmatriculación de la finca entre las circunstancias que justifican que la inscripción realizada no era de concesión demanial, sino de dominio normal, por haberse realizado ya las obras que producen la desecación.

Lo procedente era considerar que la Ley Cambó, aunque vigente en la fecha de la inmatriculación, no lo estaba en la fecha de la concesión que se inscribía y además que no se daban los supuestos especiales de la referida Ley de 1918 (auxilios estatales, etc.), por lo que no podía el Registrador tenerla en cuenta ni al inmatricular ni al realizar posteriormente arrastres de cargas.

Ni de los resultandos ni de los considerandos resulta la fecha en la que por primera vez para el arrastre de cargas la mención de las condiciones resultantes de la concesión. Este momento, que estimamos de gran importancia, pues en él bien pudo alterarse indebidamente el contenido registral, queda totalmente desdibujado en el recurso; pero en todo caso creo que los considerandos debieron rechazar expresamente la aplicabilidad al caso de la Ley Cambó. De todas maneras, la frase incluida en el apartado de cargas tampoco concuerda mucho con la normativa de la Ley de 1918 (2).

El último considerando acumula dos ideas independientes. La primera consistente en conceder prevalencia a la calificación hecha por el Registrador de la inmatriculación, que da por supuesto que era concorde con

(2) La Ley de 21 de julio de 1918 (*Gaceta* del 27), sobre auxilios para la desecación de lagunas y marismas, después de establecer en el artículo 1.º que el Estado podrá conceder y auxiliar en las condiciones que se determinan la desecación y saneamiento de lagunas, marismas, etc., siempre que la superficie saneada o desecada sea superior a 100 Ha., concesión que se entenderá como declaración de utilidad pública de la obra a efectos de expropiación, y después de definir lo que debe entenderse, respectivamente, por lagunas, marismas y terrenos pantanosos o encharcados, establece entre otras prescripciones las siguientes: ... B) Una vez ejecutadas las obras, con arreglo al proyecto aprobado, quedará dueño el concesionario de los terrenos saneados, entendiéndose que aquellos que por ser del Estado le hubieran sido concedidos gratuitamente, revertirán a él pasados noventa y nueve años de la terminación de la obra y que el concesionario podrá inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre, aunque sujetos a esa condición, tan pronto acredite han sido desecados.

El concesionario podrá cancelar esta reversión cuando la totalidad de los terrenos saneados en una determinada concesión hubieren sido cedidos por el Estado si le reintegrase el importe de la subvención con un interés anual del 3 por 100 desde las fechas correspondientes a su percibo.

En el caso de que los terrenos saneados en una concesión hubieran sido adquiridos en una parte de la propiedad particular y en otra por la cesión gratuita del Estado, para que no tenga efecto la reversión de estos últimos y queden del dominio perpetuo del concesionario, será preciso que éste pague al Estado su valor de tasación al término de los noventa y nueve años.

La reversión al Estado no tendrá lugar cuando la concesión se haya otorgado a un Ayuntamiento, a una Diputación o a una mancomunidad de Ayuntamientos o de Diputaciones.

la normativa tradicional de concesiones de saneamientos de marismas transmisivas de un dominio pleno al concesionario, sobre la calificación del que introduce las condiciones en el arrastre de cargas. Como veremos luego, este pasaje del último considerando es el que se encuentra más cerca de la explicación de por qué el tema de la rectificación de errores pudo ser soslayado. La otra idea versa sobre lo innecesario de entrar en las construcciones doctrinales de la desafectación fáctica o de la degradación del dominio público, surgidas en el Derecho administrativo para paliar los excesos del principio de imprescriptibilidad del mismo. A primera vista puede parecer que la traída a colación de estas construcciones jurídicas no procede en un supuesto en que hubo una concesión perfectamente documentada e incluso inscrita y no una intromisión en el dominio público legitimada por una posesión inmemorial (vetustas). Pero acaso no sea una casualidad el que probablemente hayan sido casos dudosos de concesiones de aguas y marismas la base práctica de los magistrales estudios de García de Enterría sobre el dogma de la reversión de concesiones y el de la imprescriptibilidad del dominio público (3).

II. *Cuestión de fondo: la legislación sobre concesiones de marismas.*— Hemos visto cómo casi todos los considerandos de la Resolución están destinados a demostrar que, a la vista de la legislación aplicable, resulta indudable que el Registrador al inmatricular la finca practicó una inscripción de pleno dominio, porque esto es lo que procedía hacer. Los considerandos van siguiendo la evolución histórica de la legislación y jurisprudencia reseñada en el visto, evolución que contemplada desde el supuesto concreto de las concesiones de marismas es poco clara y ha presentado y sigue presentando dudas, aumentadas porque frecuentemente las zonas de marismas suelen estar geográficamente colindantes o coincidentes con otras zonas de dominio público diverso, principalmente con la marítimo-terrestre.

La Ley de Obras Públicas de 1877 (art. 101) estableció que las concesiones se harían, a lo más, por un plazo de noventa y nueve años, salvo que las leyes especiales establezcan mayor tiempo o que la concesión se otorgue por Ley especial que así lo determine. Vemos, pues, que el tradicional plazo de los noventa y nueve años es el límite para el requisito de Ley: para concesiones de más de noventa y nueve años hace falta Ley general o especial. Ya veremos luego cómo la de Patrimonio del Estado vuelve del revés esta normativa.

Las múltiples concesiones sometidas a la Ley de Aguas son de características muy diversas desde el punto de vista de su duración. Es frecuente el límite máximo de los noventa y nueve años, pero otras muchas son a perpetuidad y concretamente las de desecación y saneamiento de pantanos, lagos o terrenos encharcadizos declarados insalubres y pertenecientes al Estado (art. 65) tiene la virtud de que el concesionario quede dueño de los terrenos saneados una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado. Este criterio de hacer propietario ordinario al concesionario que ha ejecutado las obras, que ya existía en la Ley de Aguas de 1866, viene también consagrado por la Jurisprudencia de todos los tiempos,

(3) Nada mejor para introducirse en las doctrinas administrativistas citadas en el considerando último que la sugestiva y modélica monografía de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA publicada en 1955 y recientemente reeditada: *Dos estudios sobre la usucapción en el Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, 1974. En ella se enmarcan las concesiones de marismas, entre otras dentro de las «regalía menor» (*petits domaines*) que frente a las «maiora» o propiamente mayestáticas se caracteriza por la posibilidad e incluso obligatoriedad de su dación censal (concesión mediante canon) y se desarrollan las doctrinas de la desafectación de hecho y de la tesis de la degradación (iniciada por PROUDHON).

También cabe conceder cierta oportunidad en el recurso a estas teorías para oponerlas a una alegación del Registrador en su informe que no resulta directamente desvirtuada: la de constar en el acta inscrita con el título de concesión, aprobada por la Dirección de Obras Públicas, solamente la realización de las obras de cerramiento, pero no las de aterramiento o relleno. Sólo por la «vetustas» y la notoriedad cabía dar por supuesto la realización de estas últimas.

según frase del Consejo de Estado. También es el seguido por la Ley de Puertos de 4 mayo de 1880 (art. 55).

Este criterio tradicional quiebra parcialmente en la Ley de 24 de julio de 1918 (Ley Cambó) para las concesiones realizadas con auxilios estatales. El contenido de los preceptos más directamente aplicables al problema que nos ocupa han quedado transcritos en la nota 2. Los noventa y nueve años aparecen para las concesiones a particulares de terrenos públicos con subvención estatal, pero no como límite a la duración de la concesión, ni como limitación del dominio del concesionario (inscribible en el Registro), sino como un excepcional derecho de reversión de la Administración fácilmente cancelable mediante el reintegro de la subvención percibida. Quedó apuntada la crítica a los considerandos por no haber excluido toda posibilidad de que la normativa de la Ley Cambó fuese aplicable al supuesto, ya que tal Ley no fue derogada por la Ley de Puertos de 1928 (Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928) como parece insinuar el segundo considerando.

Antes al contrario, la Ley de Puertos de 1928 distingue las marismas declaradas insalubres a regular por la Ley de Aguas; las que se sanean con auxilios del Estado, regidas por la Ley de 1818, y las saneadas sin tales auxilios y reguladas por la Ley y Reglamento de Puertos y, por tanto, a perpetuidad. (Ver arts. 52 y 55 de la Ley de Puertos) (4).

La Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 parte de la formulación de la vieja Ley de Obras Públicas, pero con la sustitución de una palabra la vuelve del revés. En el artículo 126 exige que en toda concesión o autorización de dominio público se incluirá necesariamente el plazo de duración, «que no podrá exceder de noventa y nueve años, a no ser que leyes especiales señalasen otro *menor*». Está clara la dislocación que este precepto representa en la normativa general tradicional de la Ley de Aguas donde aparecen tantas concesiones a perpetuidad y algunas como las de marismas con concesión de plena propiedad ordinaria de los terrenos objeto de la concesión. Con posterioridad a la Ley de Patrimonio del Estado aparece la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, cuyo artículo 5, en su número 3, dice que los terrenos ganados al mar territorial, fuera de los puertos, por obras construidas por el Estado, la Provincia, los Municipios o los particulares, competentemente autorizados, serán propiedad de quien las hubiere llevado a cabo, sin perjuicio de las zonas de servidumbre, de la de dominio público de la zona marítimo-terrestre y de las playas si las hubiere.

De todo este conjunto de disposiciones no es fácil obtener una normativa clara, lo que ha hecho vacilar a la Jurisprudencia. La sentencia de 18 de diciembre de 1970 aplicó el máximo de los noventa y nueve años de la Ley de Patrimonio del Estado, estimando que esta Ley rompe con la perpetuidad de la transmisión de terrenos en toda concesión demanial. En cambio, la de 13 de marzo de 1972 reconoce la posibilidad de que la concesión de marisma produzca el tradicional efecto de adquisición de la propiedad por el concesionario, porque aunque se trate de concesión demanial debe mantenerse la perpetuidad de la transmisión por ser terrenos ganados al mar. Otras sentencias son aún menos concluyentes, por la misma incertidumbre de si la marisma está más o menos deslindada de la zona marítima (Ley de Puertos y Ley de Costas). Así las sentencias de 19 de abril de 1972 y 19 de octubre de 1966. Los dictámenes del Consejo de Estado también parecen conformarse a la doctrina tradicional de propie-

(4) La síntesis de la normativa reglamentaria es: concesión a perpetuidad si el aprovechamiento implica desecación y saneamiento. En otro caso se otorgarán sin plazo limitado equiparadas a las de establecimientos que ocupen terrenos de dominio público; es decir, supeditadas en todo caso a la no necesidad por parte del Estado de ocupar esos terrenos para obras de utilidad pública (arts. 42 y 47 de la Ley).

dad ordinaria del concesionario una vez realizadas las obras de saneamiento (Dictámenes de 14 de diciembre de 1949 y 3 de julio de 1953) y parten principalmente de la Legislación de Aguas y de Puertos (5).

La doctrina también se muestra conforme con esta tendencia, aun después de la Ley de Patrimonio del Estado. Unos mantienen que la contradicción es más aparente que real, puesto que debe prevalecer la ley especial (legislación de Aguas, Puertos y Costas) (6) sobre la Ley general, aún posterior (Ley de Patrimonio del Estado). Otras veces se acude a encuadrar las concesiones de marismas en el grupo de Obras públicas y no en las puramente demaniales (7), para excluir la aplicación de aquella Ley (8).

III. *La rectificación de errores y el recurso gubernativo.*—Pero antes que la cuestión referente a la legislación sobre concesiones de marismas como determinante del contenido que el asiento de inmatriculación de la finca 6.931 objeto del recurso debió tener, estaba el tema de la rectificación de errores como básico para averiguar dónde estaba y en qué consistía el error que pretendía rectificar el acta notarial autorizada por el Notario señor Vázquez Presedo, presentada en el Registro de Santoña. No debe engañarnos el que la expresión rectificación de error no aparezca ni en los considerandos ni en el acta, tal como se resume en el segundo resultando, conforme al cual resulta solicitada la «transformación» (?) de las inscripciones que limitan el derecho de pleno dominio para adecuar la realidad jurídica a la registral (!), anulándose y cancelándose toda referencia a las condiciones que afectaban a la condición de marisma.

Sin duda, el cuidado en no hablar de rectificación de error estaba motivado precisamente para evitar que entrase en juego una reiterada jurisprudencia de la Dirección, enemiga de consumir rectificaciones de errores a través de un recurso gubernativo. El mismo Registrador en su nota y en su informe allana el camino para que el Centro Directivo entre directa y exclusivamente en la cuestión de fondo y resuelva si los titulares actuales tienen en la finca un derecho de dominio ordinario y normal, o una concesión a perpetuidad, pero sometida también a perpetuidad a la limitación de ser una concesión; partiendo para resolver, de la legislación aplicable al inmatricularse la finca y de la posterior, de los documentos inscritos y de los asientos practicados, evitando rozar el tema de la rectificación de errores por excluir de antemano que el Registro manifestase algo distinto de lo que debía manifestar teniendo en cuenta todo aquello.

Para demostrar que el criterio general y constante de la Dirección General es estimar que el recurso gubernativo no es medio idóneo para decidir sobre la negativa del Registrador a una solicitud de rectificación de error en un asiento, por no ser legalmente competente para la cuestión,

(5) El Consejo de Estado entiende que hay un caso de desafectación de los bienes demaniales de la utilidad pública, con lo que se convierten en bienes de propiedad privada en estos supuestos de saneamiento de la Ley de Aguas (art. 65).

Los considerandos no hacen referencia alguna a la Resolución de la Dirección General de lo Contencioso, a la que se refieren el recurrente y el Registrador. Es claro que no podía tenerla en cuenta sin apartarse de la doctrina reiterada que recogió el artículo 117 del Reglamento Hipotecario y recordó últimamente, entre otras, la Resolución de 15 de julio de 1971. Verla comentada en esta Revista, número 487, noviembre-diciembre, pág. 1493. En la nota 3 del comentario se citan abundantes Resoluciones sobre el particular.

(6) Téngase en cuenta además que la Ley de Costas es posterior a la de Patrimonio del Estado.

(7) LUIS MORELL OCAÑA: «La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto de 1972, pág. 137.

(8) Aún cabe emplear otro argumento más atrevido: estimar que el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado, por su imperfección técnica, debe ser interpretado restrictivamente. En efecto, su redacción parece indicar una precipitada y poco meditada sustitución de la palabra «mayor» de la antigua Ley de Obras Públicas por la palabra «menor», pues es claro que si leyes especiales señalasen plazo menor (de los noventa y nueve años), el plazo de la concesión no excedería de los noventa y nueve años, luego resulta incomprensible el giro «a no ser que», giro que sólo podía emplearse con corrección para decir lo contrario (. plazo de duración que no podrá exceder de noventa y nueve años a no ser que leyes especiales señalasen otro mayor).

ni tener facultades para suplir el consentimiento de los interesados y del mismo Registrador, podemos citar por todas la Resolución de 11 de noviembre de 1970 y su reseña y comentario en esta Revista (9).

El caso de la reseñada resolución era muy similar, aunque lo solicitado al Registrador era precisamente lo contrario que en el de ahora. Se pedía restablecer unas condiciones resolutorias que se estiman por error eliminadas con ocasión de inscribir una sentencia a favor de una Congregación religiosa, al amparo de la Ley de 11 de julio de 1941. Los considerandos de la Resolución, que desestimó el recurso interpuesto contra la denegación de la solicitud, por ser la cuestión planteada ajena a la competencia de la Dirección, afirman entre otras cosas:

— Que si el peticionario entiende que el asiento aparece erróneamente extendido deberá acudir a los procedimientos de rectificación de errores (título VII de Ley y Reglamento) o al contenido en el artículo 40 *d*) de la Ley, que exige el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial y no es medio idóneo el recurso gubernativo.

— Que los errores tanto materiales como de concepto—salvo los casos en que pueden ser rectificables unilateralmente por el Registrador (artículos 213 y 217 de la Ley)—precisan el consentimiento de todos los interesados y del propio Registrador o, en su defecto, la providencia judicial que lo ordene, sin que el Centro Directivo tenga facultades para suplir aquellas voluntades.

En mi comentario a la reseñada resolución, después de ciertas consideraciones generales en torno al tema de la rectificación de errores, recogí abundantes resoluciones antiguas y menos antiguas, todas reacias a considerar a la Dirección competente para entender de la rectificación de asientos ya practicados, aunque sea por vía de recurso contra denegación de solicitudes de rectificación de errores de los asientos sean o no acompañadas de los documentos inscritos o de otros nuevos. No obstante, allí mantuve que esta jurisprudencia no puede ser entendida en términos absolutos y defendí una solución ecléctica para que en determinados casos el tema de los errores registrales sea clara competencia de la Dirección y posible objeto de recurso gubernativo, admitiendo un resquicio por el cual el recurso gubernativo se proyecte en la rectificación de errores: la negativa del Registrador a una rectificación del registro fundada precisamente en la duda sobre la existencia o naturaleza del error o en torno a la mecánica rectificatoria del error reconocido.

Entendimos también que el artículo 273 que impide dudar y consultar cuando se califica no se extiende al supuesto en que la vacilación no surge en una calificación propia y actual, sino en torno a la interpretación de una calificación anterior, hecha acaso por otro Registrador, pudiendo defenderse que se está ante un caso distinto, en el que el criterio de la Dirección puede revocar el del Registrador sobre la existencia o no de error, sobre la naturaleza y origen de éste y sobre la forma y manera de conseguir la desaparición de la inexactitud registral. Terminábamos considerando conveniente restringir la doctrina inhibicionista absoluta en materia de rectificación de errores, pues pueden existir casos en que el Centro Directivo deba decidir ciertos tipos de desacuerdo entre interesados y Registrador sobre la calificación del error o sobre el procedimiento legal para su rectificación, especialmente cuando la discusión verse sobre la interpretación de alguna norma legal o reglamentaria referente a la misma rectificación de errores.

(9) Ver núm. 484, mayo-junio de 1971, pág. 667. También la Resolución de 28 de mayo de 1971 dijo que los asientos aun erróneamente extendidos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen sus efectos en tanto no se declare su inexactitud mediante los procedimientos establecidos para la rectificación de errores. Verla con mi comentario en esta Revista, núm. 486, septiembre-octubre de 1971, pág. 1229.

IV. *Los errores en el arrastre de cargas.*—Por aquí es preciso encontrar la explicación de que la Resolución haya podido revocar una decisión del Registrador que propiamente implica una rectificación de error, aunque esto se haya disimulado un tanto en el recurso por ambas partes contendientes y por el Centro Directivo. Y la explicación nos conduce a dejar antes la naturaleza de una parte especial de los asientos de inscripción generalmente despreciada por los tratadistas: el apartado de mención de arrastre de cargas (10).

La Dirección ha considerado indudable que el error registral estaba única y exclusivamente en los apartados de arrastre de cargas de los asientos a partir de una determinada fecha, pues los primeros arrastres de cargas eran concordes con la inscripción primera que no contenía limitación ninguna al dominio de la finca que inmatriculaba. Ha podido considerar esto porque efectivamente el Registrador no es totalmente claro sobre si está defendiendo en el informe y en la nota su interpretación de la inscripción primera o la posible interpretación de ella hecha por el Registrador que por primera vez altera el contenido del arrastre de cargas. Lo cierto es que la Dirección no ve otro error que el resultante del arrastre de cargas, que por primera vez añade la frase «salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma, a perpetuidad, según la inscripción 1.ª de la finca 6,931», y dando por supuesto que un mero arrastre de cargas erróneo no vicia de error al asiento en que se hace, centra toda la resolución exclusivamente en la determinación del verdadero sentido que debía concederse a la inscripción 1.ª y al convencimiento de que ésta era de dominio pleno ordinario, derivado de una concesión de marisma, pero no inscripción de concesión.

Es criticable que se olvidase justificar esta carencia de valor jurídico propio y sustancial del apartado de arrastre de cargas de los asientos de inscripción y de anotación preventiva. Porque como la regla 7.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, al menos a primera vista, parece ser un desarrollo del artículo 9.º de la Ley, circunstancia 2.ª, hay que estimar, en principio, que el arrastre de cargas es una circunstancia más del asiento, tan importante como cualquier otra y cuyos errores han de estar sometidos a las reglas generales de los títulos séptimos de la Ley y el Reglamento.

Pero creemos que deben separarse la «extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiera del derecho que se inscriba» a que se refiere la Ley Hipotecaria, de las cargas y limitaciones cuya expresión o mención regula la regla 7.ª del artículo 51 del Reglamento. La Ley se está refiriendo a las limitaciones y condiciones del acto o derecho que se está inscribiendo, del que es objeto de la inscripción. El Reglamento aunque comienza partiendo de todas las cargas y limitaciones de la finca o derecho, tanto las ya existentes en el Registro como las que han de entrar en él con el asiento que se practica, toda la regulación que contiene vale únicamente para las primeras, o sea para lo que se conoce con la expresión de «arrastre de cargas». Prueba de ello es el párrafo de los aplazamientos de precio, que ha de reducirse a los aplazamientos de asientos anteriores, pero no a los de la venta que se inscribe (art. 10 de la Ley).

Por ello creemos que aunque los tratadistas no suelen destacar el distinto nivel en que se encuentra el apartado de arrastre de cargas respecto de las demás partes de los asientos principales, creo que aquél carece de

(10) Este desprecio se aumentará en lo sucesivo al haber desaparecido de los Programas de Notarías y Registros una pregunta que durante cierto tiempo hubo en alguno: menciones en los títulos y menciones en los asientos. Esta daba ocasión para contrastar el contrario criterio de los Reglamentos Notarial e Hipotecario respecto a menciones de cargas y limitaciones del derecho: aquél generoso (artículo 175) y éste restrictivo (art. 51, 7.ª), tan restrictivo que cuando se intentó resolver la contradicción entre el apartado primero (punto 2.º) y el apartado 2.º de dicha regla 7.ª acaso se llegase a la conclusión de la conveniencia de suprimir el apartado de cargas en los asientos.

sustancia registral, carece por sí mismo de valor jurídico, su naturaleza se aproxima a las notas marginales de oficina y su rectificación debe estar sometida en todo caso a la regla del artículo 213 de la Ley, apartado segundo, como indicaciones de referencias que son.

No suelen destacar los autores la especial e imprecisa naturaleza de la parte de las inscripciones dedicada al llamado arrastre de cargas. Por ello tampoco suelen insistir en el tratamiento de los posibles errores o inexactitudes en este apartado de los asientos, no obstante la trascendencia que indudablemente pueden tener si la inexactitud o error ocasiona posteriormente un error, omisión o inexactitud en certificación de inscripción o de libertad, o en asientos o calificaciones posteriores (art. 296, 2.º y 5.º y concordantes de la Ley).

En materia de referencias de cargas, la legislación hipotecaria ha sufrido una interesante evolución, en parte motivada por el deseo de simplificación de los asientos y en parte por la tendencia a eliminar las menciones de derechos no registrados. Esta evolución se observa comparando las circunstancias 2.ª y 3.ª del artículo 9 de la Ley de 1861 y su desarrollo reglamentario (reglas 7.ª y 8.ª del artículo 25 del Reglamento del mismo año) con las mismas circunstancias del artículo 9 actual y su desarrollo reglamentario (reglas 6.ª y 7.ª del artículo 51 del Reglamento vigente). El análisis de esta evolución y comparación no puede hacerse aquí, pero sí queremos dejar constancia de cómo la actual regla 7.ª del artículo 51 del Reglamento ha mantenido el párrafo dedicado al supuesto de desconformidad entre Registro y título respecto a alguna carga del Reglamento de 1861 (11), lo que obliga a practicar menciones de cancelación, tan perturbadoras de la nitidez registral, y consiguiente actuación de principio de fe pública registral, como las menciones de derechos. Por ello son muchos los que creen que si ha de rematarse completamente la evolución del arrastre de cargas en completo paralelismo con la supresión de las menciones lo mejor es suprimir totalmente tal apartado de los asientos.

Acaso el más decidido partidario de la supresión del apartado de arrastre de cargas sea Ignacio Martínez de Bedoya. En más de una reunión de la conocida como Comisión Cabello pidió tal supresión por considerarle innecesario, perturbador y peligroso para la publicidad formal. Su criterio no prosperó por estimarse que el problema requería estudio más detenido y excedía del concreto cometido de la Comisión, pero la Resolución comentada es prueba de que hay una cuestión pendiente de resolver en esto del arrastre de cargas (12).

Cualquiera que sea el futuro del arrastre de cargas en sucesivas racionalizaciones de la mecánica de los asientos lo cierto es que ya hoy puede decirse que este apartado de la inscripción tiene el valor de una mera referencia destinada a facilitar la busca de las cargas y limitaciones de las fincas y de los derechos inscritos, su rectificación debe correr por los cómodos cauces del artículo 213, 2.º, de la Ley Hipotecaria y por esto puede explicarse que el Centro Directivo no encontrase obstáculo para revocar la nota del Registrador a pesar de la reiterada jurisprudencia sobre rectificación de errores que los elimina de la competencia de la Dirección.

(11) El artículo 25 del Reglamento de 1861 distinguía entre las cargas inscritas que habían de indicarse brevemente (naturaleza, número de asiento, folio y libro) y las resultantes solamente (no inscritas) del título presentado que se referirían literalmente, advirtiendo que carecían de inscripción. Y añadía «si aparecieren dichas cargas del título y del Registro, pero con alguna diferencia entre ambos, se notarán (*sic*) las que sean».

(12) MARTÍNEZ DE BEDOYA expuso las autorizadas opiniones de GALINDO Y ESCOSURA (*Comentario*, 3.ª ed., 1896, págs. 83 a 87) y ANGEL SANZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, págs. 498 a 500) apoyando su opinión en razones históricas, en la supresión de las menciones, en la reforma del artículo 9 de la Ley, que hemos indicado en el texto, y en la necesidad de simplificar los asientos. De todas maneras la Comisión CABELLO acordó que la mención de cargas fuese muy escueta en todo caso y propugnó la necesidad de un precepto que viniese a determinar claramente lo que debe entenderse por cargas, gravámenes, limitaciones, afecciones, condiciones, regímenes de propiedades especiales y figuras y situaciones análogas a efectos de certificaciones y arrastres.

Es cierto que en ninguno de los considerandos se dice expresamente nada de esto, pero sí implícitamente en el último cuando se afirma que no hay alteración de lo inscrito porque la calificación hecha en su día por el Registrador que inmatriculó la finca—que los considerandos anteriores han comprobado correcta—condujo a un contenido registral de dominio ordinario conforme el recurrente pretende y no de concesión administrativa. En esta primera parte del último considerando no sólo se concede prevalencia a la calificación del Registrador que inmatriculó, sobre la hecha por el que introdujo las limitaciones en el arrastre de cargas, sino que puede decirse que prescinde totalmente de la calificación de éste y de la alteración que introdujo, probablemente por entender el Centro Directivo que el arrastre de cargas no puede introducir tal alteración y que esto no hace falta ni decirlo expresamente.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL: CLAUSULA DE LOS ESTATUTOS INSCRITA PREVIENDO LA AGRUPACION DE LAS PLANTAS BAJAS DE TRES EDIFICIOS COLINDANTES MEDIANTE LA CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE DE PASO Y DIAFANIDAD DE TODA LA NAVE. GALERIA DE ALIMENTACION CON PUESTOS INTERIORES: OBRAS QUE PUEDE REALIZAR EL PROPIETARIO. PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. SOCIEDAD DE GANANCIALES: EL MARIDO ES EL TITULAR DEL PODER DE DISPOSICION, NO EXISTIENDO DEFECTO DE LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO POR NO HABER SIDO DEMANDADA LA ESPOSA (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Los Presidentes de las tres Comunidades de Propietarios de los edificios números 75, 77 y 79 de la calle Alonso Cano de Madrid interponen demanda contra los constructores de los edificios, contra el titular de las plantas bajas y de dos tiendas, contra el titular de la Galería de Alimentación existente en dichas plantas, señor Mayo Alonso, así como contra los ocupantes de los puestos de la Galería, fundando la demanda en que a los tres locales comerciales se habían unido las dos tiendas, cosa que no estaba prevista en los Estatutos de las Propiedades Horizontales, que sólo se referían a la agrupación de los locales, habiéndose realizado obras y transformaciones sin conocimiento ni consentimiento de las tres Comunidades de Propietarios, de donde resultaba su ilegalidad, supliendo se dicte sentencia condenando a los demandados a restituir los tres locales y dos tiendas al ser y estado que tenían cuando se edificaron las fincas, a que reconstruyan los muros de separación entre ellos, desapareciendo el acceso directo a los locales comerciales y a que realicen la demolición de las obras realizadas, para que la situación real de las cinco fincas coincida con su descripción en las escrituras de constitución

de los tres edificios en régimen de Propiedad Horizontal y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La parte demandada se opone alegando que en el Registro consta inscrita la cláusula que prevé el destino de los locales para agruparse, constituyéndose a tal fin servidumbre de paso a lo largo de toda la medianería. Además, el señor Mayo alega la falta de legitimación pasiva procesal, pues adquirió los locales por compra y, al ser bienes gananciales, debió ser demandada también su esposa.

El Juez de Primera Instancia número treinta de los de Madrid dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando que se deben independizar las dos tiendas sin mantener comunicación alguna con los locales comerciales, construyendo para ello los muros o tabiques medianeros que se precisen, que se deben ajustar las obras exteriores a las exigencias de la armonía que los edificios requieren, derribándose aquellas que la alteran y que se debe limitar la utilización de los servicios comunes a la usual y racional que a los locales corresponda, mediante la aplicación de las normas legales que la Ley de Propiedad Horizontal establece en sus artículos 8.º y 5.º, y caso de ser restrictiva la solución, se procederá ejecutoriamente a su limitación.

Apelada la anterior sentencia por ambas partes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso de la parte demandada y estimando parcialmente el de los demandantes. En ella se condena al demandado, no sólo a reconstruir los muros delimitadores de las dos tiendas, sino también los divisorios de las casas números 77 y 79 de la calle Alonso Cano y a que proceda a demoler todas las obras ejecutadas con la finalidad de dividir materialmente y formar otros locales más reducidos en los tres locales de negocio sitos en las tres casas ya repetidas, los que dejará con la misma estructura y configuración tal como se describe en las escrituras de división de la Propiedad Horizontal y en la de compraventa.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley, fundándose en los siguientes motivos:

Primero.—Error de derecho en la apreciación de la prueba, acreditado por la certificación del Registro de la Propiedad, que hace constar con fe plena que los locales comerciales son bienes gananciales.

Segundo.—Infracción por violación del artículo 1.407 del Código civil, estando corroborada, además, en este caso por la presunción de ganancialidad por el Registro de la Propiedad.

Tercero.—Error de derecho en la apreciación de la prueba, acreditado por las escrituras de división en Propiedad Horizontal y certificación registral, que constituyen prueba de valor privilegiado conforme a los artículos 1.218 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria, de las que resulta que se estableció una servidumbre de paso a través de toda la longitud de las medianerías de los edificios, previéndose la diafanidad de toda la nave.

Cuarto.—Aplicación indebida de los artículos 7, 8, 11, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, pues no se ha tenido en cuenta que el titular de los locales tenía la facultad dispositiva consistente en convertirlos en nave diáfana, prevista en la división horizontal, todo ello de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad.

Quinto.—Infracción por violación del artículo 3, párrafo a), de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la infracción por violación del artículo 348 del Código civil, pues el dueño de la nave comercial podía dividirla con arreglo a los usos racionales de un buen propietario, sin necesidad de solicitar ningún permiso previo de la Junta, toda vez que la construcción de los puestos componentes de la Galería de Alimentación no supone, en modo alguno, una alteración material de los locales para

formar otros más reducidos e independientes, ni tampoco una modificación de sus elementos arquitectónicos.

Sexto.—Infracción por violación del artículo 1.255 del Código civil e infracción por violación de las Sentencias de 16 de mayo de 1967 y 14 de marzo de 1968, en relación con la infracción por violación del párrafo tercero del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, porque el principio de la autonomía de la voluntad permite el pacto de agrupación de locales de edificios colindantes y la constitución de servidumbre de paso, que no es contrario a la legislación especial, sino que está previsto en la misma en su artículo 15, número 3.º.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara haber lugar al recurso, pero sólo por estimación de los motivos tercero y quinto:

«Considerando que, desde distintos ángulos, los motivos primero y segundo del recurso se dirigen a plantear el problema del litisconsorcio pasivo necesario de los dos cónyuges, que propugna el recurrente, cuando los bienes afectados por la demanda pertenecen a la sociedad legal de gananciales; problema resuelto ampliamente por la doctrina científica y la jurisprudencia (véanse las SS. de 17 de abril de 1967 y de 3 de junio de 1966), contestes en estimar que la comunidad de bienes de este tipo en nuestro Derecho es una mancomunidad entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división y en la que el marido ejerce normalmente el poder de disposición por tratarse de un patrimonio especial vinculado al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales, aunque con desigualdad de derechos el marido y la mujer; vinculación que impide su disolución así como los actos dispositivos de la propia parte y su gobierno administrativo por el sistema de la mayoría, porque todo ello es incompatible con los principios rectores de la institución familiar basada en la idea de organización jerárquica y presidida por un fin trascendente a los particulares de los medios que la integran; razones por las cuales hay que desestimar los dos indicados motivos del recurso.»

«Considerando que el motivo tercero denuncia, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el error de derecho en la apreciación de la prueba con violación del artículo 1.218 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria, motivo al que hay que dar lugar porque en efecto se ha padecido el denunciado error en la sentencia recurrida, puesto que de los documentos públicos y fehacientes referenciados por el recurrente aparece, como destacaba la sentencia de primer grado en su considerando sexto, que desde la escritura inicial de declaración de obra y división material de la misma con asignación de cuotas de participación de cada finca independiente en los elementos comunes, se estableció, con respecto a la planta baja comercial, que los locales comerciales de las fincas uno y dos se destinan para agruparlos a los de las mismas casas colindantes y para ello constituyen servidumbre de paso con toda la extensión de las medianerías con dichas casas y facultad a los propietarios de aquellos locales para convertirlos en una nave diáfana para su mejor aprovechamiento; debiendo hacerse constar que la referida escritura de división material de la que derivan las restantes operaciones de demandantes y demandados fue inscrita en el Registro, según reconocen las entidades actoras en la súplica de su demanda, en la que se solicita que así se declare, y tuvo lugar el 17 de diciembre de 1964, es decir, el mismo año en que se adquirió el solar, que fue el 24 de enero.»

«Considerando que la aceptación del motivo anterior lleva como consecuencia la del motivo quinto que denuncia la violación del artículo ter-

cero, párrafo a), de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la del artículo 348 del Código civil porque, en efecto, se limita por la sentencia recurrida el alcance de los preceptos citados según los cuales el derecho de dominio no tiene más limitaciones que las establecidas en las leyes y tanto el artículo 394 del Código civil como el artículo 3.º de la Ley de 21 de julio de 1960 reguladora de la llamada propiedad horizontal, proclaman en su apartado a) el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado, y en su virtud el propietario de esta porción, individualizada como finca independiente, puede habilitarla para su mejor aprovechamiento que en este caso está expresamente reconocido y que ha de ser él, lógicamente, quien haya de decidirlo, como lo ha hecho, montando una galería de alimentación que se desarrolla unitariamente en varios departamentos, aunque sean fijos o de otra siempre que no se disponga de ellos convirtiéndolos en fincas jurídicamente comunes que determinan sus límites y respetando, como dice el apartado b) del citado artículo tercero, la copropiedad con los demás dueños de pisos o locales de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, que no puede alterar sin permiso de dichos copropietarios, debiendo rectificar en su caso cualquier extralimitación en ellos; por todo lo cual es procedente dar lugar al recurso de casación.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO.—Varias cuestiones destacan en esta sentencia:

1.º) *El problema del «litisconsorcio pasivo» respecto a fincas gananciales, cuando se demanda sólo al marido y no a la esposa.*—El recurrente entiende que existía defecto de litisconsorcio pasivo necesario porque no había sido demandada su esposa a pesar de que el suplico de la demanda implicaba la realización de actos dispositivos sobre bienes gananciales.

La sentencia, siguiendo la corriente de otras anteriores, como son las de 13 de marzo y 21 de abril de 1964 y las que cita la propia sentencia de 17 de abril de 1967 y 3 de junio de 1966, entiende, en cambio, que no hace falta demandar a la esposa. Se funda en que la sociedad de gananciales es en nuestro Derecho una mancomunidad entre marido y mujer en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división y en la que el marido es el que normalmente ejerce el poder de disposición, por tratarse de un patrimonio especial vinculado al levantamiento de las cargas comunes.

Declaraciones éstas que nada dicen respecto al problema de litisconsorcio pasivo planteado, pues lo que cuenta es la titularidad de ambos cónyuges sobre los bienes gananciales y la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos dispositivos del marido. La sentencia no hace ya referencia a la equiparación del consentimiento «uxoris» a la antigua licencia marital, que era el argumento de las anteriores sentencias, pero en el fondo parte de una desvalorización jurídica del citado consentimiento, pues concentra el poder de disposición de modo exclusivo en el marido. A propósito de esto, viene a cuento el comentario de AMORÓS GUARDIOLA a la resolución de la Dirección General de 28 de marzo de 1969, en relación con una anotación de demanda sobre finca ganancial dirigida exclusivamente contra el marido, en que tiene ocasión de criticar acerta-

damente las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 1964 (1). Crítica que puede hacerse extensiva a la presente sentencia.

En mi opinión, el problema tendría que plantearse y resolverse así:

a) Si se trata de una demanda solicitando se condene a la realización de actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales, hay que demandar también a la esposa cotitular de los bienes, y aunque se entendiera que el aspecto sustantivo es distinto del procesal, y que en éste no puede apreciarse defecto de litisconsorcio por haberse demandado exclusivamente al marido, entonces no habría más remedio que dejar a salvo los aspectos sustantivos, con la consecuencia de todo quedaría en la esfera obligacional del marido y el acto no tendría acceso al Registro sin mediar el consentimiento de la mujer. Solución ésta que de puro chocante obliga a apreciar ese defecto de litisconsorcio.

b) Si la demanda tiene, en cambio, por objeto la realización de actos de administración sobre un patrimonio ganancial o de actos dispositivos sobre muebles, entonces basta demandar exclusivamente al marido, que es el que ostenta las facultades de administración conforme al vigente artículo 1412 del Código civil.

Por tanto, la presente sentencia merece crítica desfavorable al no haber tenido en cuenta la distinción apuntada.

2. *El principio de legitimación registral.*—Aunque la sentencia no cita de modo nominal el principio de legitimación, su doctrina parte de dicho principio, pues se apoya en que la cláusula estatutaria de la propiedad horizontal «fue inscrita en el Registro» y la misma parte actora solicitó en la demanda que así se declarase. Esta es una de las consecuencias del principio de legitimación registral: mantener la eficacia de lo que consta en los asientos mientras no se solicite y obtenga su nulidad. Para confirmar que la doctrina de la sentencia tiene relación con la legitimación registral, hay que tener en cuenta que se estima el motivo del recurso en que se había denunciado violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, la sentencia de la Audiencia no había tenido en cuenta lo que resultaba de los asientos registrales. Ahora bien, ¿qué es lo que resultaba de tales asientos? Ello conviene estudiarlo con más detenimiento en el apartado siguiente.

3. *Cláusula estatutaria de propiedad horizontal referente a la posibilidad de agrupación de locales de distintos edificios colindantes, constituyéndose servidumbre de paso en toda la extensión de las medianerías y facultando para la conversión del conjunto en una nave diáfana.*—En el Registro constaba inscrita una cláusula de estos términos incluida en los Estatutos de la Propiedad Horizontal de tres edificios, cuya constitución en tal régimen se efectuó simultáneamente. Como no se discutió en el pleito la validez de tal cláusula, el Tribunal Supremo parte en esta sentencia de la existencia de la misma y de su inscripción en el Registro para deducir una serie de consecuencias que ahora señalaremos. Pero el intérprete tiene que preguntarse si realmente debió o no ser inscrita la cláusula, o mejor dicho, si debe o no considerarse inscribible, fuera ya del supuesto concreto planteado, una cláusula en que, como la cuestionada, se mezclan diversos conceptos heterogéneos. Y se debe preguntar también si la presente sentencia contiene doctrina acerca de la totalidad del contenido de la cláusula.

Contestando primero a esto último, nosotros creemos que mal puede servir esta sentencia para apoyar la inscripción en el Registro de la agrupación de locales de edificios colindantes. La sentencia no tiene ocasión de ocuparse del supuesto de agrupación, pues la que se daba en el caso

(1) Véase en R. C. D. I, núm. 475, págs. 1669 y ss.

no era una agrupación en sentido jurídico de formación de una sola finca jurídicamente independiente, sino una mera agrupación fáctica o diafanidad de plantas bajas, que nada tiene que ver con la agrupación en sentido técnico. Por tanto, la sentencia no se ocupa del problema de la agrupación de locales de distintos edificios colindantes. Por otro lado, hemos visto que la sentencia parte del supuesto de que la cláusula pactada se había inscrito en el Registro, sin que los demandantes hubieran opuesto nada a la misma, pero no se plantea el problema de si la cláusula debió o no ser inscrita y en qué términos. En fin, lo que el Tribunal Supremo deduce de la repetida cláusula es que existiendo y estando inscrita la misma no puede ser condenado el titular de los locales de planta baja a cerrar los muros de separación. Y también deduce de la misma que habiendo realizado el titular obras en toda la nave diáfana consistentes en la formación de distintos puestos de alimentación, no puede ser condenado a volver las cosas a su estado primitivo, salvo las obras que puedan afectar a elementos comunes. A propósito de esta última deducción, el Tribunal Supremo distingue entre la formación meramente material de varios puestos de alimentación dentro de la planta baja total, cosa permitida a su titular, y la formación de varias fincas jurídicamente independientes mediante la división del conjunto formado por toda la galería de alimentación, cosa no permitida, pero que no es el supuesto planteado.

Pero todas estas consideraciones nada tienen que ver con el problema de si es o no posible la agrupación registral y jurídica de locales pertenecientes a distintos edificios, por lo que mal podrá ser alegada y traída a colación esta sentencia en defensa de tal posibilidad.

Precisamente, ahora contestamos a la otra pregunta que nos hacíamos acerca de si debe o no tener acceso al Registro una cláusula en que se prevea la posibilidad de tal agrupación. Nosotros entendemos que no, de acuerdo con la opinión generalizada. Basta destacar lo que dice acertadamente VENTURA TRAVESET: «Es frecuente que al hablar de la posibilidad de agrupación se indique: con otros locales estén o no en el mismo inmueble. El artículo 8.º es terminante en este punto, la agrupación sólo puede tener lugar con otras entidades *del mismo edificio*. La agrupación con locales colindantes sólo podrá realizarse de hecho y resolverse a base de constitución de servidumbres lo más amplias y completas que se desee. Registralmente no cabe tal agrupación de dos entidades en régimen de propiedad horizontal y sitas en diferentes edificios» (2). Tiene razón este autor, dada la claridad del artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Pero, aunque el artículo 8.º no dijera nada, el principio de especialidad impediría en cualquier caso tal agrupación, por dar lugar a un complejo heterogéneo que no se aviene con las características de la cuota y con la independencia de cada edificio en propiedad horizontal. Tal agrupación llevaría consigo una fusión de cuotas de participación que hacen referencia a distintos inmuebles, por lo que más que fusión sería una verdadera confusión y mezcla de conceptos heterogéneos. Además, si no se hiciera la correspondiente segregación o separación de uno de los locales del edificio respectivo para insertarlo en el otro edificio, la cuota resultante excedería del ciento por ciento. Y puestos a imaginar esta solución, sólo estaría permitido formar ese engendro arquitectónico en los casos de edificios empotrados o a caballo, a base de la constitución de una medianería horizontal, supuesto excepcional que no cabe imaginar en principio y del que ya nos ocupamos detenidamente en otra ocasión (3).

Por tanto, no cabe agrupar locales de distintos edificios, salvo el supuesto excepcional de la medianería horizontal. Ahora bien, para con-

(2) VENTURA TRAVESET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 1976, 3.ª ed., pág. 241, nota 1.

(3) En el comentario a la Sentencia de 28 de abril de 1972, en el núm. 498 de la R. C. D. I.. año 1973, págs. 1239 y ss.

seguir la finalidad de una diafinidad de todos los bajos de edificios colindantes, puede utilizarse otro mecanismo jurídico, que es, como nos acaba de decir VENTURA TRAVESSET, el de constitución de servidumbres. Precisamente la cláusula que estudiamos también prevé la servidumbre. Pero como lo hace mezclándola con la agrupación, no existe el rigor técnico deseable. Hay que evitar de hablar de agrupación, pues aunque se entendiera que es en sentido vulgar o de hecho, como en lenguaje jurídico tiene un sentido preciso y determinado de formación de una sola finca, tal expresión de agrupación induce a pensar que se pretende llegar a ese concepto técnico-jurídico. Y como hemos visto que tal agrupación no es posible, debe prescindirse de emplear esta palabra. En cambio, la constitución de servidumbre de paso es perfectamente posible.

La presente sentencia tampoco llega a profundizar ni a desarrollar esta idea de la servidumbre. Se limita simplemente, como hemos visto, a deducir una serie de consecuencias de la citada cláusula compleja o heterogénea. No obstante, puestos a elegir entre la agrupación y la constitución de servidumbre de paso para fundamentar las deducciones de la sentencia, nosotros nos quedamos con la referencia a la servidumbre, aunque la sentencia no diga nada explícitamente.

De todos modos, advertiremos que no nos parece el lugar adecuado para la constitución de una servidumbre los Estatutos de la Propiedad Horizontal, sino una cláusula independiente en la escritura con la intervención del titular o titulares de los respectivos edificios colindantes. Los Estatutos son normas de cada edificio y de todo lo que está dentro de sus límites, pues se refieren «al uso o destino del edificio» y de «sus diferentes pisos o locales» (4). Si la servidumbre se prevé en los Estatutos del edificio, habría que completarla con los Estatutos del otro edificio colindante, pues cada normativa sólo llega hasta el límite del edificio respectivo. Eso no sería propiamente constitución de servidumbre, sino regulación del uso de la zona o elemento común medianero en cada propiedad horizontal, lo que puede dar lugar de hecho a una regulación coincidente o no, según las posteriores vicisitudes de cada Estatuto, con la institución de la servidumbre. Aparte de ello, la constitución de servidumbre en una cláusula de la escritura distinta de la que recoge los Estatutos, permitirá que conste en el Registro con separación y con la debida claridad el gravamen de servidumbre, en lugar de quedar englobado y disimulado dentro de los Estatutos.

Pero de todo este desarrollo no se ocupa la presente sentencia, lo que hace que nos parezca bastante insípida la doctrina de la misma, por lo menos a efectos de una posible clarificación de los conceptos contenidos en la cláusula estatutaria en cuestión.

DOBLE INMATRICULACION EN QUE EL ESTADO (GERENCIA DE URBANISMO) ES DECLARADO TERCER HIPOTECARIO. SE DESESTIMA EL RECURSO DE CASACION DE LA OTRA PARTE POR DEFECTOS FORMALES, SIN ENTRAR EN EL FONDO (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—D. Marcos Ruiz de L. interpone demanda contra la Administración General del Estado y doña María Eguiluz P. y sus hijos, ante la venta realizada por éstos a la Gerencia de Urbanismo de una finca que afirma ser de su propiedad, suplicando se dicte sentencia acordando:

1.º) Que se ordene, de conformidad con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, al Registrador de la Propiedad de Miranda de Ebro que

(4) Confróntese la redacción del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, párrafo penúltimo.

extienda nota de doble inmatriculación en la finca inscrita a favor del actor y en la inscrita a favor de la Gerencia de Urbanización; 2.º) Que se declare que la finca es de la propiedad del actor, ordenándose la cancelación de la inscripción a favor de la Gerencia, así como la previa de la que trae causa, practicada a favor de los señores Eguiluz; 3.º) Que se declare nula de la venta o transmisión de dicha finca realizada entre los señores Eguiluz y la Gerencia de Urbanismo, condenando a los demandados a que devuelvan las 443.800 pesetas percibidas, debiéndose entender las diligencias de limitación del polígono con el actor.

Los señores Eguiluz se oponen alegando que la inscripción del actor se practicó a través de una escritura simulada de compra con desfiguración de algunos detalles descriptivos, lo cual sin duda permitió la inmatriculación como finca distinta a nombre del demandante como inscripción primera. Formula reconvencción para que se declare la nulidad de ese título y la cancelación de la inscripción del actor.

El Abogado del Estado se opone también a la demanda alegando que el expediente administrativo se tramitó con quienes eran los titulares registrales y que desconoce y no le consta la existencia de doble inmatriculación.

El Juez de Primera Instancia de Miranda de Ebro dictó sentencia estimando la demanda en lo fundamental.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó en parte la del Juzgado, absolviendo a los demandados de los pedimentos contra ellos formulados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, teniendo en cuenta el rigor de la técnica formal de este recurso extraordinario, destacando los «considerandos» 2.º y 5.º:

«Considerando que la aplicación de esa doctrina (incumplimiento de requisitos formales del recurso) al presente recurso provoca la desestimación de los motivos segundo, en que se cita la aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, octavo—indebida aplicación e interpretación errónea del artículo 36 de la propia ley—y décimo—violación y aplicación indebida del artículo 36 de dicha ley—, por acumular distintos fundamentos en un solo motivo, contravieniendo lo establecido en el párrafo segundo del citado artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que afecta a la claridad que se exige en su párrafo primero, así como la desestimación del motivo undécimo que alega un error de Derecho sin denunciar la norma probatoria en que se funda ni el concepto de la infracción y del motivo décimotercero que denuncia una incongruencia en que es inexcusable la cita del artículo 359 de la Ley procesal civil, de carácter sustantivo a efectos del recurso, ni el concepto de su infracción.»

«Considerando que firmes los hechos declarados probados y no combatida eficazmente la declaración de tercero hipotecario del Estado, los demás motivos, primero, cuarto, sexto, séptimo y noveno, son asimismo desestimables al incurrir cada uno de ellos en una petición de principio al fundarse en hechos y declaraciones contrarios o distintos a los de la sentencia recurrida, pretendiendo que prevalezca el criterio subjetivo del recurrente sobre el objetivo e imparcial del Juzgador, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

II. DERECHOS REALES

FINCA DE PROPIEDAD PARTICULAR ENCLAVADA EN MONTE PÚBLICO. USUCAPION POR POSESION INMEMORIAL DE LOS SUCESIVOS TITULARES DE LA MISMA. CONGRUENCIA DE SENTENCIA. APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA POR PARTE DEL TRIBUNAL «A QUO»: NO CABE DESARTICULARLA EN CASACION (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Doña Angela y doña María Luisa Pardo C. formulan demanda contra el Ayuntamiento de Neira de Jusa, la Excm. Diputación Provincial de Lugo e Icona, suplicando se dicte sentencia declarando que las parcelas de la finca «Cerrado de Picato», de 18 Has., 91 as., y 30 cas., son de la plena propiedad de las actoras y se hallan dentro del perímetro del monte público Picato o Sierra de Picato; que en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia, si se hubiere comprendido en él, se proceda a declarar la nulidad de la catalogación en cuanto a las parcelas mencionadas, así como nulas y sin valor las inscripciones realizadas por el Ayuntamiento de Neira de Jusa en el Registro de la Propiedad de Becerreá y, subsidiariamente, que las demandantes tienen derecho a continuar en régimen de consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado o declarar que las plantaciones efectuadas lo han sido de mala fe en terreno ajeno, perdiendo lo plantado por los demandados sin indemnización.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose y formula reconvencción de modo subsidiario para que los actores abonen los gastos consiguientes a la plantación realizada de buena fe.

El Juez de Primera Instancia número uno de Lugo dictó sentencia desestimando la demanda, por lo que tampoco había lugar a la reconvencción formulada para el caso de que se estimase la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca la sentencia del Juzgado y estima parcialmente la demanda en cuanto a una de las parcelas de la finca. Al mismo tiempo desestima las reconvencciones de los demandados.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonel Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de ICONA, destacando lo siguiente:

«Considerando que... el motivo séptimo del recurso denuncia vicio de incongruencia amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no puede prosperar porque no tiene su amparo en el número segundo, sino en el tercero, y aunque así no fuera, el resultado sería idéntico, porque la congruencia no exige que el Tribunal se ajuste estrictamente a las peticiones de las partes, sino a su esencia, como aquí ocurre.»

«Considerando que bastaría para desestimar los restantes motivos tener en cuenta que la sentencia recurrida se funda para reconocer la usucapión en la posesión inmemorial por los causantes de las actoras de las parcelas reivindicadas con la fecha inicial de 28 de mayo de 1887, cuya situación continuaba en el año 1884, según documento aportado también a los autos que sirvieron de base al convenio celebrado en 28 de mayo de 1919 entre partícipes del «Monte Picato», en el que se determinó la porción que correspondía al causante inmediato de las reivindicaciones, frente a cuyos títulos el Ayuntamiento de Jusa no justifica nada hasta el año 1950, hechos que no se impugnan eficazmente.»

«Considerando que, independientemente de ello, el motivo primero que denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba con infracción del artículo 1.218 del Código civil, no puede prevalecer porque, frente a la apreciación conjunta de la prueba, no es válido en casación desarticularla para dar a uno de sus elementos el catastro mandado formar por el marqués de la Ensenada en los años 1752 y 1753 una fuerza preponderante...»

CENSO ENFITEUTICO MALLORQUIN (ALODIO): EL CENSUALISTA PUEDE EJERCITAR LA ACCIÓN REAL REIVINDICATORIA FRENTE A LOS POSEEDORES O DETENTADORES DE LA FINCA, NO CONSTATANDO EXISTENCIA DEL DUENO UTIL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Don José Cabrera H. ejercita una acción reivindicativa contra unos detentadores o poseedores, basándola en primer lugar en que por documento privado de 11 de octubre de 1971 había comprado a un súbdito británico—que a su vez traía causa de otra británica que tenía inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad desde el año 1933 el dominio útil—la finca consistente en un terreno sito en Son Buit (Palma de Mallorca), y en segundo término, en que, por escritura pública de 21 de junio de 1972 adquirió el dominio directo de la indicada finca, habiendo tenido conocimiento poco después de que en ella se introdujeron unos detentadores—que son los demandados—que incluso habían llegado a litigar entre sí promoviendo un interdicto de recobrar la posesión. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el actor es dueño del solar descrito en la demanda y que se le restituya en la quieta y pacífica posesión del mismo, dejándose sin efecto la sentencia recaída en el juicio de interdicto de recobrar.

Los demandados se oponen alegando que el actor no ha probado ser titular del dominio útil y que la adquisición del dominio directo no le confería ningún derecho a la posesión y disfrute del solar litigioso.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de Palma de Mallorca dictó sentencia y estimó la demanda, salvo en lo referente a la pretensión de dejar sin efecto la sentencia del interdicto, estableciendo que se cumpla los tres requisitos de la acción reivindicatoria y que no podía prevalecer la impugnación del demandado acerca de la falta en el demandante del dominio útil, porque quien la hace no alega su condición de enfiteuta.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocó la sentencia del Juzgado, declarando que el dominio directo, único que se había probado por el actor, no facultaba a su titular para ejercitar la acción reivindicatoria.

El actor interpone recurso de casación por violación del artículo 1.623 en relación con el 1.605 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

«Considerando que... dos datos de singular importancia (en este caso) son, de un lado, la falta de constancia de quien o quienes sean, caso de existir, los titulares del dominio útil, y de otro, la intromisión en la finca de unos terceros, extraños por completo a la relación contractual de censo, que alegan una posesión de hecho, de la que dicen no pueden ser privados por quien lo pretende, siendo la consecuencia de todo ello la de

que el único tema de casación que se plantea es el de si aquél—actual recurrente—que, preciso es decirlo una vez más, solamente es titular del dominio directo, está o no en condiciones de ejercitar la acción reivindicatoria en la forma utilizada.»

«Considerando que el indicado problema se suscita en el recurso en su motivo primero, donde por la vía procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación por inaplicación del artículo 1.623 en relación con el 1.605 del Código civil, en cuanto que la sentencia recurrida ignoró que el titular del dominio directo—o sea el hoy recurrente—tenía acción real sobre la finca gravada con el censo o «alodio» cuyas consecuencias se discuten, para cuya valoración es forzoso recordar que el primero de los preceptos citados establece que «los censos producen *acción real* sobre la finca gravada», lo que sin duda alguna—según reconoció la doctrina tanto científica como jurisprudencial—se refiere a los dos titulares de la relación, entre los que se encuentra el concedente, censalista o titular del dominio directo, puesto que el propio artículo añade seguidamente que «*además de la acción real*, podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello», carácter de la acción concedida, en toda su variada gama de posibilidades, que está en perfecta consonancia con la definición que de la figura se contiene en el artículo 1.605 también de nuestro primer Código sustantivo, a cuyo tenor el censo es enfiteútico «cuando una persona *cede* a otra el dominio útil de una finca, *reservándose el directo* y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en *reconocimiento de este dominio*», índice bien elocuente de que, cualquiera que sea la postura que se adopte respecto de la naturaleza jurídica de la institución, el censalista o titular del dominio directo tiene una protección en su condición de concedente, incluso frente al censatario o enfiteuta que reconoce su dominio, en virtud de la relación contractual surgida, por encima de una simple titularidad de derecho real sobre cosa ajena, consideración que se agudiza en el típico Derecho mallorquín que sirve de precedente a la vigente Compilación de 1961, lo cual, por supuesto, no alcanza a la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria frente al mismo, pues implicaría la ruptura de la indicada relación, pero sin duda alguna cuando personas extrañas al contrato perturban la quieta y pacífica posesión llegando a discutir la propiedad del objeto censado, sin constancia ni presencia de aquel concesionario, enfiteuta o titular del dominio útil que era quien podía ejercitarla, ante cuya inactividad el dominio de aquél renace en su plenitud, sin que pueda ser permisible que los referidos perturbadores, ajenos al vínculo, puedan ni siquiera estar autorizados a discutir el alcance del ejercicio de la mentada acción por el censalista.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Comentario.—Esta sentencia, a través del examen del caso concreto de si el censalista o titular del dominio directo puede o no ejercitar la acción reivindicatoria frente a quienes no ostentan el dominio útil, confirma la doctrina de que la naturaleza jurídica del derecho del censalista no es de un simple derecho real en cosa ajena, sino que se trata de un verdadero titular de dominio.

Con ello se confirma a su vez que en la institución del censo existe un dominio dividido, tema éste muy discutido en la doctrina. Ciertamente la sentencia no quiere entrar en la naturaleza jurídica de dicha institución, pues dice: «cualquiera que sea la postura que se adopte respecto a la naturaleza jurídica». Pero dice esto porque no tiene ocasión de estudiar la titularidad correspondiente al dominio útil, que no se planteaba en el caso. Y como lo que actualmente suscita dificultades en la doctrina.

es la naturaleza del derecho del censalista y no la del censatorio o titular del dominio útil, a la que se asigna por todos carácter dominical, al considerar esta sentencia que el censalista ostenta la acción reivindicatoria y que su titularidad no es la de un simple derecho real sobre cosa ajena, apoya la doctrina de que el censo tiene la naturaleza de dominio dividido, a saber: el dominio útil, cuyo titular no intervenía en el presente caso, y el dominio directo del censalista, que es también verdadero dueño, según se desprende de la sentencia.

El Tribunal Supremo se apoya en dos artículos fundamentales del Código civil en materia de censos: el 1.623 y el 1.605. Y dice que tal consideración del derecho del censalista como dueño «se agudiza en el típico Derecho mallorquín, que sirve de precedente a la Compilación de 1961». En todo caso, contemplando sólo lo dispuesto en el Código civil ya resulta el carácter de dueño del censalista.

En cuanto al artículo 1.623, recordemos que dice lo siguiente: «Los censos producen acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello». La sentencia subraya las palabras *acción real*, que sin duda alguna se refiere a los dos titulares de la relación y no sólo al titular del dominio útil, y subraya también que al censalista se le concede *además de la acción real* otra personal, acción real que hay que interpretar en toda su variada rama de posibilidades, entre las que se encuentra la acción reivindicatoria.

Para llegar a esta última conclusión, enlaza esas expresiones del artículo 1.623 con la definición del censo enfiteútico prevista en el artículo 1.605, en que claramente se alude a «dominio directo» y al «reconocimiento de ese dominio».

Considero totalmente acertada la doctrina de esta sentencia, que va a suponer un freno para todas aquellas tendencias que sólo ven titularidad dominical en el enfiteuta y no en el censalista. Además, el argumento del artículo 1.623 es nuevo, pues nadie que sepamos había imaginado que la acción real del censalista podía ser distinta de la que se concede para el cobro de las pensiones. La sentencia entiende esa acción real en sentido amplio, en toda la gama de posibilidades, lo que significa que no sólo concede la acción real para reclamar al enfiteuta el pago de las pensiones, sino también la acción reivindicatoria frente a terceros detentadores de la finca.

Una lectura detenida del artículo 1.623 confirma esta interpretación. En dicho artículo hay dos párrafos. Algunos autores sólo ven la acción real del censalista para reclamar las pensiones atrasadas, pero esta interpretación sólo podría prevalecer si no existiera más que el párrafo segundo del precepto, en que se prevé la acción personal como paralela a la acción real. Pero se olvida entonces que en el párrafo primero se habla de «los censos», expresión amplia que comprende el derecho del enfiteuta y el del censalista, y se alude a la acción real sobre la finca gravada, de un modo genérico que no hay por qué limitar a la acción para reclamar las pensiones. De modo que tenemos un primer párrafo general que se refiere a censalista y a enfiteuta y que concede acción real en sentido amplio. Y después un segundo párrafo que se refiere específicamente a la *acción personal* para el pago de las pensiones atrasadas, que *podrá el censalista ejercitar, además de la acción real*. Y efectivamente, enlazando este precepto con el artículo 1.605 que define el derecho del censalista como *dominio directo*, nosotros leemos lo siguiente en el artículo 1.623: «*Además de la acción real para defender el censalista su dominio directo, que puede ser la reivindicatoria del mismo o la de reclamación de pensiones*, según los casos, podrá el cen-

sualista ejercitar la acción personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello».

Esta naturaleza del derecho del censalista y la consiguiente configuración del censo como dominio dividido se aviene además perfectamente con la legislación hipotecaria, como se desprende de la interpretación del artículo 377 del Reglamento Hipotecario.

En favor de dicha configuración puede verse en la doctrina la exposición de argumentos que señala acertadamente ALBADALEJO (Derecho Civil, III, volumen II, 1974, págs. 160 a 165), que, al exponer las razones alegables en pro de las distintas soluciones, advierte que «juzgándolas globalmente, es más acertado concluir que la enfiteusis es un caso de dominio dividido entre el enfiteuta y el censalista».

Y si del Código civil pasamos al *alodio del Derecho mallorquín*, al que se refiere la sentencia en los términos ya vistos, se confirma la naturaleza jurídica apuntada. En primer lugar, porque los artículos 1.605 y 1.623 del Código son aplicables en Mallorca, ya que el artículo 55 de la Compilación dice que «los censos, alodios y derechos de naturaleza análoga se regirán por el Código civil, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes». En segundo lugar, porque el artículo 63, que se ocupa de la redención del alodio, alude claramente al «dueño útil» y al «dueño directo». Y en tercer lugar, porque ese mismo precepto prevé el pago al dueño directo de «dos laudemios y dos tercios de laudemio del valor de la finca», lo que implica reconocer una participación en el valor del inmueble, en el que incluso se computan las mejoras introducidas o edificaciones realizadas en ella con posterioridad a la fecha del título constitutivo del alodio.

Por todo lo dicho, no participamos de la opinión de DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que en sus *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, pág. 261, 1974, si bien advierten que «la regulación positiva de la enfiteusis en el Código civil es fluctuante entre la concepción del dominio dividido y la puramente censal», entienden que «la enfiteusis debe concebirse como un censo que grava a una finca, cuyo dominio se ha transferido al enfiteuta a cambio del derecho a percibir un canon o pensión periódica».

PROPIEDAD DE AGUAS: AGUAS PUBLICAS PERTENECIENTES A AYUNTAMIENTO DESDE TIEMPO INMEMORIAL. DERECHOS ADQUIRIDOS. EL DERECHO A TALES AGUAS ES BIEN PATRIMONIAL NO EXCEPTUADO DE INSCRIPCION (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1976).

Hechos.—Don Valentín Aparicio J., titular de la finca «El Baldío» interpone demanda contra el Ayuntamiento de Pasarón de la Vera, suplicando se dictara sentencia declarando: que ninguna servidumbre de aguas ni de acueducto a favor de la Corporación municipal demandada grava la finca «El Baldío»; que al actor, como dueño del fundo, le asiste frente a la Corporación demandada, derecho a la posesión, uso y disfrute de cuantas aguas nacen y discurren en y por entre los límites de su referida propiedad; que es nula la sentencia interdictal dictada en el año 1953 en autos dictados contra el ahora actor por el señor alcalde de Pasarón de la Vera, y que por dicha sentencia interdictal no resultaron afectadas las aguas que ahora se discuten; declarando también que son nulas y carecen de eficacia jurídica tanto la inscripción posesoria, convertida luego en inscripción de dominio, hecha a favor del Ayuntamiento demandado en relación a aguas de la finca «El Baldío», como el acta de

notoriedad de fecha 19 de mayo de 1950 relativa al aprovechamiento de tales aguas, extendiendo al efecto mandamiento judicial bastante para la cancelación al señor Registrador de la Propiedad de Jarandilla y también al señor Notario de Jaraiz de la Vera para que extendiera diligencia a continuación o al margen del acta de notoriedad, haciendo constar haber sido declarada nula dicha acta.

El Ayuntamiento de Pasarón de la Vera contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y articulando excepciones.

El Juez de Primera Instancia de Plasencia dictó sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, declaró la nulidad y carencia de eficacia jurídica del acta de notoriedad protocolizada, ordenando se cursara el oportuno mandamiento judicial al señor Notario a fin de que extendiera la diligencia solicitada en la demanda; absolviendo al demandado de los demás impedimentos de la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, con adhesión del Ayuntamiento de Pasarón de la Vera, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres desestimó el recurso del actor y revocó en parte la sentencia del Juzgado, absolviendo a la expresada Corporación Municipal, adherida a la apelación, de los pedimentos contenidos en la demanda, declarando válida y eficaz el acta de notoriedad.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» 2.º y 3.º:

«Considerando que firme la declaración expresada (sobre utilización de aguas desde tiempo inmemorial) tampoco han sido impugnados por el cauce adecuado los demás elementos probatorios de la apreciación en su total conjunción de las pruebas aportadas a autos que sirvieron al Tribunal «a quo» para su calificación de aguas públicas a las debatidas, a saber: a) Que en su origen nacen en lo alto de una divisoria de sierra, proceden de lluvia o nieve y discurren desde otras fincas o nacen en el «Baldío», pero son contrariadas en su caminar, por el cauce que las cambia de dirección; b) Que por su naturaleza fueron de derecho público, ya que tales fincas eran de bienes de propio o comunes de los municipios de Garganta de la Olla y Pasarón de la Vera (de ahí su distribución entre ambos), la desamortización vino a cambiar la titularidad de las fincas, entre ellas el «Baldío de las Regaderas» en cuanto pasaron a propiedad privada, pero no fueron vendidas las aguas; por ello, ningún título de propiedad del «Baldío» habla de fuentes o aguas o cauces; y c) Por su utilización y aprovechamiento al ser una utilización comunitaria, pero de comunidad de vecinos, ya que el Ayuntamiento, ente público, distribuye éstas y nombra guardas, nunca, pues, han sido aguas privadas.»

«Considerando que la subsistente calificación de aguas públicas hace ineficaces los motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso que denuncian infracción de diversos preceptos del Código civil y de la Ley de Aguas sobre las privadas, pues estas legislaciones han venido a respetar los derechos adquiridos, máxime cuando tienen carácter inmemorial, por lo que todos estos motivos hacen supuesto de la cuestión, sin que tampoco pueda prevalecer el motivo sexto por no estar comprendido el derecho cuestionado entre los exceptuados de inscripción, conforme a los términos del apartado sexto de la Ley Hipotecaria de 1909 y artículo 11 del Reglamento de 1915, por considerarse tal derecho entre los bienes patrimoniales del artículo 344 del Código civil, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso con devolución del depósito constituido «ad cautelam» por no ser conformes las sentencias de instancias».

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. DEFECTO DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. REQUISITOS PARA ENTRAR A CONOCER DEL RECURSO DE CASACION. CONCEPTO DE LA INFRACCION QUE ALEGA. INFRACCION POR VIOLACION (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—La entidad «Inmobiliaria U. S. A.» formula demanda contra «Saizes, S. A.» y otros, alegando que la finca que en el Registro figura a nombre de esta última es inexistente en la realidad por ser una parte de la que figura en el Registro a nombre de la actora. Suplica se dicte sentencia declarando que la finca que describe al Este del Parque del Retiro, inscrita a su nombre, es propiedad exclusiva y excluyente de la misma, y que la inscripción de la finca de la demandada es nula, siendo inexistentes los negocios jurídicos de transmisión celebrados entre los demandados.

La sociedad demandada contesta oponiéndose y formula reconvencción solicitando la rectificación registral de la descripción de la finca de la actora.

El Juez de Primera Instancia número ocho de los de Madrid desestimó la demanda y la reconvencción, apreciando de oficio defecto de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido traídos al pleito los titulares de tres fincas segregadas de la inscrita a nombre de la actora, a los que podría afectar la cuestión planteada.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia confirmando la del Juzgado.

La entidad demandante interpone recurso de casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegando infracción de ley consistente en la violación de la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario contenido en las sentencias que exponía, entendiendo que los titulares de las fincas segregadas de la actora no quedan afectados por la litis.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando lo que se dice en los tres últimos «Considerandos»:

«Considerando que... para la Sala de casación pueda entrar a conocer de dicho recurso (de casación), es necesario que se cumpla, en el escrito por el que se interponga, todos los requisitos que exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre los cuales están: Primero. Citar el párrafo del artículo 1.692, en que se haya comprendido cuando de recurso de fondo se trate. Segundo: Citar con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se crea infringida, y tercero: Citar el concepto que dicha infracción se haya cometido; requisitos esenciales que la Jurisprudencia ha ido moldeando hasta tal punto que, si en la interposición se omite alguno, el recurso no puede ser admitido o, si lo ha sido, ha de desestimarse en el fallo (SS. de 21 de marzo de 1945, 24 de abril de 1928, entre otras muchas); pero es más, no solamente ha de inadmitirse o desestimarse el recurso cuando se omite el concepto amparador y el precepto legal que, en opinión del recurrente, haya sido infringido, sino que se llega a igual conclusión cuando se omite el concepto, que ha de ser uno de los tres detallados en el artículo 1.692, en que la supuesta infracción se haya consentido (SS. de 9 de mayo de 1891 y autos de 31 de diciembre de 1940, 29 de mayo de 1944, 11 de abril de 1946 y 9 de febrero de 1960, entre otros muchos), agregando el artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo cuarto, que procede la inadmisión del recurso cuando no se haya citado con precisión y claridad las leyes que se supongan infringidas y el concepto en que lo hayan sido.»

Considerando: que insistiendo en el tema, la Jurisprudencia constante de esta Sala no sólo exige la expresión del concepto, sino que éste sea el adecuado a la infracción de ley que en el recurso se impute a la Sala de instancia, coincidiendo, entre otras muchas, las sentencias de 10 de marzo, 13 y 15 de abril de 1971, en que puede prosperar un recurso de casación amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se alega como infringido un precepto sustantivo por el concepto de 'violación' y dicho precepto ha sido objeto de la atención por parte del Tribunal sentenciador, dice la primera de las sentencias citadas, pues, equivaliendo la violación según la Jurisprudencia, a la 'no aplicación', la invocación del concepto carece de sentido; procede la desestimación, dice la citada en segundo lugar, cuando alegada la violación de determinados preceptos, dichos preceptos han sido aplicados y, por fin, agrega la tercera, que cuando una norma jurídica ha sido aplicada, aunque lo haya podido ser indebida o erróneamente, no se puede decir que haya habido inaplicación, coincidiendo el criterio de las tres sentencias citadas, que no hacen sino repetir el criterio de otras muchas anteriores y que ha sido ratificado por múltiples posteriores, que la invocación de un concepto equivocado ha de conducir a la desestimación del recurso.»

«Considerando que, en el caso de autos, se alega, en el único motivo del recurso, la 'violación' de la doctrina de las sentencias que enumera, cuando es lo cierto que siendo la institución del 'litisconsorcio pasivo necesario', como hemos dicho, de creación jurisprudencial, ha sido precisamente por aplicación de dicha doctrina por lo que la Sala de Instancia ha dejado de juzgar el asunto que le fue sometido en cuanto al fondo, lo que quiere decir manifiestamente inadecuado el concepto expresado en el único motivo del recurso y le hace incurrir en cauce de desestimación, en este momento procesal, por aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil.»

DIVISION DE COSA COMUN. FINCA INDIVISIBLE POR DESMERE-CER MUCHO SI SE DIVIDIERA. LA APRECIACION DE DIVISIBILIDAD O NO DE LA FINCA NO ES CUESTION DE HECHO, SINO UN CONCEPTO VALORATIVO DEDUCIBLE DE UNOS HECHOS (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—María de los Angeles Corell R. presentó demanda contra su hermano, J. A. Corell R., solicitando la declaración de extinción de comunidad sobre una finca compuesta de planta baja para habitar y piso alto destinado a granero, corral con cocina y pozo, comprendiendo el todo una superficie de 1.133 metros cuadrados con 34 decímetros cuadrados, pertenecientes a la actora en cuantía a seis séptimas partes indivisas y al demandado en cuanto a una séptima parte. Suplica se dicte sentencia declarando dicha extinción de comunidad mediante la venta de la finca en pública subasta judicial con admisión de licitadores extraños, dado que era indivisible.

El demandado se opone alegando que la finca no es indivisible ni resulta inservible al dividirla, ni sufre desmerecimiento, pues puede independizarse una franja de seis metros de ancho en el límite de la izquierda entrando, quedando un solar de catorce metros de fachada susceptible de admitir un edificio con viviendas, quedando intacto el actual edificio, terraza, pozo, cocina, despensa y lavadero y una gran superficie para corral, porchada, jardín e incluso huerta. Formula reconvencción

para que se declare que la finca es divisible en dos partes, asignándose esa franja de seis metros de ancha al demandado por ser proporcional a su séptima parte indivisa.

Evacuados los trámites de réplica y dúplica, el Juez de Primera Instancia número 5 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca la sentencia del Juzgado y declara extinguida la comunidad existente entre los litigantes mediante la división de la finca en dos partes en la forma indicada por el demandado apelante.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora por violación del artículo 401 en relación con el 404 del Código civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, estima el recurso, destacando lo que se dice en los «Considerandos» cuarto y quinto de la primera sentencia:

«Considerando que las afirmaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común no es un hecho, sino un concepto valorativo, deducido de unos hechos, eso sí, inmovibles, de no combatirse con éxito por el cauce adecuado, que debe de dar la instancia, o sea, la instancia debe de dar hechos, descripciones lo más completas posibles del evento acaecido o de la situación juzgada y razonar, a continuación, la deducción valorativa que crea pertinente; bien por la vía de interpretación de los actos o contratos, bien por vía de presunción o bien por vía de calificación del hecho o situación descritos, y así como aquellos han de ser inmovibles en el juicio de derecho, en casación, las valoraciones o calificaciones deducidas por la instancia, partiendo de ellos, pueden ser revisables, siempre que no se alteren, sino, por el contrario, que se acaten las premisas fácticas; y al dejar sentado este criterio, cabe entrar, en análisis del primer motivo del recurso y a través de él, en el estudio de si el inmueble en cuestión es divisible o indivisible.»

«Considerando que tal como se describe la finca y según el plano unido al folio cuarenta y dos de los autos, expresamente invocado en la sentencia de instancia, aun no tratándose de una explotación agrícola, la división que de ella cabría hacer sería a base de que parte de los edificios indicados dentro de sus linderos quedaran en uno de los lotes y parte en el otro, con el consiguiente desmérito del conjunto; ello conduce a que sea de aplicación lo prescrito para el caso por el artículo 404 del Código civil, cual es que, para el caso de que no se convenga la adjudicación total a un condueño que indemnice al otro comunero, la venta y reparto del precio, y, como ésta es la tesis del motivo analizado, procede su estimación.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

ACCION DECLARATIVA: NO REQUIERE QUE EL DEMANDADO SEA POSEEDOR. DIFERENCIAS CON LA ACCION REIVINDICATORIA. DOCUMENTOS AUTENTICOS EN CASACION PARA DEMOSTRAR ERRORES DE HECHO: NO LO SON EL PLANO O CROQUIS TENIDO EN CUENTA POR EL JUZGADOR NI OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES O SENTENCIAS DE OTRO JUICIO. FALTA DE CLARIDAD EN EL MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—La sociedad regular colectiva «Viuda de Abelardo L. S. e Hijos, S. R. C.» presentó demanda contra el Ayuntamiento de Bembibre

y la Junta Vecinal de Bemibre alegando que era dueña de una finca de doce áreas y cincuenta y cinco centiáreas, inscrita a su nombre en el Registro y que el Ayuntamiento le impuso una serie de condiciones respecto a la licencia que solicitó para cerrar su propiedad que implicaban el desconocimiento de la misma. Suplica se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Declarar que la parcela o finca descrita es de la propiedad exclusiva de la actora. B) Declarar el derecho de la actora a cerrar o cercar conforme establece el artículo 388 del Código civil. C) Decretar la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad del Partido en relación con la obtenida por la Junta Vecinal al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria en cuanto se oponga o afecte a la finca de la actora.

Los demandados se oponen a la demanda alegando que la descripción que la actora hace de su parcela representa, en parte, una yuxtaposición sobre terrenos de la Junta Vecinal de Bemibre que ésta tiene inscritos con la cabida de 49 áreas y 53 centiáreas, debiéndose desestimar la demanda.

El Juez de Primera Instancia número uno de los de Ponferrada estimó en parte la demanda, declarando que la parcela o finca descrita por la actora es de la propiedad exclusiva de la misma, absolviendo a los demandados de las demás peticiones.

Apelada la anterior sentencia por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la apelada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, siendo su doctrina la siguiente:

1.º El plano o croquis aportado por la actora no admite que se pueda apoyar en el mismo un error de hecho en la valoración de la prueba por la Sala de Instancia, pues dicho documento fue objeto de examen e interpretación en relación con otros elementos de prueba, no pudiéndose desarticular la prueba tenida en cuenta por el Tribunal *a quo*.

2.º Las actuaciones judiciales, incluso las sentencias de otro pleito tiene declarado la jurisprudencia que no son eficaces como documentos auténticos para contradecir en casación por vía de error de hecho, las conclusiones fácticas de la sentencia de instancia, aparte de que tal sentencia del Tribunal Provincial Contencioso Administrativo no ha sido aportada a los autos más que a medio de una copia simple.

3.º Falta claridad en un motivo del recurso de casación en que se citan en conjunto varios preceptos indeterminados del Código civil, siendo ello opuesto al contenido formal exigible en el recurso extraordinario de casación por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.º Acción declarativa: requisitos y caracteres. Diferencia con la reivindicatoria.—Se ocupa de ello el considerando sexto en estos términos: «... el citado artículo 348 del Código civil que ampara o tutela el derecho de propiedad que se puede lograr especialmente a través de dos acciones distintas, aunque entrelazadas y frecuentemente confundidas, la propiamente reivindicatoria, que se da como protección del dominio frente a una privación o detentación posesoria de la cosa por otra persona distinta a su titular, encaminada fundamentalmente a recuperar la posesión en favor de aquél, y la acción meramente declarativa, la que no requiere para su ejercicio, que el demandado sea poseedor, teniendo únicamente por finalidad obtener la declaración de que el demandante es el propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que se lo discute o pretende atribuirsele, sin aspiraciones de ejecución dentro del mismo proceso,

aunque pueda tenerla en otro posterior, si bien ello no es óbice y puede resultar conciliable con alguna medida de ejecución, que no la haga perder su finalidad esencialmente declarativa, pero que nunca esa medida dentro del proceso incoado, se traduciría en reintegración de una posesión detentada».

TERCERIA DE DOMINIO: PRELACION DE CREDITOS DE LA HACIENDA PÚBLICA. ANOTACION DE EMBARGO A FAVOR DE ESTA SOBRE BIENES QUE HABIAN SIDO TRANSMITIDOS CON ANTERIORIDAD EN DOCUMENTO PRIVADO (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—Albino Broba U., por sí mismo y como representante de su esposa, formula demanda sobre tercería de dominio contra la Administración del Estado y los titulares registrales del piso embargado por la Hacienda Pública, alegando que dicho piso había sido transmitido a los actores por documento privado muy anterior a la fecha de los créditos de la Hacienda y que dicho documento venía reforzado por una serie de pruebas acreditativas de que la propiedad pertenecía a los actores, por lo que suplica se dicte sentencia declarando que la vivienda embargada es propiedad de los mismos y ordenando se alce el embargo trabado.

El Abogado del Estado, después de evacuada la consulta reglamentaria a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, compareció en autos y contestó a la demandada, oponiéndose a la misma.

El Juez de Primera Instancia número dos de Burgos dictó sentencia desestimando la demanda.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre, declara no haber lugar al mismo, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciar la violación de los artículos 1.218, párrafo primero, y 1.227 y 1.225 del Código civil, ha de ser desestimado, pues el Juzgador de instancia, sin desconocer su contenido, incluso con cita expresa de estos dos últimos, llega a la conclusión, tanto de la realidad del contrato y de la fecha en la que se celebró, de la total prueba documental apreciada en su conjunto, deduciendo aquellas conclusiones a las que se hizo referencia en el anterior considerando; toda vez que dicho conjunto probatorio, alejan toda sospecha de falsedad o simulación en cuanto a la fecha de aquel documento privado de compraventa, criterio éste sostenido por esta Sala en varias sentencias, de las que cabe citar, como más reciente, la del 17 de mayo de 1974.»

«Considerando que el segundo de los motivos, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, incurre en dos claras infracciones formales: la primera, al denunciar una serie de preceptos del Código civil, de contenido muy diverso, como lo son la violación del párrafo segundo del 609, relativo a los diversos modos de adquirir la propiedad; el párrafo primero del 1.281, primera de las reglas sobre interpretación de los contratos; párrafo primero del 1.462, sobre cuándo ha de tenerse por entregada la cosa vendida, y la aplicación indebida del 348, por el que se define el dominio en su párrafo primero, y se otorga, en el segundo, al propietario la facultad para reivindicarlo del tenedor o poseedor no

propietario; y la segundo, al traer al recurso una cuestión nueva, como es el plantear un problema de interpretación y de tradición, no discutidos en la litis, en la que frente a la pretensión actora no se opuso sino el que la propiedad alegada por el actor no podía ser esgrimida para atacar el derecho de la Hacienda Pública, por lo que en verdad, la incardinan en las causas cuarta y quinta de inadmisión del artículo 1.729 de la citada Ley Procesal, que en esta fase, lo son de desestimación.»

«Considerando que los motivos tercero y cuarto últimos del recurso, al denunciar por la misma vía la violación de los artículos del Código civil, 1.089, 1.090, en el primero, y la de los artículos del mismo Código, 606 y 1.281, párrafo primero, y la de los artículos 71 y 73 de la Ley General Tributaria, en el segundo, se está haciendo supuesto de la cuestión, queriendo que prevalezcan unos créditos contra el deudor, como propietario del bien embargado, contra lo declarado por la sentencia de haber sido transferido a tercera persona, con anterioridad a su existencia, por lo que dichos motivos también han de ser desestimados.»

DIVISION DE COSA COMUN. FINCA INDIVISIBLE. LA SOLICITUD DE LICENCIA MUNICIPAL DE OBRAS EN LA FINCA POR AMBOS DUEÑOS NO DETERMINA POR SI SOLA LA DIVISION DE LA FINCA COMUN NI IMPIDE LA DECLARACION DE INDIVISIBILIDAD
(SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—Don Laureano E. Uriarte y su esposa interponen demanda contra don León B. Arrizabalaga, sobre división de cosa común, alegando que actores y demandado son dueños en proindivisión, por mitad e iguales partes de dos fincas consistentes en un trozo de terreno junto al Puente Olalde, de Munguía, de un área y sesenta y seis centiáreas y en una parcela sobrante de la vía pública en el punto denominado Puente Olalde, de 78,80 metros cuadrados, y que son indivisibles y no ha habido acuerdo en la adjudicación a una de las partes a cambio de abonar su precio en metálico de las fincas a la otra. Por ello, suplica se dicte sentencia declarando que las mencionadas fincas son indivisibles y que deben venderse en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

El demandado contesta a la demanda alegando que ambas fincas constituyen en la realidad un solar de 200 metros cuadrados, siendo divisible, habiendo solicitado ambos condueños licencia municipal de obras sobre el mismo, que se concedía si se cumplían determinadas condiciones señaladas por el Arquitecto municipal. Formula reconvencción para que se declare la división de las fincas, incluidas ya las obras de unas columnas realizadas en las mismas y la adjudicación en los dos lotes que indicaba.

El Juez de Primera instancia de Guernica dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, destacando el primer considerando, pues los demás se refieren a defectos formales de la interposición del recurso de casación:

«Considerando que es procedente el examen del motivo cuarto, previamente al de los demás, por estar amparado en el ordinal séptimo del

artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por error de hecho 'resultante de actos auténticos que demuestran la evidente equivocación del Juzgador, infringiéndose el artículo 404 del Código civil', motivo que no puede ser acogido, porque la solicitud de licencia de obras no puede ser calificada de acto auténtico, porque de ese hecho, por sí solo, no se puede llegar a la conclusión de la división de la cosa común, como pretende el recurrente, y, por tanto, no se contradice, eficazmente, la afirmación de indivisibilidad, consignada en el considerando cuarto de la sentencia del Juzgado, aceptado, y en el tercero de la sentencia impugnada, pero es que, además, los preceptos legales no pueden ser utilizados como fundamento del error de hecho.»

En el considerando segundo se reitera la doctrina legal de que el artículo 1.249 del Código civil se refiere a los hechos que integran la base de la presunción, y el artículo 1.253 al juicio deductivo, por lo que las infracciones de ambos han de ser denunciadas en casación utilizando cauces diversos: la del 1.249, el del ordinal séptimo, y la del 1.253, el del primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

NO ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO UXORIO PARA CUMPLIR UNA OBLIGACION CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—La Sala de Instancia, haciendo uso de la facultad privativa que le incumbe en orden a la interpretación de los contratos, de conformidad con el artículo 1.281 del Código civil y la doctrina de esta Sala establecida al interpretarlo, llegó a la conclusión de que lo consignado en los documentos litigiosos no implica una disposición dominical de un bien, que estando en el patrimonio de la sociedad conyugal, con el carácter de gananciales, haya salido subrepticamente, a espaldas y sin el consentimiento de la mujer, sino únicamente y ante todo, del cumplimiento de una obligación contractual, que es la causa y la contraprestación de la adquisición por los referidos esposos de la finca que se describe en el primer hecho de la demanda y sobre la que se ha construido el edificio a que se refiere la declaración de obra nueva, ya que el precio pagado que aparece en la escritura pública de compraventa, no fue el que aparece en la misma como entrega en metálico, sino que la contraprestación que sustituyó a dicho precio fue el cumplimiento por los adquirentes del solar de las obligaciones contractuales en favor de los actores, que se describen en las estipulaciones del documento privado, se cede la propiedad del solar a cambio de la construcción de la obra y entrega de la misma a los actores. Los argumentos de la parte recurrente revelan que lo que realmente impugna no es el artículo 1.413, sino la interpretación de los documentos expresados. Es indudable, pues, que en el caso de autos no hubo acto de disposición sobre inmueble, que es el que determina la necesidad de que se complemente la capacidad del marido con el consentimiento uxorio.

NO ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE CONDENA CONFORME A LO SOLICITADO EN LA DEMANDA (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Según conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala, la sentencia que cual la recurrida condena conforme a lo solicitado en la demanda, resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas, sin que tenga que hacerse pronunciamiento expreso sobre las alegaciones y excepciones cuando no hayan sido objeto de reconvencción, a lo que cabe añadir que aun en el supuesto meramente hipotético y que sólo se enuncia a efectos de argumentación, de haberse formulado reconvencción, tampoco sería incongruente la resolución impugnada, porque existiendo entre aquellas peticiones un enlace directo y un común origen, al acogerse pura y simplemente la demanda, queda implícitamente rechazada la reconvencción.

En el segundo y último motivo se alega la violación por no aplicación del artículo 1.871 del Código civil, el cual ha de correr la misma suerte que el anterior, porque en realidad lo que en definitiva propugna el recurrente es condicionar el pago de la deuda a la restitución de la prenda, siendo así que el precepto legal que se da por infringido dispone precisamente lo contrario, esto es, que no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

NO EXISTE RESPONSABILIDAD CONJUNTA DE LOS GESTORES CON LA SOCIEDAD REPECTO A LOS CONTRATOS CONCLUIDOS EN NOMBRE DE ESTA ANTES DE SU INCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación en el fondo es inadmisibles cuanto la ley o la doctrina citadas por el impugnante se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, teniendo declarado esta Sala que no puede entenderse propuesta por las partes una cuestión, a efectos de lo prevenido en dicha norma procesal, sino cuando se formule con concreción y claridad, pues no basta al respecto que a cualquier problema fáctico o jurídico se aluda más o menos vagamente en la fase de alegaciones de la primera instancia del proceso.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, es de notar, por una parte, que no existe responsabilidad conjunta de los gestores con la sociedad en orden a los contratos concluidos en nombre de ésta antes de su inscripción en el Registro Mercantil, puesto que, una de dos, o la sociedad otorga su aceptación dentro del plazo de tres meses desde aquella inscripción, en cuyo supuesto el contrato es válido y obliga exclusivamente a la sociedad con el tercero, o no lo acepta dentro del plazo referido, en cuya hipótesis responden exclusivamente los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Compañía; y, por otra parte, que la solidaridad de que habla el mismo precepto, siguiendo el precedente del artículo 120 del Código de Comercio, afecta únicamente a la responsabilidad de los gestores cuando hubieran sido varios los que contrataron con el tercero, no a la inexistente responsabilidad simultánea de los gestores con la sociedad.

LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE UN DOCUMENTO PRIVADO NO LE PRIVA POR SI SOLA DE TODA EFICACIA PROBATORIA (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina constante de esta Sala que el hecho de que en la tramitación de un proceso no se siga el procedimiento marcado por la ley, en nada afecta a la jurisprudencia ni puede servir de fundamento al recurso de casación amparado en dicha norma cuando la inadecuación procedimental no repercute en la competencia objetiva ni en la funcional del órgano jurisdiccional. Para que sea necesario el cotejo a que se refiere el artículo 597, regla primera, de la Ley de Enjuiciamiento, es menester que se haya impugnado expresamente la autenticidad o exactitud por la parte a quien perjudiquen los documentos, no siendo suficiente, a este respecto, la vaga alusión a la falta de fehicencia de los «papeles» aportados por la contraparte.

La falta de reconocimiento de un documento privado no le priva por sí sola de toda eficacia probatoria, dado que su autenticidad puede demostrarse por cualesquiera otros medios de prueba, entre ellos, mediante testigos.

EN LA FIANZA SOLIDARIA LA ACCION ES AUTONOMA Y PUEDE EJERCITARSE CONTRA EL FIADOR SIN NECESIDAD DE IR CONTRA EL PATRIMONIO DEL DEUDOR PRINCIPAL (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1977).

Hechos.—El Banco de Bilbao avaló solidariamente el cumplimiento de una obligación de hacer, que consistía en edificar un hotel sobre una parcela de treinta mil metros cuadrados, en una fecha determinada. Al cumplirse el plazo la obra estaba lejos de su terminación, por lo que resulta demandado el Banco, prosperando tal demanda.

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente, según reiterada doctrina jurisprudencial, para determinados y excepcionales supuestos que tengan su apoyo en la naturaleza del derecho material puesto en ejercicio, afectante a diferentes personas, la relación jurídico-procesal precisa que venga constituida por todas ellas, para impedir la extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes no han sido oídos, ello es para el caso de que no se trate de obligaciones solidarias, porque prevenido en el párrafo segundo del artículo 1.822 del Código civil que si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo tercero, título primero de tal cuerpo legal sustantivo, y sancionado en el párrafo segundo del artículo 1.141 del mismo, inserto en dicha sección, que «las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos», con el complemento regulador contenido en el artículo 1.144, de que el «acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente», tanto quiere decir que en la solidaridad de deudores, cual la producida en el presente caso, es principio normativo, en lo que a la relación externa se refiere, de que cada deudor se reputa único y exclusivo obligado por la totalidad, cual revela, además, el explícito contenido del artículo 1.137, *in fine*, del aludido Código, conducente a que cada uno de los deudores solidarios deban prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación cuando ésta se haya constituido con el carácter de solidaria, de tal manera que el acreedor pueda dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores y exigirle íntegramente la prestación,

el deudor elegido, estando personalmente obligado por el todo, no puede invocar el *benefitium divisionis*, ni pretender pagar su cuota solamente, ni exigir que sean demandados los codeudores.

La fianza prestada con carácter solidario no precisa de una declaración de incumplimiento de la obligación principal hecha previa y separadamente del pleito entablado, pues basta que en éste se estime tal incumplimiento como base de la petición de la demanda, para que pueda fundarse en ella la condena al pago, por ser diferente la situación jurídica de subsidiariedad que supone la fianza, y la de solidaridad, porque según ya tiene declarado este Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de febrero de 1963, mientras que la primera, con dicha nota de subsidiariedad implica aspecto «sucesivo», mirando al nexo contractual, la segunda, como consecuencia precisamente del aspecto «solidario», significa aspecto «simultáneo», lo que determina una clara divergencia que se opone a la unidad de su reglamentación legal y confiere a la fianza de naturaleza solidaria caracteres propios que la alejan del campo genuino de la fianza y la llevan al peculiar de la obligación solidaria entre codeudores, cuya principal diferencia es, del lado del acreedor, que éste tiene una acción que ha de ejercitar conjunta o sucesivamente contra el deudor y el fiador en la fianza ordinaria, mientras que en la solidaria la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de ir contra el patrimonio del deudor principal.

LA EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO ES MAS RIGUROSA CUANDO SE EJERCITA LA ACCION DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina legal, en materia de litisconsorcio pasivo necesario, para que mediante el proceso civil se pueda lograr la doble finalidad que le está asignada, defensa del orden jurídico y tutela del derecho, cuando se acredite la verificación del supuesto legal, es absolutamente preciso que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida, lo que implica o presupone limitación del arbitrio del actor en orden a la designación de las personas naturales o jurídicas que han de ser llamadas al proceso, no pudiendo quedar fuera de él las que tengan indudable y legítimo interés en impugnar las acciones que se ejerciten, al poder quedar afectadas por el fallo que sea dictado, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada, exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, doctrina que es más rigurosa cuando se ejercita la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia, pues la misma ha de dirigirse forzosamente contra todos los interesados en ello, entendiéndose que son interesados para estos efectos los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; los herederos, los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes—salvo en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.252 del Código civil—se podría dar el contrasentido que un negocio jurídico determinado pudiese ser nulo para uno de los interesados en él, y válido para esto, si éste no fuera llevado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo raciocinio lógico que impide que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo, por lo que para poderse obtener declaración de nulidad o de la subsistencia y vigencia de un contrato, es necesario llamar a juicio a todos los en él interesados.

LA DONACION ENCUBIERTA BAJO UNA COMPRAVENTA SIMULADA HA DE REUNIR, PARA QUE SE RECONOZCA SU VALIDEZ, TODOS LOS REQUISITOS MATERIALES Y FORMALES, ENTRE ELLOS LA ACEPTACION DEL DONATARIO EN ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Doña Teresa, soltera y dueña de dos fincas, otorgó testamento a favor de su hermano don Félix, y de sus sobrinos, hijos de aquél. Posteriormente, otorgó poder a favor de don Manuel, facultándole para vender las fincas. El apoderado las vendió a don Félix y a sus hijos. Doña Teresa reclama la nulidad de la venta por simulación y falta de precio. Los adquirentes, aunque reconocen la simulación de la compraventa, alegan que bajo ella se encubre una donación válida. La demanda fue acogida.

Doctrina de la sentencia.—Partiendo de la base de que está en presencia de una simulación relativa, para decidir acerca de la validez jurídica del acto disimulado es preciso tener en cuenta, ante todo, la doctrina general aplicable al respecto de toda clase de actos y contratos, elaborada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a cuyo tenor el acto disimulado será válido si reúne los requisitos requeridos por la ley no sólo en cuanto al consentimiento y al objeto, sino fundamentalmente en cuanto a la causa, verdadera y lícita que sea la propia que se oculta, distinta, por tanto, de la del simulado, además de la exigencia de la forma cuando ésta sea necesaria; doctrina genérica que habida cuenta el carácter excepcional de la materia a que se refiere respecto de la normativa de los contratos, deberá interpretarse con carácter restrictivo y aplicarse con suma cautela y que en relación con el supuesto que aquí se contempla de donación de inmuebles disimulada bajo una compraventa, constando ésta en escritura pública, supone que se habrá cumplido el requisito de forma que exige el artículo 633 del Código, pero ello de por sí no puede bastar, pues el contenido, y sobre todo el consentimiento y la causa tal y como se manifiestan y el Notario autorizó, son de venta (transmisión de cosa por precio) y no de donación (transmisión por pura liberalidad) de acuerdo con lo establecido respectivamente por el artículo 1.274, haciéndose indispensable, según el 1.276, *que se pruebe* la causa de la segunda y según el 633, *que conste* la aceptación del donatario en la propia escritura o en otra, en consonancia con la definición del artículo 618 que al margen de las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la figura, pone el peso de la donación en que el acto de liberalidad que implica sea aceptado; todo ello de acuerdo con la misma doctrina de este Tribunal Supremo formulada para este supuesto específico a partir de la Sentencia de 3 de marzo de 1932, seguida—aunque forzoso es decirlo, con algunas fluctuaciones e incluso discrepancias de otras—por las de 22 de febrero de 1940, 23 de julio de 1953, 10 de octubre de 1961, 13 de mayo de 1965 y 20 de diciembre de 1968, a tenor de la cual, la falta de alguno de dichos requisitos conduce inexorablemente a la sanción de nulidad de la donación encubierta.

ES INADECUADO INTERPRETAR EXTENSIVAMENTE EN FAVOR DEL ASEGURADOR LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO DE SEGURO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—El demandado, que tenía concertado un seguro voluntario de su vehículo con la Compañía de Seguros «La Sudamericana», provocó

culposamente un accidente de tráfico, colisionando con otro coche y huyendo a continuación, por lo que fue condenado por el delito de omisión del deber de socorro. La Aseguradora, que pagó las indemnizaciones pertinentes repite ahora contra el asegurado, pero éste es absuelto en base a la siguiente,

Doctrina de la sentencia.—En el contrato de seguro voluntario se engloba también el seguro obligatorio, según la argumentación del recurrente, y si bien ello es cierto con carácter general, sin embargo, también lo es que los efectos de que se contrate exclusivamente un seguro de este tipo, o de que se contrate un seguro que abarque una responsabilidad ilimitada en el ámbito civil, con inclusión en él de aquel tipo de seguro, son completamente distintos, porque, entre otros extremos, la compañía aseguradora percibe unas primas más altas, y, por consiguiente, deben ser también más extensas sus obligaciones, sobre todo, además, si se tiene en cuenta que sería inadecuado llevar a cabo una interpretación extensiva en favor del asegurador, que ampliara la aplicación de las normas especiales que regulan el seguro obligatorio, a otros tipos de seguro, que tienen una mayor extensión y en los que impera el principio de libertad de contratación, pues como afirma una reiterada doctrina jurisprudencial «el contrato de seguro es un contrato de adhesión y en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza—redactada por las Compañías sin intervención alguna de sus clientes—se ha de adoptar, conforme al artículo 1.288 del Código civil, la interpretación más favorable para el asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la entidad aseguradora.

Como segundo fundamento de su demanda adujo la actora lo pactado en las condiciones generales de la póliza litigiosa, a cuyo tenor no quedan comprendidas en las garantías del seguro «los accidentes producidos intencionadamente por el asegurado o por el conductor, a menos que hayan sido causados para evitar otros sucesos más graves», fundamento que también es rechazado por los Juzgadores de Instancia, contra cuya repulsa se levanta el motivo tercero que alega la interpretación errónea del artículo 1.255, en relación con los siguientes, y 1.088 y siguientes del Código civil; motivo que ha de correr igual suerte desestimatoria, toda vez que el resultado dañoso se produjo en el caso de autos, no intencionadamente, sino por una acción culposa del conductor-asegurado, y si bien incurrió el mismo en una omisión del deber de socorro, que fue plenamente sancionada y que constituye un delito doloso, tal conducta no fue la causa de aquel resultado, sino una omisión posterior a la producción del accidente.

NO SE CONSIDERA NOVACION DE UNA POLIZA DE SEGUROS UNA TRANSACCION SOBRE EL SINIESTRO ACAECIDO AL VEHICULO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Un Abogado que tenía su coche asegurado a todo riesgo sufrió un grave accidente por culpa de otro. Su Compañía de Seguros le pagó 140.000 pesetas y él se dirigió contra el causante del daño producido, quien fue condenado a indemnizarle en 500.000 pesetas. Una vez cobrada por el Abogado perjudicado dicha indemnización, su Aseguradora le demanda para que le devuelva las 140.000 que le había pagado. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el contrato de seguro mercantil debe regirse por los pactos lícitos consignados en las pólizas

o documentos suscritos por los interesados (art. 305 del Código de Comercio), que son los que constituyen la norma fundamental reguladora de las relaciones entre las partes (SS. de 5 de marzo de 1931 y 20 de octubre de 1963) y que la novación que se haga en esta clase de negocios jurídicos debe consignarse precisamente en tales pólizas (art. 384 y SS. de 8 de mayo de 1897 y 28 de enero de 1929); no lo es menos que en el supuesto que aquí se contempla, el Tribunal *a quo* declara probado que el actual recurrente suscribió un documento por el que reconoció haber recibido de la entidad actora la cantidad que ésta le reclama, en la que «transigió el siniestro sufrido por el vehículo» de dicho señor, que se compromete a reclamar del responsable que ocasionó el accidente, la totalidad de los daños sufridos con ocasión del mismo y a reintegrar a la aseguradora la suma entregada por ella, caso de ser resarcido de aquellos daños y perjuicios, hechos que en forma alguna pueden interpretarse como novación de la póliza, sino como una declaración unilateral de voluntad del firmante de aquel documento, que al ser aceptada por la otra parte contendiente, produce cuantos efectos se señalan en los artículos 1.091, 1.245, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código civil, y que implica una renuncia de derechos admitida por el número 2 del artículo 6, cuya validez no puede ponerse en duda al manifestarse de forma clara, explícita y terminante, y al versar sobre derechos que, una vez producido el siniestro, se encontraban integrados en el patrimonio del renunciante.

EL TERMINO «INFRACCION» TIENE UN SIGNIFICADO GENERICO Y MAS AMPLIO QUE EL ESPECIFICO «VIOLACION» (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que los términos de «violación» e «infracción» son considerados como sinónimos por el Diccionario de la Real Academia, no lo es menos que en su sentido técnico-jurídico son distintos, teniendo el segundo un significado genérico del que el primero es específicamente una de las formas o clases que enumera el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según confirmó el uso constante que en especial efectuó la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo.

Esta Sala, en relación con casos similares al que ahora se contempla, tiene declarado que no existe la debida paridad desde el punto de vista analógico que ha de tenerse en cuenta para la aplicación al supuesto de autos de la legislación de arrendamientos urbanos, como consecuencia de lo dispuesto en el número tercero del artículo 149 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, actual artículo 161 del texto refundido de 9 de abril de 1976, con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues este artículo contempla un caso en que se permite al arrendatario la opción entre volver por retorno a la nueva edificación o resolver el contrato mediante indemnización, mientras que por el precepto de la vigente Ley del Suelo, se excluye la posibilidad del retorno, lo que agrava la situación del arrendatario y, por ende, la indemnización ha de tener mayor extensión, guardando el supuesto más analogía con lo dispuesto en el número 3 del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a que se remite la sentencia recurrida, en que no se admite el derecho de retorno.

J. Q. S.

III. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO ARRENDATICIO: HA DE PREVALECER EL PRECIO FIJADO EN LA ESCRITURA Y NO EL DEL DOCUMENTO PRIVADO, PARA EVITAR POSIBLES FRAUDES AL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Realizada la venta de la finca arrendada, sin que le sea notificada al arrendatario, éste tiene noticia de ella por el Registro y solicita el retracto ante el Juzgado de Orgaz, pero la entidad adquirente se opuso alegando que el actor no era arrendatario de toda la finca ni era cultivador personal y directo, así como que el precio real era superior al estipulado en la escritura. El Juzgado declaró haber lugar al retracto por el precio real indicado por el demandado y no por el que aparecía en la escritura. La Audiencia Territorial de Madrid confirmó esta sentencia.

Prospera el recurso de revisión interpuesto por el actor. El precio ha de ser el contenido en la escritura y no el del documento privado, ya que éste no puede afectar a terceros y lo es el retrayente en este caso, según se desprende de los artículos 1.218 y 1.230 del Código civil. La responsabilidad debe recaer sobre las partes y no sobre tercero frente al cual no cabe oponer la posible simulación cometida en la escritura, sin que quepa hablar de enriquecimiento injusto del retrayente, ya que ese principio ha de ponerse en relación con el de que quien usa de su derecho a nadie perjudica. Por otra parte podría defraudarse fácilmente al arrendatario fijando un precio muy superior al real en un documento privado para el solo efecto de que no pudiera ejercitar su derecho el arrendatario. Esta doctrina es la que ha de aplicarse en este caso, tanto más cuanto no consta la notificación de la venta al arrendatario hasta la celebración del acto de conciliación y en éste de modo imperfecto, por lo que tuvo que acudir al Registro, solicitando certificación del mismo.

RESCISION DE CONTRATO E INDEMNIZACION DE GASTOS: LO PAGADO POR EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES NO PUEDE RECLAMARSE EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1975).

Se comunica al arrendatario el deseo de la propiedad de la finca de no continuar el arrendamiento, a lo que se opuso aquél, diciendo que quería prorrogarlo por tres años más sin que abonase diversos gastos a él imputables, por lo que se le demanda, solicitando la rescisión y la indemnización de estos gastos. El Juzgado de Llerena desestimó la demanda, pero la Audiencia de Cáceres revocó la sentencia anterior y declaró resuelto el contrato con la obligación de pagar todos los gastos reclamados.

El recurso de revisión triunfa en parte. No se admite la incompetencia del Juzgado de Llerena, ya que la cláusula de sumisión expresa no se concertó con todos los requisitos necesarios para su validez y, por otra parte, el demandante se sometió tácitamente al Juzgado de Llerena, al presentar ante él la demanda sin que pueda hacer uso la parte demandada de la excepción de incompetencia. Por lo demás, procedía la acumulación de acciones de rescisión e indemnización, conforme a la Ley Arrendaticia, pero no la de reclamación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que escapa al ámbito de la relación arrendaticia y no debió acumularse

a las demás en el procedimiento especial seguido, procediendo admitir el recurso en este punto, sin perjuicio de que la actora pueda ejercitar válidamente las acciones que puedan corresponderle, haciendo uso del procedimiento adecuado.

RETRACTO ARRENDATICIO: NO PUEDE ADMITIRSE CUANDO EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN QUE SE BASA ES SIMULADO
(SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1975).

Se vende la finca, arrendada al actor, que antes había sido aparcerero de la misma, sin que se le haya notificado la venta por la vendedora ni por los adquirentes. El Juzgado número 1 de Palencia desestimó la demanda y la Audiencia de Valladolid confirmó la sentencia anterior.

No tiene éxito el recurso de revisión. No puede basarse en error de hecho este recurso cuando el alegado carece de relevancia a los fines de alterar el pronunciamiento, ya que el desconocimiento del contrato de aparcería en la sentencia recurrida tiene su explicación en la circunstancia de que la demanda de retracto se apoya no en ese contrato sino en el de arrendamiento. No puede apreciarse error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que una cosa es la autenticidad de un documento privado y otra muy distinta la veracidad de su contenido, que puede no prevalecer sobre el resto de la prueba practicada. El contrato de aparcería no tuvo otro fin que proporcionar al demandante la posibilidad de obtener cupo de gas-oil, por lo que se trataba de un contrato simulado, lo que corrobora el hecho de que el retrayente se ampara no en su condición de aparcerero sino en la de arrendatario, sin hacer mención alguna de la aparcería. Pero tampoco cabe reconocer el retracto en base al pretendido contrato de arrendamiento, que fue también una ficción, ya que ni el firmante del mismo tenía atribuciones de su hermana para arrendar los predios de ésta ni fue firmado en la fecha que figuraba en el documento privado, sino posteriormente, habiendo fallecido ya dicha hermana, que, antes de morir, otorgó escritura de venta de la finca a los demandados, que también habían sido nombrados herederos nudo-propietarios junto con el demandante en testamento otorgado por dicha señora cinco días antes, lo que demuestra una serie de componendas familiares, a la que no eran extraños los contratos ficticios de aparcería y arrendamiento relacionados.

DESAHUCIO: EL PLAZO CONTRACTUAL COMIENZA EL DIA FIJADO EN EL CONTRATO, SIN PERJUICIO DE QUE EL ARRENDATARIO INICIE DESPUES LA OCUPACION DE LA FINCA Y SU CULTIVO
(SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1975).

Fijado el plazo de duración de un arrendamiento para explotación ganadera en tres años, no se hace entrega de la finca al llegar el vencimiento de dicho plazo, por lo que se demanda al colono para su desahucio. El Juzgado de Utrera estimó la demanda, confirmando la misma doctrina la Audiencia.

Tampoco prospera el recurso de revisión. El oficio de la Hermandad de Labradores que fija la fecha inicial del arrendamiento en un día posterior al del contrato no tiene relevancia, ya que en éste se dice que el plazo contractual comenzaría en su fecha y que la posesión del objeto

del arrendamiento se entregaría por medio del documento, cláusulas ambas que determinan la iniciación del arrendamiento, siendo indiferente que el arrendatario comience a cultivar la finca en aquel momento o después. No puede admitirse, del mismo modo, el que no se habían cumplido los tres años, por haber comenzado el 2 de enero de 1971 y haber concluido el 31 de diciembre de 1973, ya que el arrendatario firmó el contrato y se obligó a sus estipulaciones sin que pueda apoyarse en una mínima diferencia de fechas para alegar la nulidad de una cláusula aceptada y cumplida por él. El contrato es la ley que ha de regir entre las partes (artículo 1.091 del Código civil) y estipulado un plazo de duración y vigencia del mismo es éste el que debe cumplirse máxime cuando, como queda expuesto, se adapta también a las normas que de forma imperativa establece el precepto que se cita como infringido.

DESAHUCIO: LA NOVACION EXTINTIVA NO SE PRESUME. NO EXISTE CUANDO EL SEGUNDO CONTRATO SE LIMITA A ADAPTAR EL PRIMERO A LA DURACION MINIMA LEGAL PREVISTA EN LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1976).

Se requiere al arrendatario para que desaloje la finca, al acabar el plazo contractual, por tener la propiedad el propósito de dar por concluido el arriendo para cultivarla directamente por tiempo no inferior a seis años. Al no haberlo realizado el colono, se le demanda solicitando el desahucio y la indemnización de daños y perjuicios por la ocupación indebida de la finca durante el tiempo que dure el procedimiento correspondiente. El Juzgado de Ecija estima la demanda sin aceptar la argumentación del demandado que alegaba la existencia de dos contratos distintos, del segundo de los cuales el ejemplar de la propiedad contiene una cláusula aclaratoria de que el arrendamiento dura seis años, de los cuales ha transcurrido uno, mientras que el del arrendatario no contiene tal cláusula. La Audiencia de Sevilla confirma íntegramente tal resolución.

Igual ocurre con la sentencia del Tribunal Supremo. No cabe novación del primitivo contrato por el segundo, ya que lo que hace éste es adaptar aquél al mínimo legal de seis años, previsto en el Reglamento de Arrendamientos Rústicos. El resto de las cláusulas son simplemente modificativas, pero no extintivas de un nexo entre las partes, subsistente en lo esencial, sanados que fueron los defectos legales acusados en el primer documento; la novación extintiva no se presume, tanto más cuanto que la finalidad de la cláusula referida es clara. No puede admitirse el error consistente en que la cláusula referida no se encontraba en el ejemplar del demandado, ya que ambos ejemplares estaban firmados por él y no alegó falsedad en su momento, mediante la oportuna querrela. No puede apreciarse lo relativo a la indemnización, ya que la sentencia del Juzgado se remite al artículo 1.107 del Código civil que habla del deudor de buena fe, limitando la cuantía a la renta fijada en el contrato, que es en realidad la contraprestación al disfrute del predio por el arrendatario, por lo que ha de considerarse como lucro cesante y no como daño emergente, según la doctrina de esta Sala, en Sentencia de 28 de noviembre de 1961, para el caso de buena fe, que siempre se presume estando por acreditar el ánimo malicioso del locatario para seguir en el fundo.

DESAHUCIO: FINALIZADO EL PLAZO CONTRACTUAL NO SE HA PROBADO EL ACUERDO DE LAS PARTES PARA SU PRORROGA HASTA DOCE AÑOS (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1976).

Concluido el plazo contractual se insta al desahucio del arrendatario ante el Juzgado de Toledo, que estimó la demanda, confirmando la Audiencia de Madrid.

No triunfa el recurso de revisión. Se alega como cuestión nula, no planteada en la instancia, que los propietarios de la finca no son los demandantes, cuando la cualidad de dueños y arrendadores con que comparecen los demandantes les fue reconocida expresamente en las diligencias preliminares del juicio y en la contestación a la demanda por el propio recurrente, habiéndoles hecho el pago del canon arrendaticio. Carece de interés el posible error en la apreciación de la prueba testifical, inoperante en este litigio, según se desprende del artículo 52, número 4, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos; si examinamos la prueba documental, se observa que la liquidación de cuentas entre las partes se refiere sólo al período de septiembre de 1963 a mayo de 1968 y no a la correspondiente desde esta fecha hasta septiembre de 1969, por lo que no puede inferirse de ella que el contrato continuara por otros seis años más. En la confesión judicial, los demandantes no han reconocido ninguna de las posiciones que les fueron formuladas referentes a la duración del contrato por doce años como pretende el recurrente, negando la aplicación pretendida por éste a los recibos que les fueron presentados, por lo que, en definitiva nada se ha probado por este medio.

DESAHUCIO: EL CONTRATO, DADO EL PARENTESCO DE LAS PARTES, ES DE LOS EXCEPTUADOS DE LA LEGISLACION ARRENDATICA ESPECIAL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1975).

Cedidas varias fincas por un plazo de seis años al hijo y hermano de los demandantes, éste continuó, finalizado el plazo, por tácita reconducción en el disfrute de las fincas hasta su fallecimiento en 1970, continuando en el goce de las mismas su viuda, que fue requerida en 1971 para que dejase libres las fincas, repitiéndose en el año siguiente sin que lo hiciese, por lo que se le demanda ante el Juzgado de Haro, que estimó la excepción de cosa juzgada y desestimó la demanda, revocando posteriormente la Audiencia de Burgos.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, no tiene éxito. La sentencia del Juzgado de Haro, en la que el recurrente quiere fundar la excepción de cosa juzgada, resolvió la falta de determinación e individualización de las fincas, objeto del desahucio, por entender que, mediante su descripción en el escrito inicial no era posible identificarlas, excepción que estimó el Juzgado, lo que demuestra que la primera demanda fue desestimada por un defecto formal en el modo de proponerla que, una vez subsanada, hizo posible a los actores formular de nuevo la pretensión y que ésta fuese discutida en este segundo pleito y, además, si no se pudieron identificar las fincas en el primer litigio, mal puede haber identidad entre los objetos de ambos litigios, ya que no se puede saber si las del segundo son los mismos que los del primero. Tampoco puede admitirse la incompetencia objetiva porque la acción ejercitada es la de resolución del contrato existente entre las partes por vencimiento del plazo contractual, el conocimiento de la cual compete a la jurisdicción ordinaria por el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime

cuando el arrendamiento aparece concertado entre consanguíneos: madre e hija, por una parte, e hijo y hermano de las anteriores, por otra, comprendido, por tanto, en la excepción prevista en el último párrafo del artículo 1.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: AL FIRMARSE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, EL DEMANDANTE EJERCIÓ YA LA INDUSTRIA DE BAR EN EL MISMO INMUEBLE (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Celebrado un contrato de arrendamiento de industria de bar en 1969 por un año, éste se prorrogó por tácita reconducción, el último de cuyos plazos concluyó en 1 de noviembre de 1973 y, dentro de los quince días siguientes se interpone la demanda, a la que se opone el arrendatario, alegando que el arrendamiento es de local y no de industria. El Juzgado número 4 de Madrid declaró no haber lugar al desahucio pretendido, lo que confirmó la Audiencia de la misma capital.

En cambio triunfa el recurso de injusticia. La sentencia recurrida dice que el contrato es de arrendamiento de local, porque no fue objeto del mismo una unidad patrimonial con vida propia, pues nadie puede dar lo que no tiene, afirmación que se desvirtúa con los documentos aportados por el actor: certificación registral en la que consta la adquisición por los actores de un bar; recibo de la Contribución Industrial a nombre de la esposa del recurrente; resguardos y cédulas de notificación de la Delegación de Hacienda a favor de la misma, lo que demuestra que cuando el demandante, que actúa en nombre de su mujer, firmó el contrato de arrendamiento, venía ejerciendo en dicho inmueble la industria de bar, incluso con anterioridad a su compra. También se ha infringido el artículo 1.281 del Código, que propugna la interpretación literal de los contratos, puesto que en el de arrendamiento se expresa que el demandante es propietario del bar llamado «Siglo XXII» con todas sus instalaciones, servicios y clientela, conteniendo una unidad patrimonial con vida propia, la que conviene en dar en arrendamiento al demandado, uniéndose a dicho contrato un inventario de utensilios firmado por el arrendatario.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DECLARANDO LA RUINA DEL INMUEBLE, SON FIRMES DESDE QUE SE PRONUNCIAN YA QUE CONTRA ELLAS SOLO CABE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Se obtiene judicialmente por los copropietarios de un edificio arrendado a varios inquilinos, la declaración de ruina del inmueble, demandando a éstos para la resolución de los contratos respectivos. El Juzgado número 2 de Alicante estimó la demanda y la Audiencia de Valencia lo confirmó.

El Tribunal Supremo no admite el recurso, ya que según el artículo 114,

causa 10.ª, de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es necesario que, antes de ejercitarse la acción por el arrendador, sea notificada a los locatarios la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se confirma la declaración de ruina. Esta es firme cuando ya no cabe recurso, lo que ocurre con las resoluciones de la Sala cuarta de este Tribunal, contra las que no se admite sino el recurso excepcional de revisión que supone la firmeza de la sentencia respectiva. No existe abuso de derecho por parte de los copropietarios, ya que se da el ejercicio normal de un derecho de resolución por el arrendador frente a unos arrendatarios que no merecen ser protegidos en cuanto a su pretensión de continuar indefinidamente en el uso de la cosa arrendada, pese a concurrir causa de resolución del contrato.

TRASPASO ILEGAL: SE CONSIDERA QUE EXISTE EN EL CASO DEL HIJO DE UN SOCIO QUE SE SUBROGA EN EL LUGAR DE SU PADRE, UNICO SOBREVIVIENTE DE UNA SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA, QUE ERA LA PRIMITIVA ARRENDATARIA DEL LOCAL (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1975).

Al faltar el pago de la renta durante varios años, el propietario se dirige contra la sociedad arrendataria, pero comparece otra persona manteniendo que es la titular del arrendamiento por subrogación de su padre, por lo cual el Juzgado absuelve a la entidad demandada, lo que confirma la Audiencia Provincial de Sevilla. En vista de ello, el propietario interpone demanda contra el ocupante actual del local, por traspaso o cesión inconsentida. El Juzgado número 4 de Sevilla desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia apelada, declarando resuelto el contrato.

El recurso de injusticia no prosperó siendo desestimado en Sentencia de 13 de abril de 1973, pero se formuló el extraordinario de revisión con base en un documento aparecido después de dictada sentencia firme: un acta de 22 de febrero de 1961 a la que se remite la escritura de disolución de la sociedad regular colectiva por muerte de uno de los socios en el mismo año 1961. En este momento se subrogó en los derechos arrendaticios de la entidad el único socio sobreviviente y, a su muerte en 1966, se subrogó su hijo, segunda subrogación permitida por la legislación especial. Admitido el recurso extraordinario por el Tribunal Supremo no triunfa el dirigirse contra la sentencia de casación y no contra la de instancia que es la afectada por el motivo o causa de revisión, consistente en el acta notarial referida, intrascendente para la sentencia de casación. La revisión había de referirse a la sentencia de instancia, por variar los elementos probatorios de la misma, ya que la validez del proceso no está vinculada a la sentencia de casación y no depende de su rescisión el valor y efectos de la misma, salvo que lo realmente atacado fuese esta sentencia, de acuerdo con la uniforme y constante doctrina jurisprudencial.

DESAHUCIO DE FINCA URBANA: AL RESOLVERSE EL PRIMITIVO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, DESPUES DEL DERRIBO DE LA EDIFICACION EXISTENTE, SUSTITUYENDO POR OTRO NUEVO, SE DA A ESTE LA CALIFICACION DE ARRENDAMIENTO DE SOLAR, SUJETO, POR TANTO, AL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1976).

El objeto del arrendamiento era una finca urbana con unos cobertizos, que se destruyeron a consecuencia de una gran nevada, por lo que la

actora otorgó nuevo contrato a favor de aquél en el que se hacía constar que el objeto del arrendamiento era un solar sin edificación para instalar en él unas sierras mecánicas y concluyendo el 1 de febrero de 1973. Llegada esta fecha no desalojó la finca, por lo que se le demanda, solicitando el desahucio. El Juzgado número 2 de Barcelona y la Audiencia Territorial estimaron la demanda.

No ha lugar al recurso de casación por infracción de ley. Pretende el recurrente sacar la conclusión de dos actas notariales, constantes en autos, de que no hubo derribo del primer cobertizo, cuestión que aun siendo cierta no modificaría la calificación del contrato. La pérdida del cobertizo, cualquiera que sea la proporción en que se derrumbó, no afecta en absoluto a la condición de solar de lo arrendado, habiendo sido resuelto el primitivo contrato de común acuerdo entre las partes. El último motivo, al afirmar que no había arrendamiento de un solar, sino de un local de negocio, hace supuesto de la cuestión y mantiene una calificación del contrato, diametralmente opuesta a la sentada por el Triunal, debiendo por ello ser igualmente desestimada.

DESAHUCIO DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: NO SE DEMUESTRA QUE LO ARRENDADO FUESE UN LOCAL EN LUGAR DE UNA INDUSTRIA (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1976).

La demandante, propietaria de una industria de ladrillería con sus herramientas y enseres, arrendó la expresada industria como unidad patrimonial con vida propia y en funcionamiento, fijándose el plazo en cinco años y siete meses, que podría prorrogar el arrendatario por diez años más, fijándose como tope la fecha de 31 de diciembre de 1972. Llegado este día, la sociedad arrendataria no reintegró la posesión a pesar de los requerimientos hechos, por lo que se solicita judicialmente el desahucio de la misma. La demandada alegó que el arrendamiento era de local y no de industria, por lo que la prórroga debía ser indefinida. El Juzgado número 1 de Hospitalet, así como la Audiencia de Barcelona, estimaron la demanda.

No triunfa el recurso de casación por infracción de la ley. La recurrente solicitó licencia municipal para instalar una «bóvila» con la maquinaria, pero ello no demuestra que la impugnante sea propietaria de la industria litigiosa, ya que no cabe confundir la industria arrendada antes y las mejoras o perfeccionamientos introducidas posteriormente por la arrendataria, mediante la adición a la misma de nueva maquinaria. No se demuestra, contra lo apreciado por el Juez de Instancia, que el objeto del arrendamiento fuese un local en lugar de una industria. La tácita reconducción no se produce, aunque al terminar el contrato permanezca el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada si antes ha mediado requerimiento del arrendador, efectuado antes del día prefijado para la conclusión del arriendo.

TRASPASO: NO EXISTE ESTE, A LOS EFECTOS DE LA LEGISLACION ARRENDATICIA, EN LA ADJUDICACION DE UN LOCAL A UN SOCIO, AL SEPARARSE ESTE DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA DEL MISMO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1976).

Según el actor, había arrendado, junto con otras personas, un local para bazar y en marzo de 1970, los arrendatarios acordaron que uno de ellos traspasaría sus derechos a otro, por lo que percibiría una determinada

contraprestación. El arrendatario no notificó el traspaso al administrador de la propiedad, por lo que se advirtió al cesionario que el traspaso era ilegal, teniendo que otorgar un nuevo contrato entre el administrador y aquél, al que se le había causado un perjuicio económico que se fijó en 3.240.000 pesetas, como saldo finiquito de los daños y perjuicios causados. El demandado contestó que quien explotaba el negocio era una sociedad anónima, de la que eran socios los hoy litigantes y otras dos personas. Al separarse de la sociedad el actor y otro socio, poseedores del cincuenta por ciento del capital, se les adjudicó la parte que correspondía en las instalaciones y mercaderías, atribuyéndose unos locales al actor y otros a los demás, dejando de ejercer sus actividades en los locales adjudicados a los socios la entidad citada, por lo que no se produjo traspaso a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por tanto, el demandado carecía de legitimación pasiva porque él no fue nunca titular del arrendamiento, habiendo silenciado el actor las reales relaciones que como socios de una sociedad anónima habían mantenido entre sí. El Juzgado número 4 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia Territorial lo confirmó.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley. Negado por el Juez de Instancia que el actor hubiese probado ser tercero adquirente, mediante precio, del local y la existencia de precio en la cesión, es indiferente que en un traspaso el coarrendatario pueda ser considerado tercero o no a los efectos del artículo 29 de la Ley de Arrendamientos. De aquí que decaigan también los otros motivos, referentes a la inaplicación del artículo 32 de la misma Ley y del artículo 1.101 del Código, en relación éste con los artículos 29 y 32 del texto arrendaticio, por no existir verdadero traspaso y depender su eficacia del consentimiento del arrendador.

C. R. R.

TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA.—CADUCIDAD DEL PODER TESTATORIO.—PRESCRIPCION ADQUISITIVA.—ACCION DE PETICION DE HERENCIA.—PRESCRIPCION EXTINTIVA.—COMPUTO.—INVALIDEZ PARCIAL DEL TESTAMENTO.—Ley 3.ª, título 21 del Fuero de Vizcaya.—Artículo 4.º, 1.259, 1.963, 1.965 y 1.969 del Código civil (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1977).

El poder testatorio caduca en Vizcaya al cumplirse el año siguiente a la mayoría de edad, por emancipación, del hijo menor. La prescripción adquisitiva no puede comenzar a producirse hasta que el heredero aparente exteriorizó su intención de poseer por sí y en exclusiva los bienes hereditarios. Para el cómputo de la prescripción extintiva ha de tenerse en cuenta que la acción nace cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa. La invalidez parcial debe prevalecer en nuestro Derecho, frente al principio opuesto de la invalidez total.

El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Bilbao desestimó la demanda apreciando la excepción perentoria de prescripción de la acción de petición de herencia. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó esa sentencia y desestimó la demanda, absolviendo de la misma a la parte demandada y estimando parcialmente la reconvencción. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante, conforme a los motivos que ésta expone bajo los

números primero, tercero y cuarto, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan los hechos y motivaciones de este litigio:

Considerando que para la exacta comprensión de las cuestiones debatidas en el recurso en cuestión, y adecuada decisión sobre los cuatro motivos admitidos en que el mismo viene amparado, es de tener en cuenta, por ser hechos esencialmente reconocidos en el sentencia recurrida e incluso explícita e implícitamente admitidos por los litigantes personados, lo siguiente: Primero: Que don R. M. y A. y doña A. E. I., padres del demandante don J. M. E. y de los demandados doña A. y don M. M. E., otorgaron el veintiséis de enero de mil novecientos cuatro capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de la sociedad conyugal proyectada, y posteriormente realizada, con arreglo al Fuero de Vizcaya, por el que habrían de regirse en orden al destino de los bienes que respectivamente aportaron, conviniendo que los referidos esposos, ella con aprobación de sus padres, se conferían mutuo y recíproco poder para que el sobreviviente dispusiere de los bienes del premuerto entre los hijos comunes en la proporción, cuantía, forma, reservas, cargas y condiciones que estimare conveniente y con los apartamientos y exclusiones del caso, bien sea por actos inter vivos, ya por causa de muerte, prorrogándole el término legal para hacer uso de ese poder, por todo el tiempo que fuere de su agrado.—Segundo: Que el diecinueve de enero de mil novecientos treinta falleció el esposo don R. M. A., dejando del referido matrimonio como hijos a los relacionados demandante y demandados, habiendo sido emancipado don J. M. M. E., que era el de menor edad, el veintiuno de julio de mil novecientos treinta y cuatro, cuando tenía veinte años de edad cumplidos.—Tercero: Que la viuda, doña A. E. I., fallecida el tres de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, otorgó testamento, que es el único que consta por ella efectuado, el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, en el que, entre otras declaraciones inoperantes al caso, lega al hijo don M. M. la mitad indivisa perteneciente a la testadora de las fincas, radicantes en la jurisdicción de anteiglesia, consistentes en las casas llamadas «Echepinto», «Echevarri» y «Casa Panadería», con sus terrenos pertenecidos de antezanos y huerta, dividida por la carretera de la Estación, y el monte nombrado «Mucurtotza», cuarto de Monte Sel, de medida aproximada de ciento veinticinco peonadas; hace otro legado a la hija doña A. de la casa radicante en jurisdicción de Bedía y titulada «Echevarría», con su huerta próxima y aneja, sita en el barrio de Ibarra, nombrada dicha huerta «Ortue» y de cabida de mil ciento cuarenta y cinco metros cuadrados, instituyendo y nombrando herederos por mitad e iguales partes, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, y de las integrantes de la herencia de su difunto esposo y comitente a sus citados hijos doña A. y don M., apartando a su otro hijo don J. y demás descendientes, excluyéndole de los bienes de tal institución, así como aparta y excluye también de los legados precedentemente expuestos a los no llamados a los mismos, con la legítima foral de un real de vellón, un palmo de tierra, una teja y el árbol más remoto e infructífero.—Cuarto: Que en las invocadas capitulaciones matrimoniales se consignó que el precitado don R. M. A. aportaba al matrimonio proyectado, y que se constituyó, la mitad indivisa que por título de comunicación foral le correspondía de una porción del monte nombrado «Usán-solo», radicante en el barrio de Unquina, jurisdicción de la anteiglesia de Galdácano, de catorce áreas con ochenta centiáreas con las casas dobles tituladas «Casa Pinta» y «Echevarri», y la casa sencilla nombrada «Panadería», construidas en ella, así como varios de los muebles y ropas valuadas en mil trescientas cuatro pesetas, todo lo cual se expresaba debidamente en la escritura de declaración voluntaria sobre los bienes relictos por fallecimiento de su primera esposa doña R. G. A., otorgada

con su cuñado don I. el veintitrés de enero de mil novecientos cuatro, en tanto que don P. E. M. y doña J. I. M., padres de la tan mencionada doña A., donaban y mandaban a ésta, con motivo del meritado matrimonio, en concepto de dote inestimada, la casa llamada «Lecue de Medio» y sus pertenecidos, de que se hace detallada descripción, y como dote estimada los efectos de arreo que se expresaban y serían entregados el mismo día del casamiento, y los muebles y efectos que se relacionaban, estableciéndose que la donación causa a favor de su dicha hija el pago total de los derechos de la misma en las herencias paterna y materna y con exclusión de los demás hijos, con un palmo de tierra, una teja, un árbol y setenta y cinco céntimos de peseta a cada uno, imponiéndole determinadas obligaciones sin trascendencia a los fines del presente recurso, y conviniendo asimismo las integrantes del futuro matrimonio, y llevado a efecto, entre don R. M. A. y doña A. E. I., ésta con aprobación de sus padres, en demostración de afecto, la donación mutuamente con mil quinientas pesetas para que el sobreviviente las hiciese y llevase de lo mejor y más realizable de los bienes del premuerto, disolviéndose el matrimonio sin hijos, habiéndose si no llegaren a la edad de testar o llegados fallecieren abintestato, y confiriéndose el mutuo y recíproco poder a que se contrae el primero de los apartados de este considerando.—Quinto: Que mediante escritura notarial de treinta de junio de mil novecientos treinta, a efectos de otorgamiento de un préstamo e hipoteca, doña A. E. e I. hizo manifestación de bienes de comunicación foral convenida por consecuencia de su matrimonio constituido con su fallecido marido don R. M. A. del monte titulado «Usánsolo», ya citado, sobre el que existen las casas nombradas «Casa Pinta», casa doble nombrada «Echevarría» y casa sencilla llamada «Panadería», precedentemente aludidas, que provenían al citado don R. en una mitad por el título legal de comunicación de los bienes de su anterior matrimonio con doña R. G. A., y en la otra mitad por compra a su hijo de dichas primeras nupcial don J. M. y G., según escritura pública otorgada el veinticuatro de mayo de mil novecientos veinticuatro, edificada y aprobada la última por la esposa del vendedor, doña P. G. A. en primero de enero de mil novecientos veintidós, con subsiguiente inscripción registral y afectación de una situación jurídica de enfiteusis; un monte amojonado en el barrio de Arteta, jurisdicción de Galdácano, en el sitio cuyo nombre no aparece precisado, por ilegible, en la cabida que se expresa y del que se hace detallada descripción, comprado por el citado don R. M. A. durante su matrimonio con doña A. E. I., con subsiguiente inscripción registral, y cuya finca formaba parte de la constituida por la casa-caserío señalada al número ciento noventa y cuatro y con pertenecidos del barrio de Arteta, y en unión también de la finca señalada con el número ciento noventa y tres, afecta, según se dice, a un crédito que nadie reclama; la casa llamada «Lecue de Medio», con campo y antuzano contiguo, jaro y viveros, heredades de pan y sembrar nombradas «Beco Soloa», «Mario-Solo», «Inasolo» y «Echeonda», de todo lo que se hace amplia relación, y cuya finca fue donada a la mentada doña A., en dote inestimada, por sus padres don P. E. y doña T. I. M., en la referida escritura de capitulaciones matrimoniales, inscrita registralmente; una casa denominada «Echevarría» que se halla situada en el barrio de Ibarra, de la anteiglesias de Bedía, y la heredad llamada «Ortue», con pertenecidos de la casería de Ibarra, lo que fue comprado por ambos esposos, con pacto de retro, a medio de escritura publicado formalizada el trece de diciembre de mil novecientos veintiuno, con inscripción registral, y estando la finca descrita libre de toda carga y gravamen, salvo el derecho «del usufructo vitalicio de la mitad de las ventas» que fue reservado por doña A. I. M. al donar la finca a su hija doña L. E. en escritura notarial otorgada en cinco de septiembre de mil

novecientos veintiuno.—Sexto: Que con fecha once de febrero de mil novecientos sesenta, mediante comparecencia ante Notario, doña A. M. E., asistida de su esposo don S. O. B. y don M. M. E., casado con doña P. U. L., basándose en el contrato matrimonial, poder testatorio y disposiciones testamentarias correspondientes a los esposos tantas veces citados, señores M.-E., procedieron a la adjudicación de los bienes constitutivos de las herencias de ambos cónyuges, asignando al don M. la mitad indivisa perteneciente a su madre doña A. del terreno procedente del monte titulado «Usánsolo», precitado, y edificaciones en él existentes, «Casa Pinta», casa doble llamada «Echevarri» y la casa sencilla nominada «Panadería, expresadas, así como la totalidad del Monte Sel conocido por el nombre de Mucurtotza», en tanto que a doña A. se hacía asignación de la totalidad de la casa nominada «Echevarría» y heredad «Ortue», haciéndose igualmente adjudicación a los referidos don M. y doña A. de la concesión del terreno para enterramientos que, señalado con el número uno al cuatro, letra C, pertenecía a sus padres en el cementerio del Ayuntamiento de la anteiglesia de Galdácano, con sujeción a lo que determinen los reglamentos vigentes sobre la materia, dándose los relacionados adjudicatarios por satisfechos y pagados sus derechos hereditarios y que cualquier deuda u obligación real o personal que pudiera aparecer la pagarían en proporción a sus respectivos haberes, siendo de cuenta de cada adjudicatario la inscripción en el Registro de los bienes que respectivamente se han adjudicado, y cuya actividad registral tuvo lugar.—Séptimo: Que la repetida doña A. M. E., con el asentimiento foral de su esposo don S. O. B., vendió las viviendas derecha e izquierda de la planta baja y las viviendas derecha e izquierda de la planta alta segunda, con sendas parcelas de terreno segregadas del antuzano de la referida casa «Echevarría», mediante tres escrituras públicas, de veinte de abril de mil novecientos sesenta y una de veinte de agosto de mil novecientos sesenta y dos, otorgadas ante Notario, en favor de terceros, y mediante también escritura pública de once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, la propia doña A. realizó donación en favor de su hijo don J. M. de la mitad indivisa de la finca nominada «Usánsolo», de que se viene haciendo mención, correspondiente a la sucesión de su expresado esposo, y octavo: Que en el escrito inicial de demanda, rectora de las actuaciones de que el presunto recurso dimana, fechada el veinte de marzo de mil novecientos setenta y cuatro y sometido a reparto el veintiséis siguiente, se solicitó, entre otros extremos complementarios, la declaración de caducidad del poder testatorio conferido por don R. M. A. en favor de su esposa en segundas nupcias doña A. E. I. y, como consecuencia, la nulidad de actos y negocios jurídicos posteriores verificados con su base y fundamento, caducidad que reconoce la sentencia recurrida, pero que declara prescrita la acción de petición de herencia que aprecia se promueve, por lo que no extrae, en definitiva, consecuencias de la apreciada caducidad.

Considerando que en trance de decidir el recurso de casación ejercitado, y para guardar un adecuado rigor lógico en él, procede alterar el estudio de los motivos admitidos en el sentido de pronunciarse en primer lugar sobre el tercero, fundamentado en pretendida infracción, por aplicación indebida, de la Ley séptima, título XIV, de la partida VI, así como de los artículos 1.963 y 1.969 del Código civil, y en violación o faltas de aplicación, estimándolo aplicable, del artículo 1.965 del mencionado Código y doctrina con él relacionada, en tanto en cuanto la sentencia recurrida acoge la excepción opuesta por el demandado comparecido don M. M. E. de prescripción de la acción de petición de herencia que se manifiesta ejercitada, pues de la solución que deba merecer esta cuestión pende la de las demás planteadas.

Considerando que de tener en cuenta en orden a dicho tercer motivo

de casación, que nuestro Código civil, superando la teoría de la «actio nata»—afirmativa—para ser posible la prescripción, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, acepta, a través de la normativa del artículo 1.969, la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo en que pudiese ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en sentencias de veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y dos y veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y dos, reiterando criterio ya sostenido en otras precedente, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes que la acción pudiese ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo.

Considerando que haciendo adecuada aplicación al supuesto contemplado de la doctrina expuesta en el precedente, es de llegar a la solución de estimación del citado motivo tercero de casación, al producirse en la sentencia evidente violación del artículo 1.969, en que tal motivo se fundamenta, toda vez que, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora en instancia, y aun prescindiendo de los diversos motivos que en relación con las acciones ejercitadas presentan las pretensiones formuladas en los escritos de demanda y réplica rectores del proceso de que se trata, el «dies a quo», para cómputo inicial de la prescripción extintiva alegada por el demandado personado don M. M. E. y que la recurrida sentencia acogió, no ha de ser fijado desde el día veintitrés de julio de mil novecientos treinta y cinco, en que se manifiesta producida caducidad del poder testatorio conferido por don R. M. A. a su esposa doña A. E. I., sino desde la fecha de tres de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, en que se produjo el fallecimiento de tal comisaria o apoderada testatoria, con lo que presentada la demanda en cuestión en veintiséis de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, en que fue sometida a reparto y producida su admisión a trámite, claro es que en modo alguno han transcurrido los treinta años que se fijan en la sentencia impugnada para la prescripción de la acción de petición de herencia, haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial sancionada en sentencias, entre otras, de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos, doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno, doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, cuya tesis de cómputo inicial que este Tribunal acoge con remisión a la citada fecha de tres de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, viene avalada, de una parte, por el hecho de que hasta entonces, en que se produjo el fallecimiento de la precitada comisaria y dada la reserva y consiguiente secreto de las disposiciones legalmente establecidas, no tenía el demandante medios adecuados para conocer si aquella había hecho o no uso, y en qué términos, del aludido poder testatorio que le confiriera su esposo, y en su caso de su alcance y efectos, no estando, por tanto, en condiciones de poder ejercitar normal y eficazmente acción de petición de herencia de su padre poderdante, desde el momento en que un derecho no está en condiciones de ser reclamado en tanto no se conozca su existencia, contenido, alcance y efectos, y habida cuenta que pedir una herencia no es simplemente reclamarla genéricamente, pues que este aspecto ya surge de la mera aceptación de la herencia prefijada en forma

expresa o tácita, sino el reclamarla específicamente con el contenido a que en definitiva alcance según la institución hereditaria producida, y, de otra parte, en razón a que estando supeditado el derecho hereditario atribuible al referido demandante don J. M. E. a las consecuencias que jurídicamente pudieran merecer los actos realizados por la tantas veces aludida comisaria doña A. E. I., haciendo uso del poder testatorio de que se viene haciendo mención, determina la no posibilidad de prescripción de toda acción, y entre ellas la de petición de herencia, en tanto el comienzo del plazo para prescribir se encuentre supeditado a que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos o negocios jurídicos que, de no ser adecuados en derecho, generen nulidad radical, absoluta y de pleno derecho, toda vez que siendo tal clase de ineficacia perpetua e insubsanable, por serlo «in radice», es imprescriptible, conforme al principio «contra non valentem agere non currit prescriptio», sin admisión de prescripción sanatoria, como tiene reconocido este Tribunal en sentencia de seis de mayo de mil novecientos nueve, diez de abril de mil novecientos treinta y tres y diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta, entre otras, con la consiguiente repercusión de comunicación y trascendencia a toda acción que tenga relación con esa secuencia de ineficacia.

Considerando que declarada la procedencia del tercero de los motivos de casación formulados, determina llegar a la también estimación del primero fundamentado por el recurrente en violación, a causa de no aplicación del artículo 1.259 del Código civil y doctrina legal con él relacionada, derivada de las sentencias del Tribunal Supremo que en apoyo de tal motivo primero se invocan, y del artículo 4.º del citado Cuerpo legal sustantivo, también por no aplicación, que se aduce regía al tiempo de los actos o negocios jurídicos impugnados, en cuanto respectivamente previenen que «nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal», de manera que «el contrato celebrado a nombre de otro será nulo a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante», y que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez», lo que es esencialmente acogido en los números tres y cuatro del artículo 6.º de la Ley 3/1973, de diecisiete de marzo, modificadora del Título Preliminar del Código civil, porque esa infracción emana no solamente del hecho de que la recurrida sentencia ya reconocía, en el tercero de sus considerandos, «que es cierto, y así lo admite la demandada, que el poder testatorio otorgado por don F. M. a su esposa doña A. caducó, quedando extinguido y sin validez el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, es decir, al cumplirse el año y día de la mayoría de edad, por emancipación, del menor de los hijos, don M. M. E., en relación con lo dispuesto en la Ley tercera del título veintuno del Fuero de Vizcaya, en relación con la disposición transitoria primera de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya de diez de julio de mil novecientos cincuenta y nueve», y que «en su consecuencia, todo cuanto dispuso doña A., con posterioridad a aquella fecha, no sólo por actos inter vivos en mil novecientos cuarenta y siete, sino por testamento en mil novecientos cincuenta y siete, como comisaria foral haciendo uso del poder testario (*sic*) conferido por su esposo, habría de resultar en principio nulo y carente de valor», ni que de la doctrina establecida por este Tribunal en la sentencia de ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, en la que es de insistir, sancionadora de que, en adecuada interpretación de la Ley III, título XXI, del Fuero de Vizcaya, caducado el poder testatorio al cumplirse el año siguiente a la mayoría de edad, por causa de emancipación, del hijo menor desde dicha fecha, no podía la comisaria hacer uso con eficacia jurídica de dicho poder, por la razón

de que ya no lo ostentaba, tanto porque la caducidad implica la inexistencia de un término fijo para la duración de un derecho y transcurrido aquél ya no puede éste ser ejercitado, cuanto por ser el requisito de subsistencia de poder indispensable para actuar a nombre de otro en virtud de autorización representativa, de modo que cuando falta, y se actúa sin persistir jurídicamente la autorización, los actos creados son nulos de pleno derecho por falta de facultades de la otorgante y ser actos prohibidos por la citada Ley III, título XXI, del Fuero de Vizcaya, con la consecuencia de nulidad radical, absoluta, perpetua e insubsanable, equivalente a la inexistencia, en ortodoxa aplicación del brocardo jurídico de que «quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere», y mayormente porque siendo el fundamento del testamento por comisario en Vizcaya, en tendencia al robustecimiento de la familia, base espiritual de la casería para regir ésta, el permitir una buena elección del que se considere más apto, de entre los hijos, con facultad de conferir la regencia al consorte para efectuar la designación a partir de que el menor de los hijos llegue a la mayoría de edad, por ser el momento en que se estima pueden ser conocidas las cualidades de todos los hijos, permitiendo acoger al que se considere más idóneo de ellos, durante el plazo de un año siguiente a ese alcance de mayoría de edad del hijo menor, en orientación al fin de conservación de la casería por encima de la temporalidad de la vida de los individuos, por entenderse suficiente para ello aquella precitada exacta y precisa limitación temporal, y no un módulo más amplio o con extensión abstracta e indeterminada en el tiempo.

Considerando que centrado el recurso en el segundo de los motivos en que el mismo se ampara, con base en pretendida infracción por violación o falta de aplicación de los mismos preceptos y doctrina legal en que se soporta el primero, con referencia específica y concreta en nulidad radical, plena, absoluta y de pleno derecho e insubsanable del testamento bajo el que falleció la que fue comisaria, doña A. E. I., otorgado el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, o sea, a los veintiún años de haber caducado el poder testatorio que le venía conferido, actuando aquélla en dicho acto de última voluntad tanto por sí como en el concepto de comisaria foral de su referido fallecido esposo en uso de dicho poder testatorio que le confirió, haciendo disposición, después de establecer determinados legados a favor de sus hijos doña A. y don M., en el sentido de instituir y nombrarlos herederos universales por mitad, tanto en los bienes, derechos y acciones propios como en los de su esposo fallecido, a sus citados hijos doña A. y don M., apartado de ambas herencias con la legítima foral a su también hijo don J., plantea el problema dimanante de la rúbrica de «invalidez total o parcial del negocio jurídico», o al menos acertada de «invalidez, nulidad o ineficacia parcial», de si la causa de nulidad de una disposición, cláusula, pacto o estipulación de las varias contenidas en un negocio jurídico restringe sus efectos invalidatorios a la parte de éste directamente afectada por aquella causa, conforme al antiguo adagio «utile per inutile non vitiatur» (invalidez parcial), o, por el contrario, los extiende o propaga a todo el contenido del negocio, de acuerdo con el brocardo latino «unus actus non potest pro parte valere, pro parte non» (invalidez total), cuya problemática abarca también la cuestión relativa a si la causa de nulidad de unos fragmentos o elementos de cierta cláusula contrae sus consecuencias invalidatorias a aquéllos, reduciéndose, por tanto, su ámbito o, contrariamente, las contagia a toda la cláusula negocial.

Considerando que, a falta de una norma jurídica general sobre la materia, ha de estarse para solucionar el problema, en primer término, a la disposición legal concreta—a alguna de las cuales se hará referencia después—que encierre la norma especial aplicable a la institución particular

objeto del debate y, en defecto de ella, deberá acudir a la hermenéutica negocial, según proclama la sentencia de este Tribunal de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco, teniendo presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez-parcial o la invalidez-total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe.

Considerando que situados ya en este plano, es digno de notar que en el Derecho comparado se observan dos tendencias en orden a cuál debe ser la regla general encaminada a la invalidez total y otra a la de nulidad parcial aludidas en los considerandos precedentes, ya que mientras el Código civil alemán (párrafo ciento treinta y nueve), seguido por algún otro, se inclina por el primer criterio, al disponer que si es nula una parte del negocio jurídico todo él es nulo, a menos que deba entenderse que, ello no obstante, se hubiera celebrado sin la parte nula, el Código suizo de las obligaciones (art. 20, párrafo 2), y el Código italiano de mil novecientos cuarenta y dos (art. 419), entre otros, establecen la regla contraria, preceptuando el último que la nulidad parcial de un contrato o de singulares cláusulas del mismo acarrea la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo hubieren concluido sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad.

Considerando que dicha regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro derecho, aun a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: 1.º) En la aplicación analógica admitida por el artículo 4.º-1 del Código civil, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte de aquél [arts. 641, párrafo segundo; 737, párrafo segundo; 767, 781, 786, 793, 1.116 (interpretado en este sentido por la sentencia de este Tribunal de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco), 1.155, párrafo primero; 1.376, 1.377, 1.476, 1.691, párrafo primero, etc.]. 2.º) Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las sentencias de treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro y siete de noviembre de mil novecientos sesenta y siete. 3.º) En la Jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez-parcial, como es de ver en las sentencias de treinta de marzo de mil novecientos cincuenta, once de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, veintidós de enero y diecisiete, veintiuno y veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y siete de junio y seis de diciembre de mil novecientos sesenta, cuya regla es la procedente a menos que la exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiese concluido sin la parte nula, como se estimó en las sentencias de esta Sala de diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y cinco y treinta de noviembre de mil novecientos setenta y tres, como se previó en la antes mencionada de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Considerando que la aplicación de la anterior doctrina al caso litigioso impide declarar la nulidad total pretendida del aludido testamento de veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, en virtud del cual, según ya viene indicado, doña A. E. I., actuando tanto por sí como en el concepto de comisaria foral de su referido fallecido esposo en uso del poder testatorio que le confirió, hizo disposición de determinados legados a favor de sus hijos doña A. y don M., concretados en determinados bienes, les instituyó y nombró herederos universales por mitad, tanto

en los bienes, derechos y acciones propios como en los de su esposo fallecido, apartando de ambas herencias con la legítima foral a su también hijo don J., así como obsta a la apertura de la sucesión legítima respecto a la herencia de la precitada doña A., dado que si la caducidad del poder testatorio otorgado por su marido privó a su viuda de la facultad de disponer de la mitad indivisa perteneciente al premuerto, quedó subsistente, sin embargo, el poder de disposición «mortis causa» en cuanto a sus bienes, derechos y acciones propios, habida cuenta de que nada hay revelador de que la autora de la disposición de éstos no la hubiere realizado sin haber dispuesto simultánea y conjuntamente de la herencia de su finado cónyuge.

Considerando que esta conclusión aparece reforzada por el hecho de que la actividad testamentaria realizada por doña A. E. I., de que se hace examen, está poniendo de manifiesto que la llevó a cabo no exclusivamente en ejercicio del poder testatorio que, en modalidad de testamento por comisario, le había conferido su marido don R., si que también de su propio testamento, conforme autoriza el artículo 20 de la mencionada Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, al afectar solamente a hijos comunes de ambos cónyuges, lo que unido a la repetida circunstancia de caducidad del poder testatorio de que se viene haciendo mención, con la consiguiente extinción de sus efectos, conduce a la acogida solución de ineficacia de tal actividad testamentaria llevada a cabo por la meritada doña A. en orden a la herencia de su marido con base en dicho poder testatorio caducado, pero no en lo que guarda relación con la herencia propia de la precitada comisaria, tanto porque si es cierto que en virtud de la comunicación foral constituyen los bienes integrados una comunidad o copropiedad indivisa del cincuenta por ciento, o por mitad, entre la viuda y los hijos, de ello no cabe deducir, cual pretende el recurrente, que la testamentifacción producida sea única, pues una cosa es la expresión de voluntad testamentaria y otra los bienes, derechos y acciones que por ella, en definitiva, puedan resultar afectados, cuanto debido a que la orientación jurisprudencial, reflejada en sentencia de este Tribunal de ocho de julio de mil ochocientos ochenta y siete, reconocedora de que «los instrumentos son en general indivisibles y no pueden ser aceptados en parte y en parte repudiados», únicamente puede tener aplicación en el caso del instrumento con carácter de unicidad jurídica, pero no en el supuesto, que es el producido en el presente caso, de testamento, reflejados en un solo documento, afectantes con independencia jurídica a la disposición hereditaria de los bienes, derechos y acciones de dos personas, dado que entonces no se da la precisa situación de indivisibilidad impeditiva de la posibilidad de parcial aceptación, lo que no viene obstaculizado por el contenido de la ya citada sentencia de este Tribunal de ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, toda vez que en ella se contemplaba la donación amparada en poder testatorio caducado y, por tanto, extinguido en sus efectos, lo que es significativo de instrumento con valor jurídico único, con no posibilidad disgregatoria en su efectividad, que, como viene indicado, no es supuesto que se da en el caso actualmente en cuestión.

Considerando que, a mayor abundamiento y en materia testamentaria, confirma el criterio que se establece en los precedentes considerando el contenido del artículo 846 del Código civil, según el cual, cuando el testador tuviese sólo una parte en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte, puesto que aun cuando se considere que tal norma no regula un supuesto de invalidez parcial, sino de interpretación de voluntad, lo cierto es que careciendo la viuda testadora de la facultad de disposición sobre los bienes del cónyuge premuerto, en virtud de la caducidad del poder testatorio que le había otorgado éste, los efectos de

los legados y demás disposiciones testamentarias que realizó a medio del testamento de que se viene haciendo mención no pueden entenderse con más extensión que lo que, en definitiva, le alcancen con facultad dispositiva en los bienes de que dispuso en la referida conjunta actividad testatoria, como indeclinable secuencia de la voluntad manifestada en esa conjunta disposición, dado el principio imperante en materia hereditaria de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, y en cuanto que lo realmente evidenciado con intencionalidad dispositiva testamentaria por la meritada doña A. ha sido tal conjunta disposición y, en consecuencia, con proyección a la mitad de los bienes integrados en la comunidad foral por aquélla afectada.

Considerando que como consecuencia lógica de la estimación de los motivos primero y tercero de casación examinados, y de la desestimación del segundo, es de llegar a la también estimación del cuarto, amparado en infracción de los artículos 657, 658, 659, 661, 930 y 931 del Código civil, y de la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de diez y trece de octubre de mil novecientos catorce, siete de julio de mil novecientos quince, diez y trece de octubre de mil novecientos diecinueve, veintiocho de febrero de mil novecientos veintiséis y treinta de mayo de mil novecientos treinta, conforme a las cuales en materia de sucesión intestada rige el Código civil en toda España, como consecuencia del carácter general que alcanza la Ley de Mostrencos, salvo las normas específicas forales, porque aun teniendo valor el acto de última voluntad realizado por la tan aludida doña A. E. I., mediante el testamento que otorgó el once de febrero de mil novecientos veintinueve, en lo que afecta a su herencia y con proyección a los bienes que en definitiva la integren, el hecho de que no lo tenga en relación con la herencia de su fallecido esposo don R. M. A., por estar caducado y consiguientemente extinguido en sus efectos el poder testatorio que éste había conferido a aquélla, y acreditado que del matrimonio por ambos integrado nacieron tres hijos, que son el demandante, don J., y los demandados doña A. y don M., es visto que procede la apertura de la sucesión intestada del meritado don R. M. A., con la consiguiente declaración de herederos y el correspondiente derecho a los que resultan serlo de él a pedir la partición de dicha herencia.

Y en la segunda sentencia se establece:

Considerando que los argumentos expuestos en la sentencia de casación, que se incorporan y reproducen en la presente, conducen a la íntegra estimación del extremo primero de las declaraciones instadas en la súplica del escrito inicial de demanda, tendente a que el poder testatorio conferido por don R. M. A. a favor de su esposa en segundas nupcias doña A. E. I., en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada ante el que fue Notario de la villa de Bilbao, en fecha veintiséis de enero de mil novecientos cuatro y ratificado en el testamento del poderdante otorgado el día once de febrero de mil novecientos veintinueve, ante el Notario que fue de Amorebieta, al amparo de las disposiciones del Fuero de Vizcaya, caducó, terminó, se extinguió y perdió todo su valor y efecto legal el día ocho de agosto de mil novecientos treinta y siete, o sea, luego de cumplido el año y día de haber llegado a la mayoría de edad el hijo menor del matrimonio, don M. M. E., y por su derivación llevan igualmente a la estimación de los pedimentos primero y segundo adicionados en la súplica del escrito de réplica encaminados al pronunciamiento de que por falta de facultades de la otorgante doña A. E. I. es nula de pleno derecho, con nulidad radical y absoluta, la donación otorgada por dicha comisaria en favor de su hijo don M. M. E. ante el Notario de Bilbao, en fecha once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, así como la consiguiente inscripción de dicha donación en el Registro de la Propiedad de Bilbao, obrante al folio cuarenta y ocho, del libro trece de Galdácano, finca número cuatrocientos noventa y uno, inscripción décima,

y que es asimismo nula y sin valor ni efecto legal alguno la adjudicación de bienes practicada por fallecimiento de doña A. E. I., mediante escritura pública otorgada por don M. y doña A. M. E., asistida de su esposo, en fecha once de febrero de mil novecientos sesenta, ante el Notario de Villaro, así como las inscripciones de las fincas de los adjudicatarios en los Registros de la Propiedad de Bilbao y Durango, respectivamente, las que serán canceladas totalmente, pues teniendo tales donación y adjudicación como única base la examinada «comunicación foral» establecida para el matrimonio llevado a cabo por los referidos don R. y doña A. y la vigencia del poder testatorio cuya ineficacia viene declarada, en manera alguna puede tener valor, haciendo aplicación del principio lógico de que no existiendo el antecedente no puede tener vida el consiguiente, y más en cuanto que, en relación con dicha donación de once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, desde el momento que afecta a bienes adscritos en la convenida comunicación foral y concretamente tanto a bienes que originariamente fueron aportados a ella por el marido como a adquiridos por éste constante matrimonio, y atraídos a la misma por la esposa sobre lo que la precitada donante no tenía más que una participación indivisa, reflejada por la mitad abstracta derivada de la comunicación foral, y además es reflejo de un instrumento con unicidad jurídica, significada por el comportamiento de donación indiscriminada de los bienes concretos en ella comprendidos, impide que tenga eficacia jurídica, tanto en virtud de lo ya razonado en el considerando undécimo de la sentencia de casación, cuanto por que, en todo caso, ningún miembro de una comunidad puede hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenecen y en los que, en consecuencia, en tanto no se realice eficazmente la correspondiente división, aquí no producida, solamente tienen los en ella interesados una cuota o participación abstracta.

Considerando que también los razonamientos consignados en la sentencia de casación originan la desestimación del pedimento segundo de la precitada súplica del escrito de demanda rector, toda vez que lo en dicha resolución consignado, y concretamente en su octavo considerando, al establecer la eficacia del testamento de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete otorgado por doña A. E. I., por lo que afecta a lo que actúa por sí, o sea en relación con su propia herencia, impide el pronunciamiento que se solicita de nulidad de pleno derecho, con nulidad radical y absoluta de tal testamento, que, en consecuencia, sólo deviene ineficaz en lo que afecta a la actuación testamentaria de la citada doña A. a nombre de su fallecido esposo don R. M. A., haciendo uso de un poder testatorio ineficaz por estar caducado y consiguientemente extinguido en sus efectos; criterio que ya vino a reconocer y admitir el demandado personado don M. M. E., cuando, por vía de reconvencción, solicita la declaración de nulidad del testamento que otorgó doña A. E. I., como comisaria y apoderada al efecto, en nombre de don R. M. A., por causa de tal caducidad y extinción de efectos de dicho poder y la de validez del mismo instrumento notarial en lo que otorgó por sí tan mencionada doña A.

Considerando que, como consecuencia de acogerse la solicitud de nulidad del mencionado poder testatorio y de la ineficacia del referido testamento otorgado el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete por la apoderada testatoria en lo que afecta a la actividad testamentaria a nombre de su marido otorgante del poder testatorio, se produce la consecuencia desestimatoria del tercero de la referida súplica de demanda, por el que se pretende que se declare sin eficacia jurídica la titularidad de doña A. y don M. M. E. sobre los bienes que en las herencias de los cónyuges don R. M. A. y doña A. E. I., expresados en el referido testamento se comprenden, cualquiera que sea su naturaleza y condición legal, pues que el instituto jurídico de la comunicación foral, convenida para dicho matrimonio, ante la ineficacia del mencionado testamento en lo

que afecta a la herencia del citado otorgante de poder mencionado, y haberse disuelto el matrimonio sin hijos, da lugar, si los bienes no se dividen inmediatamente, a un estado de indivisión, de comunidad hereditaria, entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, derivada de la «comunicación foral» propiamente dicha, disuelta al cesar las causas que la originaron y los presupuestos de unión e integración que constituyen el matrimonio en Vizcaya, según se tiene declarado por esta Sala en sentencia de siete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, y dado que tal institución foral, por cuya virtud cada uno de los cónyuges adquiere la mitad de cuantos bienes integren el caudal del matrimonio, cualquiera que sea el consorte que los aporte o el título de la adquisición y aun cuando uno de los dos nada tenga personalmente, encuentra su base y razón de ser en la ejemplar unidad e identificación de toda idea y motivo de distinción entre las personas o entre las cosas, con lo que, cual se deduce de los términos del artículo 47 de la vigente Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, que supone en definitiva el reconocimiento de costumbre general de la región, acogida en los documentos públicos que en ella se otorgan y recogidos en los Proyectos de Apéndice o Compilaciones de mil novecientos, mil novecientos veintiocho y mil novecientos cincuenta y ocho, determinativo de que la comunicación se mantiene durante la existencia del matrimonio, aunque se propaguen sus efectos por indivisión de la herencia, hasta que existan herederos designados por el cónyuge premuerto o por el sobreviviente en su consideración de comisario—supuestos no dados en el presente caso en relación con la herencia del poderdante— o se proceda a la división y adjudicación de los bienes comunicados por el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto—que es la situación expectante en el supuesto contemplado—, generando, entre tanto, una comunidad, por indivisión hereditaria, con todos sus efectos y consecuencias, por lo que no cabe la posibilidad a su amparo de titularidad concreta por causa de tal comunidad, sino la de conferir una participación abstracta, que en el caso de la «comunicación foral» es significativo, según queda indicado, de una participación de la mitad de cuantos bienes integren el caudal del matrimonio, lo que produce como consecuencia que el testamento tan citado de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete produzca eficacia jurídica de titularidad en orden a los actos dispositivos que emanen de la última voluntad que significa y se reconoce, proyectada a la herencia de doña A. E. I. en cuanto afecte a la mitad que le corresponde sobre los aludidos bienes de la comunicación foral convenida de que se viene haciendo mención, afectados por la actividad testamentaria eficaz de la referida doña A. y por las disposiciones por ella establecidas, y mayormente porque la pretensión contenida en el examinado pedimento tercero de la súplica del escrito inicial de demanda viene precisamente condicionado, en los términos amplios y absolutos de tal pretensión proyectada en cuanto hace referencia precisa y concreta a las herencias de don R. M. A. y doña A. E. I. y con supeditación y condicionamiento a la ineficacia de la actividad testamentaria de ambos expresada en dicho testamento y que, cual viene dicho, no se estima en lo que afecta a doña A.; y todo ello sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que pueda solicitarse, por cualquiera de los interesados en las citadas herencias, la declaración de ineficacia de tales actos dispositivos en lo que se contraiga a lo que afecte a la mitad indivisa y bienes concretos que viene afectado en orden al testamento ineficaz correspondiente a don R. M. A., en relación con el eficaz de su esposa, así como de los legados de estimarse el solicitante que también vienen afectados, lo que no puede examinarse ni decidirse en esta sentencia, por

vedarlo el principio de congruencia imperante en nuestro derecho, en cuanto que tales cuestiones, de ser planteadas, tendrían causa o razón de pedir diferente, impeditiva del estado de cosa juzgada.

Considerando que, como indeclinable efecto de la desestimación del pedimento tercero de la súplica de demanda, es asimismo de desestimar lo solicitado en el cuarto de aquélla, referente a la nulidad y carencia de todo valor y efecto legal de las inscripciones que hayan podido practicarse en los Registros de la Propiedad de Bilbao y Durango, respectivamente, en los bienes a que se refieren las transmisiones expresadas y que tengan su origen en el precitado testamento de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, pues que no dándose el antecedente—nulidad absoluta pretendida en dicho pedimento tercero de la súplica de demanda—no puede producirse el consiguiente—nulidad también absoluta de las referidas inscripciones—, e igualmente sin perjuicio de las posibilidades de solicitud de nulidad parcial de dichas inscripciones por las mismas razones y condicionamientos de reserva de derechos consignados en el precedente considerando y tampoco afectarles el estado de cosa juzgada por las mismas razones en aquél manifestadas.

Considerando que la ineficacia del acto de última voluntad referido en lo que se contrae a la herencia de don R. M. A., determinado asimismo la estimación de los pedimentos quinto y sexto de la invocada súplica de demanda, aunque con limitación a la herencia de don R. M. A. y sin que ello determine defecto procesal de incongruencia al suponer únicamente minoración de lo pedido con fundamento esencial en la misma causa o razón de pedir.

Considerando que la inconsistencia y consiguiente desestimación de las pretensiones formuladas a medio de los pedimentos séptimo, octavo y noveno es lógica y normal consecuencia de lo expuesto en los considerando séptimo y octavo de la sentencia de casación, toda vez que si es ineficaz el acto de última voluntad otorgado por doña A. E. I., actuando por su marido don R. M. A., claro es que decaen las pretensiones de atribución conjunta de derechos hereditarios sobre la comunidad de bienes que se pretenden adscritos a una disposición testamentaria no reconocida por falta de eficacia del poder testatorio en que se amparó, atribución y reintegro de bienes a esa comunidad testamentaria no aceptada por disgregación de la voluntad dispositiva en acto de última voluntad por tal inconsistencia del poder testatorio y unión a masa común de esa pretendida causa alegada de inapreciada comunidad hereditaria generada por dos testamentos de los que solamente uno de ellos—el afectante a doña A. E. I.—se reconoce con consistencia jurídica; sin perjuicio, claro está, tanto de que pueda instarse en su día, por quien de los demandante y demandados lo estimase conducente a su derecho, en cuanto tendría causa o razón de pedir diferente y, en consecuencia, no determinante de situación de cosa juzgada, esas correspondencias de propiedad, atribución y reintegro de bienes y unión de cantidades, en la mitad indivisa afectante a las respectivas herencias independientes de los referidos don R. M. A. y doña A. E. I., por consecuencia de la indicada comunicación foral que rigió su matrimonio, cuanto para determinar así el alcance de los términos del eficaz testamento de la citada doña A. y concretamente de los legados por ésta establecidos en orden a la herencia intestada del mencionado don R., como la proyección definitiva en el caudal sucesorio de éste resultante de la correspondencia a él de la expresada mitad indivisa asignable en virtud de la comunicación foral por la que se rige el matrimonio de que se viene haciendo mención, con posibilidades de planteamiento judicial de tales cuestiones en el caso de que no se lograse acuerdo extrajudicial y sobre cuyos aspectos no puede entrarse a decidir

en la presente resolución por vedarlo en principio de congruencia imperante en nuestro ordenamiento jurídico.

Considerando que las mismas razones que vienen indicadas y las producidas en la tantas veces citada sentencia de casación, llevan a la estimación del pedimento reconvenzional que acoge la sentencia de la Sala de instancia; y sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre las demás pretensiones de la reconvencción, al haber sido consentido por el reconviniente el pronunciamiento desestimatorio a que se llegó en la recurrida sentencia, con el consiguiente aspecto favorable para el reconvenido y después recurrente en casación, con el correspondiente efecto de firmeza procesal.

Considerando que pronunciándose sobre el aspecto de pretendida inscripción adquisitiva, alegada, a todo evento, por el demandado personado don M. M. E. la razón de no acogerla surge, de una parte, de que para poder apreciarse la de tipo ordinario se habría precisado la existencia de un justo título de dominio, que no se da en el presente caso, pues que no puede emanar, cual se pretende, de la escritura de manifestación de caudal hereditario y adjudicación del mismo otorgada el once de febrero de mil novecientos sesenta, ante el Notario entonces de Villaro, porque al provenir de la mera actividad documentadora de los adjudicatarios demandados, no tiene el carácter de título hábil para atribuir dominio, al amparo de la acción del tiempo, requerido por el artículo 1.957 del Código civil, de no existir vicio invalidante, que es requerido para generar prescripción adquisitiva ordinaria, y para que se diese la prescripción extraordinaria sería preciso el transcurso de treinta años, exigido por el artículo 1.959 del citado Cuerpo legal, sustantivo, cuyo plazo no consta transcurrido; y de otra parte, debido a que, según tiene ya reconocido este Tribunal en sentencia de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y uno, la prescripción adquisitiva no puede comenzar a producirse hasta que el heredero aparente exteriorizó su intención de poseer por sí y en exclusiva los bienes hereditarios, que en el supuesto actualmente contemplado sólo pudo ser por parte de los demandados que la alegan a su favor a partir de haber recibido, en razón a lo dispuesto por su madre, los bienes afectados por tal pretendida prescripción adquisitiva alegada, pero en todo caso con supeditación al período de treinta años demandados para la acción de petición de herencia y no al menor aducido tanto por la expresada razón de que le faltaba el justo título amparador de la prescripción ordinaria de menor plazo, cuanto porque, conforme tiene reconocido este Tribunal en sentencias de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos, doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno y la citada de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y uno, la usucapción adquisitiva alegada no puede tener plazos más cortos que los de la prescripción esgrimida, pues si esto no se admitiese se produciría la ineffectividad de tal acción.

Por su parte, los motivos primero, tercero y cuarto del recurso, que estima el Tribunal Supremo, dicen así:

Primero.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al no haber declarado como consecuencia de que el poder testatorio de don R. M. A., a favor de su esposa, doña A. E., quedó extinguido y sin validez el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, la nulidad radical, absoluta, «*ipso jure*» o de plano derecho, perpetua e insubsanable de todos los actos tanto *inter vivos* como *mortis causa* de disposición de bienes, realizados por la comisaria doña A. E. I., utilizando dicho poder después de su caducidad, ha infringido por violación o falta de aplicación los preceptos y doctrina legal que pasan a concretar: a) doña A. E. I., en los diferentes actos dispositivos *inter vivos* y *mortis causa* que realizó como comisaria

de su esposo con posterioridad al veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, en que había caducado el poder, es evidente que no tenía personalidad alguna para disponer de los bienes de su difunto esposo y comitente y menos todavía de la totalidad del caudal de la sociedad conyugal sujeto al régimen de comunicación foral. Por consiguiente, al atribuirse el carácter de apoderada de su finado marido, realizó un acto prohibido por la Ley III del título XXI del Fuero de Vizcaya, cuya infracción por violación también se denuncia. b) Por ello y por la doctrina del artículo 1.259 del Código civil, es claro que al desconocer la sentencia las consecuencias de dicha actuación de la comisaria ha infringido abiertamente por violación también al no haberle aplicado, siendo aplicable, el artículo 4.º del Código civil vigente en la fecha de tal actuación, y que en la actualidad ha sido sustituido, precisamente por recoger la doctrina legal, de forma mucho más enérgica y contundente por el artículo 6.º, números tres y cuatro, de la Ley de diecisiete de marzo, modificando el Título preliminar del Código civil. Aunque se quiera sostener que ese precepto no es directamente aplicable a los actos realizados por doña A. E. con anterioridad a su vigencia, es evidente que ha de considerarse, al menos como interpretativo desde que se promulgó, del artículo 4.º del Código civil, porque en esa reforma lo que se ha hecho es recoger la doctrina legal interpretativa de dichos artículos 4.º del Código civil, y por ende, del 1.259 del mismo cuerpo legal. c) Y es que en efecto, tal doctrina legal constante y reiterada existía a la fecha de la Ley de diecisiete de marzo. Con arreglo a las cuales—en alguna de ellas se invoca y ratifica el principio general de derecho que dice: «*quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*» esa nulidad radical y absoluta declarada en el artículo 4.º del Código—hoy el artículo 6.º, números tres y cuatro, de la Ley de diecisiete de marzo es equivalente a la «inexistencia» de que no trata el Código, pero de la que es un caso o a la que es equiparable la nulidad absoluta por falta de alguno de los requisitos esenciales del contrato entre los cuales está el consentimiento que requiere la capacidad de los otorgantes de que carecía doña A. al actuar como comisaria de su esposo, caducado y extinguido ya, desde hacía años en algunos casos, el poder testatorio de su finado esposo. Se trata, pues, de nulidad radical, absoluta de pleno derecho, perpetua e insubsanable con arreglo a los preceptos y doctrina legal citados como infringidos por violación o falta de aplicación, a los que ha de añadirse el 1.310, en relación con el 1.281, del mismo cuerpo legal también desconocidos por la sentencia recurrida al no declarar tal nulidad de los actos de disposición, tanto *inter vivos* como *mortis causa* de los bienes comunicados, realizados por doña A. E., con posterioridad a la fecha de caducidad e invalidez el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, del poder testatorio que le confirió su esposo, don F. R. M. y A., en la escritura de capitulaciones matrimoniales de mil novecientos cuatro. Tal especie de nulidad trasciende a los actos dispositivos y realizados por los demandados don J. M. y doña M. A. M. y E. de bienes comunicados, aparentemente adquiridos por esos títulos causales procedentes de la actividad ilegal de su madre doña A. E. I., nulidad que por ser absoluta e *ipso jure* o de pleno derecho no puede producir efecto alguno siquiera haya que destruir su apariencia de existencia y legalidad cuando ella pueda ser obstáculo para el ejercicio de un derecho, doctrina que se contiene en una constante y reiterada jurisprudencia de la que son muestras las sentencias de dieciocho de enero de mil novecientos cuatro y tres de enero de mil novecientos cuarenta y siete, y que con la doctrina de que la acción que se funde en la nulidad absoluta es imprescriptible (SS., entre otras muchas, de once de enero de mil novecientos veintiocho, catorce de mayo de mil novecientos veintinueve y diez de abril de mil novecientos treinta y cinco) com-

pletan el cuadro de la doctrina legal que juntamente con los preceptos concretos que dejan citados y que interpreta aquélla, han sido infringidos por violación en la sentencia recurrida. Tal nulidad, total absoluta, radical, de pleno derecho, perpetua e insubsanable, que por ser equiparable a la «inexistencia», es aplicable y debe declararse respecto a todos los actos realizados por la inicialmente comisaria, doña A. E. I., por los cuales dispuso, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, de bienes integrados en la universalidad patrimonial o comunidad de bienes al cincuenta por ciento entre la misma y sus tres hijos por la comunicación foral, con posterioridad al veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, en que según la propia sentencia recurrida de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, caducó y se extinguió el poder testatorio que le había conferido su esposo, y cuya nulidad y consecuencias de la misma se interesaron en los pedimentos segundo, tercero, cuarto, octavo y noveno de la súplica de la demanda y en las pretensiones primera y segunda de la súplica del escrito de réplica. Los detalles y circunstancias de esos actos realizados por la comisaria se exponen minuciosamente en los escritos de demanda y réplica y, sobre todo, en el de conclusiones de su parte con expresión de los documentos que los justifican y folios en que se encuentran, todo lo cual se da aquí por literalmente reproducido y como formando parte integrante de este motivo. La consideración de los detalles de los actos realizados por la comisaria doña A. E. al utilizar el poder testatorio de su finado esposo después de su caducidad, donando, instituyendo herederos y legando bienes incluidos en la comunicación foral a sus hijos M. de la A. y J. M. M. E., apartando de las dos herencias a su otro hijo, el hoy recurrente, don J. R. M. E., fueron ejecutados en fraude de ley—con la complicidad, por cierto, del principal beneficiado, don J. M.—y también en fraude de los derechos del hoy demandado.

Tercero.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida en tanto en cuanto acoge y estima la excepción opuesta por el demandado comparecido, don J. M. M., de prescripción de la acción de petición de herencia ejercitada por el hoy recurrente. Infringe: A) Por aplicación indebida, la Ley séptima, Título XIV de la Partida VI—citada expresamente en el considerando tercero *in jure* de la sentencia recurrida, así como los artículos 1.963 y 1.969 del Código civil, cuya doctrina se aplica, aunque sin citar sus números, todos ellos como premisa obligada y antecedente necesario del fallo. B) Por violación o falta de aplicación, siendo aplicable del artículo 1.965 del Código civil y de la doctrina legal. En efecto, la sentencia recurrida estima que se ha producido la prescripción de treinta años que considera aplicable a la acción de petición de herencia, porque considera que el actor, su mandante, don J. R. M. E., pudo ejercitarla desde el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, en el que según coincidencia de ambas partes y reconocimiento de dicha sentencia, caducó y se extinguió el poder testatorio conferido por don F. R. M. A., a favor de su esposa, doña A. E. I., y que, por tanto, cuando inició su reclamación judicial, en diciembre de mil novecientos setenta y tres, ya había transcurrido con mucho exceso tal plazo de treinta años, determinativo de la extinción por prescripción de la acción. Pero aunque no fuera por aquel fundamento del artículo 1.965, resultarían también imprescriptibles las acciones ejercitadas en la demanda ampliadas en la réplica, incluso la de petición de herencia. En efecto, en la demanda y réplica se ejercitan las acciones de nulidad absoluta y radical, equivalente a la inexistencia de la donación que hizo la comisaria a favor de su hijo don J. M. del testamento de la propia comisaria como tal y por sí, y de la partición hereditaria entre doña M. A. y don J. M. M. E., así como de las subsi-

guientes ventas hechas por éstos, todo con mucha posterioridad a la fecha de la caducidad del poder testatorio del esposo don F. R., a favor de su mujer doña A. E. De ello se deduce la imprescriptibilidad de la acción ejercitada, aunque sea la de petición de herencia, cuando el comienzo del plazo para prescribir está pendiente de que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos, disposiciones o negocios jurídicos nulos con nulidad radical, absoluta, plena *ipso jure* o de pleno derecho, perpetua e insubsanable porque al ser así, las acciones para pedir que se declare tal nulidad, a fin de que desaparezcan sus efectos o apariencias resultan imprescriptibles—en otro caso aparecerían subsanados—esos actos nulos con aquella nulidad *in radice* y esa imprescriptibilidad se comunica y trasciende a la acción de petición de herencia, conforme al principio «*contra non valentem agere non currit prescriptio*», sancionado por la jurisprudencia y a la doctrina de que la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos equiparable a la inexistencia es perpetua e insubsanable, no admitiendo prescripción sanatoria (SS. de seis de mayo de mil novecientos nueve, diez de abril de mil novecientos treinta y tres y diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta) doctrina que se infringe por violación al no aplicarse, debiendo serlo. Que es manifiesta la infracción por aplicación indebida del artículo 1.969 en cuanto al comienzo del cómputo para la prescripción del plazo de treinta años, suponiendo que fuera el aplicable y, por ende, la infracción también por aplicación indebida del artículo 1.963 del mismo Código. Y como consecuencia se ha producido la infracción por aplicación indebida consecuente a interpretación errónea al caso concreto de autos, de la doctrina de las Sentencias de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos y doce de abril de mil novecientos cincuenta y tres, porque si bien en éstas se establece la doctrina general de que la acción de petición de herencia prescribe a los treinta años y ello es, en general, así, no es aplicable al caso de autos por las razones precedentemente consignadas. Y se infringe por violación al no aplicarse la doctrina de la Sentencia de ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, en caso casi de identidad al actual, y en que establece que el plazo de treinta años de prescripción de la acción de petición de herencia no es aplicable a los supuestos de que los bienes de esa herencia se haya dispuesto por actos *inter vivos*, *mortis causa*, nulidad con nulidad radical, absoluta, *ipso jure*, perpetua e insubsanable, equiparable a la inexistencia cuya declaración se pide.

Cuarto.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo es una consecuencia de los anteriores. La sentencia recurrida infringe por violación o no aplicación, los artículos 657, 658, 659, 661, 930 y 931 del Código civil y la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de diez y trece de junio de mil novecientos catorce, siete de julio de mil novecientos quince, diez y trece de octubre de mil novecientos diecinueve, veinticinco de febrero de mil novecientos veintiséis, treinta de mayo de mil novecientos treinta, y otras muchas, conforme a las cuales, en materia de sucesión intestada, rige el Código civil en toda España, como consecuencia del carácter general que alcanza la Ley de Mostrencos. Acreditado el fallecimiento de don F. R. M. y A. y de su esposa doña A. E. I., la nulidad del testamento del primero, de once de febrero de mil novecientos veintinueve, por haber caducado el poder testatorio que a favor de su esposa le confirió en el contrato prematrimonial de mil novecientos cuatro, antes que la comisaria hiciera uso del mismo, y la nulidad, también del testamento, por sí y como comisaria de su esposo, que otorgó la misma en mil novecientos cincuenta y siete, años después de caducado y extinguido dicho poder testatorio, el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, disponiendo, como en la donación de mil novecientos cuarenta y siete, a favor de su hijo don J. M.,

de bienes comunicados, y demostrado el nacimiento de los tres hijos de dicho matrimonio, don J. R., doña M. A. y don J. M., es visto que procede la apertura de la herencia intestada; que los tres hijos son herederos legítimos por partes iguales de las herencias de sus padres y que cualquiera de los tres y, por tanto, don J. R., tienen derecho a pedir la partición de dicha herencia, conforme a los preceptos y doctrina citados, y a la doctrina de las Sentencias de cinco de julio de mil ochocientos noventa y tres y treinta de octubre de mil novecientos diecisiete, de que ello debe hacerse en el juicio ordinario correspondiente, siempre que se aporte la correspondiente justificación como aquí se ha hecho.

PARTICION.—HEREDERO DISTRIBUIDOR EN MALLORCA.—Artículos 1.057 del Código civil y 18, 19, 20 y 23 de la Compilación balear (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1977).

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había confirmado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dos de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que en trance de pronunciarse sobre la pretendida infracción, por interpretación errónea, de los artículos dieciocho, diecinueve, y veinte de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, por ser del parecer los ejercitantes del recurso que las facultades del «heredero distribuidor» son personalísimas y no pueden delegarse en tercero, y dado que en su testamento doña J. C. S. confía a su hija doña M. H. C. la distribución concreta del *quantum* hereditario asignado entre los herederos designados por doña C. S. B., y por tanto, la delimitación, en la realidad física, es también de llegar a solución desestimatoria, porque al establecer la encomienda de distribución conferida por doña C. S. B. a su mencionada hija doña J. C. S., al amparo de los relacionados preceptos forales, la facultad a ésta «para que pueda distribuir los bienes entre sus hijos en partes iguales o desiguales, sin privar totalmente a ninguno de ellos», la única exigencia que se previene es que la referida heredera «distribuidora» haga asignación a uno o distribuya entre sus hijos, con el solo condicionamiento de no privar totalmente a ninguno de ellos, o sea, con reconocimiento de partes iguales o desiguales a todos, y sin supeditación a que haya de ser concretada físicamente por dicha «distribuidora» lo a percibir por los destinatarios de la asignación, sino meramente el *quantum*, que es, en definitiva, a lo que alcanzaría el carácter personalísimo inherente a la modalidad de institución de heredero de que se trata, toda vez que la normativa que la rige hace exclusiva referencia a asignación o distribución de todo o parte de los bienes de la herencia, cual se deduce del contexto del artículo dieciocho de la precitada Compilación foral, y no a las manifestaciones físicas que de ello se derivan.

Considerando que si ciertamente en materia de institución de heredero, en modalidad de distribución foral balear, a tenor de lo normado en el artículo veintitrés de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, los destinatarios de los bienes tienen la condición de herederos del testador, y tal circunstancia lleva a que, como consecuencia de la voluntad manifestada en auto de última voluntad de la instituida heredera distri-

buidora doña J. C. S., haciendo uso de la encomienda conferida por la causante doña C. S. B., de asignarse a la hija de aquélla la finca en «Pont d'Inca» (Marratxi), procedente de la llamada «Cas Enegistas» y «la mitad indivisa de la finca 'S'Argela', cuyo usufructo heredó la aludida doña J. C. S. de la mentada doña C. S. B., con la obligación de entregar a sus hermanos la porción 'derivada de asignar' a sus hijos, don J., don A., don M., don Juan y don José H. C., por quintas partes indivisas, una porción de la íntegra finca 'S'Argela', de una hectárea y media, según el tenor literal del testamento de la citada causante en la parte que determine la indicada doña M. H., en las operaciones particionales llevadas a cabo por el Comisario Contador-Partidor nombrado por la tan citada «distribuidora» en orden a su herencia, hubiesen de tener que intervenir sus hijos, y entre ellos los demandantes-recurrentes don J., don A., don M. y don Juan H. C. para que quedase concretada la parte de la referida finca 'S'Argela» en que había de fijarse dicha hectárea y media en ella asignada a aquéllos y su hermano don José, en cumplimiento de la facultad de «distribución» conferida, al afectar a la división de cosa común en que los relacionados hermanos, en unión de su también hermana doña M., vienen interesados en conjunción con la «distribuidora», porque si es indudable, conforme ya queda razonado al examinar y resolver el segundo de los motivos de casación, que el carácter personalísimo del cargo de «distribuidor» afecte meramente a la asignación o distribución de los bienes de la herencia del testador instituyente, y no a la concreta proyección física de tal asignación o distribución, el hecho particional realizado por el meritado Comisario Contador-Partidor, afectando a los bienes de éste y a los de la instituyente de la «distribución», prescindiendo de los interesados en ésta, determinaría infracción del artículo mil cincuenta y siete del Código civil de que se hace cita, en relación con el citado veintitrés de la expresada Compilación, en razón a que si dicha «distribuidora» podría fijar la asignación distributiva «en la parte que determine la indicada doña H.», hay que entenderlo referido, de hecho y jurídicamente, a la parte que, después de realizada la correspondiente división, quedase, en definitiva, integrada en el patrimonio de la testadora instituyente doña C. S. B., pero no a *quo* un tercero, como es el citado Comisario Contador-Partidor, divida lo que es un bien común prescindiendo de los herederos que, por modo distributivo, tienen interés en él y en la parte que haya de adjudicarse a su causante, no obstante, son de desestimar el tercero y cuarto de los motivos ejercitados, pues que habiendo sido declarada por la sentencia en cuestión, la nulidad del cuaderno particional practicado por el precitado Comisario Contador-Partidor y la escritura pública de protocolización del mismo, con el efecto también de nulidad de las inscripciones registrales, practicadas, con firmeza procesal de tales pronunciamientos, carecen de todo efecto las infracciones pretendidas de los relacionados artículos veintitrés de la Compilación y mil cincuenta y siete del Código civil, ya que si han sido declaradas nulas las expresadas operaciones particionales con carácter firme, ninguna trascendencia tienen esas aludidas infracciones, y mayormente porque ninguna proyección tendría en las pretensiones de los escritos rectores del proceso tal como han sido formuladas, dado que si un acto es nulo carece de trascendencia lo que a él afecte, en aplicación del principio de que desaparecida la causa cesan los efectos.

Considerando que la inconsistencia del quinto de los motivos, por alegación de no aplicación del artículo veinte de la tan repetida Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, según la cual si el distribuidor, por cualquier causa, dejare de efectuar la asignación o distribución, se estará a lo dispuesto en el testamento, tiene su razón de ser en la orto-

doxa aplicación de la regla de que faltando el antecedente no se da el consiguiente, porque no dándose, en el presente caso, el supuesto de falta de asignación o distribución a que en el artículo veinte de dicha Compilación se supedita la aplicación de lo normado en el testamento, no puede darse la consecuencia de división de la herencia por partes iguales que tal testamento establece para el evento de dejarse sin efecto la facultad distribuidora.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS Y LOS DOCUMENTOS PUBLICOS SOBRE REPARCELACION (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1978).

I. ANTECEDENTES

1. AZCA, Asociación Mixta de Compensación de la Manzana «A» de la Zona Comercial de la Avenida del Generalísimo de Madrid, constituida por Decreto de 20 de febrero de 1964, por escritura pública otorgada el 22 de marzo de 1971 vendió una parcela de terreno que segregó en la misma escritura y que procedía de la manzana «A» de aquella zona comercial.

Una de las funciones de AZCA es promover la reparcelación de los terrenos de la manzana.

2. Presentada la escritura de compraventa ante la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid, se giró liquidación de los impuestos de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Concretamente se giró el impuesto de actos jurídicos documentados por razón de la segregación afectuada.

3. Contra la liquidación se interpuso reclamación económico-administrativa, ante el Tribunal económico-administrativo provincial, que fue desestimada por resolución de 30 de abril de 1974. Y por resolución de 31 de octubre de 1974, el Tribunal económico-administrativo central desestimó el recurso de alzada y confirmó la del Tribunal provincial.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, fue desestimado por Sentencia de 14 de enero de 1977.

5. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, por Sentencia de 13 de marzo de 1978, desestimó el recurso de apelación y confirmó la de la Audiencia.

II. LA SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1978

Esta sentencia, en sus considerandos 1.º y 2.º, sienta la siguiente doctrina:

«Considerando que en las alegaciones formuladas por la Asociación apelante, tras incluir, por extenso, citas de sentencias definidoras de la doctrina de este Tribunal sobre criterios de interpretación de las normas jurídicas reguladoras de diversas materias—a lo que nada hemos de oponer—, al concretarse a la cuestión objeto de examen ahora, se pretende que la exención fiscal del apartado 17 del número 2 del artículo 101 del

Texto Refundido del Impuesto General sobre Actos Jurídicos Documentados de 6 de abril de 1967 se aplique a todas las agrupaciones, segregaciones o divisiones de parcelas que se ejecuten «como consecuencia» de una reparcelación impuesta por órgano urbanístico competente; lo que resulta manifiestamente erróneo en función de una correcta interpretación del precepto citado, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se prefiera seguir, dado que su texto expresa con suficiente claridad que los documentos públicos de segregación, agregación, agrupación y división de terrenos han de otorgarse «con el fin indicado en el apartado anterior», o sea, según el apartado número 17, para parcelar o reparcelar, operaciones que conforme a los artículos 77 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956 y al Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966, son internas o privativas de los titulares de la propiedad de los terrenos, incluso con la incorporación de empresas urbanizadoras que aporten fondos para urbanizar el suelo, recibiendo en compensación solares cuya adjudicación tendrá a todos los efectos legales la consideración de acto de reparcelación, según lo establece explícitamente el artículo 42 del citado Reglamento; naturaleza de la que es evidente que no participa la financiación de las obras mediante la segregación y venta a un tercero de una parcela, cual es el supuesto de hecho objeto de calificación fiscal en este caso.

Considerando que, en consecuencia, frente a lo alegado en la apelación, cabe concluir que el supuesto fáctico contemplado ahora es ajeno a la *ratio legis* de la norma jurídica aplicable y a su sentido teleológico, que, lejos de diferir, como también se afirma en el recurso, coincide con el que justifica la exención contenida en el artículo 65, número 1, apartado 36, del precitado Texto Refundido del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, en cuanto que, en ambos casos, los efectos de la reparcelación o de la transmisión no han de rebasar el ámbito de las relaciones de la Junta de Compensación con los partícipes en la misma, con exclusión de cualquier finalidad de dar entrada a terceros adquirentes de parcelas que no sea la antes anotada autorizada para las empresas urbanizadoras y siempre con el único objeto contraído a parcelar o reparcelar señalado por los apartados 16 y 17 del número 2 del artículo 101 antes citado.»

III. COMENTARIO

1. Introducción

El Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (D. 1018/1967, de 6 de abril), en su artículo 101, 2, apartados 16 y 17, declara exentos del Impuesto de los Actos Jurídicos Documentados los siguientes actos:

«16. Los documentos públicos de parcelación y reparcelación, declarados obligatorios por los Ayuntamientos u otros organismos urbanísticos competentes para ello.»

«17. Los documentos públicos de segregación, agregación, agrupación y división de terrenos, con el fin indicado en el apartado anterior.»

La Sentencia de 13 de marzo de 1978, al confirmar la liquidación girada por la segregación realizada por una Asociación Mixta de Compensación, aborda el tema general de delimitar el alcance de la exención del artículo 101, 2, 17, del Texto Refundido. Concretamente, cuándo se entiende que una segregación, agregación, agrupación o división se realiza con la finalidad consistente en una reparcelación declarada obligatoria.

Y habiéndose ya apartado definitivamente nuestra jurisprudencia del principio de interpretación literalista de las normas jurídicas tributarias (v. gr., SS. de 5 de noviembre de 1970, 15 de febrero de 1971, 17 de febrero de 1972, 14 de junio de 1973, 6 y 20 de febrero de 1976) y sentado que la interpretación de toda norma ha de hacerse en función de su espíritu y finalidad (v. gr., SS. de 5 de octubre de 1965, 20 de septiembre y 15 de noviembre de 1966, 25 de mayo de 1974), parece ineludible comenzar por precisar la finalidad y *ratio legis* de la norma reguladora de la exención.

2. *Ratio legis de la exención regulada en el artículo 101, apartado 2, epígrafes 16 y 17, del texto refundido del impuesto*

La reparcelación consiste en la agrupación de fincas comprendidas en un polígono urbanístico, para su nueva división ajustada al plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados (1). Comporta siempre una verdadera división del terreno parcelado, para que se ajuste al plan de ordenación urbana.

Una nueva ordenación urbanística, la entrada en vigor de un plan de urbanismo comporta la necesidad de que se configuren las fincas con arreglo a sus previsiones, distribuyendo justamente los beneficios y cargas del planeamiento.

De aquí que la reparcelación sea el instrumento idóneo para la adecuación de la configuración de las parcelas con arreglo al plan. Y que se imponga obligatoriamente siempre que sea necesario para cumplir aquella finalidad.

Hoy, después de la Reforma de 1975, en principio, la reparcelación es obligatoria en todo sistema de actuación, aparte del de expropiación. Pues el de compensación es una reparcelación a gran escala, y en el de cooperación se declara obligatoria salvo que sea innecesaria «por resultar suficientemente equitativa la distribución de los beneficios y cargas». Y antes de la Reforma de 1975, asimismo, era obligatoria para cumplir las finalidades señaladas.

Pues bien, en tanto en cuanto la agrupación, segregación y división de las fincas no se realizase por voluntad de los propietarios, sino como imposición derivada de la ejecución del planeamiento, nada tan lógico como que tales actuaciones queden exentas del impuesto.

Y de ahí precisamente su alcance: quedarán exentas todas las agrupaciones, segregaciones o divisiones de parcelas que se ejecuten como consecuencia de una reparcelación impuesta por órgano urbanístico competente. Y es que esos actos jurídicos obligatorios para los propietarios de las parcelas, no ponen de relieve una capacidad tributaria de los mismos, sino que resultan ineluctables por razón del ejercicio de la potestad jurídica de ejecución del planeamiento urbanístico.

3. *La segregación y venta de una parcela sujeta a reparcelación*

El problema concreto que se plantea en la sentencia es si la venta de una parcela comporta la sujeción de la segregación al impuesto.

La sentencia comentada considera que sí. Y, al hacerlo así, interpreta erróneamente las normas reguladoras de la exención. En efecto:

a) *Pervivencia de la ratio legis de la exención*

La nueva división del terreno parcelado—y no es otro el objeto primario de la reparcelación—habrá de hacerse, en el sistema de compensación,

(1) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3ª ed., Madrid, 1977, comentario al artículo 97.

tanto si la parcela cuestionada se vende a un tercero como si se adjudica a un asociado.

La segregación de la parcela—y éste es el único acto de que aquí se predica la exención—es previa, siempre, a la atribución de propiedad de aquélla. La segregación es el resultado impuesto ineluctablemente por la reparcelación; impuesto, también, en el caso de que la parcela se vende a un tercero.

Si hay que segregar la parcela de la finca común, nacida como consecuencia de la imposición obligatoria del sistema de compensación-reparcelación, no es por la voluntad libre de la Asociación Mixta de Compensación, sino porque previamente sus miembros quedaron obligados a aportar todas sus antiguas parcelas a la masa común. El que la parcela se venda a un extraño es ya un dato accesorio, porque la segregación habría de practicarse necesariamente en todo caso.

Está, pues, perfectamente claro que si se segrega la parcela (que se vende) es porque así lo impone la reparcelación. Que se venda o se adjudique a un asociado es un *posterius* que nada quita ni añade al hecho de que la segregación sea consecuencia obligada de la reparcelación.

Y al ser esto así—y es así indudablemente—, subsiste la razón que ha conducido al artículo 101, 1 y 17, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a otorgar la exención.

b) *Criterio sistemático*

El artículo 65, 1, 36, del mismo Texto Refundido, determina que está exenta «la primera transmisión de terrenos que por el sistema de compensación realicen las Juntas de tal nombre a las que se refiere el artículo 121 de la Ley de 12 de mayo de 1956, siempre que se justifique la aprobación del proyecto de compensación».

En principio, se planteó la cuestión de si las transmisiones realizadas a favor de un extraño a la Junta, estaban, también, exentas. Y ha terminado por prevalecer la tesis negativa. Nada más fundado, pues la *ratio legis* del precepto no permite en verdad otra interpretación. Lo que éste pretende es que, cuando la propiedad real o fiduciaria de los terrenos ha pasado a la Junta de compensación, la subsiguiente transmisión de las nuevas parcelaciones configuradas conforme al plan que se ejecuta, a favor de los asociados o de los miembros de la Junta de compensación, no soporten el impuesto de transmisiones patrimoniales. Pues sucede aquí lo mismo que en la concentración parcelaria del Derecho agrario; hay simplemente una «permuta» de fincas impuesta al propietario por motivos de interés público.

Sin embargo, cuando una finca de la masa común se adjudica a un tercero, ya no se da el supuesto que justifica la exención tributaria. Por el contrario, nos encontramos ante una verdadera transmisión que debe quedar sujeta a tributación, con todas sus consecuencias.

Pues bien: las diferencias entre el supuesto de venta a un tercero y el supuesto estricto de la segregación, son, a efectos tributarios, patentes. En el primer supuesto, se desnaturaliza la razón de ser de la exención. Lo que no ocurre, obviamente, en el supuesto de segregación de la parcela, pues éste es un acto jurídico que la Junta o Asociación Mixta debe realizar precisamente como consecuencia de la reparcelación, tanto se adjudique la finca a un asociado como si se vende a un tercero. En uno y otro caso permanece intacto el fundamento de la exención del impuesto de actos jurídicos documentados, que no es otro que venir la segregación impuesta por la reparcelación obligatoria.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

COMPROBACION DE VALORES. MEDIOS. CUANDO A EFECTOS DE COMPROBACION DE VALORES SE UTILIZA EL MEDIO PREVISTO EN EL ARTICULO 117, 1, 12 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO, LA VALORACION DE LOS BIENES A EFECTOS DEL IMPUESTO HA DE SER REALIZADA POR FUNCIONARIO TECNICO IDONEO QUE OSTENTE TITULO ADECUADO A LA NATURALEZA DEL OBJETO PROPIO DE LA TRANSMISION QUE SE REALIZA (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Cierta matrimonio, mediante escritura pública, dona a sus hijos una finca sita en el término municipal de Galapagar, distrito hipotecario de San Lorenzo de El Escorial, hallándose ubicada junto a la carretera de enlace de Las Rozas-San Lorenzo de El Escorial a la de La Coruña, destinándose a puestos para ganado vacuno, sin ninguno de los servicios municipales mínimos, lindando por un lado con el monte y por otro con la carretera mencionada, distando más de dos kilómetros de las casas del pueblo y más de uno de las colonias de veraneantes más próximas, hallándose en la fecha de la transmisión al corriente de pago a la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, del impuesto de plagas del campo y su propietario cotizaba y cotiza por Seguridad Social Agraria.

Resultando que para la valoración de la finca transmitida, la oficina recaudatoria abrió dos expedientes de comprobación de valores, tomando como fundamento en el primero de ellos, una pretendida certificación del índice de plusvalía y como en esos términos se reveló ilegal, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial la anuló, ordenando nueva incoación de expediente por resolución de 30 de noviembre de 1971, y en su lugar, se volvió a producir otra, prácticamente coincidente, en la que se dan como particularidades, que el Ingeniero Jefe del Catastro establece que los terrenos se encuentran comprendidos entre los que por razón de prospectiva utilización urbanística han de ser valorados según el valor expectante.

Contra el acto aprobatorio de la comprobación última se interpusieron los pertinentes recursos ante los Tribunales Provincial y Central, ambos desestimados, lo mismo que la posterior reclamación ante la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid.

Interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Luis Vacas Medina, se estima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que el presente recurso de apelación planteado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Territorial que mantuvo el acto de la oficina liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales—que en expediente de comprobación de valores asignó el de 60 pesetas metro cuadrado a la finca donada de acuerdo con el informe emitido por el Ingeniero Jefe del Catastro de la Riqueza Rústica—, se fundamente sustancialmente en que dicho informe de comprobación está rendido por un funcionario técnicamente incompetente para esta clase de valoraciones, que invade la competencia normativamente atribuida a otros órganos de la Administración y que calcula el valor expectante del terreno sin ninguno de los requisitos previos exigidos por la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956.

Considerando que para resolver adecuadamente la cuestión litigiosa ha de señalarse que, efectivamente, el referido informe del Ingeniero Jefe del Catastro, partiendo del supuesto de que el terreno de que se trata es suelo urbano conforme al artículo 4.º-1-4.º del Texto Refundido de 12 de mayo de 1956, le califica con arreglo al artículo 85-4 de la Ley del Suelo y por las razones que expone, como terreno con valor expectante, aplicando al respecto los criterios valorativos establecidos en la citada Ley para terrenos de esta naturaleza; y esta sola circunstancia demuestra evidentemente que tal informe debe ser hecho por un Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana, como la parte recurrente propugna, por ser éste el funcionario a quien por su específica preparación técnica corresponde llevar a efecto la tasación de referencia teniendo en consideración la índole de la finca que se transmite, según dispone al respecto el artículo 117, 1, 12 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967.

Considerando que lo expuesto conduce a la estimación del recurso de apelación promovido y, en consecuencia, con la revocación de la sentencia recurrida, a la declaración de nulidad que se pide del expediente de comprobación de valores—en cuanto que el vicio que se denuncia afecta en realidad a la debida tramitación del procedimiento—y consiguiente necesidad de tramitar otro en el que la valoración del terreno transmitido se efectúe por un Arquitecto del expresado Servicio.

Considerando que la solución a que se llega en esta sentencia viene respaldada por la jurisprudencia de esta Sala, de que son exponente las Sentencias de 3 de junio de 1971 y 29 de enero, 28 de mayo y 8 de octubre de 1973, que de manera expresa o tácita han determinado la exigencia de que las valoraciones sean realizadas por funcionario técnico idóneo que ostente título adecuado a la naturaleza del objeto propio de la transmisión que se realiza y que en los supuestos enjuiciados en tales sentencias eran, respectivamente, Arquitecto, Intendente Mercantil e Ingeniero Agrónomo.

PRESTAMO HIPOTECARIO. EXENCIONES. FALTA DE SIMULTANEIDAD ENTRE LA CONCESION DEL CREDITO Y LA CONSTITUCION DE LA GARANTIA. APLICABILIDAD DE LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 65, 1, 66, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIAS DE 10 Y 21 DE OCTUBRE DE 1977).

Hechos.—Por el Banco de Crédito Industrial, S. A. se concede a la Sociedad Española de Construcciones Babcock Wilcox, S. A. un préstamo hipotecario en garantía del cual esta última se obligó a constituir hipoteca sobre una finca de su propiedad, formalizándose la constitución de tal gravamen en la escritura pública que constituye el documento base objeto de la liquidación impugnada, que es la número T-55.111, al tipo del 1,90 por 100, liquidación que fue objeto de reclamación económico-admi-

nistrativa ante el Tribunal Provincial de Madrid, que en resolución de 22 de enero de 1972 desestimó aquélla, por entender que el Banco reclamante no tenía derecho a la exención que pretendía. Igual criterio siguió el Tribunal Central. Sin embargo, la Audiencia Territorial de Madrid e igualmente el Tribunal Supremo mantienen criterio contrario, estimando el recurso y considerando aplicable, por tanto, la exención pretendida, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que esta misma Sala, en recurso seguido entre las mismas partes, dictó, con fecha 23 de marzo del año actual, sentencia desestimatoria de la apelación formalizada por la Abogacía del Estado, abordando idéntico tema al actual, esto es, si cabe gozar de la exención prevista en el número 66 del artículo 65 del Texto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales la constitución de hipoteca en favor del Banco de Crédito Industrial, en cumplimiento de lo pactado al concertarse en tiempo pretérito un préstamo, y en garantía de éste, pese a tal falta de sincronía entre uno y otro otorgamiento—préstamo y subsiguiente hipoteca—, cuestión que se resolvió en sentido favorable a dicha entidad de crédito, y ello tanto porque en realidad la norma no realiza aquella diferenciación o tratamiento diverso, lo que impide efectuarla a quien la interpreta o aplica, en estricta observancia del principio según el cual donde la ley no distingue no cabe distinguir, y, asimismo, porque del artículo 58 del mismo Texto se infiere idéntica solución, al permitirse extender la exención al accesorio acto de garantía, mayormente cuando tanto en el caso presente, como en el resuelto por la sentencia invocada al inicio de este razonamiento, el otorgamiento de la garantía hipotecaria quedó ya concertado al escriturarse el originario préstamo, incluso con especificación de los elementos sustanciales de todo orden integradores de la hipoteca.

AGRUPACION. BASE IMPONIBLE. PARA FIJAR LA BASE IMPONIBLE EN UNA AGRUPACION DE SOLARES, PREVIA A LA DECLARACION DE OBRA NUEVA, NO DEBE COMPUTARSE EL VALOR DEL EDIFICIO DECLARADO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—La cuestión que el Supremo había de dilucidar al plantearse el correspondiente recurso de apelación estribaba en determinar si la base del impuesto que grava los actos jurídicos documentados, en la agrupación de solares, previa a la declaración de obra nueva de un edificio, es o no, a efectos sólo de la referida agrupación, la resultante de adicionar al valor de los solares, el de las edificaciones hechas.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, estima que no, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en una escritura en la que se agrupan varios solares, se declaró el edificio construido sobre ellos y se constituyó el régimen de propiedad horizontal, y en la que, consiguientemente, se han apreciado los distintos conceptos sometidos a la modalidad del Impuesto que grava los Actos Jurídicos Documentados, la sentencia de la que apela el Abogado del Estado, en interés de la ley, manda computar para la agrupación, el valor total del terreno, para la declaración de obra nueva, el valor del edificio, y para la constitución de la propiedad horizontal, la suma del valor del terreno y edificio; pretendiéndose ahora, que

esta Sala declare, como doctrina legal, y con absoluto respeto para la situación jurídica individual resuelta en única instancia por la Sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial que, en la agrupación, debe tomarse como base la suma del valor del suelo y edificio.

Considerando que es presupuesto necesario para la agrupación de fincas, a tenor del artículo 45 del Reglamento Hipotecario, la previa inscripción de las mismas, sin que sea admisible dar el tratamiento de agrupación, a la declaración de obra nueva, a la que el citado Reglamento se refiere en el artículo 308, lo cual no significa que una y otra figura no sean determinantes de la exigibilidad del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, conforme al número 38 de la tarifa, pero siempre bajo conceptos separados, aunque luego, en una misma inscripción, se recojan la agrupación, la obra nueva y la propiedad horizontal; porque lo agrupado son entidades registrales, cuyos respectivos folios se cierran de momento, y ahí no tiene por qué computarse una alteración de la realidad exterior que no había sido reflejada con anterioridad en los libros del Registro, de igual manera que, al recoger tal alteración mediante la declaración de obra nueva, tampoco debe computarse, a efectos fiscales, el valor del terreno sobre el que se ha edificado, plantado o introducido mejoras; pero sí que se recogen ambos elementos, suelo y construcciones, al constituirse la propiedad horizontal, sin que por ello se aprecie duplicidad impositiva, por haber tributado uno de los elementos por agrupación y el otro por obra nueva, al ser conceptos independientes, uno y otro, del de constitución de la propiedad horizontal; duplicidad que, evidentemente, se produciría, si en los actos previos de agrupación y declaración de obra nueva, se incluyera el otro elemento al que la respectiva operación registral debe ser completamente ajena; en un caso, por no haber tenido acceso al Registro la obra nueva, y en el otro, porque la alteración se limita a las accesiones recibidas por una finca anteriormente inscrita.

DISOLUCION DE SOCIEDAD. DIVISION DE UN EDIFICIO CON ADJUDICACION DE LOS DIVERSOS PISOS O DEPARTAMENTOS INDEPENDIENTES A LOS TITULARES DE CIERTOS DERECHOS EN EL SOLAR Y EDIFICIO SOBRE LOS QUE SE EFECTUA LA OBRA NUEVA Y DIVISION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Mediante escritura pública, cierta entidad mercantil y varios señores declaran que la primera es dueña de un solar con superficie de 639,65 metros cuadrados y determinada edificación y que los segundos eran titulares de unos derechos de vuelo que les autorizaban a construir sobre el edificio existente en el solar indicado; y que en el ejercicio de sus respectivos derechos los comparecientes estaban construyendo un edificio, cuya declaración de obra nueva hicieran a continuación, valorándose en 11.100.000 pesetas; procediendo, por último, a construir el inmueble en régimen de propiedad horizontal, describiendo y adjudicando a los distintos copartícipes los diferentes pisos o departamentos independientes que lo integran. Presentada dicha escritura en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda competente, se giraron liquidaciones a cargo de la citada entidad mercantil: una, por actos jurídicos documentados, y la segunda—que es la única reclamada—, por el concepto de disolución de sociedades, número 8 de la Tarifa, al tipo del 1,90 por 100.

Contra la segunda de tales liquidaciones se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, razonándose que la liquidación se giraba sobre un supuesto acto jurídico de disolución de sociedad que jamás había existido, porque los distintos partícipes habían construido el edificio con entera separación de sus intereses respectivos, encargando directamente la obra a una tercera persona sin que existiera comunidad de bienes ni fondo común; por todo lo cual solicitaba se declarase la nulidad de dicha liquidación, acompañándose como prueba los diversos contratos suscritos, en documentos privados separados, por cada uno de los partícipes con el constructor del inmueble.

El Tribunal Provincial dictó resolución argumentando que era imposible material y económicamente la construcción con entera independencia de los diversos pisos y locales de un solo edificio, por cuya razón era absolutamente precisa la existencia de puesta de bienes y dinero en común por los distintos titulares, siendo indudable la vinculación creada entre ellos, y que por otra parte, los preceptos legales imponían la práctica de la liquidación por disolución de sociedad, debiendo en su consecuencia confirmarse el acto administrativo reclamado.

Los posteriores recursos fueron igualmente desestimados, llegando en última instancia al Tribunal Supremo que igualmente lo desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en la escritura de 18 de julio de 1972, en la que se ha apreciado el concepto fiscal de disolución de sociedad, los otorgantes, que eran titulares, respectivamente, del dominio gravado con determinados derechos de goce, y de esos mismos derechos, sobre un solar sito en la calle Bertrán, números 77 y 79 de Barcelona, declararon estar construyendo a sus costas, sin adeudar hasta entonces nada por materiales, dirección y mano de obra, un edificio cuyas características se ajustaban a la declaración de obra nueva que a continuación se hace, la cual dio lugar a las inscripciones 5.ª y 6.ª de la finca número 23.172 del Registro de la Propiedad número 6 de Barcelona, una por declaración de la obra nueva, y la otra por la constitución del régimen de propiedad horizontal, puesto que la misma escritura realiza la constitución de dicho régimen, después de descrito el edificio que se estaba construyendo; aunque se pone de relieve, que cada parte separada susceptible de aprovechamiento independiente, se construía por cada uno de los titulares, del dominio o de los derechos sobre los respectivos espacios aéreos cúbicos edificables; si bien, al final, solicitan la inscripción a nombre de cada interesado, de una o varias de las fincas independientes levantadas sobre el solar único, como así se hizo bajo los números 23.916 a 23.986, todas ellas en inscripción 1.ª; y no hay más que conectar estas inscripciones de las nuevas entidades registrales, con la inscripción 6.ª de la finca matriz, número 23.172, para advertir que la situación de concurrencia de distintos derechos reales, homogéneos entre sí, pero esencialmente diferentes del dominio residual, sobre el terreno y sobre el edificio, en su consideración unitaria, el que, además, necesariamente era construido bajo una sola dirección técnica, ha desaparecido, como consecuencia de la relevación hecha a la sociedad titular del dominio gravado, de las obligaciones contraídas al adquirirlo y de la constatación registral de la titularidad exclusiva de cada interesado sobre una o varias de las fincas filiales independientes; conjunto de operaciones que fiscalmente merecen la calificación de disolución de sociedades, después de la Ley de 30 de junio de 1969, que modificó en lo pertinente el número 2.º del artículo 57 del Texto Refundido de los Impuestos Generales sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de

6 de abril de 1967; por cuanto que la comunidad de derechos sobre el terreno y edificio en su conjunto, no se puede discutir, y bien lo proclama la inscripción 6.ª de la finca matriz, exigida por los números 4.º y 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, desapareciendo la comunidad sobre aquella finca, por la inscripción a nombre de cada interesado, de una o varias de las fincas independientes surgidas de la propiedad horizontal; todo lo cual conduce a la confirmación de la sentencia apelada en todas sus partes, aunque sin apreciación de circunstancias que obliguen a una expresa imposición de costas, de conformidad con el artículo 131 de la Ley de esta jurisdicción.

C. M. A.

LIBROS

FUENTES BODELÓN, F.: *Derecho Administrativo de los bienes*. Dominio público y Patrimonio. Estudios Administrativos. Escuela de Administración Pública. Madrid, 1977.

El autor de este estudio sobre el aspecto administrativo del dominio de los bienes, Doctor en Derecho y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, hace una afirmación en el prólogo de su libro que puede justificar toda la razón de la publicación. Habla de la «necesidad de un Código de dominio público», eliminando esa dualidad legislativa que parece desprenderse de la regulación civil y la regulación administrativa de tan importante materia como es la propiedad de las cosas. El autor confiesa al final de su prólogo que es «el primer intento de reducir a unidad el Derecho administrativo de las cosas, en su doble vertiente demanial y patrimonial».

Quizá tenga razón el autor al patrocinar ese criterio de unidad, pero se me hace «cuesta arriba» que esto pueda lograrse teniendo en cuenta la peculiar manera de entender las instituciones por parte del funcionario español. Simultáneamente a la lectura de este libro estoy realizando la de la última obra de GONZÁLEZ PÉREZ y al comentar la tendencia «unificadora» que se pretendió con la Ley de Procedimiento Administrativo, dice lo siguiente: «La repugnancia innata de los distintos Departamentos ministeriales a ser regulados por normas jurídicas uniformes y la incompreensión más absoluta hacia el nuevo texto que se está elaborando, determinaría tan importantes excepciones al mismo que han permitido dudar a la doctrina sobre la realidad de la unidad legislativa pretendida».

El autor, que dedica una gran parte de su obra al problema de las aguas, se quedaría asombrado de un hecho en el que intervino accidentalmente. Había que pasar las aguas—para abastecer a una población—por un campo de prácticas militares y estuvo a punto de estallar la guerra. Cuando se enfrenta el funcionario de obras públicas con el militar en activo, la teoría del poder se pone a prueba. Si para unos puede ser preferente—conforme a ley—el abastecimiento de aguas, para otros, por razones de defensa, es trascendental el ejercicio de tiro y la maniobra militar. Por buenas componendas se autorizó el paso del agua, pero con condiciones: sólo por unos años y sometido a la posibilidad de que por encima del acueducto pasasen los tanques, los vehículos pesados, pudiese ser bombardeado con fuego de mortero y cañones y bombas de aviación... Todo ello consta en una escritura notarial cuya copia guardo como un tesoro y suelo enseñar cuando se me habla de entendimiento «administrativo».

Quizá como aspiración del autor sea buena su idea de la unidad, pero viendo en el campo de la vida política la rica floración de partidos—partidos no unidos—las tendencias hacia independencias regionales, la multiplicación de símbolos y banderas, el resurgimiento de saludos, algunos con puños cerrados apretando rosas (no capullos, porque la múltiple acepción de la palabra podría levantar fáciles símiles), quizá impidan

regresar a los viejos tiempos donde, como le decía Romeo a Julieta, o viceversa, el chocar palma con palma es el viejo saludo de los palmeros, el saludo de la concordia.

En aras de esa idea unificadora el autor desarrolla su trabajo distribuyéndolo en ocho partes, arrancando de una idea que superó hace ya muchos años SAVIGNY. Cuando en la primera mitad del siglo XIX se redactan los principales Códigos civiles todavía no se ha vulgarizado la sistemática de SAVIGNY y se acepta como dogma inconcluso un dualismo consagrado por romanistas y prácticos entre el dominio, de una parte, y los «ius in iure aliena», por otra, según la dogmática de VINNIO. Fue SAVIGNY y su escuela la que crea la dogmática unitaria del derecho real, contraponiéndolo con el derecho de obligaciones. El autor distingue, de una parte, el sentido unitario del derecho de bienes y, de otra, los derechos reales administrativos.

El libro tiene, aparte de las secciones señaladas, una clave de abreviaturas y un índice general. Carece de un índice alfabético, quizá importante en esta clase de obras, y otro de autores y trabajos empleados, pues entiendo insuficiente la cita a pie de página. Ajustándonos a los apeaderos que el autor señala, distinguimos:

A. Derecho de bienes administrativo.

Explica el autor en esta especie de introducción su teoría de la agrupación unitaria del derecho de bienes administrativo en el que se comprenden instituciones como el demanio, el patrimonio del Estado y los «iura in re aliena». En los dos capítulos de que consta esta parte el autor perfila la tesis y luego explica históricamente la tendencia, que culmina con esa seria advertencia—muy de esa nueva vía jurídica constituida por el derecho ambiental—que se hace en Estocolmo en el año 1972: «Se ha adquirido conciencia a nivel internacional de que los bienes que constituyen el demanio natural renovable (aire, aguas marítimas y continentales, naturaleza) no son inagotables». Además, a consecuencia del desarrollo industrial, estos bienes han experimentado una grave degradación, con ruptura de los cosistemas, que compromete gravemente la misma existencia humana sobre el planeta.

B. Teoría general del dominio público.

Diversos son los temas abordados por el autor en torno a esta teoría general del dominio público. Maneja conceptos genéricos como los de la propiedad, titularidad, destino y régimen jurídico, pasando luego a la disección de los elementos de la titularidad, sujeto, objeto y función y culminando con los tres problemas cruciales en los que repercute la especialidad de esta propiedad: la dinámica demanial con su principio general de la extracomercialidad y las dos vertientes de la afectación y la desafectación demanial, así como la posible mutación; el uso o utilización del dominio público y la protección y defensa del mismo a través de una serie de principios y una serie de imposiciones, prohibiciones y publicidades.

Creo que el autor acierta a resumir con gran claridad las diferentes posturas que para explicar todos estos problemas se han aducido. Y, además, veo con gran complacencia que al tocar el tema de la protección registral de los bienes aboga por una necesaria inscripción sobre la base de que a estos bienes no se les puede negar «este medio de defensa» contra posibles usurpaciones de particulares.

Va siendo hora ya de que, desde el campo administrativo, comience a pensarse en que existen instituciones, dentro de la legalidad, que prote-

gen derechos y que pueden ser utilizadas por el Estado cuando el ciudadano—ahora ya pueblo, mucho pueblo—empieza a tratarle de tú. Pero como aún estamos en fases de transición, todavía hay que admitir frases llamativas que hieren el fino oído del jurista, como la que pronunciara hace poco el nuevo presidente del A. de Bilbao: «El Athletic es patrimonio del pueblo vasco».

C. *Aguas terrestres.*

Cuando el agua es dulce se llama terrestre, de la tierra, no del mar. Para desarrollar la materia referente al tema el autor dedica diversos capítulos que van desde la precisión del agua como posible objeto de derecho, hasta la regulación administrativa de la policía, deslinde, servidumbres y registros administrativos, pasando por la evolución histórica, propiedades, clases y usos. Es la parte más larga y creo que importante del estudio. Descender minuciosamente a la precisión de cada uno de los puntos enumerados extendería esta recensión. Unicamente quiero destacar cómo el autor se preocupa con minuciosidad de los diferentes matices que la materia exige y así hay puntos que difícilmente se abordan en obras especializadas, como, por ejemplo, el problema de las aguas subálveas, aunque quede sin resolver si pueden o no ser objeto de expropiación, por ejemplo. En una línea de pureza conceptual perfila, y este es otro matiz importante, el Registro de aprovechamientos de aguas públicas como lo que es: un registro administrativo y no jurídico.

D. *Aguas marítimas.*

Si el agua dulce le pone nombre a las cosas y al hombre en la pila bautismal, la salada se convierte en mar. El agua del mar. Cuatro o cinco puntos son los que aborda el autor para estudiar la materia: el dominio y extensión del mismo referente a dichas aguas, dominio y extensión de las zonas que lindan con el mar, dominio portuario y protección y organización administrativa del demanio marítimo. Vuelve el autor a tocar inevitablemente la institución registral al relacionarla con el delicado tema de la zona marítimo-terrestre y vuelve a responder con criterio jurídico en el mismo sentido que antes apuntábamos respecto a la necesidad de la inscripción de los bienes demaniales. Una zona de la costa española fue objeto de un famoso pleito y parece ser que en ella no existe esa zona marítimo-terrestre, de ahí que en alguna inscripción registral haya podido comprobar que la finca tal lindaba «con Africa, mai por medio».

E. *Minas.*

Respondiendo a una necesidad de nueva legislación, el estudio que hace el autor de esta materia es una gran ayuda para seguir los difíciles criterios adoptados por la Ley de Minas. Aunque esquemática la exposición, sí es, sin embargo, lo suficientemente clara y precisa para afrontar una serie de temas que podemos calificar de importantes: sistemas, clasificación de sustancias, titularidades, materias excluidas, régimen jurídico, etc.

F. *Dominio público artificial.*

Se incluyen en este capítulo o parte de la obra una serie de cosas estructuradas según se destaque el «uso público» o el «servicio público».

El demanio artificial de uso público recoge el estudio de las carreteras, los caminos, paseos, calles, plazas, parques, vías pecuarias, travesías, autopistas, etc. Dentro del demanio artificial del servicio público se incluyen el militar aéreo, edificios públicos, bienes funerarios, etc.

G. *Bienes cuasidemaniales.*

A cuatro se reducen estos bienes que el autor denomina cuasidemaniales por entender que están situados en una zona de penumbra entre demanialidad y patrimonialidad, sujetos a un régimen intermedio. Fundamentalmente son los montes, propiedades forestales, patrimonio nacional, bienes comunales y el patrimonio artístico nacional.

H. *Bienes patrimoniales.*

Es la última parte de la obra que se redacta bajo la idea inicial que el autor expone al comenzar la misma: ambos tienen de común (dominio público y patrimonio) que su titularidad corresponde a la Administración, pero mientras que el patrimonio o bienes patrimoniales se consideran suficientemente protegidos por el régimen establecido por el derecho privado, los bienes demaniales, en los que el interés público es mucho más patente y manifiesto necesitan un régimen especial de utilización y protección exorbitante de Derecho civil. Previa la distinción entre bienes patrimoniales estatales, locales y de organismos autónomos, se afrontan los temas básicos de dichos bienes: inventario, concepto, régimen y tráfico jurídico.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GARCÍA FERNÁNDEZ, MANUEL: *La participación del trabajador en la gestión de la empresa*. Editoriales Prensa Española, S. A., y Magisterio Español, S. A. Madrid, 1976, un tomo, 157 págs.

Al publicarse esta obra, su autor se encontraba desempeñando interinamente el cargo de profesor agregado en la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Barcelona. Esta publicación aparece entre las muy variadas que componen una popular serie conocida con el nombre de Biblioteca Cultural RTVE, en las que se abordan cuestiones de actualidad por diversos especialistas, muchos de ellos de gran prestigio en sus respectivas disciplinas científicas, pero con una intención divulgadora, en un intento de ponerlas al alcance del gran público, aspecto poco corriente entre las que abordan temas jurídicos.

Inicia la obra una «introducción» en la que, bajo el epígrafe «El mando autocrático y la gestión participativa», se exponen, primero, los fundamentos del denominado mando autocrático en la empresa (jerarquía y autoridad, directores y dirigidos en las agrupaciones de personas, la función de dirigir como función empresarial), para pasar luego a la crítica de dicha forma de mando (la crisis del principio de autoridad, dependencia del trabajador y participación, la crítica de la función de mandar), señalándose en las conclusiones correspondientes cómo la «participación» es la consecuencia del cambio en profundidad de una serie de valores y principios aceptados tradicionalmente por la sociedad, en ámbitos

diversos de las relaciones humanas, y constituye un nuevo modelo de organización social que hace sus primeras armas en uno de los ámbitos sociales más relevantes, la empresa, pero que es inviable sin unos nuevos esquemas de participación social.

Siguen dos capítulos con el siguiente contenido:

A) Capítulo I: Los fundamentos de la participación del trabajador en la empresa: niveles, ámbitos y medios.

Se expone en primer lugar una valoración de la eficacia de la gestión participativa, señalando el autor que la eficacia en la gestión de una empresa que sea algo más que un taller exige una cierta participación de quienes trabajan en la misma, de modo que es práctica general que los varios sistemas conocidos se desarrollen en los Manuales de Organización de Empresas, sistemas que, si bien no responden a un modelo que podríamos designar como «antagónico» de la «participación», pueden hacer de ésta una realidad, ya que los sistemas clásicos como la cogestión o la participación en los frutos de la expansión de las empresas pueden ser pura fachada, sin ningún contenido, de no existir una organización aceptable de la información en la empresa y buenas líneas de comunicación entre los diversos organismos de aquélla.

Examina entonces la participación de los trabajadores como instrumento para una nueva ordenación de las relaciones de trabajo, bajo el sistema de la participación en los frutos de la expansión de la empresa y en sus resultados económicos, analizando su filosofía y las fórmulas utilizadas en la práctica de varios países (participación en los resultados de la empresa, participación en los beneficios y participación de los trabajadores en la propiedad); pasa luego al estudio de la denominada «negociación colectiva» y de los sistemas de consulta y colaboración en el seno de la empresa mediante las fórmulas de representaciones integradas exclusivamente por miembros del personal o de representaciones de carácter mixto; concluye este apartado con el análisis de la «cogestión», que define como participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de administración de una empresa. En las conclusiones destaca que el término «participación» oculta realidades y logros muy diversos entre sí, y que todos los sistemas buscan idéntica finalidad: interesar al trabajador en la gestión de la empresa y estimular su intervención, sin que ello signifique una alteración radical en las bases mismas del sistema de economía de mercado.

El último apartado del capítulo se dedica al estudio de la autogestión, esto es, del sistema en que los trabajadores gestionan, a través de órganos apropiados de dirección, la empresa en la que prestan sus servicios. El conjunto de los trabajadores detenta así los derechos de gestión sobre la empresa, derechos que son independientes de los de la propiedad. Se examinan los sistemas yugoslavo, argelino e israelí, y señala el autor en las conclusiones que las experiencias de autogestión son escasas, como consecuencia de las dificultades que encuentra la articulación de la autogestión por el cambio profundo que supone en la dinámica de una sociedad determinada.

B) Capítulo II: La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa en España.

Esta parte de la obra hace referencia a un aspecto de nuestra realidad jurídico-social sujeta en este momento a una profunda reelaboración. Su interés está, sin embargo, en mostrarnos el conjunto del sistema tal como aparecía inmediatamente antes de las modificaciones introducidas en el aspecto sindical y sus interrelaciones.

En la introducción del capítulo se destacan las constantes que caracterizaban formalmente al sistema de participación: acusadísima interven-

ción del Estado en las relaciones de trabajo; no existencia de unos sindicatos en sentido clásico, al menos legalmente, y en lugar de los que fue creada la Organización Sindical; amplias facultades de los empresarios para organizar el trabajo en la empresa y afirmación constante de la identidad de intereses y la unidad de propósitos entre los factores productivos que integran la empresa. Además, dos características sobresalen: 1) el sistema presenta rasgos muy peculiares, de forma que el uso de términos comunes con otros sistemas próximos cultural y espacialmente no puede ocultar que nos encontramos ante realidades muy distintas, y 2) estas peculiaridades no se han formado de una sola vez, manteniéndose posteriormente inalteradas.

Como precedentes del sistema, se recuerdan los Consejos de Cooperación Industrial del anteproyecto de Ley sobre Contratos de Trabajo de 1922, el proyecto de Ley de Comisiones Interventoras de Obreros y Empleados de 1931 y la colectivización y control de las empresas en Cataluña durante la II República.

El marco ideológico de la participación se centra en la afirmación del autoritarismo en la empresa, el concepto nacional-sindicalista de la empresa, el pragmatismo y la evolución.

Se analizan luego las tres experiencias concretas vigentes: los jurados de empresa, cuyo futuro, se señala, está seriamente condicionado por la evolución de las estructuras sindicales; la sección sindical de empresa y la participación de los trabajadores en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedades.

En las «Anotaciones finales» expresa GARCÍA FERNÁNDEZ que al adentrarnos en el estudio de la participación nos encontramos con un movimiento universalizado, por lo menos a nivel de los países industrializados, que desea presentar una nueva imagen de la empresa, y que considera no adecuado a los tiempos actuales el modelo tradicional de organización de las relaciones de trabajo en el seno de aquélla. Bien que, para evitar los peligros que entraña este movimiento, de orden psicológico y práctico, ha de aquilatarse el verdadero valor de los sistemas de participación e instrumentarlos en forma muy pragmática, de acuerdo con el contexto social y económico en el que se desarrollen, condicionante de su éxito.

En el supuesto particular de España, considera GARCÍA FERNÁNDEZ que la voluntad del legislador para potenciar la participación de los trabajadores en las empresas ha actuado con firmeza durante los últimos años, si bien las condicionantes institucionales pensadas para otras épocas han frenado la trascendencia práctica del esfuerzo, y estima que asentar en bases firmes la responsabilidad y autonomía de quienes concurren al esfuerzo productivo es paso previo a cualquier reforma, lo cual es sólo posible si les es permitido disponer de capacidad para autoorganizarse y adquirir progresivamente conciencia de sus situaciones como colectividades en el mundo económico y social; y, desde luego, articular las diversas fórmulas de participación que se elijan de un modo gradual y progresivo.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

VARIOS AUTORES: *Impuesto sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados*. Estudios de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977, dos volúmenes de 1.355 y 1.069 págs.

Debido al Cuerpo de Abogados del Estado, aparece esta publicación comprensiva de una serie de cuarenta estudios monográficos sobre diversos aspectos de los referidos impuestos, componiendo un tratado magistral que viene a llenar el hueco doctrinal existente desde la obra de BAS Y RIVAS. Se compaginan en los diversos trabajos la altura científica con la visión práctica del Derecho Fiscal, resultado lógico en quienes reúnen una preparación de altura contrastada en la práctica cotidiana de la liquidación. La obra será indispensable fuente de consulta para liquidadores y profesionales del Derecho relacionados con esta rama.

Intentaremos una breve recensión de cada uno de los estudios.

Inicia el empeño ANTONIO BOTELLA GARCÍA con el Impuesto sobre los bienes de las Personas Jurídicas, que parte de la obligación atañente a éstas de subvenir a las cargas del Estado. Los bienes de «manos nuevas», que en un principio escapan a la tributación de Sucesiones, merecieron desde 1910 la atención del legislador. La regulación actual plantea dos cuestiones que comenta el autor: una, la imposición de los bienes no susceptibles de producir renta, y otra, la extensión del impuesto a toda clase de personas jurídicas. La primera de ellas, resuelta por el T. R. al no exceptuar esta clase de bienes, considerándolos exentos únicamente para las entidades locales. La segunda aborda un problema «de lege ferenda»: la conveniencia de extender esta tributación a las sociedades mercantiles, tal y como ocurre con la tasa de equivalencia municipal, en aras de la mayor rentabilidad del impuesto, siquiera la ratio de la citada tasa no sea idéntica a la del tributo comentado. Insiste el autor en la comprobación anual y en las investigaciones periódicas, estudiando al final de su trabajo el carácter de la nota de liquidación, exención o no sujeción, que debe acompañar a la extinción de la persona jurídica para obtener la baja del impuesto.

Los efectos de la renuncia hereditaria, tema abordado por LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, se centran en un principio sobre el artículo 52 del Reglamento de 1959, que adopta el criterio germánico en orden a la adquisición de la herencia, sin perjuicio de los efectos enervadores de la repudiación. Con ello se abre un estudio en profundidad de esta figura jurídica y de sus efectos fiscales. Partiendo de que la repudiación hereditaria es una renuncia preventiva, se contemplan los dos párrafos del artículo 38 del Texto Refundido. Con relación al sentido del segundo párrafo, CAZORLA PRIETO se pronuncia por una donación a efectos fiscales de causante a causahabiente, y no del heredero al beneficiario. Desde otro punto de vista, la repudiación puede originar una bipartición en la adquisición del favorecido que, en el caso de tributar por el mismo número de la tarifa, no debe dar lugar a un fraccionamiento de las bases. Después de estudiar otras renunciaciones, como las de gananciales o usufructuarios, termina su estudio con una referencia a la Resolución de 21 de noviembre de 1974, que considerará acto no sujeto al número 38 de la tarifa la escritura de repudiación o no aceptación.

La doble imposición sobre las Sucesiones y los Convenios con Francia y Suecia es tratada por RODRIGO ECHENIQUE GORDILLO, quien pondera la dificultad de lograr soluciones armónicas, dada la extraordinaria variación de las legislaciones sobre el particular, que en el caso de Suecia y España se agrava por una concepción distinta del Derecho civil. La técnica

para evitar la doble imposición, que sigue el Convenio modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, y que a su vez inspira ambos convenios, atribuye la soberanía fiscal al Estado de residencia del causante o, para ciertos casos, donde se sitúan los bienes, excluyendo cualquier consideración a los herederos. Partiendo de esta base, los convenios elaboran una serie de consideraciones específicas no carentes de imperfecciones y lagunas. Como dice el autor, se echan de menos normas reglamentarias dirigidas a hacer efectivas los acuerdos, tal y como existen en el Impuesto sobre la Renta.

La Revisión de Oficio en el Impuesto de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales es estudiada por FRANCISCO J. FERRER RUETE, quien partiendo de la conjugación de los principios de legalidad y seguridad jurídica y tras una exposición de antecedentes, se adentra en el estudio de los artículos 153 y 154 de la L. G. T., los cuales suponen una derogación del artículo 141 del Reglamento de Derechos Reales. Se señala la omisión en que incurre el artículo 153 al no tener en cuenta lo dispuesto por el 19 de la misma ley. En los casos de aportación de nuevas pruebas, entiende el autor, frente a la tesis de dos sentencias del Tribunal Supremo, que no cabe aplicarse este procedimiento de revisión a la aparición de nuevas pruebas que alteren la base establecida por un acto previo a la liquidación, aun cuando aquéllas nazcan de un documento privado desconocido por la Administración, entendiéndolo idóneo para este supuesto el procedimiento del recurso extraordinario de revisión del artículo 171 de la L. G. T. Por otra parte, el alcance de la ignorancia de la Administración se reduce, acertadamente, a la ignorancia del órgano que dictó el acto de gestión y no a la personalidad jurídica de la Administración en su conjunto.

La tasación pericial contradictoria, dice JESÚS GARCÍA TORRES al iniciar su extenso y documentado estudio sobre este tema, es un instituto que no conoce los favores de la doctrina científica española. La naturaleza jurídica de la tasación a instancias del contribuyente queda precisada por una serie de notas que acertadamente son señaladas al final de la monografía. Destaquemos la de ser un procedimiento en vía de gestión, no obstante su carácter de impugnación, no utilizable conjuntamente con la reclamación económico administrativa, aunque sí previa a ésta. ¡Lástima que el desarrollo de la regulación legal quede aplazado para una próxima ocasión, porque el tema tal como es tratado constituye un estudio sin precedentes sobre la materia!

A PASCUAL JOVER LAGUARDIA se deben unas notas en torno al Impuesto sobre las Sucesiones en Alava. Como la regulación del Concierto Económico de 1976 y la legislación del Estado son sustancialmente idénticas, el estudio se limita a dar noticia de las principales diferencias: inexistencia de gravamen sobre los bienes de las personas jurídicas, distinción de los seguros de vida y el Impuesto de Sucesiones, exención hasta las 50.000 pesetas, tipos de gravamen menos gravosos y sujeción de las aportaciones y adjudicaciones por sociedad conyugal al tipo de 0,55 por 100.

El estudio de los derechos de usufructo, uso y habitación en los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales es tratado por MANUEL MARTÍN TIMÓN, quien se pronuncia en su planteamiento por una concepción fiscal del usufructo como *pars domini*, particularmente reflejada en las normas de valoración de este derecho. La exposición tiene el mérito de la claridad en una materia tradicionalmente tenida por oscura, con una perfecta sistematización y explicación de los supuestos que contempla el Texto Refundido. Se inclina el autor por los porcentajes fijados en el Reglamento de 1959, tal y como es comúnmente seguido en las oficinas liquidadoras. En los casos en que así procede, se explica la circular 4/1965, que, aunque originariamente constreñida a las liquidaciones mecanizadas, es de indudable vigencia para todas las oficinas. Asimismo estudia el supuesto

de usufructo simultáneo y sucesivo, olvidado por el T. R. y recogido por el anteproyecto de Reglamento.

El estudio del parentesco en los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales es abordado por CARLOS MARTÍNEZ GONZÁLEZ con una casi exhaustiva exposición de los problemas de aplicación que él mismo provoca. Así se examina la consanguinidad legítima en línea recta y colateral, incluyendo en la primera los hijos legitimados por subiguiente matrimonio, con referencia especial a las transmisiones onerosas que tributan como lucrativas, y examinando detenidamente en la segunda la aplicación del recargo del 20 por 100 en la sucesión intestada. En la consanguinidad ilegítima se aboga por una dulcificación del rigor fiscal en la futura regulación del impuesto. En el parentesco por afinidad se comenta la resolución de 19 de febrero de 1975. Finalmente, se toca el especial parentesco derivado del matrimonio, deteniéndose en las presunciones fiscales de donación entre cónyuges, no obstante ser civilmente nulas, y las normas de prevención del fraude en los depósitos. Debemos asimismo destacar el tratamiento de los supuestos de desconocimiento del parentesco o doble parentesco.

Del tratamiento fiscal de las donaciones se ocupa TOMÁS MIR DE LA FUENTE en una exposición detallada y sistemática que parte del artículo 63 del Texto Refundido y contempla todos los preceptos fiscales relacionados con el tema. Entresacamos, como puntos más sugerentes, la tributación de las donaciones con causa onerosa y las reenumeratorias, con especial referencia a los contratos de adjudicación en pago de servicios, la acumulación de donaciones, que se entiende no aplicable a las compraventas, las adquisiciones de ascendientes en representación de descendientes y las renunciaciones que tienen carácter de donación. Los temas más polémicos, por falta de desarrollo reglamentario, son las transmisiones onerosas de ascendientes en favor de sus descendientes, con la posibilidad de aplicar las normas fiscales a los afines. En la adquisición por un matrimonio, ¿qué normas deberán seguirse? La Resolución de 19 de febrero de 1975 sólo resuelve un caso, debiendo seguirse en los otros el criterio de la Dirección General de aplicar las tarifas 1 y 3 en los demás sobre la base total y reduciendo las respectivas cuotas al 50 por 100. En cuanto a las donaciones de bienes gananciales, son consideradas como un solo acto, glosando los acuerdos del T. E. A. C. de 27 de febrero y 10 de octubre de 1964.

El estudio de las presunciones en el Impuesto de Sucesiones lo trata ALVARO MUÑOZ LÓPEZ en un trabajo muy personal, en el que considera a la presunción fiscal como el resultado de una tensión entre el principio de justicia y el de la capacidad contributiva, lo que exige la interdicción del fraude. El autor critica las disposiciones al respecto de la Ley General Tributaria, que copian casi textualmente el Código civil, el cual tiene, de cualquier manera, carácter supletorio. Entrando en el Impuesto de Sucesiones, analiza las presunciones que se refieren a la integración del caudal hereditario, con la entrada de los Jurados Tributarios, órganos cuya resolución no admite recurso contencioso-administrativo, si bien su competencia queda sometida al conocimiento de la jurisdicción económico-administrativa (Resolución de 8 de abril y 29 de septiembre de 1976). Asimismo se examina la fijación del ajuar doméstico, considerada como un expediente técnico, que no excluye la comprobación, y las presunciones en las transmisiones entre ascendientes y descendientes. Concluye estimando necesarias las presunciones en todos los supuestos en que la dificultad probatoria por parte de la Administración requiere una inversión de la carga de la prueba, si bien con la posibilidad de que el contribuyente pueda probar en contrario sin limitación de ninguna clase.

Los Seguros de Vida ante el Impuesto de Sucesiones es el tema que desarrolla ENRIQUE PASTOR VINARDELL. La adquisición del beneficiario es considerada como una estipulación en favor de tercero, y su derecho, por ha-

ber salido del patrimonio del causante, no forma parte de la herencia. Tras una exégesis detallada y sistemática de los preceptos legales, el autor llega a la conclusión de la insuficiencia de las normas del Impuesto de Sucesiones, que originan diversos criterios de aplicación, mostrándose partidario de su integración en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales con la tarifa de las sucesiones, ya que el contrato es *inter vivos* y oneroso.

Corresponde a PATRICIO PEMÁN MEDINA el análisis de los Jurados Tributarios en el Texto Refundido, lo cual inicia con unas consideraciones generales extraordinariamente acertadas. Los Jurados Tributarios no son definidos en la Ley General Tributaria, a no ser por la diversidad de funciones que les es encomendada, lo que da por resultado unos organismos que no se duda en calificar de híbridos. Hay una nota en ellos, la subsidiariedad, que es dominante, ya que sus acuerdos en conciencia se han de inspirar en criterios de ética, lo que es excepcional en todo estado de Derecho al comportar una subjetividad poco compatible con la aspiración del Derecho de objetivizar la justicia. En el ámbito del Impuesto de Sucesión y Transmisiones Patrimoniales sólo se apela a los Jurados en supuestos excepcionales, con una sistemática clara y sencilla. Las referencias al Jurado hay que entenderlas en todo caso a los Jurados Territoriales y no al Jurado Central Tributario, de acuerdo con el Decreto de 6 de mayo de 1965.

La Adopción y el Impuesto de Sucesiones es tratada por FERNANDO RAYA MEDINA, quien tras una detallada exposición de los antecedentes históricos y de la regulación actual del Código civil, estudia la aplicación de las normas fiscales vigentes a los adoptados antes de 1957, después de 1970 y en el período intermedio entre ambas fechas. Con relación a los primeros, el tema polémico es el tratamiento fiscal a quienes en el momento de su adopción reunían todos los requisitos que hoy se exigen para una adopción plena, entendiéndose el autor que corresponderá el número 3 de la tarifa de no mediar adaptación a la nueva ley con aprobación judicial. Para las adopciones posteriores a 1970 se aboga por la aplicación de los números 1 y 2 de la tarifa, según sean plenas o simples, fundándose en los artículos 179 y 180 del Código civil y en el 30-2 del Reglamento.

Las exenciones y bonificaciones en el Impuesto de Sucesiones es el tema desarrollado por JOSÉ RAMÓN RECUERO ASTRAY. En la exposición del artículo 19 del Texto Refundido y los números correspondientes del artículo 65, se van espigando los problemas de interpretación que algunas exenciones plantean, con las soluciones dadas por la jurisprudencia, circulares de la Dirección General y la doctrina. Singularmente interesantes son las precisiones sobre las exenciones y bonificaciones de los seguros de vida, considerados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1970 como donaciones *mortis causa*. La insuficiencia de la regulación legal da pie al autor a sostener criterios correctos de interpretación, tales como la no acumulación de las cantidades percibidas por seguros con los restantes bienes de la masa hereditaria, a efectos de tipo impositivo; la exención global de las 500.000 pesetas y no por cada heredero; y la no sujeción cuando el contratante es el propio beneficiario y el asegurado un tercero, en seguros no colectivos.

Las relaciones entre Legislación Civil e Impuesto de Sucesiones son analizadas por FRANCISCO RUIZ RISUEÑO en un trabajo, rico en aportaciones doctrinales, en el que se pronuncia por la interdependencia entre Derecho tributario y Derecho civil, señalándose, con cita de MONEDERO GIL, cómo la relación entre la Hacienda Pública y las haciendas privadas es similar a la del partícipe en una comunidad y el administrador de la misma. Desde otro punto de vista, se destaca que la subsidiariedad que establecía el artículo 16 del Código civil, no nace de este precepto—que parecía referirse a las materias especiales de Derecho privado—, sino de la Ley General

Tributaria. Toda la sistemática de esta ley parte de conceptos civiles con un tratamiento tributario. De la misma manera, el Impuesto de Sucesiones tiene que gravar un hecho jurídico definido por el Derecho civil, al que se le da un tratamiento fiscal autónomo: concepción germanista de la adquisición hereditaria.

EDUARDO SERRA REXACH comienza su estudio sobre la naturaleza fundamento y fines del Impuesto de Sucesiones con la cita de un fragmento de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, del que arranca para impugnar el carácter de directo que la doctrina más común atribuye al Impuesto de Sucesiones, ya que éste no grava ni la renta ni el patrimonio, sino una adquisición patrimonial gratuita y *mortis causa*, lo que le da una indudable analogía con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Otras notas que delimitan su naturaleza jurídica, y que acertadamente se señalan, son su carácter de impuesto real, no personal, sobre una adquisición patrimonial y no sobre un patrimonio, de devengo instantáneo y progresivo.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS se ocupa de los excesos de aportación y adjudicación en los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales. Remontándose al Reglamento de 1896, que proclamaba en su artículo 48 el principio de igualdad en las particiones, examina las posiciones de RUIZ ARTACHO y BAS Y RIVAS sobre el particular, mostrándose partidario de liquidar los excesos de adjudicación no declarados, amparándose en el artículo 55 del Texto Refundido que deroga en este punto, a juicio del autor, el artículo 19, norma 20, del Reglamento. No obstante, reconociendo que pueden existir bienes en un acto que no son susceptibles de una comprobación homogénea, propugna la determinación reglamentaria de un porcentaje, superado el cual, el exceso comprobado sería liquidable.

A JESÚS SOLCHAGA LOITEGUI se debe el estudio de los elementos personales del Impuesto de Sucesiones en un análisis de denso contenido doctrinal que arranca de una correcta delimitación del hecho imponible sucesorio en sus aspectos cuantitativo, temporal, espacial y material, para adentrarse en el nacimiento y exigibilidad de la obligación tributaria, concibiendo la aceptación de herencia fiscalmente como una renuncia al derecho a repudiar, relacionado con la posesión civilísima de los herederos. En la última parte del estudio se hace una minuciosa disección de las posiciones de contribuyente, sustituto y responsable del Tributo en el Impuesto Sucesorio, relacionando éste con los conceptos definidos en la Ley General Tributaria y con los supuestos previos del Derecho civil; tal se hace en el ámbito de la herencia yacente y aceptación posterior de la herencia, incluso por los acreedores del heredero. Las previsiones del artículo 21-2 y 76.3.2 del Texto Refundido son consideradas como sustituciones del contribuyente basadas en la afección de bienes del artículo 15 y 41 y 74 de la Ley General Tributaria. La responsabilidad subsidiaria de los artículos 22 y 23 del Texto Refundido se contemplan a la luz de las prohibiciones reglamentarias del artículo 190 y siguientes, y la acción de regreso es fundamentada en términos generales en la teoría del enriquecimiento injusto, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1975.

El Régimen Fiscal de las Transmisiones Gratuitas en Francia es sintetizado por PATRICIO TOSCANO ROMERO, que recoge las principales disposiciones del Code General des Impôts, con continuas alusiones al sistema español, de mayor perfección técnica y de menos lograda implantación. La unidad de regulación de las sucesiones y donaciones, el encuadramiento del impuesto en el *enregistrement et publicité foncière*, la acumulación de donaciones a la herencia, la menor dureza del gravamen, los mínimos exentos, la no inclusión de los seguros y el funcionamiento sobre bases reales son los rasgos más importantes de un sistema esencialmente pragmático en el país del racionalismo.

Cierra el primer volumen de la obra un análisis crítico de las tarifas del Impuesto, debido a GABRIEL DEL VALLE ALONSO, que recoge los diversos períodos por los que aquéllas han pasado, desde la Ley de 31 de diciembre de 1829, que seguía el sistema de tipos únicos proporcionales graduados según el parentesco, hasta el actual de tramos progresivos que enjuicia favorablemente el autor, quien critica, en cambio, el gravamen complementario por su regresividad, así como el recargo de los abintestatos. Se acompaña un estudio ponderado de las tarifas pasadas y un cuadro comparativo de las tarifas en los países de la O. C. D. E.

El segundo volumen, dedicado al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se abre con un estudio de BARTOLOMÉ ALFONSO FERRER sobre la Tributación de las Concesiones Administrativas, en el que se precisa el concepto fiscal de las mismas y su distinción de las simples autorizaciones, con abundante cita de resoluciones jurisprudenciales. Entre los puntos conflictivos que suscitan las reglas de liquidación, el autor destaca la frase «y otras análogas» del artículo 61 del Texto Refundido y la tributación del título constitutivo de la concesión, recogido en la tarifa, número 33. La tributación de las modificaciones de la concesión, con posible devolución en algún caso, la aplicación de las reglas generales de comprobación además de las específicas del número 21 del artículo 70 y la existencia de un caso de concesión a perpetuidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 respecto a terrenos ganados al mar), son otros tantos aspectos de indudable interés tocados por BARTOLOMÉ ALFONSO.

RAFAEL DE AROZARENA Y POVES estudia la afección registral en los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales con una precisión inicial: la afección que proclama el artículo 15 del Texto Refundido, puesta en relación con el artículo 254 de la Ley Hipotecaria—que prohíbe la inscripción sin previo pago del impuesto—y con el artículo 125 del Reglamento de derechos reales—del que se deduce la imposibilidad de devolver el documento al interesado si no se pagó el impuesto devengado—sólo podrá operar en casos excepcionales. Estos se van explicitando a lo largo del estudio: Presentación en el Registro de un documento parcialmente pagado conforme al artículo 125 del Reglamento. Exenciones y bonificaciones provisionales, principalmente en Viviendas de Protección Oficial. Liquidaciones provisionales de Sucesiones, y que en el caso de Transmisiones Patrimoniales encuentran una cierta antinomia entre los artículos 123 del Texto Refundido y 83 de la Ley General Tributaria, lo que AROZARENA resuelve a favor del último precepto, ya que supone una actuación del Tribunal Económico Administrativo plenamente garantizadora para la Hacienda mediante la caución o el depósito. El análisis es minucioso en los distintos supuestos de aplazamiento y fraccionamiento, tanto del establecido en el Decreto de 17 de noviembre de 1975, al que se opone graves reparos de orden técnico y sistemático, como en los del Impuesto de Sucesiones, en los que se trata de conciliar las exigencias del tracto sucesivo registral con las prescripciones reglamentarias, a través de una interpretación armónica de ambas legislaciones.

De la evolución histórica de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se ocupa FÉLIX BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, quien va dando noticia de los antecedentes y evolución del impuesto a través de los sucesivos textos existentes. Los antecedentes romanos de la *vigesima hereditatum*, las alcabalas de 1491, la creación de los oficios de hipotecas en 1768, los Reales Decretos de 1829, la Ley de Mon de 1845, la creación del Impuesto sobre Derechos Reales y Transmisión de bienes, la Ley de 1940 y el Reglamento de 1959, van desfilando en una cuidada exposición al filo de los acontecimientos históricos de cada época. También se estudian los precedentes de la Ley del Timbre desde su creación por el Conde Duque de Olivares con el nombre de Impuesto del

Papel Sellado, hasta la Ley de 1955. De la misma manera se examinan la estructura del actual Texto Refundido con sucinta referencia a sus novedades más notables, particularmente los Actos Jurídicos Documentados y a las modificaciones posteriores a 1967, particularmente la Ley de 30 de junio de 1969.

La Concentración de Empresas en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es tratada por FERNANDO CASTROMIL. La acumulación de normas que desde la Ley de Reforma Tributaria de 1957 se han venido sucediendo, había llegado a producir un obstáculo para el conocimiento de los distintos supuestos por parte de los administrados. Para evitar esta situación surgió el Decreto de 25 de noviembre de 1971, refundidor de las disposiciones anteriores, que aun incurriendo en alguna extralimitación, supuso un acierto, junto con la Orden complementaria del mismo, de 24 de abril de 1972. Desde el punto de vista de nuestro Impuesto se exime la constitución de sociedades mediante integración de empresas individuales o sociales, la fusión de sociedades, la segregación de establecimientos industriales para su integración en otras empresas y la disolución de sociedades con la aportación de su patrimonio a otras sociedades. CASTROMIL hace un estudio profundo de los diversos actos liquidables a que pueden dar lugar los distintos supuestos y que el artículo 6 del Decreto delimita, encontrando cobijo en los amplios términos de las letras D) y E) del mismo una serie de operaciones que el autor detalla detenidamente para cada supuesto, y que las limitaciones de este comentario nos impiden glosar.

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO analiza las infracciones, sanciones y su condonación en el Texto Refundido de 6 de abril de 1967. La primera cuestión planteada es el «régimen autónomo» del Impuesto de Transmisiones y Sucesiones con relación a los conceptos generales de la Ley General Tributaria de 1963 sobre esta materia. No obstante, los supuestos del artículo 115 y el 148 del Reglamento y siguientes son fácilmente clasificables en infracciones simples, de omisión y defraudación. Estimamos puntos especialmente interesantes del estudio la consideración de la multa por falta de pago como un simple recargo del 10 por 100, la transmisibilidad *mortis causa* de las sanciones pecuniarias, la no exigibilidad de intereses de demora por presentación fuera de plazo para las Transmisiones Patrimoniales, que fundamenta el autor en la no vigencia del artículo 221 del Reglamento de 1959 no menos que en la reserva de ley para este punto, conforme al artículo 10 de la Ley General Tributaria, y la aplicación de la condonación de la Ley General Tributaria para los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales.

MARIO CONDE Y CONDE trata el Principio de Calificación en un trabajo de fina doctrina y de interés general para los liquidadores, por las consecuencias prácticas a que lleva. Antes de adentrarse en el análisis objetivo del principio, precisa el ámbito subjetivo del mismo en el que destaca la independencia del liquidador en su calificación ante los restantes órganos de la Administración, citando la Resolución de 18 de octubre de 1970 que, proclamando esta independencia, reconoce que el Abogado del Estado Jefe, por razones de economía procesal, puede proponer criterios de liquidación no vinculantes. Abundando con otros autores, critica los términos en que la Ley General Tributaria hace una distinción simplista entre hechos impositivos de naturaleza jurídica y económica, siendo así que ambas notas se dan en cualquier acto o supuesto liquidable. Con relación a las Transmisiones Patrimoniales, entiende que el hecho imponible es la transmisión y no el contrato, si bien, éste determina el momento del devengo y tiene una presunción de eficacia, dado que el Sistema Tributario no puede quedar a expensas del cumplimiento voluntario o involuntario de las obligaciones contractuales. Respecto a los

Actos Jurídicos Documentados, reconoce su residualidad con relación a las Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Tráfico de Empresas, con la excepción de las entregas de dinero del número 6 del artículo 100, quedando gravado el acto y no el documento, también con otra excepción: la del número 37 de la tarifa. Posiblemente el aspecto más interesante, si cabe, es el de la técnica de calificación: el liquidador debe calificar según la naturaleza jurídica del acto, sin serle permitido abstenerse de ello pronunciándose por la solución más favorable al Fisco (R. de 30 de octubre de 1969), para ello debe acudir al Derecho privado o público que suministra los conceptos básicos. No obstante, el Derecho fiscal a veces impone criterios propios: condiciones resolutorias que se liquidan como hipotecas, transmisiones onerosas como donaciones, autorizaciones como concesiones, etc. Por otra parte, se margina la invalidez y la ineficacia, lo que parece quebrar el principio de legalidad. CONDE, acertadamente, precisa que mientras se produce la declaración judicial de nulidad se ha producido una apariencia jurídica que permite un grado de utilización del objeto del contrato, existiendo el mecanismo correctivo de la devolución.

El concepto de Modificación de Sociedad en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales es expuesto por JOSÉ DUFOUR ABAD, atribuyendo al mismo el carácter de concepto recibido del Derecho mercantil, que en Derecho tributario, en cuanto tal modificación, tiene características financieras. Estas, sin embargo, no pueden encontrarse en el concepto de transmisión, sino simplemente en el de mutaciones del patrimonio social, sin suponer necesariamente desplazamiento patrimonial ni beneficio. Dentro de los términos amplios de la regulación legal el autor estudia como modificaciones la alteración del objeto social que suponga operaciones distintas de las del primitivo objeto y no determinaciones sucesivas del mismo, las alteraciones en el derecho a participar en las ganancias, la derogación o creación de ventajas particulares en favor de determinados accionistas, la creación o modificación de cláusulas estatutarias sobre reservas voluntarias, alteraciones de la retribución de los administradores siempre que sea porcentual, suscripción preferente, participaciones en el patrimonio social en el momento de la liquidación y en el derecho al voto. En todos los supuestos se acompañan atinadas consideraciones sobre la delimitación del hecho imponible, basadas en su carácter económico.

La Unificación de la Carga Tributaria en la actividad jurídica formalizada en instrumento notarial es el tema que expone LEANDRO GARCÍA LOSADA. Parte de la consideración del principio de capacidad económica, que se pone de manifiesto en los actos jurídicos, y debe excluir al principio de documentación. El trabajo, con una continua alusión a los antecedentes históricos del Impuesto de Transmisiones, y a la Ley del Timbre, contempla detenidamente los supuestos en que no se cumple el principio de una sola convención—un solo impuesto: artículo 100-6 y 7, número 37 de la Tarifa—. Especialmente interesante es el comentario de las escrituras aclaratorias, según dejen sin efecto, o no, lo previamente acordado, así como la profundización en la naturaleza de los actos distributivos y su tratamiento fiscal según el carácter voluntario o incidental de la constitución de la comunidad que se extingue.

FERNANDO DE LEMUS CHÁVARRI desarrolla el tema de los Principios que informan la incompatibilidad entre los impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Tráfico de Empresas, planteándose inicialmente el problema de la naturaleza de su mutua exclusión, la cual, a su juicio, más que en la habitualidad hay que buscarla en la prescripción de carácter formal que contienen ambos textos reguladores y en el procedimiento de gestión tributaria de cada impuesto, caracterizado en Transmisiones Patrimoniales por liquidaciones individuales, mientras que en Tráfico existen módu-

los completamente distintos, como es el sistema de convenios. Asimismo, se pone de relieve la dificultad de calificar la habitualidad de la empresa con relación a determinados actos, ya que la presunción del artículo 2 de la Ley Reguladora de Tráfico de Empresas (supuestos del art. 3 del Código de Comercio y alta en el Impuesto Industrial) en ocasiones prestarán escasa ayuda al intérprete. Finalmente se aborda la relación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados con el de Tráfico de Empresas, destacando el carácter residual del primero, según el artículo 100 del Texto Refundido.

La emisión de obligaciones ante el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales es analizada por MANUEL MARTÍN TIMÓN, que comienza analizando la naturaleza jurídica del contrato de emisión dentro del Derecho mercantil, para adentrarse en su tratamiento fiscal como préstamo, dado que el complejo proceso de emisión desemboca en esta figura. En punto al momento del devengo cita la Resolución de 14 de mayo de 1969, que fundándose en el artículo 20-2 del Reglamento, lo hace coincidir con la puesta en circulación de los títulos; no obstante, recoge la práctica de liquidar el contrato de emisión cuando éste contiene hipoteca, fundado en el principio de prescindir de los defectos de forma o fondo. La bonificación aplicable a los sectores de interés preferente y su aplicación a la amortización del empréstito, la extensión de la base al principal y accesorios en caso de garantía hipotecaria, y la procedencia del número 13 de la tarifa para los préstamos con aval de entidades privadas, son otros tantos puntos de interés que toca el autor en base a resoluciones jurisprudenciales.

La Regularización de Balances en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales es contemplada por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE en la triple proyección de incorporación de activos ocultos, repercusión de la cuenta de regularización en el haber líquido y ampliación del capital social con cargo a la cuenta de regularización. Las exenciones en relación con estos actos, no recogidas en el Texto Refundido de 6 de mayo de 1967, resultan del Decreto de 1973 posterior a aquél. La afluencia de inmuebles adquiridos por documento privado o de moneda nacional resultante de un préstamo, son los supuestos principales de exenciones por Transmisiones Patrimoniales resultantes de la incorporación de activos ocultos, y que MARTÍNEZ LAFUENTE, muy técnicamente, deslinda de otros actos, antecedentes o consecuentes de aquéllos. La ampliación del capital social derivada de la regularización, favorecida originariamente por el artículo 65-57, es puesta en relación con los Decretos de 30 de noviembre de 1973, 17 de noviembre de 1975 y 10 de agosto de 1976, cada uno de ellos con requisitos distintos en orden a la concesión del beneficio tributario, lo cual es expuesto con una claridad meridiana.

La incidencia del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la construcción de fincas urbanas es estudiado por JAVIER MEXIA ALGAR, que parte de la delimitación sustantiva entre sociedad y comunidad de bienes, para adentrarse en la tributación de esta última en sus dos momentos de constitución y disolución referidos a los casos de comunidades cuya finalidad es la construcción de edificios, tales como las de promotores o autopromotores. Punto polémico, entre otros muchos, es el de la posibilidad de liquidación por disolución de condominio y la de actos jurídicos por división horizontal, que el T. E. A. C. niega en Resolución de 26 de septiembre de 1974 y que el autor, entendemos que muy acertadamente, no comparte. Los derechos de superficie, las aportaciones de solar a cambio de vivienda futura, en los que es dable ver constitución de comunidad además de permuta, las ventas de terreno con edificación y la precisión de los supuestos de exenciones en Viviendas de Protección Oficial, son desarrollados con agudeza y excelente criterio liquidatorio.

JULIO NIEVES BORREGO toca el problema de las subvenciones y los auxilios financieros de carácter privado ante el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Tres partes pueden distinguirse en su estudio: la definición de las subvenciones, su distinción con otras figuras jurídicas y la tributación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Para lo primero recoge la doctrina de la Resolución de 17 de noviembre de 1976 del T. E. A. C., que separando los auxilios financieros de carácter privado de la genuina subvención define ésta como una donación modal, *ob causam futuram*, de Derecho administrativo, por la cual un organismo público asume parte de la carga de otro organismo de rango inferior o de un particular con una finalidad de interés general, pero específica y determinada. La diferencia con los auxilios financieros privados resulta evidente en cuanto éstos se producen entre particulares y con finalidades privadas. A su vez, es fácilmente distinguible de donaciones, contratos *do ut facias*, asociaciones en participación o contratos de garantía, así como de las primas o premios administrativos, que contemplan siempre una actividad previa del beneficiado. En cuanto a su tratamiento fiscal, disintiendo de la resolución citada, entiende NIEVES BORREGO que las subvenciones son actos exentos y no actos no sujetos, y que los auxilios financieros son donaciones modales o con causa onerosa, pero nunca un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos.

Las líneas de reforma del Impuesto son precisadas por JOSÉ IGNACIO OLIVARES ZARZOSA, tras dedicar una primera parte al examen de las reformas operadas hasta la fecha. Recogiendo postulados del Informe Carter, aboga una reforma que perfeccione los principios de justicia tributaria y eficacia y economía en la administración, haciendo desaparecer aquellas figuras que puedan suponer un freno al normal desenvolvimiento de la vida económica. Desde estas bases, y considerando que el establecimiento del Impuesto sobre el valor añadido no debe repercutir, en buenos principios, y de manera importante en las transmisiones inmobiliarias, dado el carácter mercantil de aquél, hace una semblanza de la imposición análoga en países de la O. C. D. E., que en modo alguno conduce a conclusiones negativas para nuestro sistema desde ningún punto de vista y en lo que se refiere al Impuesto de Transmisiones. Todo lo cual no obsta para que el autor propugne una serie de medidas perfectivas, tales como la reducción de la imposición por bienes muebles y su sometimiento a tráfico de empresas, la simplificación de la liquidación en préstamos y sociedades, el señalamiento enumerativo de los actos liquidables por el número 38 de la Tarifa, la reducción de exenciones y la simplificación de la gestión.

A LUIS PASTOR RIDRUEJO se debe el estudio de las Relaciones Financieras Internacionales ante el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Dentro del mercado de las curomonedas es usual la apertura de crédito por un grupo de bancos extranjeros que ponen a disposición del prestatario español un montante de divisas. Partiendo de su naturaleza tributaria como préstamo, el problema que se aborda es la viabilidad de sujetarlo al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Español y desde una doble perspectiva: la sujeción en principio a Tráfico de Empresas y el ámbito territorial del Impuesto. Descartada la sujeción por Tráfico, dados los términos del artículo 6 del Reglamento de 1971, entra en juego el carácter residual del Impuesto de Transmisiones, cuyo artículo 3.º, 2.ª a) es examinado con rigor doctrinal, para llegar a la conclusión de que las relaciones examinadas quedan fuera del ámbito jurisdiccional del Impuesto de Transmisiones, quedando un cierto margen de duda en los casos de participación de entidades financieras españolas en el consorcio bancario, o existencia de cláusulas que otorgan a los bancos extranjeros la posibilidad de acudir a los Tribunales Españoles; todo ello en el supuesto de que el contrato haya sido formalizado en el extranjero.

ARTURO ROMANÍ BIESCAS plantea el tema del trato discriminatorio de los bienes muebles en la imposición sobre su tráfico civil patrimonial. Discriminación que lo es tanto por la norma como por la eficacia del gravamen, punto éste que merece particular atención al final del trabajo al tratar de la «fuga de los bienes muebles puros», esto es, cuadros, pinturas, objetos de valor, etc. Con una obligada alusión al Derecho romano y a la evolución histórica de la clasificación doctrinal, así como a su trato fiscal en el Derecho comparado y en los impuestos directos españoles, el autor llega a la conclusión que los distintos tipos no guardan relación con la calidad económica de los bienes y propugna la equiparación de la tarifa, habida cuenta de la falta de tributación efectiva de los bienes muebles y el olvido, en ciertos casos, de sus plusvalías.

El problema de las exenciones subjetivas es analizado por JESÚS RUIZ-BEATO BRAVO, para quien el tema es de los más sugestivos y actuales. Las exenciones subjetivas del artículo 65—aplicables a Sucesiones, Personas Jurídicas y Actos Jurídicos Documentados, con la excepción de las letras de cambio y las escrituras, actas y testimonios notariales—se basan en motivaciones de índole política, social o económica y tienen carácter de permanencia, no siendo aplicable a las mismas la norma limitadora del artículo 15 de la Ley General Tributaria. Antes de considerar las distintas exenciones, distingue el autor entre analogía e interpretación de la ley, rechazando en el ámbito fiscal las interpretaciones extensiva o restrictiva, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1975. Dentro del examen de cada exención debemos destacar las puntualizaciones sobre las Entidades Oficiales de Crédito, la beneficencia particular, con especial atención al requisito de la gratuidad para sus cargos (Circular 2/65 y R. de 6 de mayo de 1970), la Organización Sindical y las Entidades Locales, echándose de menos en las mismas una norma que adapte la exención a las Nuevas Entidades Locales.

La Comprobación de Valores es objeto de una detallada exposición por parte de ANGEL SÁNCHEZ GONZÁLEZ. Como se dice en la introducción al tema, éste es el caballo de batalla en las cotidianas relaciones entre la Administración y contribuyente. Destaquemos algunos puntos de singular interés que a veces no son correctamente aplicados: la distinción entre fijación de bases y comprobación de valores que sanciona la Ley General Tributaria en sus artículos 48 y 49, siendo la comprobación la regla general en el Impuesto de Transmisiones y Sucesiones; la correcta distinción entre base imponible y liquidable, precisada por la Ley General Tributaria; la suspensión de la comprobación, regulada en el artículo 83 del Reglamento y casi olvidada en la práctica; la notificación separada y distinta de la base y de la liquidación, reiteradamente señalada por la jurisprudencia, y la sanción por ocultación de valor, que se dibuja como una sanción por falta de presentación espontánea de documentos.

La problemática general y el tratamiento del Impuesto de Transmisiones en relación con las sociedades inmobiliarias de la Ley de 1940 es el tema desarrollado por MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, y referido a las sociedades anteriores al Decreto-ley de 1977, que deroga la bonificación del artículo 66, 1, D, c), para las sociedades constituidas en lo sucesivo. Pondera el autor la importancia social de esta clase de sociedades, en contraste con los escasos servicios que hasta ahora han cumplido, lo cual tiene su origen en la ausencia de un capital social mínimo y adecuado a los tiempos actuales, la permisividad de su inactividad y la falta de exclusividad en su objeto social, al permitirse las enajenaciones accidentales que esconden una desviación del primitivo objeto para el que fueron constituidas. A propósito de este extremo se propugna el módulo del 10 por 100 que estableció la Orden de 14 de abril de 1953. Asimismo.

mo, se hacen acertadas precisiones sobre los requisitos para la obtención de los beneficios fiscales, referidos a los límites del 30 por 100 y 40 por 100, y a la interrupción del plazo de liquidación que concedió la Circular 6/1967, a fin de que se pudiera aportar la Orden Ministerial de concesión de beneficios.

JOSÉ SERNA MASÍA contempla la incidencia del Impuesto de Transmisiones sobre las operaciones bursátiles. Parte del hecho del tradicional descuido de esta parcela del impuesto, consecuente a la renuncia de los juristas al acercamiento a la institución bursátil. El hecho imponible no es la operación bursátil en sí, sino la transmisión, generalmente compraventa, de unos títulos valores determinados: los valores mobiliarios. Esto sentado, se sistematiza el tratamiento impositivo de las diversas operaciones, resaltando la posibilidad de fraude en las transmisiones de ascendientes a descendientes, o representando aquéllos a éstos; y que las presunciones de los artículos 64 y 74 no podrán entrar en juego cuando la operación sea intervenida por agente, de la misma manera que la comprobación será imposible. En cuanto a las transmisiones en documento privado, nulas, pero liquidables (vide S. del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1971), se considera que el tipo debe ser el del 4,40 por 100.

Termina la obra con una nota bibliográfica, debida a ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, tanto de Obras Generales, como de Monografías, que suministra un valiosísimo catálogo de lo publicado sobre la materia, lo cual hace la obra aún más interesante, si cabe, para la consulta.

Mencionemos, asimismo, un atinado prólogo de CÉSAR ALBIÑANA.

CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1.^a edición, 1978, 1586 págs.

Uno de los principios constitucionales que enmarcan la actividad de la Administración Pública lo constituye el control jurisdiccional, pieza insustituible de una determinada manera de concebir el juego de los poderes del Estado.

La Ley de 27 de diciembre de 1956, modificada parcialmente por la de 17 de marzo de 1973 y el Decreto-ley de 4 de enero de 1977 por el que se creó la Audiencia Nacional, viene a conformar el entramado normativo a rango de ley ordinaria en el que se plasma dicho control judicial de la actuación de la Administración Pública en uno de sus aspectos, concretamente aquel que se refiere a la sujeción a la legalidad administrativa.

El profesor GONZÁLEZ PÉREZ somete artículo por artículo de ese cuerpo legal a una auténtica disección. Ya en una ocasión anterior, al comentar otro trabajo de este autor, señalábamos cómo en el tratamiento de las cuestiones que estudia éstas aparecen siempre en su proyección práctica, en su conocimiento jurisprudencial. No trata nunca de plantear disquisiciones doctrinales alejadas de la realidad, sino el análisis teórico en íntima conexión con la praxis judicial. Método éste con frecuencia, desgraciadamente, lejano de las costumbres intelectuales del país.

En este mismo orden de cosas, y ciñéndonos ahora a la obra cuyo comentario nos ocupa, creemos que ésta constituye en gran medida una reflexión del autor sobre su propia creación, tras más de una veintena de años de funcionamiento; porque no ofrece duda el papel fundamental que

en la elaboración de la Ley de diciembre de 1956 cumplió GONZÁLEZ PÉREZ. Nadie, pues, mejor que él para meditar sobre ella y mostrarnos sus aciertos y sus fisuras.

Por otra parte, esta obra no supone algo nuevo o aislado en su ya larga trayectoria de publicista del Derecho Administrativo, sino que, por el contrario, se trata de un trabajo de madurez, tras el que hay una larga serie de estudios anteriores. (Al hacer esta recensión nos acercábamos a la bibliografía administrativa publicada por GONZÁLEZ NAVARRO y al Índice de la *Revista de la Administración Pública* preparado bajo la dirección de ALEJANDRO NIETO, por tomar dos puntos de referencia, y encontrábamos más de un centenar de trabajos suyos sobre el tema contencioso-administrativo.)

Estamos, ciertamente, ante un sólido estudio realizado por quien ha vivido y sufrido párrafo a párrafo el articulado de la ley, una ley que ni más ni menos viene a canalizar algo tan importante como es el sometimiento de la Administración a los Tribunales de Justicia.

La verdad es que cuando uno se encuentra ante más de mil quinientas páginas en las que se debaten temas de la entidad de los actos políticos, de la ejecución de sentencias, de la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso, por citar sólo algunos y a título de ejemplo, o toca uno todos, lo que rebasaría el margen de una recensión, o sólo queda limitarse, y esto es por lo que he optado, a indicar si el libro tiene o no interés y cuáles son los ejes sobre el que está construido.

En lo que a la estructura de la obra se refiere, el sistema elegido ha sido el de ir estudiando pormenorizadamente cada uno de los preceptos que forma la ley. Este análisis va acompañado de una selección de jurisprudencia y de notas a pie de página que facilitan el conocimiento de las monografías o trabajos que sobre el tema tratado se hubieren realizado. Al final se incluyen unos formularios cuya utilidad resulta innecesario señalar, así como un índice de materias con indicación de los preceptos en los que pudiera encontrarse su cobertura legal.

Una última cuestión sería la de preguntarse cuál pueda ser su proyección dentro del contexto jurídico del Estado español. Fuera de dudas está el que indefectiblemente tendrá para estudiantes y profesionales del foro. Sin embargo, pienso en otra vertiente, referente al momento histórico que vivimos, cual es la de contribuir a la consecución de una legalidad democrática y, en ella, las relaciones entre Administración y Poder judicial tienen un rol de primera magnitud. En la plasmación de su mejor engranaje, de su más perfecta normación, GONZÁLEZ PÉREZ habrá de decir mucho, y a ello le obliga su profundo conocimiento del tema, de lo que estos Comentarios son una buena prueba.

FERNANDO SEQUEIRA

MASOT MIQUEL, M.: *El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*. Gráficas Miramar. Palma de Mallorca, 1976.

Creo que era nuestro brillante jurista JOSÉ MARÍA CHICO quien, hace ya años y al tiempo de recensionar el trabajo de otro compañero, afirmaba que la amistad no debía impedir una crítica objetiva. Pasando por alto el problema de si una crítica debe o no ser «objetiva»—y quiero adelantar mi adhesión al pensamiento de BAUDELAIRE cuando asegura que la crítica ha de ser apasionada y subjetiva, entre otras muchas razones porque

la verdad nunca puede ser neutral—, es lo cierto que muy difícilmente podría yo adoptar una actitud aséptica y distanciada ante una obra que, como la del doctor MASOT, amigo de los de amistad vieja, incide en la problemática del Derecho Foral.

A fortiori, tratándose de Derecho Foral Balear.

A estas alturas puede parecer anacrónico dedicar un recuerdo a la sorprendente discusión entre foralistas y antiforalistas, máxime cuando la polémica se extrapoló del campo jurídico al político (y hago uso de esta palabra en su sentido peyorativo), y cuando, desde un pretendido prisma «realista» (la política como vía de realizar lo posible) se nos insiste, en un introducible diálogo de locos, en la actual tendencia a las macrounidades políticas... Como si esto explicara algo y, sobre todo, como si esto tuviera algo que ver con la vieja idea de la justicia, esa vieja y querida idea que nos enseñaron en la Universidad, pocos años antes que despertáramos a la vida.

Yo espero que alguien, desde un horizonte de competencia y honestidad, replantee la problemática del Derecho Foral con una cierta seriedad. Si ser jurista implica (por lo menos reconózcaseme que en cierto modo) ser un intelectual del Derecho, que nadie nos pida que, pasivamente y con preterición de la realidad vivida, comulguemos con ideas que más bien parecen consignas. Hace falta que alguien diga, con absoluta claridad, en primer lugar que respecto del Derecho Foral hay un problema de justicia histórica estricta, no de concesión graciosa de nadie; que todo intento de explicar el contencioso de las legislaciones civiles hispánicas, debe arrancar del atropello que suponen los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, dictados por el vencedor contra los vencidos en la guerra, y dotados de la rara eficiencia taumatúrgica de convertir países en provincias; y, en segundo lugar, que no se puede respetar el Derecho Foral cegando al mismo tiempo sus fuentes de originar Derecho. Es curioso, pero sólo quienes sufren de amnesia pueden comprender esa extraña prisa por enterrar muertos que se observa por doquier. Mi maestro, SANCHEO REBULLIDA, podría explicar esto mucho mejor que yo.

Y perdóneseme la digresión anterior. El libro del doctor MASOT —tesis doctoral leída en la Universidad de Barcelona— debe ser saludado con alborozo. Representa, en mi opinión, uno de los trabajos más serios, profundos y útiles que se hayan hecho sobre una institución que, como la donación universal, tiene nuestro Derecho como una de sus más singulares. Trabajo que debe unirse a los del profesor LALAGUNA, sobre la enfiteusis mallorquina; a los estudios de nuestros mejores juristas: JAI ME MOREY, JOAN VERGER, MIGUEL VAQUER, MIGUEL COLL, TOMÁS MIR, JAI ME FERRER, RAIMUNDO CLAR y, en fin, a todos los estudios procedentes de la abogacía catalana, peninsular e insular, y de los Cuerpos de Registradores, Notarios y Abogados del Estado que han propiciado y enriquecido la comprensión de nuestras peculiaridades jurídicas más destacadas. Las aportaciones doctrinales son de la mayor importancia en nuestro Derecho Foral Balear, ya que nuestra Compilación—que siempre me ha dado la impresión de estar hecho muy aprisa—es incompleta, debido quizá a que las personas que «presidieron» los trabajos no eran las más preparadas o, en todo caso, no las más idóneas, debido a sus múltiples ocupaciones. Baste citar el inverosímil—por llamarlo de algún modo—artículo 63 para darse cabal cuenta de ello.

Desde el punto de vista estructural, la obra está dividida en seis capítulos, precedidos de una introducción. En ella se sigue el *iter* que pudiéramos llamar tradicional de exposición: concepto, antecedentes, naturaleza, constitución y efectos de la institución.

A) La introducción, presidida por un expresivo prólogo del catedrático de Derecho Civil AGUSTÍN LUNA SERRANO, va destinada a la exposición de

la sistemática a seguir y a una motivada justificación de las razones que han llevado al autor a ocuparse del tema.

B) En el capítulo I, tras unas consideraciones doctrinales sobre la donación universal, sus antecedentes en la historia y su vigencia en Derecho Comparado, el autor afronta el concepto y naturaleza jurídica de la institución, destacando su doble consideración: sucesoria—como uno de los tres modos de delación hereditaria—y contractual—que postula el requisito de la irrevocabilidad—. Se completa con el estudio de un elemento accidental, que algunos consideran esencial, cual es el pacto de validez de presente y efectividad a la muerte del donante, rematando el capítulo con una serie de consideraciones críticas sobre la donación universal.

C) En el segundo capítulo se analizan los problemas más importantes que conlleva la constitución de la donación universal. Respecto de los sujetos, se examinan la capacidad y representación de los otorgantes, así como algunos supuestos especiales: el del *nasciturus*, el *concepturus* (ambos casos resueltos de acuerdo a criterios de la doctrina tradicional) y el de las personas jurídicas. Es de esperar que la postura del profesor MASOT en este último punto suscite discusión: para él «puede perfectamente ser donatario universal... la persona jurídica, tanto la de Derecho Público como la de Derecho Privado». Aunque la argumentación en defensa de su postura es perfectamente correcta, me parece que se basa en razones de tipo formalista y se me hace duro admitir que la razón finalista de la donación universal permita incluir como posibles donatarios a las personas jurídicas.

El elemento objetivo de la donación universal envuelve un soberbio estudio sobre el concepto de «bienes futuros», de cuya identificación depende la posibilidad o imposibilidad de disponer de ellos el donante mientras viva.

En cuanto al elemento formal, se examinan dos exigencias antiguas—hoy totalmente superadas—, como la insinuación y la reserva para testar, y se sugiere la necesidad de que, en una futura revisión de la Compilación, se imponga la necesidad de formalizar la donación en escritura pública.

D) El capítulo tercero, destinado al estudio de los elementos accidentales de la donación, pormenoriza los pactos más frecuentes que la acompañan. Su análisis trasciende los resultados de una metodología de tipo idealista, gracias a la incorporación del método histórico, que permite la máxima comprensión de la materia. Lamentablemente la recensión exige unos límites que me imposibilitan el comentario a cada uno de dichos pactos. Baste citar aquí la donación con reserva de usufructo, los pactos de reversión, el pacto de reserva para testar y el pacto de distribución que da lugar a otra figura típica del Derecho mallorquín: el heredero distribuidor.

E) El capítulo cuarto integra un estudio detallado de los efectos de la donación universal. Previa advertencia del autor de que la donación universal constituye un concepto unitario, se desglosa la exposición de sus efectos por razones de sistemática atendiendo a su doble consideración:

a) como contrato, se estudian la transmisión de los bienes presentes del donante al donatario, la atribución al donatario de los bienes futuros del donante y el punto relativo a la irrevocabilidad de la donación con sus posibles supuestos de excepción;

b) como pacto sucesorio, se exponen los de atribuir al donatario el carácter de heredero o sucesor universal del donante y, como efectos-

consecuencia, la imposibilidad de efectuar nueva institución de heredero a favor de otra persona, y la no producción de efectos del testamento anteriormente otorgado por el donante. Cierran el capítulo una serie de consideraciones sobre la innecesariedad de aceptar la herencia para el donatario, relativas a la repudiación, al beneficio de inventario y derecho de deliberar y a la posibilidad de detracción de la cuarta falcidia.

F) El capítulo quinto, muy breve, reviste la originalidad de incluir en un estudio de Derecho Privado una serie de consideraciones sobre el tratamiento fiscal de la institución de referencia, así como sobre la fiscalidad de los pactos que más frecuentemente la acompañan.

El libro termina con una serie de conclusiones críticas sobre la donación universal, de su vigencia en la práctica y de las razones que han debilitado su uso. Se incluye el proyecto de nuevo articulado de los preceptos de la Compilación relativos a la donación universal, con una penetrante crítica a cada uno de ellos, terminando con unas palabras que no me resisto a reproducir:

«Parece, pues, que el Derecho Foral vuelve a interesar en las Baleares. Están lejanos los tiempos del «Voto porticular» de GUASP y SOCÍAS —1916— que pretendían echar por la borda todas las instituciones forales mallorquinas a excepción del régimen de separación de bienes. Actualmente, en Mallorca se dan conferencias sobre temas forales, se habla de la reforma de la Compilación, se incluye la enseñanza del Derecho Foral dentro de los cursos de cultura mallorquina... Sin duda alguna estamos en el buen camino. Es deber de los pueblos mimar, cuidar con especial esmero y hacer pervivir su lengua, costumbres e instituciones propias, pues son éstos los factores de los que aquéllos extraen su carácter e idiosincrasia; y es, por tanto, índice de cultura y civilización—y, al mismo tiempo, obligación ineludible—, velar a fin de que todo este patrimonio se conserve para las generaciones venideras.»

JUAN VIDAL

OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL: *El modelo industrial*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1977.

La obra consta de un total de 513 páginas, distribuidas a lo largo de siete capítulos y con un prólogo que firma el catedrático de Derecho Mercantil CARLOS FERNÁNDEZ NOVOA.

En el prólogo se pone de manifiesto cómo el presente libro tiene su origen en la tesis doctoral de JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, leída el 28 de agosto de 1973 en la Universidad de Santiago, mereciendo la calificación de sobresaliente *cum laude* y obteniendo más tarde el premio extraordinario del doctorado correspondiente a los cursos 1971-72 y 1972-73.

La importancia del libro—dice FERNÁNDEZ-NOVOA—se acrecienta si se tiene presente la indudable trascendencia que la figura del modelo o diseño industrial tiene en el plano económico.

Por lo demás, la aparición del libro confirma, a juicio del prologuista, la capacidad investigadora del doctor OTERO LASTRES en el sector del Derecho industrial.

En la parte preliminar, tras definirse los modelos industriales como derechos que protegen creaciones de forma que tienen por finalidad satisfacer las exigencias estéticas del consumidor en punto a la forma de los productos, se pone de manifiesto la dificultad que para el análisis de esta figura supone la casi total ausencia en nuestro país de trabajos

doctrinales sobre el modelo industrial, por lo que, entre los ordenamientos extranjeros, se han elegido para servir de base al trabajo, los dos siguientes: el Derecho francés y el Derecho alemán. Ahora bien, el Derecho francés se expone por separado, en tanto que el Derecho alemán se analiza conjuntamente con el Derecho español; influyendo decisivamente en el planteamiento del trabajo un tema que, a juicio del autor, constituye el punto fundamental del estudio del modelo industrial, a saber: el sistema de protección, ya que analizar el sistema de protección del modelo industrial es enfrentarse, en definitiva, con la naturaleza jurídica de esta figura.

El libro se divide en dos partes claramente diferenciadas: En la primera se analizan la evolución histórica, el concepto, el sistema y los requisitos materiales de protección del modelo industrial en el Derecho francés. En la segunda, se estudia la evolución histórica, el concepto, el sistema y los requisitos materiales de protección del modelo industrial en el Derecho español.

Finalmente, en los preliminares también se subraya que en la obra se ha prestado una especial atención a la jurisprudencia, ya que es a través de la misma como se puede comprobar la aplicación de las normas a la realidad.

La primera parte, dedicada según se ha dicho al Derecho francés, consta de cuatro capítulos.

El primero de ellos habla de la evolución histórica de la legislación francesa sobre los modelos y dibujos industriales.

Aunque hoy es opinión unánime que los modelos y dibujos industriales poseen la misma naturaleza, su protección—dice el autor—en lo que al Derecho francés se refiere, se desarrolla en un primer momento por cauces diferentes. Por ello, expone por separado de la evolución legislativa de los modelos y dibujos industriales hasta el momento en que gozaron de idéntica protección. A partir de este momento, el tratamiento de ambos Derechos será unitario, siendo predicables de los mismos las consideraciones de tipo general que hace.

Prescindiendo de antecedentes más remotos, se puede señalar como punto de partida para la construcción de la historia de la legislación sobre los dibujos y modelos industriales en Francia el siglo XVIII.

A efectos puramente expositivos, OTERO LASTRES cree oportuno dividir la historia legislativa de estos Derechos en las siguientes etapas:

Primera.—Desde principios del siglo XVIII hasta la Ley de 19-24 de julio de 1793 sobre Propiedad Artística y Literaria.

Segunda.—Desde esta Ley de 1793 hasta la Ley de 18 de marzo de 1806, sobre dibujos y modelos industriales.

Tercera.—Desde la Ley de 1806 hasta la de 2 de marzo de 1902, que modificó la de 1793.

Cuarta.—Desde la Ley de 1902 hasta la legislación vigente: Ley de 14 de julio de 1909 sobre dibujos y modelos industriales, y Ley de 11 de marzo de 1957 sobre Propiedad Artística y Literaria.

Tras el minucioso examen de la evolución legislativa, nos encontramos con el concepto de dibujo y modelo industrial, tema que, tras ciertas puntualizaciones terminológicas, estudia tanto bajo la vigencia de las Leyes de marzo de 1806 y 14 de julio de 1909, como en la legislación sobre Propiedad Artística y Literaria.

El capítulo segundo versa sobre la Ley de 14 de julio de 1909 y el principio de acumulación.

Uno de los principios básicos de la Ley de 1909 es el de la acumulación, el cual se formula en el artículo 1.º, que dice así: «Todo creador de un modelo o dibujo y sus causahabientes tienen el derecho exclusivo de explotar, vender o hacer vender, este dibujo o modelo en las condicio-

nes previstas por la presente ley, sin perjuicio de los derechos que les correspondan por otras disposiciones legales y especialmente por la Ley de 19-24 de julio de 1973, modificada por la de 1902.

Pero, antes de exponer el régimen jurídico de los dibujos y modelos industriales derivado de la protección acumulativa que prevé la Ley de 1909, considera conveniente precisar el concepto de acumulación.

La acumulación significa que el titular de un dibujo o modelo industrial puede invocar para el conjunto de su obra, bien varios sistemas de protección simultánea, bien, a su elección, uno de éstos.

Precisando el concepto de acumulación, OTERO LASTRES expone el régimen jurídico de los dibujos y modelos que resulta de acumular la Ley de 14 de julio de 1909 sobre dibujos y modelos y la Ley sobre Propiedad Artística y Literaria.

De la brillante exposición sobre el tema se deduce que los titulares de los dibujos y modelos industriales gozan actualmente de un régimen jurídico beneficioso, puesto que no cabe ninguna duda de que pueden invocar al mismo tiempo la Ley de 1909 y la Ley de 1957. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que los titulares de los dibujos y modelos industriales acuden, por lo general, a la Ley de 1957. Ello es debido a que esta ley, como se ve seguidamente, ofrece una protección más ventajosa que la Ley de 1909.

Entrando en las consecuencias que se derivan del sistema de acumulación, analiza las que considera más interesantes, concretándolas en los siguientes puntos:

a) Consecuencias en lo concerniente al depósito de la solicitud para la concesión de un derecho de dibujo o modelo industrial.

b) En orden a la vida legal del dibujo o modelo, por consecuencia del sistema de acumulación, un dibujo o modelo industrial puede ser protegido por un periodo de tiempo extraordinariamente dilatado.

c) Consecuencias en punto al procedimiento de embargo de los objetos producidos por consecuencia de un acto de usurpación.

d) Consecuencias relativas a las penas señaladas en las Leyes de 1909 y 1957 para reprimir los actos de usurpación.

e) Consecuencias a efectos procesales.

En suma, de lo expuesto por el autor, resulta que el sistema de la acumulación presenta indudables ventajas para el titular de un dibujo o modelo industrial.

Esbozando un juicio crítico sobre el sistema de acumulación, tras destacar con certeza que el sistema ofrece un interés indudable para el titular del dibujo o modelo, puesto que dispone de dos legislaciones diferentes para proteger su creación, indica que el repetido sistema de acumulación vigente en el Derecho francés puede ser objeto de ciertas críticas, referentes, más que a los principios en que se basa, a las consecuencias, considerando conveniente recordar a estos efectos la mesurada opinión de AYMOND, el cual afirma que «las consecuencias abusivas a las que conduce el sistema de acumulación, en cuanto a la técnica jurídica, son razón suficiente para admitirlo con prudencia y cuidarse de extensiones abusivas del mismo».

Antes de terminar este segundo capítulo hace referencia al ámbito de aplicación de la Ley de 1957 y de la de 1909, en orden a las creaciones de forma, indicando que la tesis de la unidad del arte se entiende de la siguiente manera: todas las creaciones de forma originales son protegidas por la Ley sobre Propiedad Artística y Literaria, sin que quepa distinguir entre arte puro y arte industrial. Pero para que una creación de forma pueda ser protegida por la Ley de 1909 sobre Dibujos y Modelos es preciso que sea original y nueva.

Analizada la acumulación de la Ley sobre Dibujos y Modelos y la Ley

sobre Propiedad Artística y Literaria, viene a examinar en otro capítulo los derechos que pueden corresponder al titular de un dibujo o modelo por virtud de otras disposiciones legales; a saber: la Ley sobre las Creaciones de la Moda, la de Marcas, la de Patentes y el artículo 1.382 del Código civil.

A continuación, el capítulo cuarto de la primera parte de la obra, hace referencia a los requisitos materiales de protección de los dibujos y modelos. Dos son, en efecto, los requisitos que se recogen: la novedad y la originalidad.

Sobre el requisito de la novedad, tras ofrecernos el concepto legal y referirse al momento en que ha de apreciarse la novedad, que en el Derecho francés de modelos es el de la creación del modelo, hace alusión también a las anticipaciones prejudiciales para la novedad.

El segundo requisito era el de la originalidad, requisito éste que, a diferencia de la novedad, no es exigido de manera expresa por la Ley de 1909. Sin embargo, la jurisprudencia requiere de modo constante que para beneficiarse de las disposiciones de la Ley sobre Dibujos y Modelos, el correspondiente dibujo o modelo debe ser, además de nuevo, original.

La originalidad es, pues, un requisito de carácter jurisprudencial que debe concurrir en un dibujo o modelo para que pueda ser protegido por la Ley de 1909.

La propia jurisprudencia francesa no sólo se limita a exigir este requisito, sino que además ha formulado en numerosas sentencias el concepto de originalidad: un dibujo o modelo es original si es el resultado del trabajo y del esfuerzo personal de su autor.

Concluida la primera parte de la obra, entramos en la segunda, encuadrada bajo la rúbrica de «Historia y concepto del modelo industrial».

En lo tocante a la evolución histórica de la legislación española sobre dibujos y modelos industriales, tras el examen de las primeras manifestaciones legislativas, hace referencia a la Ley de Propiedad Industrial de 1 de mayo de 1902 y a los Reglamentos para la ejecución de la ley, destacando, sobre todo, las características fundamentales del Estatuto sobre Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929.

Reflejada la evolución histórica de la legislación española sobre modelos industriales, trata de analizar el concepto, sistema y requisitos de protección de los modelos industriales.

Ahora bien, en ese estudio examina, fundamentalmente, la legislación vigente, aunque siempre que lo requiere el tema analizado acude a la legislación anterior y, en especial, a la Ley de Propiedad Industrial de 1902.

Por lo que respecta al concepto, vistas las distintas posibilidades que existen a la hora de formular el concepto de modelo industrial, analiza cuál ha sido la definición adoptada por nuestra legislación; comenzando por la Ley de 1902 hasta llegar al concepto que nos ofrece hoy el vigente Estatuto sobre Propiedad Industrial, que define por separado el modelo y el dibujo industrial.

Por dibujo industrial entiende el Estatuto «toda disposición o conjunto de líneas y colores aplicables con un fin comercial a la ornamentación de un producto, empleándose cualquier medio manual, mecánico, químico o combinados».

Por modelo industrial se entiende «todo objeto que pueda servir de tipo para la fabricación de un producto y que pueda definirse por su estructura, configuración, ornamentación o representación».

Una vez vistas las definiciones de dibujo y modelo industrial que contiene el artículo 182 del mencionado Estatuto de Propiedad Industrial, JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES considera preciso analizar críticamente este precepto, señalando, a modo de conclusión, que los conceptos de dibujo y modelo industrial formulados por el repetido estatuto son muy des-

afortunados. En primer término, porque se distingue, con un alcance que no es meramente terminológico, entre el dibujo y el modelo industrial. En segundo lugar, porque al definir el dibujo industrial se ha adoptado el llamado «concepto tipo inmaterial», en vez de definir el dibujo como una creación inmaterial, de modo que se plasma por igual en la obra originaria y en las reproducciones. Y finalmente, porque la definición de modelo industrial ha acogido el «concepto tipo» y se ha inspirado en unas notas demasiado generales que son comunes a otras figuras de la propiedad industrial.

Examinado el contenido del artículo 182, considera preciso estudiar la característica del concepto de modelo industrial establecida por el artículo 169.

Como fácilmente puede advertirse, el análisis de esta característica supone delimitar el concepto de modelo industrial frente al concepto de modelo de utilidad. Por este motivo OTERO LASTRES estima procedente referirse, aunque sea brevemente, al concepto de modelo de utilidad.

Finalmente, en este capítulo recoge también la diferencia entre modelo industrial y la figura de la esfera del arte que está más próxima al modelo industrial, a saber: el modelo artístico.

Como afirma el autor, la delimitación del concepto de modelo industrial con respecto al modelo artístico tiene una indudable trascendencia práctica, toda vez que el titular del modelo artístico podría beneficiarse de la protección acumulativa dispensada por el E. P. I. y por la legislación sobre propiedad industrial.

A modo de conclusión afirma que el modelo artístico protege las creaciones de forma bidimensionales o tridimensionales que se caracterizan por los siguientes rasgos distintos: que poseen un contenido estético que influye a través de la vista en el sentido de la forma espacial del hombre, que tengan nivel artístico y que sean la reproducción de una obra de arte o bien constituyan por sí mismas la obra de arte.

Una vez visto el concepto de modelo industrial, analiza el sistema que existe en nuestro derecho en orden a la protección de los modelos. A tal efecto, estima conveniente exponer en primer término el sistema de protección adoptado por la legislación anterior al E. P. I., para poder apreciar así el significado que ha tenido la promulgación del Estatuto de Propiedad Industrial en punto al sistema de protección de los modelos industriales.

Reflejados sumariamente los distintos criterios que se utilizan en el Derecho Comparado para diferenciar el modelo artístico y el modelo industrial, determina qué criterios han de seguirse a este respecto en nuestro Derecho, no sin antes valorar los criterios cualitativos y cuantitativos antes expuestos.

Implantado en nuestro Derecho el principio de la acumulación restrictiva o parcial, por virtud del cual una misma creación de forma (el modelo artístico) es protegida simultáneamente por dos legislaciones diferentes, surgen una serie de consecuencias que el autor expone a continuación, a saber: a) consecuencias en lo concerniente al registro de la correspondiente creación de forma; b) consecuencias en orden a la vida legal del modelo artístico; c) consecuencias en el ámbito procesal, y d) en la esfera penal.

Hecho esto, aborda el estudio de otro tema, concretamente: si una creación de forma puede ser protegida simultáneamente como modelo y como marca.

Tras unas consideraciones previas y examen de la posibilidad de registrar como marca una creación de forma protegible como modelo, aborda el problema de los envases.

El capítulo VII o último de la obra está consagrado a los requisitos materiales de protección del modelo industrial.

Uno de los requisitos que deben concurrir en una creación de forma para que la misma pueda ser protegida como modelo industrial es la novedad.

Tras una breve introducción, al tratar del concepto legal de la novedad el autor se plantea la cuestión de si el concepto de novedad vigente en el Derecho español de modelos se apoya en el dato del conocimiento o en el dato de la diferenciación.

En cuanto al momento en que ha de apreciarse la novedad, es preciso tener en cuenta el concepto de novedad del artículo 49 del E. P. I.: un modelo es nuevo si no es conocido en España ni en el extranjero, considerándose objetivamente como momento clave para apreciar este extremo el de la presentación o depósito de la solicitud.

Por otro lado, antes de entrar de lleno en las anticipaciones prejudiciales para la novedad, OTERO LASTRES cree conveniente volver sobre un concepto al que ha aludido en diversas ocasiones, a saber: el patrimonio de las formas estéticas aplicadas a la industria.

Hecho esto, fija con anticipaciones prejudiciales para la novedad de los modelos las siguientes: la publicación o descripción, la utilización y la exhibición anteriores al depósito de la solicitud de concesión de un derecho de modelo industrial.

Sobre este tema se refiere también a los criterios para apreciar la novedad.

Posteriormente destaca el pretendido requisito de la fuerza diferenciadora con el examen de dos puntos concretos: 1.º) la errónea interpretación del artículo 187 del E. P. I. por la Jurisprudencia y la exigencia del requisito de la fuerza diferenciadora. 2.º) La confusión jurisprudencial entre el requisito de la novedad y el pretendido requisito de la fuerza diferenciadora: introducción de un nuevo concepto de novedad por consecuencia de la aplicación errónea de los artículos 187 y 188 del E. P. I.

Otros requisitos que se estudian como necesarios para que una creación de forma pueda ser protegida por el E. P. I. como modelo industrial son: por un lado, el de la utilizabilidad industrial y, por otro, el de la modelabilidad, esto es, la correspondiente creación inmaterial de forma ha de plasmarse en una obra originaria que pueda servir de tipo para la posterior obtención de múltiples ejemplares de la misma.

Concretando, puede decirse que el autor a lo largo de su obra concede un destacado relieve a la Jurisprudencia, utilizando numerosas sentencias francesas, alemanas y españolas, las cuales son reproducidas junto con sus correspondientes antecedentes de hecho, resultando de notable importancia habida cuenta la indudable trascendencia que la figura del modelo o diseño industrial tiene en el plano económico, por todo lo cual—como indica el prologuista—la tesis y conclusiones elaboradas por el doctor OTERO LASTRES resultarán imprescindibles en el Ordenamiento español en el momento en que se acometa la tarea de establecer una nueva regulación de los modelos o diseños industriales.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

