

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIV ● Enero-Febrero 1978 ● Núm. 524

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 anualidad corriente en la hipoteca legal tácita por contribuciones», por PEDRO LUIS SERRERAS CONTRERAS	9
«Aplazamiento y fraccionamiento de pago sucesivo en el Impuesto sobre Sucesiones», por ANTONIO MANZANO SOLANO	19

NOTAS:

«Emisión de títulos que conceden participación en el capital de las Sociedades y no son representativos de aportación de bienes o derechos a las mismas», por JOSÉ MENÉNDEZ	31
«Los alimentos al ex cónyuge, en el divorcio vincular», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	47

VIDA JURIDICA:

«III Congreso Internacional de Derecho Registral»	59
--	----

JURISPRUDENCIA:

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	69
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	95
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	127
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	138

LIBROS:

«Historia y futuro del matrimonio civil en España», de SALVADOR CARRIÓN, por MARIANO PESET	145
«De los bienes parafernales», de M. ^a DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	147
«Contratos onerosos entre cónyuges», de M. ^a JOSÉ HERRERO GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	151
«La nuova enfiteusi», de ANTONIO IANELLI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	155
«Il voto divergente nella SpA», de PIER GIUSTO JAEGER, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	157
«Los créditos hipotecarios», de ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, por JUAN HERRERA CATENA	160
«La notificación del protesto», de JOSÉ M. ^a VIGUERA RUBIO, por FRANCISCO VICENT CHULIÁ	164

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	175
--------------------------------	-----

ESTUDIOS

La anualidad corriente en la hipoteca legal tácita por contribuciones

SUMARIO: I. *La hipoteca legal tácita en tres cuerpos legales.*—II *La moderna legislación tributaria.*—III. *El problema de la anualidad corriente.*—IV. *El Estatuto de Recaudación de 1948.*—V. *La Instrucción de Recaudación de 1969.*—VI. *Nuestra interpretación.*—VII. *Conclusión.*

I. LA HIPOTECA LEGAL TACITA EN TRES CUERPOS LEGALES

Como en el presente trabajo no vamos a estudiar a fondo tal hipoteca, sino sólo algún punto concreto de su regulación, no será necesario un examen prolijo de antecedentes históricos. Baste con la cita de lo que al respecto decían tres cuerpos legales ciertamente venerables.

El primero es nuestro Código civil. En sede de concurrencia y prelación de créditos, el artículo 1.923 establece lo siguiente:

«Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.»

No es del momento el examen detenido del precepto. Algunas líneas le hemos dedicado en otra ocasión. En realidad del precepto apenas cabría deducir la existencia de una verdadera hipoteca (que juega cual-

quiera que sea el propietario). Y ello porque el artículo se refiere a bienes inmuebles «del deudor», no de tercero, amén de que se está contemplando el estado de insolvencia de una persona.

El segundo texto legal es la Ley de Administración y Contabilidad, de 1 de julio de 1911 vigente hasta hace poco. El artículo 11, en el párrafo 1.º, establecía la prelación general de los créditos del Estado sobre los de cualquier otro acreedor, excepto los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad antes de anotarse en él el derecho de la Hacienda.

Pero el que nos interesa fundamentalmente es el artículo 12: «La Hacienda pública tiene prelación sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida, y no satisfecha, de las contribuciones e impuestos que graven los bienes inmuebles.»

Destaca la ampliación sobre el Código civil, pues ahora se garantizan dos anualidades. Y más aún el que la prelación adquiere neto carácter de hipoteca, pues se da no sólo frente al deudor del tributo, sino ante el tercer adquirente que hubiera inscrito su derecho. Y ello es lo esencial de la hipoteca.

Finalmente, la tercera normativa que vamos a citar es la hipotecaria. En primer lugar el artículo 194 de la Ley Hipotecaria actual.

«El Estado, las provincias y los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven los bienes inmuebles.

A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago.»

Con este precepto tiene relación el 271 del Reglamento Hipotecario:

«Cada finca responderá por hipoteca legal, en los términos prescritos por el artículo 194 de la ley, de las contribuciones e impuestos que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble, y el Estado, las provincias o los pueblos tendrán, para su cobro, prelación sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro.

Cuando se trate de contribuciones e impuestos distintos a los señalados en el precedente párrafo, la prelación no afectará a los titulares

de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro el derecho al cobro, mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo.»

Sobre esta normativa podemos destacar: que se mantiene la hipoteca tácita por los dos años de la Ley de 1911, cuyo tenor prácticamente se repite; que ese derecho se extiende también a las provincias y los pueblos, y se define lo que sea anualidad vencida. Claro que esta definición es por relación a la corriente cuyo concepto no se explica.

Algunas críticas cabe hacer. El párrafo 1 del artículo 271 del Reglamento repite innecesariamente parte del artículo 194, párrafo 1, de la ley. Así como en el Reglamento se aclaran cuáles son los impuestos privilegiados (los que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble), parece que la definición de anualidad vencida también hubiera encajado mejor en el precepto reglamentario.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 271 no nos parece afortunado por varios motivos. Porque trata de materia no contemplada en el correlativo de la ley, cual es la prelación general de la Hacienda. Además, se introduce de forma incidental y no directa, lo que provoca algo de oscuridad. Y esa prelación general no sólo es para los impuestos distintos, sino también para los privilegios del párrafo 1 cuando se trate de otras anualidades que no sean las garantizadas.

En conclusión, si la legislación hipotecaria estimaba necesaria alguna referencia a la prelación general del Estado, debió hacerse en la ley y con separación del tema de la hipoteca legal tácita.

Sí es interesante, en cambio, que esta última se califica expresamente de hipoteca legal en el artículo 271 del Reglamento, reconociendo así su eficacia frente a tercero. Y de que es tácita no cabe dudar, pues se da contra tal tercero que hubiera inscrito su derecho, aunque el de la Hacienda no figure expresamente en el Registro.

Por ello, cuando el párrafo 2 de la regla 19 de la Instrucción de Recaudación de 24 de julio de 1969 determina que «los procedimientos de apremio, cuando medie hipoteca legal tácita, se harán constar en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva de embargo», hubiéramos preferido que tal constancia fuera por la nota marginal a que se refiere el penúltimo párrafo de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, regulador del procedimiento judicial sumario. Aunque a tal nota precediera el oportuno oficio de la Recaudación. Esa documentación estaría más en consonancia con la naturaleza de una hipoteca que va a la ejecución.

II. LA MODERNA LEGISLACION TRIBUTARIA

La básica y fundamental es la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. La prelación general viene recogida en el artículo 71, que dice así: «La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente Registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley.»

Viene a recoger este precepto el contenido del artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad y del párrafo 2 del artículo 271 del Reglamento Hipotecario. De esta prelación general también nos ocupamos en trabajo publicado en el número 104 de la *Revista de Derecho Financiero*. Por ello nos concretamos a la prelación especial.

De ésta se ocupa el artículo 73 de la propia ley: «En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las provincias y los municipios tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior.»

Se ha recogido lo prevenido en el artículo 1.923 del Código civil, en el artículo 12 de la Ley de Administración y Contabilidad y en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria. Una modificación de interés es la de los tributos privilegiados: no sólo los que graven los inmuebles, sino los que recaigan sobre sus productos directos, bien sean éstos ciertos o presuntos.

Con todo, la innovación fundamental *prima facie* es la de las anualidades protegidas. La tradicional terminología de anualidad corriente y última vencida se sustituye por una referencia al momento de ejercitarse la acción administrativa de cobro. Esto es lo que da pie al presente trabajo.

El artículo 37 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, en el párrafo 1 repite la prescripción del artículo 73 de la ley con una curiosa referencia a «lo que disponen la Ley y Reglamento Hipotecarios». Y el párrafo 2 añade:

«A los efectos de lo dispuesto en el número anterior, se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario.»

Pero la cosa no quedaba clara, puesto que los tributos se suceden y el período voluntario de cobro se abre año tras año. Falta un punto de referencia que sea base. De ahí la formulación que hace la Instrucción de Recaudación de 1969.

La regla 19 dice en su párrafo 1: «Se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio económico en que se haya inscrito en el Registro el derecho, o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate.»

El momento de cómputo es, pues, claro. Cuando se trate de un tercer acreedor, se atiende a la fecha de inscripción de su derecho.

Cuando estamos ante un nuevo adquirente del inmueble, el momento determinante es el de su adquisición, haya o no inscrito su derecho; por tanto, «aunque lo inscribiera».

III. EL PROBLEMA DE LA ANUALIDAD CORRIENTE

Planteado así el tema, la determinación de tal anualidad puede hacerse teóricamente desde un triple punto de vista. El primero, el de la situación de insolvencia del deudor. Sería el del 1.923 del Código civil, como acertadamente pone de relieve H. Rossy. Ante esa crisis patrimonial se graduarían los distintos créditos frente al mismo deudor.

La segunda perspectiva sería la del acreedor. Podría verse en el artículo 73 de la Ley General Tributaria. Al irse sucediendo los distintos períodos voluntarios de pago, la Hacienda tendría preferencia por el de cada momento que pasa y el inmediato anterior. La conclusión es clara, esas anualidades protegidas estarían variando constantemente.

La última posibilidad es la de la regla 19 de la Instrucción de Recaudación. El momento determinante es el de la inscripción del derecho del tercer acreedor o el de la adquisición del nuevo dueño. Las anualidades protegidas quedan así concretadas. Podríamos decir que esta perspectiva es netamente hipotecaria. Porque atiende, ante todo, al tercero y al momento de su adquisición.

Antes de inclinarnos por una u otra postura conviene, sin embargo, que traigamos a colación un texto del mayor interés.

IV. EL ESTATUTO DE RECAUDACION DE 1948

Veamos el artículo decisivo en la materia:

130. Acreedores hipotecarios y terceros poseedores.

«1. Para el cobro de sus créditos liquidados, la Hacienda Pública tiene derecho de prelación, en concurrencia con otros acreedores, exceptuando solamente los que lo sean de dominio, prenda o hipoteca o cualquier otro derecho real, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda.

2. No obstante lo prevenido en el párrafo anterior, cuando el procedimiento afecta al cobro de contribuciones o impuestos que directa e individualmente recaigan sobre los propios inmuebles contra los que la ejecución se dirija y tales fincas se hallen gravadas con cargas de carácter hipotecario o hayan pasado a poder de tercero, se tendrá en cuenta:

1.º Que la Hacienda tiene derecho de absoluta preferencia para el cobro de la anualidad corriente al ser inscrito el derecho hipotecario o efectuarse la transmisión del dominio de la finca y para el de la última vencida, constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico inmediato anterior al definido como corriente, cualesquiera que fueren las fechas de tales inscripción o adquisición.

2.º Que la Hacienda no puede utilizar esta prelación por las anualidades anteriores con perjuicio de terceros adquirentes ni acreedores hipotecarios que tengan su derecho inscrito, limitándose su acción a seguir el procedimiento contra los demás bienes del deudor, y si éstos no bastaren, se exigirán las responsabilidades oportunas en el caso de que las diligencias no se hubiesen incoado y seguido en los plazos de instrucción o con la actividad debida.

3.º Que esto no obstante, cuando se hubiese incoado procedimiento por débitos anteriores a la última anualidad vencida, de que trata el apartado 1.º, y el inmueble se halle embargado y la traba anotada en el Registro de la Propiedad al constituirse el crédito hipotecario o pasar las fincas a terceros adquirentes, tanto los acreedores hipotecarios como los terceros poseedores deben pechar con tal gravamen, y a ellos debe exigirse el pago de la totalidad de los descubiertos si pretendieran liberar la finca.

4.º Que todos los descubiertos por devengos posteriores a la anualidad corriente o en que tuvo lugar la inscripción del derecho hipote-

cario o la adquisición por el tercer poseedor tienen el carácter de débitos ordinarios o regulares y, por tanto, serán responsables de ellos: el acreedor hipotecario, si, en defecto del deudor o sus causahabientes, deseara hacer uso de su derecho a liberar la finca, y en todo caso, como propietario ya de la finca objeto del procedimiento, el tercer adquirente.»

De verdaderamente ejemplar podemos calificar esta regulación del Estatuto de Recaudación de 1948. Volveremos sobre ella.

V. LA INSTRUCCION DE RECAUDACION DE 1969

Se ocupa de la hipoteca legal tácita en la regla 19. El párrafo 1 define la anualidad corriente en los términos que vimos en el epígrafe II de este trabajo. Al párrafo 2 hicimos alusión al final del epígrafe I de estas notas.

Después, el párrafo 3 recoge el contenido del apartado 2.º del párrafo 2 del artículo 130 del Estatuto de Recaudación de 1948. El párrafo 4 transcribe, a su vez, el apartado 4.º del párrafo 2 del citado artículo 130 del Estatuto. Varía en este último la definición de la anualidad corriente por una mera remisión.

Finalmente, el apartado 3.º del párrafo 2 del artículo 130 no tiene su correlación en la regla 19 de la Instrucción. La supresión, empero, no tiene significación, pues el efecto allí previsto se produce de todas formas por el mero juego de las normas hipotecarias.

VI. NUESTRA INTERPRETACION

Llegados a este momento hemos de inclinarnos por alguna de las tres soluciones que para determinar el alcance de la anualidad corriente exponíamos en el epígrafe III de este trabajo.

Pues bien, a la vista del complejo normativo formado por la Ley General Tributaria y por el Reglamento e Instrucción de Recaudación, creemos que por anualidad corriente ha de entenderse la que corre al pasar la finca a poder del tercer adquirente. Es la interpretación que antes llamamos de carácter hipotecario.

a) *Elemento gramatical*

Se desprende de la indicada normativa tributaria. Porque la Ley General de 28 de diciembre de 1963 habla del momento en que se ejercita la acción administrativa de cobro en el artículo 73. Después, el artículo 37 del Reglamento de Recaudación remite tal momento a

aquel en que se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario. Mas hasta aquí no hay un punto de arranque.

Es la regla 19 de la Instrucción de Recaudación la que concreta que esos débitos son los correspondientes al ejercicio económico en que se haya efectuado la transmisión de los bienes (o la inscripción en el Registro del derecho cuando el tercero sea un acreedor).

En el presente caso esta norma reglamentaria ha cumplido fielmente el cometido que es propio de las de su naturaleza: completar o desarrollar lo que la ley calla. Si acaso lo que hemos de censurar es que tal precisión no la hiciera ya el Reglamento de Recaudación y hubiera que esperar a la Instrucción de 1969. El camino fue largo, pero más vale tarde que nunca.

b) *Apoyo histórico de esta interpretación*

Lo encontramos de primer orden en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Son palabras muy repetidas. «El que compra una finca debe suponer que está al corriente en el pago de contribuciones. Si los agentes de recaudación han sido omisos, esta falta no debe recaer sobre un tercero. Así sabe el adquirente hasta dónde puede llegar la responsabilidad de una finca, y tendrá buen cuidado, si la adquisición es por título oneroso, de que le acredite el enajenante que no tiene descubierto, o sabrá, por lo menos, de un modo fijo los que tenga.»

Otra disposición de sumo interés es la Circular de la Dirección General del Tesoro de 15 de enero de 1912, a poco de publicarse la Ley de Administración y Contabilidad de 1911. El contenido de tal Circular pasó íntegramente al artículo 130 del Estatuto de Recaudación de 1948. Pero lo interesante es el título: reglas cuando el procedimiento de apremio se dirige contra fincas que han pasado a poder de terceros o se hallan gravadas con cargas de carácter hipotecario.

Lo mismo repetía el artículo 158 del Estatuto de Recaudación de 1928. Y recordemos que el artículo 130 del Estatuto de 1948 tenía este expresivo título: acreedores hipotecarios y terceros poseedores. Aunque estas denominaciones no hayan pasado a la normativa vigente, hay que tener en cuenta que el contenido sí.

c) *Interpretación sistemática*

No puede ser más clara si tomamos como patrón el Estatuto de Recaudación de 1948. En el artículo 130 del párrafo 1 recoge la prelación general de la Hacienda. El párrafo 2 con sus distintos apartados se de-

dica a la prelación especial o hipoteca tácita y comienza con estas palabras: no obstante...

Pues bien, el apartado 1 concreta la hipoteca a la anualidad corriente y última vencida, definiendo ambas. El 2 se refiere a aquellas anualidades anteriores a las dos indicadas. El 3 viene a ser una salvedad al 2. Finalmente, el apartado 4, además de volver a definir, si cabe más claramente, la anualidad corriente, contempla aquellas anualidades posteriores a las dos protegidas.

Ahora bien, como ese conjunto de reglas es el que ha pasado a la 19 de la Instrucción de Recaudación de 1969, cualquier punto de ésta ha de interpretarse sistemáticamente en su contexto. Y ya hemos visto que ese contexto (con sus años anteriores y posteriores a los dos privilegiados) es exactamente el mismo que el del Estatuto de Recaudación de 1948.

d) *Elemento lógico*

Queda reflejado en las siguientes palabras de MORELL Y TERRY: «Se sobrentiende, pues, siempre, que cuantas fincas se enajenan o gravan, llevan consigo, sin necesidad de que en las escrituras ni en la inscripción se exprese, la hipoteca legal a que se refiere...»

Por esto algún autor nos recuerda que esta hipoteca tácita era inicialmente una cláusula de estilo que se insertaba en las escrituras de compra, y que finalmente acabó por sobrentenderse.

En esencia su finalidad es proteger el crédito tributario cuando la finca gravada pasa a poder de tercero. Y porque a éste se le responsabiliza de unas deudas que no son suyas, es por lo que la garantía se limita al año de la adquisición y al inmediato anterior. De ahí que por los posteriores, el adquirente responda ya como de deuda propia.

VII. CONCLUSION

Nos hemos inclinado por la interpretación hipotecaria, o de cara al tercero, de la anualidad corriente. Hemos contemplado con preferencia el supuesto del tercer poseedor por ser el más importante. En definitiva, postulamos una versión que confirma la que trabajosa, pero felizmente había adoptado el Estatuto de Recaudación de 1948.

Además, de esta forma, la hipoteca tácita añade algo verdaderamente esencial a la prelación general de la Hacienda: el asegurar dos anualidades de cuando la finca no pertenecía al actual propietario. Creemos que ello es bastante.

Porque para las anualidades posteriores, que puede ser la que corre en este momento, la prelación general es suficiente. Ya que con ello se superpone a todo acreedor salvo el titular de derecho real inscrito con anterioridad. Es bastante como para no necesitar que a esas anualidades se acumule la prelación especial estudiada.

Bastante es que esta hipoteca tácita atienda además al momento de la adquisición por el tercero. Al menos tal es nuestra personal interpretación que gustosamente sometemos al oportuno debate.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Abogado del Estado

Aplazamiento y fraccionamiento de pago sucesivo en el Impuesto sobre Sucesiones

SUMARIO: *Su posibilidad.—Primera cuestión: la solicitud de fraccionamiento y los intereses de demora del aplazamiento.—Segunda cuestión: aplazamiento concedido respecto de una liquidación provisional que es ya definitiva al acordarse el fraccionamiento.—Tercera cuestión: influencia de las adjudicaciones tácitas, en pago y para pago de deudas sobre el aplazamiento y fraccionamiento de pago.*

SU POSIBILIDAD

La Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 establece (art. 61-2) que una vez liquidada la deuda tributaria, su pago podrá fraccionarse o aplazarse en los casos y en la forma que determine el Reglamento General de Recaudación. Este Reglamento, aprobado por Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, y en vigor desde 1.º de enero de 1970, dispone en su artículo 53-3 que «los aplazamientos de las deudas tributarias por razón de los Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se ajustarán, en todo, a lo que disponen las Leyes y Reglamentos reguladores de los mismos». Por tanto, la materia está regulada exclusivamente por el Texto Refundido y el ya viejo—y al parecer inmortal—Reglamento del Impuesto de Derechos Reales (1). No obstante, quizá convenga hacer dos aclaraciones:

(1) La Resolución de 5 de diciembre de 1968 (vid. en *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, «Procedimiento económico-administrativo y otros medios de revisión», por ARTURO ROMANÍ BIESCAS, 1974, pág. 170) declara la incompetencia de los Tribunales Económico-Administrativos para acordar el fraccionamiento de pago, acto de gestión regido por el Reg. Gral. de Rec. y el T. R. del Impuesto de Sucesiones, T. P. y A. J. D.

1.^a Que aunque el artículo antes transcrito habla sólo de aplazamiento, la remisión a la legislación específica del Impuesto de Sucesiones, T. P. y A. J. D. comprende también el fraccionamiento, pues el Reglamento General de Recaudación, como la mayoría de la doctrina (2), considera (art. 52-2) el fraccionamiento de pago como simple modalidad del aplazamiento.

2.^a Que en la legislación específica está autorizado y regulado el aplazamiento de pago y el fraccionamiento del Impuesto de Sucesiones, pero no del de T. P. y A. J. D. El Decreto-ley 13/1975, de 17 de noviembre, sobre Ordenación Económica que estableció un programa especial de financiación de viviendas y otras medidas coyunturales, autorizó al Gobierno para que pueda regular esta materia por Decreto en los tres Impuestos y en su artículo 6.º permite, excepcionalmente, que las Oficinas Liquidadoras puedan acordar el fraccionamiento en tres anualidades como máximo de las liquidaciones practicadas por la adquisición de viviendas destinadas a domicilio permanente del sujeto pasivo cuya superficie no exceda de 120 m² (3). Por tanto, salvo el caso citado, no se pueden conceder aplazamientos ni fraccionamientos de pago en el Impuesto de T. P. y A. J. D., al menos hasta que se desarrolle el citado Decreto.

En resumen, que los supuestos de aplazamiento y fraccionamiento de pago hay que referirlos exclusivamente al Impuesto de Sucesiones y en el campo estricto de su normativa.

Pues bien, como se sabe, el T. R. concede facultad para acordar aplazamiento de pago a las Oficinas Liquidadoras (por un año en las liquidaciones practicadas por causa de muerte), a las Abogacías del Estado (en las liquidaciones practicadas por herencia o legado en nuda propiedad hasta la consolidación del dominio) y al Director general de lo Contencioso del Estado (en las liquidaciones practicadas por herencia o legado de divisas o valores mobiliarios extranjeros hasta que cesen las limitaciones impuestas a su libre transmisibilidad o pueda compensarse su valor). Igualmente, el T. R. concede facultad para acordar fraccionamiento de pago a las Oficinas Liquidadoras (en las liquidaciones practicadas por pensiones alimenticias en anualidades de la cuarta parte de una pensión anual, y en las practicadas por sucesiones hereditarias en cinco anualidades como máximo) y al Director general de lo Contencioso (discrecionalmente, en caso de grave quebranto si se aplican el metálico, valores mobiliarios u otros bienes muebles de fácil realización al pago del im-

(2) Para don FEDERICO BAS Y RIVAS (*Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes*, Madrid, 1961, 2.ª ed., pág. 373, tomo II), el fraccionamiento es un pago a plazos; en cambio, el aplazamiento es un pago de contado, aunque diferido a determinada fecha.

(3) Vid. ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE: *Manual del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Madrid, 1977, pág. 156.

puesto; y en las liquidaciones practicadas por herencia o legado en usufructo por 10 anualidades como máximo).

De todo este cuadro, nos vamos a referir solamente a los supuestos de aplazamiento y fraccionamiento de pago que pueden acordar las Oficinas Liquidadoras en las liquidaciones por causa de muerte, y no en cuanto a su problemática general que, como es lógico, puede encontrarse desarrollada mucho mejor que nosotros podamos hacerlo, en cualquier tratado sobre la materia, sino limitadamente en un aspecto concreto: la concesión de fraccionamiento de pago de las liquidaciones giradas por causa de muerte habiéndose concedido previamente el aplazamiento de las mismas por un año.

Ahora bien ¿es posible acordar sucesivamente aplazamiento y fraccionamiento de pago de las mismas liquidaciones?

Argumentación legal, al menos expresa, no puede aportarse ninguna a favor. Aunque tampoco la hay en contra, opinión, por supuesto, carente de rigor, pero puede valer como síntoma; además de tener un cierto aval de la jurisprudencia económico-administrativa, como veremos después.

Argumentación doctrinal sí puede aportarse, más o menos relacionada con el caso propuesto. Así don FEDERICO BAS Y RIVAS (4) acepta, cuando se practican liquidaciones por herencia o legado en nuda propiedad, la compatibilidad del aplazamiento de pago por causa de muerte con el aplazamiento hasta la consolidación del dominio, siendo competente en el primer caso la Oficina Liquidadora y en el segundo la Abogacía del Estado, aunque el primer aplazamiento devengará intereses y el segundo no (5).

Parece lógica, en nuestra opinión, esta compatibilidad porque, estando vigente el plazo para el pago, diferido por concesión legal, pero vigente, insistimos, se mantiene la posibilidad legal de que la segunda solicitud se produzca antes de expirar el plazo reglamentario. El propio BAS Y RIVAS (ver (2) nota al pie) reconoce que el pago hecho transcurrido el período de aplazamiento es un pago al contado, lo cual parece un contrasentido, pero no lo es porque, en definitiva, el ingreso se hace dentro de plazo legal, aunque excepcional, y la cuantía de la deuda tributaria no se ha modificado. Hay más bien prórroga del plazo para pagar que aplazamiento propiamente dicho, disquisición que, a nuestro juicio, va más allá de lo puramente semántico, pues la consecuencia de todo ello es que el contri-

(4) *Ob. cit.*, pág. 358 del tomo II.

(5) También considera compatible el aplazamiento en las liquidaciones practicadas por herencia, o legado de divisas, o valores mobiliarios extranjeros, con el aplazamiento por un año en las por causa de muerte y con el aplazamiento por herencia o legado en nuda propiedad hasta la consolidación del dominio (pág. 364, *ob. y tomo cit.*).

buyente *tiene* todavía plazo para, en el ejercicio de un derecho que la Ley fiscal le reconoce, solicitar un nuevo aplazamiento.

Aunque nosotros hemos planteado el caso de aplazamiento seguido de fraccionamiento, creemos que, para justificar su posibilidad, pueden ser válidas las consideraciones que hemos hecho al supuesto de aplazamiento; aplazamiento suscitado y aceptado por don FEDERICO BAS.

En la doctrina más reciente, ANGEL VELASCO ALONSO (6) no ve inconveniente en que los aplazamientos de pago sean compatibles con los fraccionamientos y que puedan solicitar los interesados el fraccionamiento del pago dentro del período de tiempo por el que se hubiese concedido el aplazamiento.

Por último, también puede argumentarse favorablemente desde el punto de vista de la jurisprudencia tributaria. En efecto:

— La Resolución de 29 de octubre de 1935 planteó el problema de si puede concederse fraccionamiento de pago al extinguirse el usufructo por liquidación de la nuda propiedad cuyo aplazamiento pago se hubiera concedido hasta la consolidación del dominio; y lo resolvió favorablemente estimando que no existe precepto que haga incompatible el aplazamiento y el fraccionamiento de pago, si bien el fraccionamiento ha de solicitarse dentro del plazo de quince días a contar desde la fecha del fallecimiento del usufructuario.

— La Resolución de 30 de abril de 1940 declaró que obtenido el aplazamiento de pago, puede solicitarse dentro de ese plazo el fraccionamiento.

Aceptada, pues, la posibilidad del aplazamiento y fraccionamiento de pago sucesivos, vamos a plantearnos algunas cuestiones en torno al tema.

PRIMERA CUESTION: LA SOLICITUD DE FRACCIONAMIENTO Y LOS INTERESES DE DEMORA DEL APLAZAMIENTO

La solicitud de fraccionamiento de pago suspende la cobranza del impuesto (art. 139-1 R. I. D. R.), pero, a nuestro juicio, no puede paralizar el pago de los intereses ya devengados por el aplazamiento concedido con anterioridad. Es natural que así sea, pues dichos intereses no pueden incluirse en el *quantum* a fraccionar y, por tanto, no tienen más destino

(6) *El Impuesto sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales*. Editorial de Derecho Financiero, 1977, tomo II, pág. 700.

que el ser pagados. ¿Cuándo? Si no estuviera pendiente la solicitud de fraccionamiento, los intereses de demora se habrían de ingresar, junto con la deuda tributaria, dentro de los quince días hábiles siguientes al vencimiento del año de aplazamiento contado desde la fecha en que se acordó o concedió por la Oficina Liquidadora, sin necesidad de previo requerimiento. Así lo establece el T. R. para el pago de los distintos plazos fraccionados (art. 130, núms. 5 y 9) y no hay razón para que sea otra la norma en el aplazamiento. La circunstancia de estar pendiente de resolución una solicitud de fraccionamiento no tiene por qué alterar la norma anterior en cuanto al pago de los intereses que deben ingresarse en el referido plazo de quince días. Es obvio que antes del vencimiento del año no serían exigibles por no estar totalmente devengados.

En cambio, la solicitud de fraccionamiento, si nos atenemos a la segunda de las Resoluciones antes citadas, parece que debe producirse *dentro* del año por el que se concedió el aplazamiento. El artículo 135-9 R. I. D. R. establece, en relación con el fraccionamiento, que el interesado vendrá obligado a presentar en la Oficina Liquidadora el documento en los ocho días anteriores al vencimiento de cada plazo para efectuar la consiguiente liquidación de intereses. Esta norma, que entendemos es perfectamente aplicable al aplazamiento, señala el momento que podríamos considerar como más idóneo para presentar la solicitud de fraccionamiento—aunque no supondría ningún obstáculo el presentarla antes—y es momento idóneo porque así el Liquidador sabría a qué atenerse en cuanto a la carta de pago que por el importe exclusivo de los intereses ha de extender y para la debida constancia en el expediente, aparte de que el Liquidador pudiera verse sorprendido por un ingreso parcial que, de no ir acompañado de la solicitud de fraccionamiento, no paralizaría el pago de la deuda tributaria e impediría la concesión de fraccionamiento solicitada con posterioridad.

Entendemos, además, que el pago de los intereses de demora ya devengados por el aplazamiento funciona como un requisito de inexcusable cumplimiento que hay que añadir a los exigidos por el T. R. y el Reglamento para la concesión del fraccionamiento. Mejor diríamos, que resulta del propio T. R., pues el artículo 130-5 sanciona el impago de una anualidad—en la que van incluidos los intereses—con la pérdida del beneficio de fraccionamiento, regla que debe aplicarse también al aplazamiento en caso de impago de los intereses, pues su fundamento es el mismo: tratándose de un beneficio legal excepcional hay que cumplir estrictamente sus condiciones. Y a mayor abundamiento, en el caso del aplazamiento y fraccionamiento sucesivos, no estaría justificada la concesión de un beneficio habiendo incumplido el contribuyente las condiciones de otro anterior en relación con la misma deuda tributaria.

SEGUNDA CUESTION: APLAZAMIENTO CONCEDIDO
RESPECTO DE UNA LIQUIDACION PROVISIONAL
QUE ES YA DEFINITIVA AL ACORDARSE
EL FRACCIONAMIENTO

El R. I. D. R. prevé en el artículo 135-11 el caso de que el fraccionamiento de pago se hubiera concedido respecto de una liquidación provisional practicándose la definitiva como consecuencia de la partición de bienes hereditarios, concediendo a los interesados derecho a solicitar de la Oficina que la afección de los bienes que les hayan sido especialmente adjudicados quede limitada al importe de los liquidaciones giradas a su cargo.

En realidad, no es éste el supuesto que venimos planteando, pero es el único precepto que nos puede servir de orientación, razón por la cual trataremos de ahondar en él.

En el texto reglamentario el problema es formalmente simple: se ha acordado un fraccionamiento de pago y se ha garantizado con hipoteca legal a favor del Estado sobre todas y cada una de las fincas comprendidas en el caudal. Practicada la partición y elevada a definitiva la liquidación provisional, es de justicia reconocer a cada contribuyente el derecho a que la afección general y solidaria se concrete y restrinja en un doble sentido: sobre las fincas que se le han adjudicado y por el importe de las liquidaciones giradas a su cargo. Dar cauce a este derecho es lo que hace el Reglamento, lo cual implica modificación de la hipoteca ya constituida.

Creemos, en efecto, que el trámite anterior supone simple modificación de la hipoteca legal, no sólo porque la relación jurídica tributaria permanece inalterada, sino porque parece claro que lo que el artículo 135-11 R. I. D. R. regula es más que una distribución de responsabilidad en sentido hipotecario—todo son connotaciones hipotecarias en esta extraña y rara hipoteca—, una concreción parcial de la misma respecto de las fincas adjudicadas a los interesados que lo soliciten. La responsabilidad solidaria no se altera respecto de las demás fincas.

Traducido lo anterior a la mecánica registral, supone que, al margen de la inscripción de las fincas adjudicadas al contribuyente, habrá de extenderse la nota de concreción de responsabilidad, previa expedición por el Liquidador de la certificación a que se refieren los números 8 y 11 del artículo 135, que es el documento inscribible, o mejor dicho, anotable. Ahora bien ¿supone esta nota cancelación de la anterior nota de constitución de la hipoteca legal con carácter general y solidario? ¿Por el contrario, deberán subsistir ambas notas hasta que el impuesto liquidado y fraccionado haya sido totalmente satisfecho?

El Reglamento sólo prevé (art. 135-8) la cancelación de las notas de afección a la hipoteca legal mediante la presentación de la carta de pago que acredite el de la última anualidad o mediante certificación de la Oficina Liquidadora de hallarse solventes él o los contribuyentes afectados. Pero en nuestro caso no se trata de liberación por pago y consiguiente cancelación de la hipoteca legal, sino de coordinar la necesaria constancia registral del cambio jurídico operado con las exigencias de claridad y economía derivadas del principio de especialidad. En este sentido, parece lo más oportuno, por tanto, que el Liquidador, al expedir la certificación duplicada, ordene que, *una vez extendida la nueva nota* de concreción de responsabilidad hipotecaria, sea cancelada la anterior nota solidaria. Y subrayamos lo de una vez extendida la nueva nota, y *no antes*, porque así no se interrumpe en ningún momento la garantía a favor de la Hacienda. Si todos los interesados hacen uso del derecho que regula el párrafo 11 del artículo 135 que venimos comentando serán canceladas todas las notas de afección general y solidaria. Si lo hacen por separado —a lo que no parece que pueda oponerse el Liquidador, pues se trata de un derecho individual de cada contribuyente (7)—se irán cancelando conforme lo ordenen las respectivas certificaciones, para lo cual sería oportuno se pida la cancelación al solicitar la concreción de responsabilidad.

Este sería, a nuestro juicio, el modo de operar en el supuesto previsto por el artículo 135-11 del Reglamento que, al incidir sobre una extraña hipoteca legal que, como dice BAS Y RIVAS, no tiene nada de legal y muy poco de hipoteca, impone una muy particular interpretación y aplicación de las normas generales sobre hipotecas, particularmente de los artículos 119 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Sirva esto en nuestro descargo.

En el caso planteado por nosotros, podrían darse distintas situaciones, que intentaremos ver.

Si concedido el aplazamiento en virtud de una liquidación provisional se solicita el fraccionamiento dentro del año, según veíamos, y se aporta documentación suficiente para elevar la liquidación a definitiva, pero *no inscribible*, la hipoteca, la nueva hipoteca (8) en garantía de las anualidades en que se ha fraccionado el impuesto, tendría que ser general y solidaria. Pero si la documentación es *inscribible*, ya se acompañe a la solicitud de fraccionamiento o se presente después de concedido, no vemos dificultad para que pueda pedirse y extenderse la nota

(7) Así parece entenderlo BAS Y RIVAS, *ob. y tomo cit.*, pág. 382.

(8) Damos por supuesto que, conforme al artículo 61-2 L. G. T., las cuotas aplazadas deben garantizarse mediante hipoteca, prenda, aval bancario u otra garantía suficiente.

de concreción de responsabilidad, aunque el supuesto no es exactamente el previsto por el Reglamento. Un argumento de autoridad podrá, tal vez, dar consistencia a esta solución. Y una vez más recurrimos a don FEDERICO BAS Y RIVAS. Estima, en efecto, el maestro (9), que constituida hipoteca en garantía del fraccionamiento de liquidaciones definitivas, sin que previamente se hayan girado liquidaciones provisionales, si esas liquidaciones definitivas no se han practicado con vista de operaciones particionales inscribibles, aunque después de concedido el fraccionamiento se realicen esas operaciones, no se podrá conceder el derecho de reducción de garantía hipotecaria respecto de las fincas adjudicadas a cada heredero porque el apartado 11 del artículo 135 R. I. D. R., literalmente, sólo lo concede para el fraccionamiento de liquidaciones provisionales. Sin embargo—insiste—, «la *ratio iuris* es la misma en ambos supuestos».

Finalmente, debemos dejar constancia de que, a la vista del artículo 135-12-4.º R. I. D. R., no parece que pueda concederse el fraccionamiento cuando el aplazamiento por un año se hubiese concedido por una liquidación provisional y en la participación—en cuya virtud se eleva aquélla a definitiva—se hiciera pago de su haber por compensación u otros conceptos a algunos de los interesados, total o parcialmente, en metálico, valores mobiliarios y otros bienes muebles de fácil realización, a menos que lo autorice el Director general de lo Contencioso, conforme al artículo 136.

TERCERA CUESTION: INFLUENCIA DE LAS ADJUDICACIONES TACITAS, EN PAGO Y PARA PAGO DE DEUDAS SOBRE EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DE PAGO

En rigor—y dentro de la necesaria brevedad de estas notas—debemos empezar por distinguir, y si es posible separar, lo relativo al impuesto en cuanto grava las adjudicaciones para pago de deudas o las adjudicaciones tácitas en pago de asunción de deudas cuando, habiendo deudas deducibles, no hay adjudicaciones expresas de bienes en o para pago, de lo relativo a la influencia que pueda tener la adjudicación en o para pago de deudas sobre la concesión y subsistencia del aplazamiento y sucesivo fraccionamiento que venimos planteando.

Del primer aspecto no nos interesa aquí lo puramente tributario: el Liquidador, conforme a las normas generales, calificará y fijará el concepto liquidable y girará la liquidación que corresponda. Pero sí convie-

(9) *Ob. y tomo cit.*, pág. 380.

ne destacar otro matiz del problema: la posibilidad o no de aplazamiento y, en su caso, sucesivo fraccionamiento de la deuda tributaria girada por el concepto de adjudicación en cualquiera de sus modalidades. Posibilidad que evidentemente hay que rechazar al ser las adjudicaciones reseñadas un concepto tributario sujeto a Transmisiones Patrimoniales y no al Impuesto de Sucesiones, único que, con la excepción que veíamos al principio, admite aplazamiento y fraccionamiento de pago.

El segundo aspecto apuntado es el que ahora nos interesa: ¿En qué medida las adjudicaciones en pago de deudas, de su asunción o para pago pueden condicionar la concesión o subsistencia de aplazamientos y fraccionamientos de pago? Es oportuno distinguir según se trate de liquidaciones provisionales o definitivas.

Rara vez, tratándose de una liquidación provisional, se hacen adjudicaciones expresas en o para pago de deudas. Lo normal es que los interesados presenten una instancia o solicitud en la que relacionan los bienes objeto de la transmisión, a cuya solicitud suelen acompañar los justificantes de créditos contra el caudal, gastos de última enfermedad, entierro, funeral, etc. Es decir, que, si es procedente la deducción y por su cuantía, el Liquidador se limita a girar la liquidación por el concepto de adjudicación tácita, si no existiera entre los bienes transmitidos metálico suficiente para cubrir el débito, aplicándose al efecto, en primer término y hasta donde alcancen, los bienes muebles y, en su defecto, los inmuebles. Ahora bien, todo esto ocurre en el orden puramente contable o estrictamente liquidatorio. Si la liquidación se aplaza por un año o se fracciona, todas las fincas inscritas a nombre del causante quedan afectadas a la hipoteca solidaria (seguimos limitándonos al caso en que la garantía ofrecida sea la hipoteca legal). Pues bien, ¿qué ocurre cuando la liquidación provisional se eleva a definitiva a virtud de la partición en la que ya se hace adjudicación expresa de inmuebles en o para pago de deudas? No pasa nada, desde luego, si el adjudicatario no hace uso del derecho a pedir la concreción de responsabilidad que le concede el artículo 135-11 del Reglamento, pues la finca adjudicada sigue afecta solidariamente al pago del impuesto aplazado o fraccionado. Tampoco creemos que pase nada en orden a la subsistencia del aplazamiento o fraccionamiento, si el adjudicatario para pago de deudas hace uso del derecho de concreción de responsabilidad, pero se limita a pagar las deudas, sin enajénar la finca o fincas adjudicadas con ese fin (10). En cambio, la enajenación con ese fin de las fincas

(10) Queda así apuntado el doble concepto doctrinal de la adjudicación para pago de deudas: por vía de comisión o encargo y como asunción de deuda, sin que sea éste el momento de tomar posiciones en la polémica LACAL-ROCA-COSSÍO-GONZÁLEZ PALOMINO, etc.

adjudicadas para pago de deudas debe provocar la pérdida, total o parcialmente, del beneficio de aplazamiento o fraccionamiento, a la vista de lo que establecen los artículos 130-5 del T. R. y 135-12 del Reglamento.

Del mismo modo, si concedido aplazamiento de pago de una liquidación provisional, se solicita fraccionamiento sucesivo (una vez elevada ya a definitiva la liquidación a virtud de la partición notarial) y de la solicitud y documentación complementaria resulta la enajenación de fincas adjudicadas para pago de deudas, es evidente que podría denegarse, total o parcialmente, el fraccionamiento solicitado.

Otro tanto cabría decir si se trata de adjudicación de fincas en pago de deudas en sentido estricto, es decir, la hecha al acreedor directamente en pago de su crédito, pues aquí ya no estamos como en la adjudicación para pago ante la posibilidad de una enajenación, sino que la adjudicación misma supone la transmisión.

Este es, a nuestro juicio, el criterio que consideramos ajustado a la letra y al espíritu del T. R. y el Reglamento del Impuesto. Criterio, desde luego, puramente fiscal que se aleja un tanto del tradicional contenido y apoyo jurídico del Impuesto de Derechos Reales y que viene a crear confusión en el orden hipotecario y registral. De una parte, quebranta la norma—tan reiterada por la jurisprudencia que no es preciso recurrir a citas—de la libre disponibilidad de la finca hipotecada. De otra, nos atrevemos a decir que es una prevención de difícil efectividad porque no existe un procedimiento hábil e inexcusable de conexión entre la Oficina Liquidadora y el Registro de la Propiedad que inscribe la nueva transmisión, argumento extensivo, por demás, a toda clase de adjudicaciones de bienes hereditarios. Y, por último, al provocar la enajenación de la finca adjudicada expresamente para pago de deudas la pérdida, total o parcial, de los beneficios de aplazamiento y fraccionamiento de pago, puede ocurrir que dicha enajenación lesione a los demás herederos o interesados no obligados al pago de las deudas (11).

ANTONIO MANZANO SOLANO

Registrador de la Propiedad

(11) A esta conclusión parece llegar también don FEDERICO BAS Y RIVAS, *ob. cit.*, pág. 383 del tomo II.

→

NOTAS

2

.

2

.

.

Emisión de títulos que conceden participación en el capital de las Sociedades y no son representativos de aportación de bienes o derechos a las mismas

Según el artículo 55 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, se considerarán transmisiones onerosas y se liquidarán según la naturaleza y clases de los bienes o derechos de que se trate, las emisiones de títulos que reúnan las características a las que se alude en el epígrafe que precede.

Esto equivale a decir que la emisión de tales títulos deberá gravarse como transmisión onerosa de bienes muebles, porque a esta naturaleza y clase pertenecen los títulos-valores. Es decir, que le será aplicable el número 2 de la tarifa del Impuesto, que somete al gravamen del 4,40 por 100 a las transmisiones a título oneroso de bienes muebles y semovientes.

Creemos que no ha estado muy acertado el legislador al reputar que la emisión de estos títulos implica una transmisión onerosa. Porque los negocios jurídicos onerosos son aquellos en los que cada parte contratante ha de realizar una prestación equivalente a la que recibe, pues comportan el necesario equilibrio entre un sacrificio y la compensadora ventaja económica. Si el equilibrio entre las contraprestaciones no se produce, en ese supuesto lo que las partes contratantes estarán perfeccionando será un negocio lucrativo.

En primer término se advierte una cierta imprecisión técnica cuando el texto legal se refiere a la «emisión de títulos». Esta locución-pudiera

conducirnos al expejismo de considerar que estábamos en presencia de un impuesto formal, con el que trataran de gravarse los instrumentos documentales más que la auténtica sustancia jurídica de los actos sujetos. Algo así como si todavía estuviese vigente aquel antiguo Impuesto sobre la emisión y negociación de valores mobiliarios.

Conviene tener presente que el hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales lo constituyen los desplazamientos de riqueza de una persona a otra. Así lo da a entender el artículo 3.º del Texto Refundido, según el cual este Impuesto gravará las Transmisiones Patrimoniales *inter vivos*.

Lo que ocurre es que, tratándose del fenómeno societario, el Legislador no ha querido gravar la compleja dinámica de transmisiones patrimoniales que se producen en estos negocios de comunicación de bienes. Porque, por ejemplo, cuando se constituye una Sociedad en realidad sugen dos antitéticos y recíprocos desplazamientos patrimoniales: la Sociedad adquiere los bienes y derechos aportados por el socio y este último adquiere en contrapartida las acciones (si se trata de una Sociedad Anónima) que la Sociedad emite y que le atribuyen un conjunto de derechos sociales, constituyendo unos títulos valores perfectamente negociables en el tráfico mercantil.

Así las cosas, con un exigente criterio fiscal, podría obligarse a tributar a los dos sujetos de la relación jurídica: a la Sociedad sobre la base de las sumas aportadas y al accionista por el valor de las acciones adquiridas.

Pero el legislador fiscal se ha sentido influido por el principio auto-limitativo según el cual a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho (art. 79 del Texto Refundido). Sin embargo, el principio invocado se presta a interpretaciones descoyuntadoras y, en definitiva, todo dependerá de lo que se deduzca de los demás preceptos del Texto legal y de las reglas de la tarifa aneja. Por ejemplo, en el supuesto de la permuta deben satisfacer el Impuesto, aunque se trate de una sola convención, ambos contratantes. Así lo establece expresamente el artículo 86 del Texto Refundido, según el cual en las permutas de bienes y derechos se satisfará el Impuesto por cada transmisión, es decir, que cada permutante debe soportar el gravamen correspondiente al bien adquirido.

Tratándose de las Sociedades, el Legislador es más generoso con los contribuyentes, pues sólo obliga a pagar el Impuesto a uno de los adquirentes: a la Sociedad, dejando libre de cargas fiscales a los accionistas. Así resulta claramente del apartado letra D del artículo 67, conforme al cual estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente,

en la constitución, aumento de capital..., de las Sociedades, la propia Sociedad.

Volvemos a insistir en la afirmación de que resulta extraña la redacción del artículo 55, número 10, que se refiere a «la emisión de títulos», conceptuando esta actitud social como expresiva de que se ha producido un acto sujeto. Pero para saber cuál sea el hecho imponible en materia de Sociedades es preciso tener en cuenta los actos sujetos a que se refiere el número 3.º del artículo 54 según el cual están sujetas la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de Sociedades; como vemos, en esta enumeración no está contemplada la «emisión de títulos». Ciertamente que en alguno de los supuestos analizados se producen auténticas emisiones de títulos valores. Por ejemplo, cuando se constituye una Sociedad o se aumenta el capital de la ya existente, porque en ambos casos la contrapartida del capital social viene representada por las acciones que se entregan a los socios y que representan fracciones de dicho capital. Sin embargo, lo único que se considera sujeto es la constitución de la Sociedad y el aumento del capital, considerándose que la correlativa emisión de acciones constituye una materia que carece de beligerancia fiscal. Confirma esta impresión el artículo 67 del Texto Refundido que con referencia a las constituciones de Sociedades y aumento del capital social sólo obliga al pago, en cuanto contribuyente a la propia Sociedad, que es quien adquiere los bienes aportados.

Si en estos supuestos también estuviera sujeta la emisión de las acciones, tendría también que soportar el gravamen el accionista que es quien adquiere los títulos valores, ya que bajo la óptica del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, quien debe pagar la transmisión de un bien o de un derecho es el que lo adquiere.

Cierto es que el artículo 54 del Texto Refundido, además de gravar los actos específicos de la vida económico-jurídica de las Sociedades, también sujeta, con alcance general en su número 1.º, a las transmisiones por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos. Así las cosas parece que, en principio, podría obviarse nuestra anterior objeción diciendo que la emisión de títulos tributa, no en concepto de acto social, sino como transmisión *inter vivos*, por cuanto el artículo 55 considera que la emisión de estos títulos integra una transmisión onerosa.

Sin embargo, esta objeción no es fundamental. En primer término, porque no es válido considerar que la emisión de acciones o bonos constituyen un acto autónomo desvinculado de las grandes decisiones de la Sociedad. Muy al contrario, acabamos de ver que la emisión de títulos valores constituye la consecuencia mercantil de esa premisa que constituye la constitución o el aumento del capital de la Sociedad.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el Legislador fiscal no debe nunca destruir, aunque crematísticamente pueda convenirle, las categorías elaboradas por el derecho sustantivo y que constituyen la base fundamental de todo el Derecho público y privado. Por definición, una transmisión onerosa, siguiendo el rigor etimológico del adjetivo, implica que existe una carga, gravamen o sacrificio recíproco para ambas partes contratantes. Y cuando se emiten los títulos que venimos analizando el accionista los percibe de una forma gratuita y sin contraprestación alguna por su parte, lo que quiere decir que los percibe gratuita y no onerosamente. Por ello habría que estimar que en una interpretación sistemática del Texto Refundido estos títulos no debieran hacer frente a la presión fiscal, porque no constituyen transmisiones onerosas, sino transferencias gratuitas.

La solución sería más armónica si se hubiera guardado el adecuado paralelismo entre el número 10 del artículo 55 y el número 1.º del artículo 54. Este último, con una visión amplia, sujeta las transmisiones por actos *inter vivos* de bienes y derechos. Acertadamente no las califica ni de lucrativas ni de onerosas, porque cualquier adjetivación hubiera auto-limitado el área del Impuesto. Es decir, que estas emisiones de títulos podrían gravarse sin escrúpulos demasiado técnicos si el Texto Refundido dijera que la emisión de estos títulos se reputa como transmisión *inter vivos*.

En resumen, conviene precisar cuándo en el quehacer de la Sociedad se producen emisiones de títulos valores. Ocurre fundamentalmente en los siguientes casos.

1.º Al constituirse la Sociedad. Se trata del momento inicial del nacimiento de la persona jurídica. La emisión se produce en un contexto oneroso, pues exige sacrificio a ambas partes contratantes. Tal emisión constituye un acto no sujeto, según se desprende de los artículos 54 y 67 del Texto Refundido.

2.º Al aumentar el capital de una Sociedad preexistente. La cifra del aumento tiene que venir representada por un cierto número de títulos valores que han de emitirse. También aquí nos encontramos en presencia de una negociación onerosa, siempre que la emisión de los títulos exija una contraprestación, incluyendo tanto el supuesto beneficioso para el socio de que las acciones se emitan a la par como si se emiten por bajo de la par, pero exigiendo un desembolso a los accionistas.

Un caso especial podrían representar los aumentos de capital con cargo a la cuenta de regularización de Balances y los supuestos similares en que las acciones se entregan gratuitamente a los accionistas. Aquí

con perfecta lógica jurídica podrían sustentarse dos opiniones encontradas:

a) Que las acciones entregadas gratuitamente deberán tributar conforme a lo establecido en el número 10 del artículo 55 (si hablamos a efectos argumentales, prescindiendo de las objeciones insalvables a que antes referíamos). Porque tales acciones encajan perfectamente en la literalidad del número 10 del artículo 55. Efectivamente, se habrá producido la emisión de unos títulos que conceden participación del capital aumentado de la Sociedad. Y por otra parte, el socio que recibe gratuitamente las acciones no realiza ninguna aportación de bienes o derechos al fondo social.

b) Que por la adquisición de tales acciones no se debe tributar, porque sobre el negocio de emisión está gravitando una onerosidad, si bien no presente, sí pretérita. Es como si todo el fenómeno de la total biología social se retrotrajese al momento de la constitución de la Sociedad. El que aporta unos bienes adquiere unas acciones que llevan ínsitas unas expectativas futuras (fundamentalmente el derecho a participar en los beneficios futuros) y, en definitiva, las cifras resultantes de la actualización de los balances y el reparto de algunos fondos de reserva no son más que la distribución de unos beneficios acumulados, es decir, una parte de esas expectativas que se tuvieron presentes en el momento de constituirse la Sociedad.

3.º Cuando en cualquier momento se emiten títulos que conceden parte en el capital de la Sociedad sin exigir contraprestaciones a los socios. Es decir, el supuesto que contempla el número 10 del artículo 55. Se trata de una emisión posterior al nacimiento de la Sociedad y que, pese a lo establecido en el artículo 55, no reviste ningún carácter de onerosidad, por cuanto no se le exigen al accionista las contraprestaciones típicas, que consistirían en la aportación de bienes o derechos.

Por la emisión de estos títulos, si es que estuvieran sujetos, debiera satisfacerse el Impuesto en concepto de transmisión lucrativa y no gravarlos como transmisiones onerosas. Afirmamos esto atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica del acto concluido al emitir estos títulos. Pero no debemos olvidar que las Oficinas Gestoras no pueden utilizar la analogía para someter a Tributación actos que no están especialmente contemplados al determinar el hecho imponible de este tributo. Y aunque con error, el Legislador considera que estas emisiones de títulos constituyen negocios onerosos. Para que pudieran gravarse como transmisiones lucrativas sería preciso que el artículo 55 hubiera considerado que la emisión de estos títulos constituía una transmisión *inter vivos*,

por cuanto una de las subespecies de dichas transmisiones son las transmisiones lucrativas.

Y no se olvide que consideramos artificial el atribuir a la emisión de estos títulos el carácter de transmisión desvinculada de los actos típicos referentes a las Sociedades.

El artículo 70 del Texto Refundido se refiere a la determinación de la base imponible en la emisión de estos títulos. Esta materia se regula en el número 13 de dicho artículo 70. Con ello se cierra el círculo impositivo a este respecto.

Los Impuestos se concretan, con respecto a los contribuyentes, en la satisfacción de la cuota impositiva. Para determinar la cuota es necesario practicar la oportuna liquidación, que es el momento anterior al de la efectiva recaudación de los tributos. Para liquidar se requiere aplicar una determinada tarifa a un capital gravable o base imponible. Si no existiera cualquiera de estos dos elementos (el tipo de tributación o la base imponible) no podría hacerse efectivo el pago de los tributos por imposibilidad de practicar la oportuna liquidación.

Pues bien, lo que hace el Texto Refundido con las reglas contenidas en los artículos 55, número 10, y 70, número 13, es brindar la existencia de esos dos factores inexcusables de cualquier liquidación. El artículo 55, al decir que la emisión de esos títulos se reputa como transmisión onerosa lo que pretende es conducirnos de la mano hasta el número segundo de la tarifa, en el que preconiza el tipo del 4,40 por 100 para gravar las transmisiones a título oneroso de bienes muebles.

En realidad, pues, las descripciones conceptuales de los hechos imposables no significan otra cosa que la expresión en terminología jurídica de lo que la tarifa convierte luego en determinadas invocaciones porcentuales, es decir, en guarismos concretos de tributación.

El artículo 70 establece que en la emisión de estos títulos servirá de base la participación reconocida en el capital y cuando éste no exista o no sea conocido se estimará el valor de cada título como igual al del promedio que resulte de tomar el valor nominal de los títulos enteramente liberados de la misma Sociedad. Cuando a estos títulos se les reconozca solamente derecho a participar en los beneficios se descontará el 30 por 100 del valor que resulte de aplicar esta regla.

La primera observación que nos sugiere esta norma es la de que el precepto ha acertado al establecer como base «la participación reconocida en el capital». O dicho en términos fiscales, que se toma como pauta exclusivamente el valor declarado. Lo cual es lógico. Tratándose de estos títulos no se puede practicar la comprobación de valores por la sencilla razón de que en ellos no existe la contraprestación que repre-

sentaría la aportación de bienes o derechos a la Sociedad. El capital social es dinero y el dinero se mide por sí mismo sin necesidad de recurrir a ninguna comprobación axiológica.

Es más extraña la fórmula legal que prevé el que no exista capital o que existiendo no sea conocido. La situación normalmente no podrá darse con respecto a las Sociedades mercantiles porque en los estatutos de las mismas debe figurar como una mención obligatoria la cifra del capital social, que además ha de constatarse en la correspondiente inscripción del Registro Mercantil. El supuesto, aunque un tanto impropriamente, podría verse con referencia a las cooperativas de capital variable, pero de todas formas constituyen un planteamiento verdaderamente exótico dentro de nuestro Derecho Positivo.

Según el precepto se atiende al promedio que arroje el valor nominal de los títulos enteramente liberados. No vemos la razón de por qué al promediar no se tiene también en cuenta las emisiones de títulos todavía no liberados totalmente, por quedar a cargo del socio la satisfacción de algunos dividendos pasivos.

Cuando estos títulos sólo atribuyen derecho a participar en los beneficios se practica una rebaja del 30 por 100. Es lógico este descuento. Porque en este caso el titulista o bonista está privado del derecho a percibir una cuota de liquidación y de los restantes derechos sociales.

Descendiendo al detalle concreto de las cuestiones formuladas se plantean las hipótesis siguientes:

a) Entrega de los bonos sin contraprestación.

Este supuesto es el que hemos analizado por extenso al comentar los artículos 55 y 70 del Texto Refundido. En ambos preceptos se parte de la idea de que los bonos se perciben sin que el beneficiario aporte ninguna clase de bienes o derechos. Es decir, que se perciben por el bonista de una forma gratuita y sin contraprestación, y ello pese a que una artificial norma considere que la emisión de estos títulos constituyen una transmisión onerosa.

Por tanto, no existe ningún peligro de que la entrega de tales títulos sin exigir ninguna contraprestación vaya a constituir una donación, sometida a la fuerte presión tributaria establecida en la tarifa del Impuesto. Nunca podría prosperar una calificación de este acto como transmisión lucrativa por cuanto el mismo legislador fiscal cierra la vía para una interpretación de este tipo, al considerar, aunque sea ficticiamente, que la emisión de estos títulos constituyen una transmisión onerosa.

Es decir, que en estos supuestos habrá que aplicar el tipo de 4,40 por 100.

b) Entrega de los títulos a los accionistas de la Sociedad con una contraprestación de x pesetas por cada bono.

Aquí podríamos distinguir dos grandes hipótesis:

b') Que las pesetas resulten muy exiguas en parangón al derecho a los beneficios obtenidos.

Aquí sí que paradójicamente habría el peligro de que una oficina gestora pudiera reputar que se había producido una donación. Afirmamos esto teniendo en cuenta que en este supuesto ya no podremos acudir a la normativa antes examinada. Porque la hipótesis planteada no encaja en la literalidad de los artículos antes mencionados, ya que en el caso que nos ocupa sí que hay una aportación de bienes o derechos a la Sociedad, aunque pudiera ser muy reducida. Y no hay que olvidar que la regla conceptual, fiscal, contenida en el artículo 54, número 10, es una regla excepcional, por la propia licencia con que maneja la situaciones sustantivas y, por tanto, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Es decir, debe defenderse un entendimiento estricto de la norma en el sentido de que bajo su ámbito sólo puedan cobijarse las emisiones de títulos que «no representen aportaciones de bienes o derechos a la sociedad».

Al no encajar el caso que analizamos en la normativa legal antes estudiada, habrá que acudir interpretativamente a las reglas generales del Impuesto que nos ocupa.

¿Qué ocurre en realidad cuando se emiten estos títulos? Si el valor de la contraprestación es ridículo, habrá que pensar que el acto realmente concluido constituye una transmisión lucrativa.

No debe olvidarse el principio general contenido en el artículo 7.º del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, según el cual los Impuestos se exigirán con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado. ¿Y cuál es la verdadera naturaleza de un pretendido acto oneroso en el que una de las prestaciones se cifra, por ejemplo, en 100 pesetas y el valor de la otra puede calcularse en 400.000 pesetas? Indudablemente aquí no hay auténtica transmisión onerosa porque para que exista onerosidad debe existir equilibrio entre las prestaciones de los contratantes. Cuando un regalo pretende disfrazarse con la exhibición de un precio mínimo, lo único que ocurre es que hay una donación modalizada por un exiguo gravamen. Este supuesto está perfectamente contemplado por el artículo 63 del Texto Refundido, que en su párrafo 2.º determina que si existieren recíprocas prestaciones o se impusiere algún gravamen al donatario, tributarán por el

mismo concepto solamente por la diferencia. Esto quiere decir que la situación se considerará como una donación sometida a gravamen por la tarifa del Impuesto general sobre las sucesiones.

b'') Que las pesetas presentasen un cariz defendible de onerosidad. En este caso parece que no habría ninguna dificultad para sostener la aplicación del tipo del 4,40 por 100 correspondiente a las transmisiones a título oneroso de bienes muebles. Porque no hay que olvidar que los bonos emitidos tendrían la concepción legal de bienes muebles.

Pero si profundizamos en el análisis de esta figura jurídica tal vez pudiera sostenerse la no sujeción al tributo. En realidad la operación consiste en atribuir originalmente, es decir, de una forma creacional, unos derechos a unas personas que no son accionistas de la Sociedad que los emite. Se trataría de que las Sociedades filiales concediesen unos derechos económicos a los accionistas de la matriz. Es decir, a unas personas que no son socios de la entidad emitente. Pero esto, auténticamente no constituye una transmisión. Al contrario, se trataría de la constitución de unos créditos.

Así es. Porque, aunque se acudiera a la ficción de imaginar que quien emite los títulos son las Sociedades filiales, en realidad quien dispone de ellos realmente es la Sociedad matriz. No olvidemos que se trata de beneficios distribuidos. Pero el derecho a los beneficios corresponde por Ley a los accionistas, es decir, a la Sociedad básica. Y por ello en realidad quien transmite esos beneficios no es la Sociedad filial, sino la matriz que los ha devengado a su favor. Ello quiere decir que por propio mandato de la Ley, la Sociedad base adquirió derecho a los beneficios legales, que constituyen uno de los derechos básicos del accionista. Y si a su vez los accionistas de ella adquieren derecho a todo o parte de estos beneficios será porque esta Sociedad les cederá unos derechos adquiridos, pero que todavía no ha hecho efectivos.

Estaremos, pues, en presencia de una transmisión de créditos y derechos, comprendida en la órbita del número 2 de la tarifa, que debe tributar al tipo del 4,40 por 100.

Anteriormente apuntábamos la posibilidad de que la emisión de estos títulos pudiera considerarse que no constituía un acto sujeto. Ello podría defenderse si nos atuviéramos exclusivamente a la forma de estar redactado el número 10 del artículo 54 y prescindieramos paralelamente del contenido de la relación jurídica auténticamente creada, es decir, si nos olvidásemos de esa real transmisión de crédito que se habrá producido desde la Sociedad matriz hasta sus accionistas. Si pudiera olvidarse esta transmisión de crédito, el acto podría reputarse como de constitución de

crédito. Al emitirse estos bonos parecería como si las Sociedades filiales estuviesen constituyendo unos créditos o derechos personales a favor de los bonistas que adquirirían un derecho que antes no ostentaban. Y por esta constitución de crédito no habría que tributar. Pues así resulta, tanto del número 2 de la tarifa, como del artículo 88 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. En ambos se alude exclusivamente a la transmisión de créditos o derechos, pero ni en ellos ni en ningún otro paraje del Texto Refundido se aluden nunca a la constitución de créditos genéricos. Sí se prevé la constitución de derechos de crédito típicos, como son los préstamos, los derechos sociales, las fianzas..., pero a los créditos no específicos no se refiere ningún número de las tarifas. Por lo que en esta materia no podría eludirse la norma imperativa del artículo 13 del Texto Refundido, según el cual los actos y contratos no consignados expresamente en las tarifas se considerarán no sujetos a los impuestos regulados en esta Ley. En cuanto al problema de la base imponible tembiné podrían suscitarse algunas controversias. Hay otros títulos valores en los que el Legislador se definió suficientemente. Como son las acciones y las obligaciones de las Sociedades. Como las acciones se negocian bursátilmente se establecen criterios para valorarlas según cotizaciones medias del mercado bursátil. Por su parte, las obligaciones son títulos representativos de préstamos, por lo cual no ofrecen ninguna duda sobre su valoración que estará constituida por el importe del principal y de las prestaciones accesorias.

Pero no ocurre lo mismo tratándose de los bonos que nos ocupan. Por ello para cifrar su valor podemos recurrir a los criterios siguientes:

I. Aplicar el principio del número 4 del artículo 70 del Texto Refundido. Como hemos visto antes, la operación realmente consiste en una cesión de crédito realizada por la sociedad matriz a favor de sus accionistas. Y ello aunque el supuesto se disfrazase con la materialidad de que los títulos se emitieran directamente por las sociedades filiales.

El artículo 70 establece que en los créditos líquidos servirá de base el valor que tengan consignado en la obligación de que procedan. Normalmente, los bonos indicarán la cuantía a percibir y por ello podrá ser aplicable esta regla.

II. Siempre será aplicable la norma contenida en el número 12 del artículo 117. Según este precepto, la Administración debe practicar la comprobación del valor de los bienes y derechos transmitidos. Y como medio ordinario de comprobación se establece la valoración que a requerimiento del liquidador practique un funcionario técnico al servicio de la

Administración, sin que tal valoración prejuzgue la que resulte de la tasación pericial en los casos en que hubiere lugar a ella.

III. Podría pensarse en la posibilidad de utilizar la regla contenida en el número 13 del artículo 70, que con respecto a los títulos que confieren derecho a participar en los beneficios prevé la posibilidad de descontar el 30 por 100 del promedio del valor nominal de las acciones enteramente libradas de la sociedad.

Esta regla se conciliaría bien con la naturaleza de los títulos que venimos examinando. Una acción normal confiere una suma de derechos sociales: derecho al voto, derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones, derecho al dividendo y derecho a una cuota de liquidación preferentemente. En cambio, los titulares de derechos económicos no disfrutan de las otras tres clases de derechos que hemos mencionado. Por ello, evidentemente, no pueden merecer la misma valoración una acción plena y el título que confiere derecho a participar en los beneficios sociales.

Así las cosas parece bastante lógica la regla de valorar estos últimos títulos en el 70 por 100 del valor nominal de las acciones ordinarias. Porque, en definitiva, el detentador de estos títulos se muestra como si fuese un usufructuario, ya que sólo obtiene el disfrute económico. A este respecto, el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye al usufructuario el derecho a participar en las ganancias sociales (la ley emplea la palabra participar igual que el Texto Refundido del Impuesto. Ello quiere decir que los titulares de estos bonos no adquieren derecho a la totalidad de las ganancias, si no sólo a una parte de ellas obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo.

c) Proyecto de modificación de los Estatutos de las sociedades filiales, en el sentido de que el derecho a percibir los beneficios distribuidos pueda desgajarse del contenido de las acciones de estas sociedades.

Problemas fiscales originados por esta modificación.

El artículo 54 del Texto Refundido considera como actos sujetos la modificación de sociedades. Por su parte, el artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla cualquier modificación de los Estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas, y se refiere concretamente a las modificaciones que afecten a los derechos de las acciones. El Texto Refundido del Impuesto contiene dos reglas interesantes a este respecto:

a) El artículo 70, número 13, se refiere a la modificación de las sociedades que consista en la alteración sustancial de los derechos políticos y económicos de los socios. En este caso se tributará sobre la base

constituida por el valor de las acciones a las que afecte la alteración y al tipo del 3 por 100, establecido en el número 6 de la tarifa.

b) El artículo 66 concede, no obstante, una bonificación. En efecto, el apartado b) de la letra C) otorga una reducción de un 50 por 100 de la base imponible para la modificación de sociedades anónimas, cuando se produzca por alteración sustancial de los derechos y obligaciones del tenedor de las acciones o de las entidades emisoras.

* * *

La norma del número 10 del artículo 55 del Texto Refundido se complementa con el párrafo 2.º del número 13 del artículo 70 del propio Texto, en el que se establece la forma de cuantificar la base imponible.

El precedente de este precepto está constituido por el número 4.º del artículo 19 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, que contiene una expresión similar a la ya analizada, completándola con una ejemplarización de supuestos posibles, refiriéndose expresamente a las cédulas o partes de fundador y otros títulos análogos. Este artículo 19 concreta también el tipo de liquidación, indicando que estos títulos tributarán al emitirlos, como transmisión de bienes muebles.

Es conveniente que examinemos pormenorizadamente este importante precepto.

1.º En primer término destaca que lo que está sujeto es «la emisión de los títulos», lo que significa que un simple pacto o acuerdo social de otorgar ciertas ventajas no está sujeto al impuesto. Porque tanto la categoría de los actos sujetos como la de los exentos, en correcta fiscalidad, deben ambas ser interpretadas restrictivamente. Según los mercantilistas emisión significa puesta en circulación de unos títulos valores. A este respecto, en el añejo impuesto sobre emisión de valores mobiliarios se consideraba que los valores habían sido puestos en circulación cuando su creación resultaba acreditada por la escritura de constitución de la sociedad y cuando su adjudicación a personas determinadas se deducía de las propias escrituras o de un acuerdo social.

2.º El precepto se refiere a los títulos que concedan participación en el capital de las sociedades y que no sean representativas de aportaciones de bienes o de derechos a las mismas. La forma de expresarse la ley parece un recuerdo histórico a los tiempos anteriores a la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. Porque el capital de las sociedades debe pertenecer a los accionistas en fracciones del mismo. No caben bonos de fundador que representen aportacio-

nes, porque las aportaciones al fondo social se materializan en las correspondientes acciones.

A los fundadores se les retribuyen los servicios prestados en el momento creacional de la sociedad. Las cédulas o bonos de fundador «no son representativas de aportaciones de bienes o derechos», no porque en sí mismas no sean bienes o derechos. El título-valor es evidentemente un bien mueble. Por otra parte, el derecho del fundador es un derecho de crédito. El ha realizado unos trabajos de promoción en pro de la constitución de la sociedad, por lo que ostenta un derecho de crédito frente a la misma para ser retribuido por sus trabajos. Pero su actitud con respecto a la sociedad no sigue los moldes de la comunicación de bienes, que caracterizan a la posición de los socios. Habría aportación si el fundador, que detentase un crédito frente a terceras personas, lo pusiera en el fondo común de la sociedad para integrar el patrimonio de la persona jurídica. Se trataría de la aportación de un derecho de crédito, o si preferimos, de la aportación de un bien mueble, pues jurídicamente se consideran bienes muebles los derechos mediante cuyo ejercicio puedan obtenerse bienes de esta naturaleza o sumas de dinero. Sin embargo, el papel de los bonos de fundador es muy distinto. El fundador no aporta su crédito a la sociedad, sino que lo esgrime frente a ella. Lo que pretende, en posición enfrentada con la persona jurídica, es que la sociedad le retribuya por los servicios prestados. Es decir, no aporta el crédito, no se constituye en socio, sino que asume el papel de acreedor de la sociedad y es precisamente en pago de este crédito por lo que se le entregan los bonos de fundador.

El artículo 70 completa la dicción del artículo 55 porque se refiere también a la emisión de títulos a los que solamente se reconozca derecho a participar en los beneficios sociales, lo que parece que encaja mejor con los deseos de los accionistas de algunas sociedades.

Ya se trate de participación en el capital, ya se trate de participación en los beneficios, siempre se emiten los títulos correspondientes para satisfacer, como contraprestación, alguna ventaja previamente recibida por la sociedad. Lo veremos mejor examinando los supuestos más corrientes:

a) Las partes de fundador.

El aspecto retributivo es clarísimo. Las cédulas que se entregan a los fundadores lo son en compensación de iniciativas, gestiones, trabajos preliminares, estudios u otros motivos análogos.

b) Los bonos de disfrute.

Son títulos a los que se incorpora el derecho a participar en los beneficios de la sociedad, generalmente en cuantía inferior a la que co-

responde a las acciones, entregándose a los antiguos accionistas cuando se amortizan sus acciones. Aquí también se advierte un matiz retributivo de los riesgos asumidos por los accionistas de acciones amortizadas y, además, el supuesto no encaja perfectamente en el número 10 del artículo 55, porque estos bonos de disfrute sí son representativos de aportaciones de bienes realizadas en su día en favor de la sociedad.

c) Las acciones de trabajo.

Son acciones que la empresa entrega a los trabajadores contratados para permitirles percibir una parte de los beneficios, que se suman al salario legal.

En estas acciones el aspecto retributivo resalta en la propia definición de dichos títulos-valores.

d) Bonos o cédulas industriales.

Son títulos que se emiten para *retribuir* el trabajo de sus titulares con una participación en los beneficios. Se otorgan, pues, para remunerar servicios, porque el que prestó tales servicios generó beneficios a favor de la sociedad.

En ninguno de estos supuestos podríamos subsumir los títulos con que una S. A. podría beneficiar a sus propios accionistas. Si los socios de la S. A. entraban a participar, en la medida convenida, en los beneficios acumulados de las sociedades filiales, ello se lograría sin ninguna contraprestación compensatoria realizada por los cedulistas. Y aquí está el peligro de la creación de tales títulos. Porque la legislación del Impuesto permite aplicar el tipo benigno del 4 por 100 correspondiente a las transmisiones de bienes muebles, cuando estima que los títulos se emiten en contraprestación de algo previamente recibido por la sociedad, es decir, cuando el legislador aprecia que se ha producido la necesaria onerosidad en el supuesto tributario.

Pero esta regla no podría aplicarse en el supuesto que nos ocupa. Al no exigir a los accionistas de esta sociedad ninguna contraprestación, las oficinas gestoras del Impuesto podrían lícitamente interpretar que se había producido un acto de mera liberalidad, una transmisión lucrativa, tributable por la gravosísima tarifa de las donaciones y de las herencias. Una interpretación fiscal de este tipo, que atendería a la causa del negocio jurídico, vendría en cierta medida avalada por la Resolución del Tribunal Central de 27 de mayo de 1952, en la que se consideró (aunque en el supuesto del fallo, correspondiente a la amortización de unas cédulas, no se aceptó la tesis) la posible incidencia de una donación entre extraños. Pero aquel fallo sirve para alertar el enjuiciamiento de la cuestión. El hecho de que no se estimase la donación no es tranquilizador,

porque se produjo con respecto a un acto no sujeto al Impuesto, cuál es la declaración de extinción de unas cédulas de fundador.

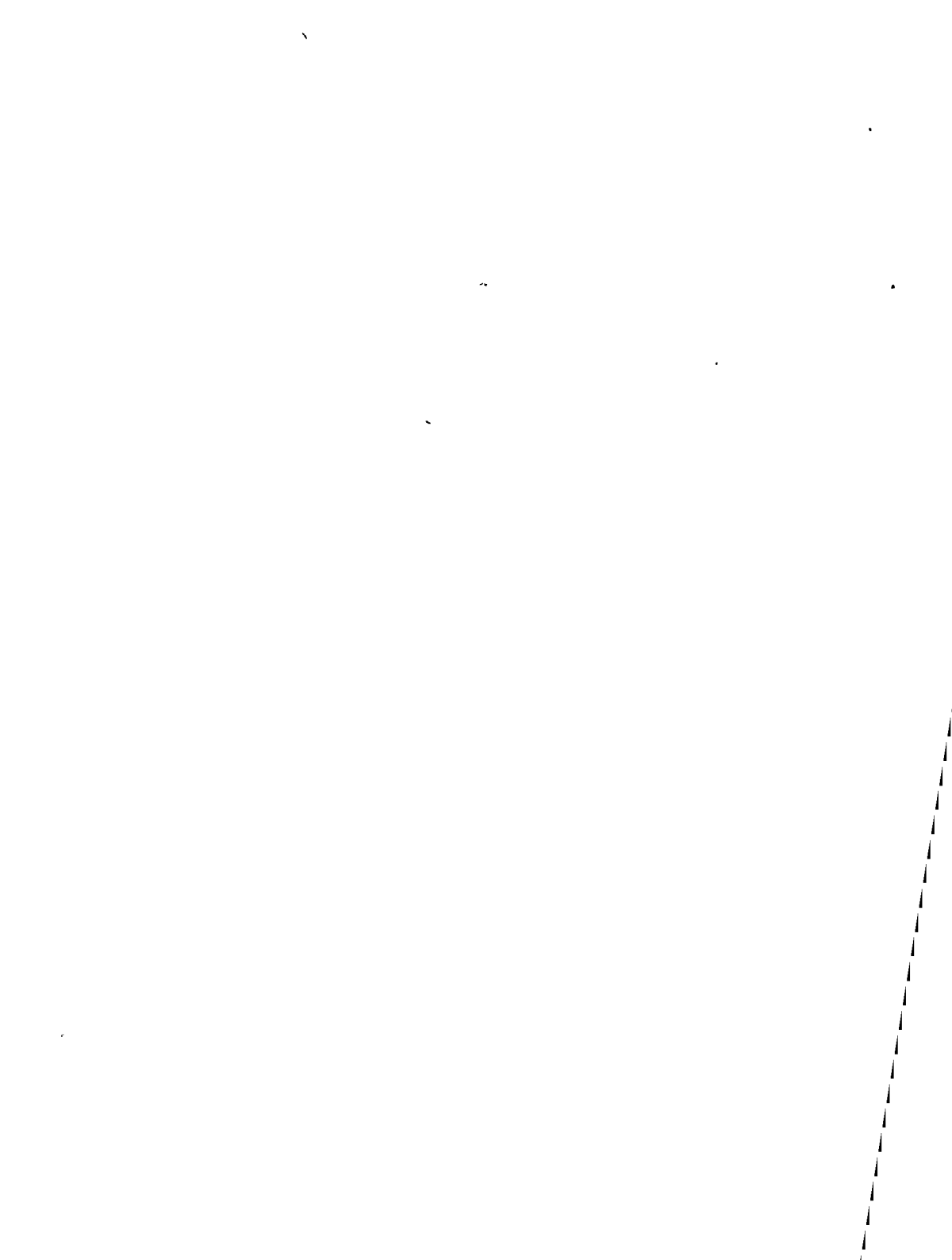
La solución la cifran las empresas en la búsqueda de alguna forma de onerosidad. Suelen intentarse, con un estudio más profundo, alguna de estas soluciones:

a') Que en la documentación exhibible ante la oficina gestora aparezca la participación en beneficios como retributiva de trabajos, asesoramientos personales..., realizados a favor de las sociedades filiales. En este caso, de difícil plasmación práctica, se podría invocar la exención del número 6.º del artículo 65 del Texto Refundido, que declara exentas las entregas de cantidades de dinero de curso legal que se verifique en pago de servicios personales (1).

b') La constitución de una comunidad de bienes entre los actuales accionistas de la S. A. y las sociedades filiales, aportando estas últimas la cifra de beneficios acumulados que se pretenda repartir y los primeros bienes o derechos ficticios. De esta forma se tributaría por los tipos del 1,70 ó del 2,70 por 100 y no por la tarifa de los actos gratuitos. El supuesto es el del número 2.º del artículo 57 del Texto Refundido, que reglamenta las comunidades de bienes constituidas para la explotación de negocios mercantiles o industriales.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad

(1) Aunque personalmente nos parece que con esta fórmula no consiguen el éxito fiscal los empresarios. Porque si se emiten unos títulos, lo que se entrega a los accionistas de la Sociedad matriz son títulos valores y no numerario. Ergo, objetivamente, no podría invocarse la exención del número 6 del artículo 65.



Los alimentos al ex cónyuge, en el divorcio vincular

Notas acerca de una interpretación armónica

Establece el artículo 109 del Código civil que: «Si una mujer que ha obtenido el divorcio no cuenta con medios suficientes para vivir, el Tribunal Superior podrá asignarle alimentos discrecionales de los ingresos, rentas, sueldos o bienes que sean de la propiedad del marido, sin que pueda exceder la pensión alimenticia de la cuarta parte de los ingresos, rentas o sueldos percibidos. Si el divorcio se ha decretado por la causal de separación, la mujer podrá solicitar los alimentos a que se refiere el párrafo anterior, si no cuenta con medios suficientes para vivir. La pensión alimenticia será revocada si llegase a hacerse innecesaria, cuando la mujer divorciada contrajese segundo matrimonio o cuando viva en público concubinato u observare vida licenciosa.»

Aunque la redacción del precepto ha sido ampliada por reformas posteriores a 1902, la idea central que late en el mismo—proporcionar «alimentos» a la divorciada con cargo al caudal del ex cónyuge—es exactamente igual que cuando el artículo 109 fue copiado del Código civil de Louisiana (1).

Ante el precepto parece existir una extendida opinión entre los varones (principalmente aquellos divorciados) de que el artículo 109 contiene un discrimen contra el hombre, que, por ser en función del sexo, deviene en anticonstitucional (2). Naturalmente, también influye en

(1) Cfr. MUÑOZ MORALES, L.: *Anotaciones y reseña histórica al Código civil de Puerto Rico*, San Juan, 1939, I.

(2) *Constitución*, art. II, sec. 1.ª: «La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo...»

este criterio la circunstancia de que el varón, si bien no tiene inconveniente en haber sostenido un constante discrimen contra la mujer a lo largo de los siglos, es mucho más sensitivo cuando los efectos se revuelven contra él.

El precepto, como todos aquellos de carácter normativo, tiene su razón de ser en el Ordenamiento jurídico para el cual fue pensado. Y, como ocurre siempre que se copia algún criterio normativo, sin dar a la vez traslado del *substratum* socioeconómico que lo sustenta, al encajarse en otro Ordenamiento, se oye el característico rechinar del acoplamiento forzado.

En el Ordenamiento original en que tuvo vida el artículo 109, el Código civil de Louisiana, el matrimonio era fiel reflejo, en su reglamentación jurídica, del pensamiento napoleónico, «enriquecido» con las influencias anglosajonas, que hasta finales del siglo pasado negaron sistemáticamente existencia jurídica a la mujer casada. Se comprende así que reconocido el divorcio vincular, si el marido se había convertido en propietario prácticamente de todos los bienes del matrimonio, no fuese nada extraño que, entre los efectos del divorcio, se reconociese la posibilidad de que el ex cónyuge varón asumiese, por compensación, la carga de sostener económicamente al hasta entonces su cónyuge.

Ningún problema plantearía el artículo 109 del Código civil en Derecho puertorriqueño, si no fuese por la circunstancia de que, no empecé las grandes transformaciones sufridas por la normativa del Derecho de familia, en dicho Ordenamiento ha quedado subsistente y con todo su vigor el régimen original del Código civil español, del pautamiento económico matrimonial supletorio de los gananciales, y la correspondiente previa libertad de los futuros contrayentes para pactar el régimen que consideren más conveniente. Es precisamente el concurso de esta permanencia con las copias improvisadas de cuerpos legales foráneos, lo que provoca un sistema jurídico carente de armonía. Regularmente, la falta de armonía la han venido resolviendo los Tribunales echando mano al lápiz y usando de las fórmulas aritméticas más simples y sencillas: indagando la cantidad de dinero con que pudiera contentarse la esposa, adjudicándole la misma por concepto de alimentos; a un lado queda el Ordenamiento jurídico y sus problemas de interpretación, entre los cuales merece especial mención la necesidad de armonización de sus dispares normas. Es decir, nuevamente los Tribunales recurren a resolver los problemas jurídicos cerrando los ojos ante el Código civil y aplicando criterios *prácticos*. Lo práctico de estos criterios se ha comenzado a apreciar ya, en el momento en que van aumentando los varones que luego del divorcio «viven del aire», sin que se les pueda acreditar ingreso alguno —aunque, naturalmente, lo tengan—, con lo que también van aumen-

tando las divorciadas que se encuentran sin alimentos. Aumentan los divorciados que pierden la memoria acerca de la convivencia pasada, y siempre el Código civil vuelve a quedar desprestigiado.

Personalmente, siempre he pensado que, al iniciarse los trabajos dirigidos a redactar, en su día, un nuevo anteproyecto de Código civil, total o parcial, se trataría de dar solución adecuada a los problemas, sin dejar la puerta abierta a los criterios *prácticos*. Sin embargo, y en este caso, no parece resultar así. Es opinión de la Comisión que rindió su informe acerca de las modificaciones susceptibles de producirse en el Derecho de familia, que «con respecto a los alimentos en favor de un ex cónyuge, creemos que debe subsistir la disposición que los autoriza (...). Con el divorcio, aunque cesa todo vínculo entre las partes, continúa la obligación de prestar alimentos, máxime cuando una de las metas de la concepción moderna sobre el divorcio es el reintegrar a ambas partes a una existencia balanceada, cosa poco probable si uno de los cónyuges se halla inhabilitado para procurarse sustento» (3). No parece acertado el pensamiento de la Comisión, pues si el divorcio termina con todas las relaciones entre los cónyuges, no veo razón para que termine con todas, menos algunas. Y el criterio de facilitar una nueva vida balanceada tampoco lo encuentro exacto, si, como es, ambos esposos suelen trabajar fuera del hogar, ingresando rentas, sueldos o beneficios económicos similares, que, con el divorcio, pueden significar un desbalanceamiento para el varón. La circunstancia de que se pretenda, por la Comisión, equiparar esos «alimentos» reconocidos a la divorciada en determinadas hipótesis, con la asignación establecida en los divorcios por causa de locura de uno de los cónyuges, no debe considerarse como acertado (4), pues, ni el artículo 96, 10.º, C. c. responde a la idea original (5), ni existe relación alguna entre aquellos alimentos ni estas atenciones del precepto últimamente citado (6).

(3) *Informe*, Comité Civil, Consejo sobre la Reforma de la Justicia en Puerto Rico, ed. mim., págs. 150-151.

(4) *Ibidem*, pág. 151, nota 56.

(5) ENJUTO FERRÁN: *El matrimonio católico y el divorcio vincular en la legislación civil de Puerto Rico*, «Rev. Jur.», U. P. R., 1943. OCHOATECO, F.: *Comentarios a la Ley de Divorcio de la República de España en relación con nuestro Estatuto*, «Rev. Jur.», U. P. R., 1934.

(6) Art. 96 del Código civil: «Las causas del divorcio son: (...), 10.º: La locura incurable de cualquiera de los cónyuges sobrevinida después del matrimonio, por un período de tiempo de más de siete años, cuando impida gravemente la convivencia espiritual de los cónyuges, comprobada satisfactoriamente en juicio por el dictamen de dos peritos médicos; disponiéndose que en tales casos la corte nombrará un defensor judicial al cónyuge loco para que lo represente en juicio, y si dicho cónyuge loco fuere la mujer, quedará subsistente la obligación del marido de protegerla y satisfacer sus necesidades en proporción a su condición y medios de fortuna, mientras sea necesaria para su subsistencia; disponiéndose, además, que esta obligación del marido a protegerla en ningún momento ha de ser menor

Pero, volviendo al cuerpo central del tema, lo que interesa destacar es, que, ante la postura adoptada por la Comisión, se significa que el artículo 109 C. c., tiene vida para rato. Ciertamente, no me considero un *articulicida*, por lo que no estimo adecuada la defensa de que se mate al precepto; pero, si va a vivir, sería conveniente que viviese en armonía con sus hermanos, los otros artículos del Código civil, que tienen tan digno origen como el artículo 109. Para que esto resulte así, es menester, sin embargo, intentar compenetrarlos, buscarles un sentido coordinado.

Corresponde, pues, intentar aportar algunos elementos de juicio que, de ser exactos, permitan llegar a esa interpretación. A tal fin, considero que, si no con carácter definitivo, sí pueden ser estimados como un comienzo bienintencionado los conceptos vertidos a continuación.

En tema de efectos del divorcio el artículo 105 C. c., es tajante al señalar que «el divorcio lleva consigo la ruptura completa del vínculo matrimonial y la separación de propiedad y bienes de todas las clases entre los cónyuges»; poniéndose, pues, fin al régimen económico matrimonial existente—arts. 1.315 y 1.329, párrafo primero, ambos del Código civil (7)—. Y sobre los tres artículos de referencia incide interamente el artículo 109, rompiendo la armonía de todos ellos. Se trata, precisamente, de evitar esto.

Inicialmente, creo que debe destacar, que el artículo 109, al imponer al varón divorciado la carga de asistencia, no está identificado—ni siquiera apuntando una relación de equiparación—dicha carga con la obligación de alimentos entre parientes. Pero, no deja de ser relativamente

de dos quintas partes del ingreso bruto por sueldos o salarios o entradas de cualquiera otra clase que tuviere el cónyuge demandante.»

El precepto tiene sus orígenes o ha sido muy influido por el art. 3, 13.º, de la Ley española de Divorcio de 2 de marzo de 1932, elogiada justificadamente por OCHOTECO. Pero así como la interpretación de este autor guarda poca relación con el sentido de aquel texto español, parece que la redacción dada al art. 96, 10.º, del Código civil responde a distintos intereses. La legislación española se preocupaba inicialmente del enfermo, y seguidamente de la convivencia de los cónyuges, para finalmente tomar en consideración el interés del cónyuge que pretendiese el divorcio, siempre que el enfermo no quedase desamparado. Por el contrario, el art. 96, 10.º, del Código civil se preocupa muy destacadamente del cónyuge que pretende el divorcio, limitándose a fijar unos requisitos económicos para que el divorcio pueda proceder. Son, pues, enormes las diferencias éticas, estéticas y de todo orden que existen entre ambos preceptos.

(7) Art. 1.315 del Código civil: «La sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio en los casos señalados por la ley. El cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales. Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el art. 1.328 de este Código.»

Art. 1.329, párrafo primero, del Código civil: «Acordada la separación de bienes quedará disuelta la sociedad de gananciales, y se hará su liquidación conforme a lo establecido por este Código.»

paradójico, pudiera ser adecuada la idea de interpretar aquella carga alimenticia y estos deberes de alimentos de modo relacionado, ya que, en otro caso, aparte de provocar una innecesaria disociación en la normativa del Código civil, llegaríamos a conclusiones tan absurdas como las sustentadas por la jurisprudencia (8).

La conexión del artículo 109 y los artículos 142 y siguientes C. c., contentivos de la obligación alimenticia entre parientes se explica fácilmente. Considerando que el primero, y estos segundos citados, no guardan conexión alguna, siendo entonces el artículo 109 una norma con carácter de *ley especial*, estaríamos obligados a distinguir dos regímenes diversos en tema de alimentos. Contrariamente, reconociendo la relación entre el artículo 109 y los artículos 142 y siguientes, es susceptible de armonizar ambos criterios normativos, al tiempo que puede evitarse ese discrimen que tanto importuna actualmente, alcanzando a ver en dichos artículos (y esto sí es más importante) un sentido completamente conforme y adecuado con la realidad del momento presente. Esto, casar nuevamente la vida social con su previsión normativa, me parece a mí que es de por sí suficientemente importante como para intentar la interpretación armonizadora que ahora patrocino.

No se trata, obviamente, de sustentar la existencia de una íntima relación entre el artículo 109 y los artículos 142 y siguientes C. c. al modo dogmático. Dos argumentos pueden esgrimirse en defensa de la tesis:

a) El aludido artículo 105 C. c., que, sin excepción y de modo absoluto, afirma como efecto del divorcio la ruptura completa del vínculo matrimonial, así en la esfera personal como en la patrimonial. El artículo 109 no contiene la clásica fórmula de excepción («no obstante lo dispuesto...»), sino que está redactado como imponiendo una obligación preferente al ex cónyuge varón que se ha divorciado, en beneficio de la mujer; con lo cual resulta imposible hablar de que el divorcio produce la ruptura completa del matrimonio.

b) La cesación del régimen económico del matrimonio.

Si los interesados fueron al matrimonio bajo un régimen económico pactado, no parece adecuado considerar que el artículo 109 se sitúa por encima del pacto, ya que, en tema de economías dentro del matrimonio, el legislador se ausenta, dejando al libre arbitrio de los futuros contrayentes la determinación, casi completa, de sus relaciones y modo de

(8) *Puigdollers vs. Monroig*, 1918, 26 DPR 310, atribuyendo a la obligación (?) del art. 109 carácter precedente que al régimen de los arts. 142 y sigs. del Código civil.

afrontarlas. Por lo que, producido el divorcio, el intérprete debe atenerse al pacto de bienes con ocasión del matrimonio previniendo una posible separación o a lo convenido para el caso de disolución de la comunidad conyugal. El artículo 109 no sólo no sería subsidiario, sino que, sencillamente, no sería.

Pero si las partes no celebraron capitulaciones matrimoniales, al producirse el divorcio y disolverse la comunidad ganancial resultante por disposición subsidiaria del legislador, son dables varias hipótesis; y no en todas sería aplicable el artículo 109 C. c.

1.º Si la comunidad ganancial llega a su fin sin activo alguno, es decir, sin que ni el varón, ni la mujer mantengan «bienes que le produzcan rentas o ingresos de clase alguna» (9), la pretensión del artículo 109 sería inaplicable, por cuanto *en lo imposible no existe obligación, en Derecho, deberes imposibles son un absurdo*.

2.º Que la comunidad ganancial llegue a su fin bajo la perspectiva normal para la cual la pensó el legislador, esto es, resultando unas ganancias de la vida en común. Se impone, entonces, la preceptiva disolución de la comunidad ganancial (arts. 1.316 y sigs. C. c.); debiendo advertir desde ahora, que el artículo 1.325 autoriza alimentos al cónyuge superviviente y a sus hijos mientras se haga la liquidación, pero rebajándoseles del haber correspondiente lo recibido por tal concepto. Dicho con otras palabras, que en el régimen de ganancias no se prorroga, disuelto el matrimonio, efecto algo en cuanto a posibles alimentos en favor de uno u otro cónyuge. Además, y por lo mismo expuesto, la otrora esposa no podrá alegar que «no cuenta con suficientes medios para vivir» (presupuesto del art. 109 C. c.), ya que a su favor figuran, cuantitativamente, iguales medios económicos que se adjudican al marido. No creo que fuese seria objeción la de que la equiparación no tiene por qué darse, ante la posibilidad de que, junto a los gananciales, concurriesen privativos o parafernales, por cuanto el impacto cuantitativo de éstos no sería relevante: a) o ambos cónyuges fueron al matrimonio aportando bienes, lo que dificultaría seriamente que la esposa estuviese dificultada luego del divorcio, permaneciendo el esposo en situación económica satisfactoria; o, b) o los contrayentes hicieron aportaciones manifiestamente desequilibradas, hipótesis en la cual, siendo el esposo quien aportaba privativos en cantidad apreciable, por la vía del artícu-

(9) *Planas vs. Chambers*, 1944, 64 DPR 55. De conformidad con el precepto, los alimentos a la mujer divorciada sólo pueden asignarse cuando su marido tenga bienes, no significando la palabra *bienes* capacidad para ganar, ni la palabra *rentas* las ganancias corrientes que resulten del trabajo (*Frias vs. Hernández*, 1926, 35 DPR 696).

lo 1.301, 3.º, C. c. (10), a mayor duración del matrimonio, mayor posibilidad de incrementarse los gananciales. La hipótesis de un matrimonio, en que se produce el divorcio al día siguiente, felizmente para la tesis aquí sustentada, se ve gravísimamente dificultada por la lentitud de los Tribunales. Por consecuencia, *quere*.

Ahora bien, si la esposa recibió, al momento de disolverse la comunidad ganancial, su parte correspondiente, consumiendo dichos bienes, mientras que el varón consiguió incrementarlos, entonces no parece nada sensato ni oportuno aplicar el artículo 109. Configuraríamos el negocio como un lucrativo negocio para las ex esposas (como de hecho así resulta en algunos Estados de la Unión norteamericana) y en una espada de Damocles para los maridos divorciados, sin límite de tiempo la amenaza económica que tal modalidad de interpretación implica. Pero, además, en tal situación, parece ser que resultan de aplicación los artículos 142 y siguientes C. c., y, en concreto, el artículo 143, en relación con los artículos 144 y 145, párrafo tercero (11), de donde resulta un orden de prelación en el que el ex cónyuge, por no aparecer, queda situado en último lugar; y ello, para el momento próximo a la declaración de la situación de divorcio. Aquí no cabe tampoco invocar el

(10) Art. 1.301 del Código civil: «Son bienes gananciales: (...), 3.º Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges.»

(11) Art. 143 del Código civil: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes legítimos. 3.º Los padres y los hijos legitimados y los descendientes legítimos, naturales e ilegítimos de éstos. 4.º Los padres y los hijos ilegítimos y los descendientes legítimos, naturales e ilegítimos de éstos. 5.º El adoptante y el adoptado. Los hermanos deben también a sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos o consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida cuando por un defecto físico o moral, o por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no puede éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio» (se hace abstracción del impacto que la legislación sobre igualdad de hijos produce en el precepto). Al respecto puede verse, VÁZQUEZ BOTE, E.: *Derecho civil de Puerto Rico*, tomo V, 1.º Sobre problemas de similar naturaleza, *Consideraciones con motivo de un pleito sobre filiación*, «R. C. D. I.», núm. 496, 1973.

Art. 144 del Código civil: «La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente: 1.º Al cónyuge. 2.º A los descendientes de grado más próximo. 3.º A los ascendientes también del grado más próximo. 4.º A los hermanos. Entre los descendientes y los ascendientes se regulará la gradación por el orden que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.»

Art. 145, párrafo tercero, del Código civil: «Cuando dos o más alimentistas reclamen a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso aquél será preferido a éste si fuese padre o madre del hijo solicitante, y si no lo fuese, se distribuirá por igual entre ambos.»

artículo 1.329, que impone en su segundo párrafo, una recíproca obligación entre los cónyuges, luego de la separación, porque dicha separación lo es, solamente, de bienes: ambos cónyuges siguen siéndolo, no se ha producido ruptura completa del vínculo matrimonial (art. 105 C. c.) y siguen siendo parientes los cónyuges entre sí, aparte de estar obligados a las cargas comunes del matrimonio.

Además, y para el caso de hipótesis que se acaba de exponer, de situación económicamente acomodada del varón y consumo inmediato de los bienes por parte de la mujer, pasado un lapso de tiempo a contar de ser firme el divorcio, es de aplicación el artículo 150 C. c., conforme al cual «cesará también la obligación de dar alimentos...: 3.º Cuando el alimentista *pueda* (12) ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino, o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia».

Ciertamente, si en el matrimonio se procrearon hijos, nada impide que la ex esposa a quien se adjudicó la custodia de los mismos, reclame alimentos; pero dichos alimentos no los reclamará para ella, sino para los hijos, vía artículo 143, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, según hipótesis y según se considere cuál sea el régimen vigente en tema de filiación en su perspectiva cronológica (13).

Y si no hubo descendencia, ni gananciales, estando ambos cónyuges en aptitud para trabajar («cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria...»), la pretensión que encierra el artículo 109 tampoco tiene cabida.

De conformidad con lo expuesto, no parece que el intento de armonizar los diversos preceptos del Código civil deje mucho ámbito al artículo 109, a diferencia del abundante uso que se le suele dar, naturalmente, dejando siempre a salvo cualquier mejor opinión. Ahora bien, tampoco debemos olvidar, por el momento, las situaciones reales impuestas por la vida, en que, humanamente puede estimarse conveniente evitar que, cuando la esposa se ha sacrificado durante el matrimonio, aportando de diverso modo toda su actividad, al disolverse el mismo, quede desamparada. Pero tal situación presupone que no se pueda reconocer a la esposa un crédito frente al marido (contabilizando el valor estimado de la actividad de ambos, en cuya situación siempre resulta un activo a favor de la mujer, por ser su trabajo de un impacto económico tal, que excede con mucho a los ingresos normales del varón); y tal situación presu-

(12) Énfasis suplido.

(13) Véase mi *Comunicación* al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona, septiembre 1975, bajo el título *Notas sobre la filiación en Derecho puertorriqueño*.

pone, asimismo, una sociedad en la cual la mujer no pueda desempeñar actividad alguna fuera del hogar.

Parece apuntarse con claridad el anacronismo del artículo 109 y su cada vez menor posibilidad de sensata existencia. Lo que se justificaría si su razón de ser fuese la que parece probable: la concepción social que, admitiendo el divorcio, repudia a la divorciada; una sociedad que, obsesionada con la felicidad del sistema (cualquiera que fuese), no concibe un divorcio (al fin y al cabo, trauma en sociedad), si no es hallando un culpable (14). La legislación sobre divorcio vigente en Puerto Rico está tomada a préstamo de Louisiana y remodelada—si no estoy equivocado—con influencias californianas y neoyorquinas, Estados en los que no hay divorcio sin culpable (como tampoco lo hay en Puerto Rico, por el momento). La necesidad de atribuir la culpa a alguien y el repudio social a la divorciada, así como la tradicional peor situación económica en que la mujer se hallaba en tales situaciones, han creado la práctica de que, por incoar la esposa el procedimiento, resulte culpable el marido; surgen entonces las sanciones económicas al culpable, y aparece así el artículo 109.

Hoy sabemos suficientemente, que el divorcio no necesita de culpables; se llega incluso a él contra el deseo e interés de las partes. También se extiende la sensata idea de que la divorciada debe ser tan respetada y respetable como cualquier otra mujer. Y me parece una tremenda sensatez añadir sanciones a la que, siempre, significa el divorcio mismo. Parece, además, inoportuno dar permanencia al vínculo por el plano que es el menos adecuado—el dinerario—, que puede incitar a los divorciados a situaciones más serias (un afán de resarcirse, puede llevar a la mujer a pretender la dependencia económica; en el varón, a provocar artificialmente las causas que ponen fin al especial derecho de asistencia económica). Finalmente, debemos afirmar y hacer factible la igualdad de los sexos, dentro de la inherente disparidad. Y no existe, ya con harta frecuencia, razón para que la mujer que puede obtener ingresos de igual o mayor importancia que el varón, frene las posibilidades de éste. Por ello, una vez establecida firmemente la equiparación de hombre y mujer (lo que, en la legislación de Puerto Rico, como en tantas otras, está aún por plasmarse), creo que debemos buscar la interpretación armónica que reclama el Código civil.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(14) Estas contradicciones sociales, que algunos denominan «hipocresía anglosajona» (haciendo omisión de la hipocresía latina, que también existe, o esclava, etc.), han sido magníficamente reflejadas por MARK TWAIN, quien, refiriéndose a su país, decía: «Los norteamericanos tenemos tres grandes cualidades que explican nuestra grandeza: la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y la virtud de no haber usado nunca las dos primeras.»



Q

.

VIDA JURIDICA

III. Congreso Internacional de Derecho Registral

Tuvo lugar este Congreso en la ciudad de San Juan (Puerto Rico), durante el período de tiempo del 27 de octubre al 2 de noviembre del presente año.

Concurrieron al mismo delegaciones de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, España, Chile, Estados Unidos, Francia, Israel, Italia, Marruecos, México, Nicaragua, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Suiza y Venezuela.

La Mesa directiva del Congreso estuvo presidida por don Miguel Jiménez Muñoz, Secretario de Justicia de Puerto Rico, y actuaron como Vicepresidentes, don Antonio de Leyva y Andía (España), doctor Miguel N. Falbo (Argentina), don Elvino Silva Filho (Brasil) y doctor Filippo Lucio Agostini (Italia), siendo el Secretario el doctor Edgar-do A. Scotti, Secretario General del CINDER.

Las sesiones de trabajo, conforme al temario previsto, se desarrollaron en tres distintas comisiones: la primera, sobre el tema «Principios básicos relativos a los Registros Jurídicos de Bienes», presidida por don Antonio de Leyva (España), don Edmund Liermann (Alemania), don André Cossette (Canadá), don Iván Escobar Fornos (Nicaragua) y doña Renée Negrón de Méndez (Puerto Rico); la segunda comisión versó sobre «La Propiedad Horizontal y el estado de Prehorizontalidad», y fue presidida por don Elvino Silva Filho (Brasil), Franco Catteneo (Suiza), doña Nelly Calderón de Saavedra (Perú), don Alberto Ferrer (Puerto Rico) y don Denis Martínez (Puerto Rico), y la comisión tercera, sobre «Instrumentación de los derechos inscribibles en los diversos sistemas registrales», que fue presidida por don Miguel Norberto Falbo (Argentina), don Guillermo Colín Sánchez (México), don Sheppard Tate (USA), don Pedro Avila (España) y don José Vélez Torres (Puerto Rico).

La aportación española a este Congreso consistió en la «Carta de Puerto Rico», relativa a los principios registrales aplicables a los bienes muebles, y en los siguientes trabajos, ajustados al temario del Congreso:

COMISION 1.^a

Ponencia: «Principios básicos relativos a los Registros Jurídicos de Bienes», por don Manuel Amorós Guardiola.

Comunicaciones:

1. «El *leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes», por don José Luis de la Viña Magdaleno.
2. «La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de Bienes», por don José Menéndez Hernández.

COMISION 2.^a

Ponencia: «La Propiedad Horizontal y el estado de Prehorizontalidad», por don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Comunicaciones:

1. «El derecho de superficie y el volumen de construcción en relación con el Registro de la Propiedad», por don Pedro J. Amengual Pons.
2. «Algunos problemas registrales de la Propiedad Horizontal», por don José Poveda Díaz.
3. «Inscripción de garajes en edificios sujetos al régimen de Propiedad Horizontal», por don José M.^a de Mena San Millán.
4. «La publicidad registral en relación con el Urbanismo y la Prehorizontalidad», por don José M.^a Chico y Ortiz.

COMISION 3.^a

Ponencia: «Instrumentación de los derechos inscribibles en los diversos sistemas registrales y otras instituciones de Derecho Registral Inmobiliario», por don Pedro Avila Alvarez.

Comunicaciones:

1. «La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas», por don José M.^a Chico y Ortiz.

Otras comunicaciones:

1. «La justicia administrativa en relación con los impuestos, cuya gestión está encomendada al Cuerpo de Registradores de la Propiedad», por don Carlos Pérez-Marsá Hernández.
2. «El Registro de la Propiedad en la regulación de la tierra rústica en España», por don Francisco Corral Dueñas.
3. «Los residentes en el extranjero y las transmisiones de inmuebles», por don José Márquez Muñoz.
4. «La faceta social-agraria del Registro de la Propiedad en España», por don Francisco Corral Dueñas.
5. «Consideraciones sobre el nuevo Título Preliminar», por don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro.

El texto definitivo de la «Carta de Puerto Rico», elaborado por una comisión redactora, integrada por representantes de las delegaciones argentina, doctor Manuel Ignacio Adroque y doctor Alberto Federico Ruiz de Erenchun; de España, doctor Eugenio Fernández Cabaleiro y doctor Manuel Amorós Guardiola, y de Puerto Rico, doctora Renée Negrón de Méndez y doctor don José Portuondo y de Castro, fue aprobado por unanimidad en la sesión plenaria del Congreso, en unión de las declaraciones y recomendaciones que a continuación se transcriben:

COMISION I: PRINCIPIOS BASICOS RELATIVOS A LOS REGISTROS
JURIDICOS DE BIENES

El III Congreso Internacional de Derecho Registral, bajo la denominación de «CARTA DE PUERTO RICO», declara:

I

Los Registros Jurídicos de Bienes Muebles son instituciones específicas organizadas por el Estado y puestas a su servicio y al de los particulares con la finalidad de conseguir la seguridad del tráfico de dichos bienes, la eficacia de las garantías que recaen sobre los mismos, la protección de adquirentes y acreedores y la defensa y legitimación de las titularidades inscritas.

II

Los Registros de Bienes Muebles constituyen el medio más eficiente para dotar de publicidad a las titularidades, limitaciones, garantías reales y situaciones jurídicas relativas a esta clase de bienes, y resultantes del acto, contrato o resolución judicial o administrativa.

Ha de tenerse en cuenta que la publicidad registral puede alterar la naturaleza de los derechos objeto de registración.

III

Los Registros de Bienes Muebles pueden organizarse como registros de titularidades en general o de garantías reales sin desplazamiento posesorio.

IV

La aplicación de los principios registrales a la circulación patrimonial de bienes muebles resulta particularmente satisfactoria en los casos de buques, aeronaves y automotores. Se estima necesario que los demás bienes muebles corporales susceptibles de registración también sean no consumibles y perfectamente identificables.

V

Los Registros de Bienes Muebles se organizarán según la técnica del folio real, en el que se contendrá el conjunto de actos inscribibles en orden sucesivo de asientos.

VI

Los Registros de Bienes Muebles estarán a cargo de Registradores con título universitario y formación especializada.

Los Registradores ejercerán bajo su responsabilidad la función calificadora, que se extenderá a la validez y eficacia del acto, su licitud, capacidad de los otorgantes, cumplimiento de los requisitos de forma y cualesquiera otros que las leyes establezcan, por lo que resulte de los documentos presentados y del contenido del registro.

VII

Los actos inscribibles deberán ser otorgados por la persona que según el registro tenga facultades para realizarlos o por su representante legal o voluntario.

VIII

Los asientos de los Registros de Bienes Muebles están bajo la protección de los Tribunales de Justicia y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

IX

A todos los efectos legales se presumirá que los derechos publicados por el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma y con la extensión determinada por los asientos respectivos. La inscripción exonera de la carga de la prueba.

Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere.

X

La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Los derechos y situaciones publicados por el Registro son oponibles frente a terceros con la extensión y circunstancias que resulten de la inscripción. Los actos, derechos y situaciones jurídicas inscribibles no inscritas no producen efecto frente a terceros de buena fe. Tampoco producirán efecto frente a estas personas las declaraciones de nulidad, rescisión o resolución de los actos inscritos, ni cualquier limitación o causa de ineficacia de los derechos inscritos publicadas con posterioridad a la inscripción a favor del tercero.

XI

El acto que primeramente ingrese en el Registro tendrá preferencia excluyente o superioridad de rango, según los casos, sobre cualquier otro que haya sido presentado posteriormente, aunque fuera de fecha anterior.

XII

La aplicación de los principios registrales contenidos en la Carta de Buenos Aires se ha de efectuar en los Registros Jurídicos de Bienes Muebles atendiendo a las directivas procedentes y procurando que una adecuada instrumentación favorezca el ágil desenvolvimiento de la función registral.

COMISION II: LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL ESTADO DE PREHORIZONTALIDAD

I. *Propiedad Horizontal*

Primero: En el ámbito de la propiedad horizontal corresponde a cada ordenamiento jurídico nacional la definición de los requisitos de existencia de dicha institución jurídica.

Segundo: El documento constitutivo del régimen de propiedad horizontal debe tener acceso al Registro de la Propiedad a fin de que su inscripción surta los efectos respecto de tercero que permitan los principios aplicables en cada sistema registral.

Tercero: La inscripción del régimen de propiedad horizontal debe contener, en función del principio de especialidad o determinación, la descripción suficiente de sus elementos característicos: partes de atribución privativa, partes comunes, cuotas de participación y reglas estatutarias con trascendencia real.

Cuarto: Para obtener la finalidad a que aluden los apartados anteriores pueden utilizarse cualesquiera técnicas de registración, siempre que con ellas se cumplan los principios consagrados en la Carta de Buenos Aires de 1972.

II. *Estado de Prehorizontalidad*

Primero: La incesante multiplicación de complejos inmobiliarios sujetos al régimen de propiedad horizontal ha provocado en los últimos años un aumento nota-

ble de problemas jurídicos en la fase previa a su nacimiento, como consecuencia de la actividad realizada en su promoción, por lo que se considera de primordial importancia delimitar esta situación como «prehorizonta lidad».

Segundo: El estado de prehorizonta lidad nace con la formulación del proyecto de construcción de un complejo inmobiliario susceptible de enajenación por unidades privativas, y concluye con la inscripción del régimen de propiedad horizontal en los términos señalados en los apartados segundo y tercero del capítulo precedente.

Tercero: De los diferentes intereses legítimos que concurren en la fase de prehorizonta lidad, algunos están suficientemente amparados en el ámbito del derecho de obligaciones, mientras que otros, especialmente el de los adquirentes de elementos privativos, exigen una protección más enérgica a través de la publicidad del Registro.

Cuarto: A este fin se recomienda que la situación de prehorizonta lidad acceda al Registro mediante la práctica del asiento procedente, en el que se contengan los datos esenciales, de carácter técnico y jurídico, definidores del complejo inmobiliario proyectado. En dicho asiento deberán constar las facultades de disposición del titular del dominio del suelo, en tanto subsista la fase de prehorizonta lidad.

Quinto: Se recomienda, asimismo, la instrumentación de los medios registrales suficientes para que, en la fase de prehorizonta lidad, los adquirentes de elementos privativos accedan a la publicidad registral, de forma que los efectos de la misma puedan evitar la realización de actos o negocios jurídicos en perjuicio de sus legítimos intereses.

COMISION III: INSTRUMENTACION DE LOS DERECHOS INSCRIBIBLES EN LOS DIVERSOS SISTEMAS REGISTRALES

1. Título, a los efectos de su inscripción en el Registro Jurídico de Bienes Inmuebles, es el documento auténtico que por su forma y contenido puede considerarse suficiente tanto para justificar la existencia de un derecho en favor de un sujeto sobre un bien inmueble inmatriculado como para que en el registro se practique el asiento que corresponda respecto de ese bien y de ese derecho.

2. Como norma general, para las relaciones de derecho privado, se proclama como sistema ideal de instrumentación de los derechos inscribibles el de intervención de funcionario especializado (Notario público), y como rechazables: a) el sistema de instrumentación privada (salvo casos excepcionales); b) el sistema de intervención del Registrador en la instrumentación.

3. Se proclaman: Primero: como caracteres del Registrador de la Propiedad, los de funcionario independiente en el ejercicio de su cargo, jurista, especializado y profesional; segundo: como sistema ideal de acceso a la función, el de nombramiento técnico, entre titulados jurídicos universitarios, especializados, o previo examen de materias especiales. Todo ello como base indispensable para el ejercicio de su función inexcusable, de calificación de la legalidad de los títulos que hayan de ingresar en el registro.

4. El contenido jurídico del título registrable tiene que estar en perfecta correlación con los principios de tracto sucesivo y de legitimación, lo que se manifiesta en dos sentidos: a) por su relación con el bien o con los derechos inscritos o anotados; b) por la vinculación que medie entre el sujeto que actúa y aquel que en el Registro aparece como facultado para actuar.

5. Los títulos o documentos que complementen, aclaren, modifiquen o rectifiquen otros antes inscritos o anotados en el Registro deben tener iguales o superiores características formales de aquel al cual se refieren para que su toma de

razón resulte procedente. En todo caso procede dicha toma de razón cuando el documento que la disponga sea una sentencia o resolución judicial.

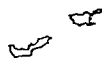
6. Es recomendable que los Registros adopten los medios técnicos idóneos para comprobar la autenticidad de los documentos inscribibles mediante procedimientos que reúnan el mayor grado de eficacia y agilidad.

7. Considerando que el sistema registral de tipo latino garantiza la seguridad jurídica por la solidez científica de sus principios, por exigir la intervención indispensable de profesionales especializados (Notarios y Registradores) en la instrumentación y registración de los derechos inscribibles y por ofrecer la firmeza en las relaciones de derecho que permite alcanzar toda clase de fines sociales y económicos, se declara como ideal la caracterización de la Institución Registral y de sus principios rectores, con arreglo a dicho sistema, rechazando en consecuencia los sucedáneos (como el seguro de títulos) que otras concepciones ofrecen.

8. Los avances logrados por las técnicas de nuestra época deben ser utilizados dentro del procedimiento registral en todo aquello que resulte pertinente y adecuado, siempre que tales técnicas no impidan la aplicación y progresivo desarrollo de los principios registrales que es preciso salvar, promover y perfeccionar a toda costa.

Finalmente, reseñar que en la Asamblea General del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) se adoptaron, entre otros, los siguientes acuerdos: designar Presidente de dicho Colegio al Decano del Colegio de Registradores de España, y fijar como sede del próximo Congreso, a celebrar en el año 1979, la ciudad de Roma.

JURISPRUDENCIA



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 CABALEARO

REGISTRO MERCANTIL

1. LA MANIFESTACIÓN HECHA EN LA CERTIFICACIÓN SOCIAL DE QUE SE HA REALIZADO EL DESEMBOLSO TOTAL DEL CAPITAL POR LOS SUSCRIPTORES LLEVA IMPLÍCITO EL INGRESO DEL METÁLICO APORTADO EN LA CAJA SOCIAL.

Resolución de 19 de mayo de 1977 (B. O. del E. de 30 de julio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Ubeda por el Notario recurrente, el 27 de febrero de 1976, don Evaristo Sánchez García, en representación de la Sociedad Anónima «Griferías Ubeda, S. A.» (GRUBESA), procedió a formalizar el aumento del capital social, que era de 15.000.000 de pesetas y estaba íntegramente desembolsado, en la suma de 7.500.000 pesetas, mediante la creación y puesta en circulación de 750 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una, que llevarían la numeración de 1.501 al 2.250, ambos inclusive, y, en consecuencia, a modificar el correspondiente artículo de los Estatutos sociales; que el acuerdo de aumento de capital se tomó por unanimidad de Junta Universal de 20 de diciembre de 1975, determinándose tras la renuncia al derecho preferente de suscripción formulada por alguno de los socios, y mediante relación nominal de los demás no renunciantes, el número de acciones nuevas que suscribiría cada uno, acordándose también por unanimidad que el desem-

bolso fuera total, en efectivo, moneda nacional y que se haría ingresando las diferentes sumas bien en la Caja Social o bien en la cuenta de la Sociedad en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro establecidas en Ubeda, a partir de aquella fecha y hasta el 25 de febrero de 1976; que también se acordó por unanimidad facultar al Consejo para que, por medio de su Presidente o cualquiera otro de los consejeros, pudiera comparecer ante Notario para formalizar la escritura de ampliación de capital y modificación del correspondiente artículo estatutario, previa certificación del Secretario de la suscripción y desembolso efectivos del importe de las nuevas acciones suscritas por cada uno de los socios, que se une a la escritura; que en sesión del Consejo de Administración de 25 de febrero de 1976 se acordó por unanimidad designar al Consejero don Evaristo Sánchez García para que en nombre del Consejo otorgara la correspondiente escritura de ampliación de capital y modificación de Estatutos acordada en la Junta Universal, dando cuenta el Secretario del desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital acordada, habiendo sido suscritas las 750 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una y desembolsado su importe por los señores accionistas que a ello se comprometieron en la mencionada Junta Universal y cuya relación nominal se transcribe a continuación indicándose en cada caso el número de acciones suscritas y el desembolso del importe en pesetas realizado; que en la certificación del acta se manifiesta a continuación que «finalizada por tanto en el día de la fecha esta operación, el capital social, que inicialmente estuvo constituido por quince millones de pesetas y representado por mil quinientas acciones nominativas de diez mil pesetas cada una, numeradas del uno al mil quinientos, ambos inclusive, se eleva hoy a veintidós millones quinientas mil pesetas en virtud de creación, suscripción y desembolso de las nuevas setecientas cincuenta acciones nominativas de diez mil pesetas cada una, numeradas del mil quinientos uno al dos mil doscientos cincuenta, ambos inclusive»;

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: Presentada primera copia del precedente documento en unión de fotocopias autenticadas de las certificaciones referidas, y de otra certificación expedida el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Secretario de la Sociedad, don Antonio Biedma Campos, con el visto bueno del Presidente, legitimadas sus firmas por el Notario autorizante, en la que se hace constar que el acta de la Junta Universal de veinte de diciembre de mil novecientos setenta y cinco fue aprobada, y observando el defecto subsanable de no hacerse constar que el importe del aumento de capital a que la misma escritura se refiere ha ingresado en la caja social, suspendo la inscripción de la misma, y, a solicitud del presentante, extendiendo anotación de suspensión por sesenta días, con la letra A de la hoja número ciento ochenta y siete, al folio ciento ochenta y seis del tomo cincuenta y seis, libro diecisiete de la Sección tercera de Sociedades»;

Los interesados presentaron posteriormente certificación por la cual se subsanaba el defecto, obteniendo la inscripción pretendida;

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente—a efectos puramente doctrinales—gubernativo contra la nota de calificación y alegó que es erróneo el criterio del Registrador de considerar como defecto el no hacerse constar expresamente que el importe del aumento de capital ha ingresado en la Caja Social, ya que ni la Ley de Sociedades Anónimas ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen preceptivamente el empleo de tal locución como fórmula sacramental o ritual de considerar realizado el pago del contravalor de las acciones; que en la escritura calificada y en las certificaciones unidas a la misma se cumplen todas las circunstancias exigidas por el artículo once párrafo cuarto de la Ley de Sociedades Anónimas; que se han diferenciado per-

fectamente entre los distintos momentos: creación, puesta en circulación, suscripción y desembolso; que si bien en la certificación del acuerdo de la Junta Universal se dice «suscribirá» acciones nuevas, en la del acuerdo del Consejo de Administración se dice «ha suscrito» especificándose el número de las acciones y el importe del desembolso hecho en pesetas, individualizando a cada suscriptor tanto en las certificaciones como en la escritura, que si adolecen de algo es de excesiva reiteración; que como es norma general en las Sociedades Anónimas se ha facultado al Consejo, bajo la fe del Secretario, para determinar si, efectivamente, se ha ingresado en el patrimonio social el contravalor de las acciones creadas, expresándose en la certificación del acuerdo que «por el señor Secretario se da cuenta al Consejo del desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital», lo que indica haberse ingresado realmente y en moneda nacional dentro del plazo marcado el importe de las nuevas acciones, bien en la Caja Social, bien en la cuenta de la Sociedad en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro de Ubeda, fórmula esta última perfectamente legal y ajustada a lo dispuesto en el artículo 1.162 del Código civil; que en este sentido, según la Sentencia de 27 de abril de 1945, el pago efectuado mediante el ingreso en la cuenta corriente del acreedor surte efectos solutorios, y de la misma manera la Sentencia de 26 de noviembre de 1943 entiende que el silencio del acreedor puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago; que, si bien, es indudable que para evitar incrementos ficticios de los patrimonios sociales sería deseable un efectivo control y verificación de los ingresos, ya en metálico, ya en bienes o derechos, lo cierto es que en la legislación vigente esto no existe más que a través de muy contados preceptos, como son los que se refieren a las aportaciones no dinerarias, por lo que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Centro Directivo, que considera que la fe del Secretario, bajo su responsabilidad, justifica la realidad del desembolso; que las Resoluciones de la Dirección de 23 de julio y 1 de agosto de 1958 exigen la constancia de modo claro e inequívoco de haberse ingresado en las Cajas Sociales, o bien el efectivo en metálico, o bien la cuantía de las aportaciones no dinerarias correspondientes al valor de las acciones, pero estas resoluciones no pueden invocarse en contra de la argumentación del recurrente, por referirse a supuestos totalmente diferentes al de nuestro caso; que estas resoluciones, al emplear la locución «Caja Social», no pretende dar a la misma un carácter ritual de fórmula preceptiva, sino poner de manifiesto que en todo caso debe acreditarse la realidad del desembolso, mediante efectiva aportación al patrimonio social; que el artículo 17 de la Ley de Sociedades Anónimas habla de «plazo y condiciones de suscripción de las acciones y establecimiento donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribir las»; que en ningún otro precepto de la Ley, a excepción del artículo 103, se refiere para nada a la Caja Social, y este precepto, al hablar del activo del balance dice en su apartado 2.º «Dinero efectivo en caja y banco», y el artículo 88 de la misma Ley al referirse al contravalor de las nuevas acciones habla del aumento del patrimonio social, que, en definitiva, es lo que interesa; que la expresión «Caja Social» debe entenderse como un concepto ideal y fundamentalmente contable;

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos que las alegaciones del fedatario tienden a demostrar que el desembolso del capital social se efectuó, cosa que no se ha puesto en duda, pero que el motivo de este recurso es que en la escritura recurrida y certificaciones que la acompañan no consta de manera clara e inequívoca que el importe del desembolso haya ingresado en la Caja Social; que al hablarse de ingresos en la Caja Social se consideran incluidos, lógicamente, los que se hagan en las cuentas abiertas a nombre de la misma en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro; que los artículos 8

y 90 de la Ley de Sociedades Anónimas exigen que esté desembolsado por lo menos el 25 por 100 del capital social; que lo esencial del desembolso es el ingreso de su importe en la Caja Social, sin el cual el desembolso no existe, debiendo constar en la escritura de forma clara inequívoca, sin que baste la declaración del Secretario del Consejo del «desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital», puesta esta manifestación tiene un valor meramente subjetivo; que la Resolución de 1 de agosto de 1958 dice que deberá constar de manera clara e inequívoca en la escritura el desembolso que se ha realizado y que su cuantía ha ingresado en la Caja Social; que el Registrador ha de extremar su celo cuidando que se cumplan todas las variadas disposiciones por las que se rige esta materia evitando que Sociedades aparentemente sólidas y solventes no lo sean en realidad, con el posible perjuicio para el tráfico mercantil que ello pudiera suponer; que el informante considera que en la escritura de referencia no consta de manera clara e inequívoca que el importe de la ampliación ha sido ingresado en la Caja Social por lo cual mantiene la calificación recurrida;

Vista la Ley de Sociedades Anónimas y la Resolución de 1 de agosto de 1958;

Considerando que en este recurso interpuesto a efectos doctrinales, más que una cuestión jurídica se plantea una cuestión de hecho acerca de la interpretación de los términos empleados en la escritura de aumento de capital, que para el funcionario calificador no aparece claro que en la cláusula discutida se indique que el importe de las nuevas acciones emitidas ha ingresado en la Caja Social, mientras que para el Notario autorizante tal circunstancia se encuentra plenamente determinada;

Considerando que reiteradamente había puesto de relieve este Centro Directivo la importancia del acto constitutivo de una Sociedad Anónima, y lo mismo en el supuesto de aumento de capital de la ya constituida, y el rigor con que había de examinarse esta materia, en particular antes de la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 1951, dado que al amparo de la libertad contractual que establece el artículo 117 del Código de Comercio se utilizaban con carácter equívoco los términos de emisión, puesta en circulación, suscripción y desembolso de acciones, sin determinar con claridad su exacto significado, y originando en muchos casos un confusiónismo acerca de la verdadera situación económica de la Sociedad, en perjuicio de acreedores y terceros que había que tratar de evitar el que se produjera;

Considerando que una vez publicada dicha Ley, que ha regulado la materia y establecido una serie de normas rígidas [arts. 8, 11, f) y g), 29, 31 y 32, entre otros] destinadas a lograr la efectiva aportación de las acciones suscritas, evitando las situaciones que podían producirse con el sistema anterior, no ofrece ninguna duda que la manifestación hecha en la certificación social de que se ha realizado el desembolso total del capital por los suscriptores, lleva implícito el ingreso del metálico aportado en la Caja Social, con independencia de las frases más o menos felices o redundantes que a continuación indique la propia certificación social;

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—La legislación penal, la mercantil y la de sociedades están completamente desfasadas en España. Con estas palabras el diario *Informaciones* (1) cerraba un ciclo sobre la «Delincuencia en Madrid», con el epígrafe «no se diferencian las estafas de las simples operaciones mercantiles». El mismo diario (2) precisaba, respecto de los llamados delitos de «cuello duro», que son cada vez más frecuentes los documentos res-

(1) Viernes 17 de febrero del 78.

(2) Jueves 16 de febrero del 78.

paldados con una firma notarial en los que se pone de manifiesto el desembolso del capital social sin que se haya comprobado que éste, efectivamente, se ha desembolsado. El hecho de que la prensa denuncie, con mayor o menor rigor técnico, los problemas planteados por la insuficiencia de leyes en cuya aplicación, como en la de sociedades anónimas, estamos los Notarios y Registradores directamente implicados, forzosamente debe llevarnos a examinar las razones de la denuncia, para buscar en todo caso criterios de aplicación práctica que, aun cuando no sean exigidos por las disposiciones en vigor, mitiguen o hagan desaparecer las consecuencias perjudiciales que en algunas ocasiones y debido al vacío legal puedan producirse respecto de terceros.

Traemos a colación las anteriores razones ya que la cuestión de fondo que se debate en el presente recurso está íntimamente conectada con aquéllas. El recurso se centra en si habrá de considerarse o no como defecto el que no se haga constar expresamente en una escritura que el aumento de capital ha sido ingresado en la Caja Social, o dando un paso más, en la necesidad de acreditar los desembolsos sociales y su puesta a disposición en favor de la sociedad. Creemos que en los momentos actuales no será razonable, suficiente ni de visión futura que los Notarios y Registradores se evadan de esta cuestión por considerar que no es de su competencia, ya que no les exige la ley comprobar la realidad de los desembolsos, y para corregir las extralimitaciones de los otorgantes están los artículos 302 y 303 del Código penal. Ello equivaldría a reconocer que no estamos dispuestos a arbitrar los medios necesarios para contribuir de un modo definitivo a la consecución de la seguridad jurídica.

La Ley de Sociedades Anónimas carece de normas respecto de la efectividad de los desembolsos en los aumentos de capital, pues parte del supuesto normal de que el desembolso tiene siempre lugar como hecho conectado con la suscripción. Así, el artículo 90 de la Ley, respecto de los aumentos de capital, impone el mínimo que con carácter general fija la propia Ley en el artículo 8.º en materia de suscripción de acciones, es decir, el 25 por 100, y ello es lógico dado que la emisión de nuevas acciones como medio de ampliar el capital no es otra cosa que una fundación parcial de la sociedad.

Hemos visto que la Ley presupone que el desembolso ha tenido lugar, pero no se preocupa en absoluto de la forma de acreditarlo, con lo que deja un portillo abierto que puede facilitar no sólo la comisión de los hechos delictivos a que antes hemos hecho referencia, sino también que la cifra de capital sea puramente simbólica, dado que al no existir aportación al patrimonio de la sociedad, éste será inexistente, con el consiguiente perjuicio a los interesados.

Para llenar este vacío legal se dictó la Resolución de la Dirección General de 1 de agosto de 1958, que expresamente exige «que ha de constar en la escritura de modo claro e inequívoco que el desembolso y, como consecuencia, la cuantía del mismo que haya ingresado en la Caja Social como valor de las acciones ha tenido lugar». Pero ¿cómo habrá de interpretarse este considerando? En el sentido de que será suficiente que en la escritura se diga que la cuantía del desembolso se ha ingresado en la Caja Social—criterio dominante en la práctica notarial—, o se dé un paso más en el sentido de que Notario y Registrador exijan que se les acredite que el desembolso ha sido efectivamente realizado. La primera fórmula, cuyo cumplimiento pide el Registrador en el presente recurso, creemos que sirve únicamente para responsabilizar a los interesados con la exactitud de sus manifestaciones mediante la amenaza del Código penal; la segunda tiende a proteger más eficazmente a los terceros, por lo que no se contenta con lo anterior y avanza en el sentido de exigir al Notario y Registrador la obligación de comprobar la realidad del desembolso. Esta última fórmula, que cuenta con precedentes en las legislaciones de Ale-

mania, Francia e Italia, que exigen siempre la justificación del depósito previo a favor de la Sociedad de las cantidades desembolsadas, consideramos que es la que debe prevalecer por ser plenamente acorde con el artículo 8.º de la Ley, que debe entenderse en el sentido de que mientras el desembolso no se efectúe la Sociedad no estará debidamente constituida y podrá ser anulada si se prueba la certeza del hecho de que el desembolso no se ha realizado.

Por ello, estimamos que el problema tiene un trasfondo social y jurídico del mayor interés, ante el que cada vez es más acuciante buscar soluciones prácticas, y es una lástima que la propia Dirección haya desperdiciado la ocasión de completar la doctrina de la Resolución de 1 de agosto de 1958, a base de exigir a los Notarios y Registradores que en todo supuesto de desembolso, aparte de la necesaria manifestación en la escritura pública de que aquél ha tenido lugar y se ha ingresado en la Caja Social, se les acredite mediante la oportuna certificación bancaria o por cualquier otro medio fehaciente la realidad de los desembolso sociales como requisito necesario para autorizar la escritura y practicar la inscripción, sistema que, además, contaría con la ventaja de continuar la aproximación a la Comunidad Europea, de la que, según dicen tan necesitamos estamos.

E. F. C.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. NO PROCEDE PRACTICAR CANCELACIONES ORDENADAS POR MANDAMIENTO EXPEDIDO EN CUMPLIMIENTO DE AUTO DE LA AUDIENCIA EN APELACIÓN DE PROVIDENCIA DEL JUZGADO QUE TRAMITA UNA QUIEBRA, DICTADA EN INCIDENTE DE LA MISMA RELATIVO A NULIDAD DE ACTOS DEL QUEBRADO CONFORME AL ARTÍCULO 878, 2.º, DEL CÓDIGO DE COMERCIO: POR NO PRESENTARSE LA SENTENCIA FIRME QUE EXIGE EL ARTÍCULO 82 DE LA LEY HIPOTECARIA; POR NO DETERMINARSE CLARAMENTE LOS ASIENTOS A CANCELAR; POR NO EXISTIR NINGUNO RELATIVO A ACTO DISPOSITIVO DEL QUEBRADO Y RESPECTO A LOS EN QUE HAN INTERVENIDO SUS SUPUESTOS CÓMPlices, EXISTEN INSCRIPCIONES POSTERIORES A FAVOR DE TERCEROS QUE NO SE JUSTIFICA HAYAN SIDO PARTE NI CITADOS EN EL PROCEDIMIENTO.

Resolución de 28 de febrero de 1977 (B. O. del E. de 26 de marzo).

Antecedentes de hecho.—En los autos de juicio universal de quiebra de don Pascual Raga Bosque promovido en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, don Salvador Vila Delhom, en representación de la sindicatura de la quiebra, interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por auto de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de 15 de mayo de 1975, en cuyo considerando segundo aparece que el citado comerciante fue declarado en quiebra fraudulenta por Sentencia de 6 de noviembre de 1973, señalándose como cómplices de la misma a don Rafael Andrés Hernando y a don Vicente Peris Martínez, habiéndose retrotraído los efectos de la quiebra al 12 de diciembre de 1969; que en el considerando tercero se declara que el nombrado quebrado era propietario de un piso y dos bajos sitos en el pueblo de Chirivella, así como de una finca rústica en el término de Aldaya, adquiridos en documentos privados suscritos como transmitentes por «Viviendas Valencia, Sociedad Anónima», los primeros, y por sus cuñados los señores Lis y Simó, la última, propiedades de las que dispuso por escrituras públicas de 3 y 6 de marzo de 1970 pero haciendo figurar como vendedores a los titulares de la primera transmisión, y como comprador del piso y los bajos de Chirivella a uno de sus declarados judicialmente cómplices, don Vicente Peris Martínez, y como compradora de la finca rústica a la Sociedad «Andrés y Plasa», representada por el otro cómplice, don Rafael Hernando, quien, en escritura de 16 de marzo de 1970, y en nombre de la mencionada So-

ciudad, hizo constar la declaración de obra nueva de unas edificaciones construidas (inscripción 4.*), y con posterioridad, y en relación a esta última finca, se segregó, por escritura de 20 de noviembre de 1970, una parte que se vendió a don Enrique Roca Ortega y don Germán Lleó Faura, quienes, en garantía de un préstamo, la hipotecaron a favor del Banco de Crédito Industrial, mientras que el resto de la finca matriz se vendía a doña Justa Manzano y otros, practicándose nuevas inscripciones con ocasión de una nueva venta posterior; que las fechas de otorgamiento de tales escrituras se encuentran incluidas en el período de retroacción de la quiebra, y aunque en ellas figuren como transmitentes otras personas, lo son por mandato del verdadero propietario, de forma que tales enajenaciones son nulas conforme a lo preceptuado por el artículo 878 del Código de Comercio, por lo que, accediendo a lo interesado por la sindicatura de la quiebra en recurso de apelación contra providencia anterior denegatoria del Juzgado de Instrucción que tramita la quiebra, se decreta mandamiento al Registrador de la Propiedad de Torrente a fin de que sean canceladas las inscripciones de dominio causadas por las referidas escrituras; que, en cumplimiento de lo ordenado por la Audiencia, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia dictó el mandamiento con fecha 11 de julio de 1975, por el que se solicita la cancelación de las fincas posteriores a la fecha de retroacción de la quiebra;

Presentado en el Registro de la Propiedad de Torrente el referido mandamiento judicial, acompañado de certificación del auto de la Sala Segunda de la Audiencia, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente mandamiento por los siguientes defectos: 1.º No es suficiente un auto para cancelar inscripciones practicadas por escritura pública, sino que es necesario sentencia firme (art. 82 de la Ley Hipotecaria). 2.º No determinarse qué inscripciones concretas deben cancelarse y si esta cancelación arrastra las de las posteriores, pues no es suficiente la reseña de las fechas de unas escrituras sin especificar a qué finca se refiere cada uno, lugar de otorgamiento, Notario autorizante, otorgantes, contenido de la escritura, número de la inscripción o inscripciones que, de cada finca, deban cancelarse. 3.º No tratarse de actos dispositivos otorgados por el quebrado, sino por terceras personas, sin que el quebrado haya sido, en ningún momento, titular registral de las fincas a las que parece referirse el mandamiento. 4.º En cuanto a la finca 5.328, no aparece inscrita en ningún momento de su historial registral a nombre del quebrado ni de ninguno de los dos cómplices a que se refiere el auto. 5.º En cuanto a las fincas 3.401 y 3.601, si bien figuran inscritas a nombre de uno de los cómplices, no ha sido justificada en forma esa declaración de complicidad ni del transferente ni del adquirente, ni que fueran citados, oídos y debidamente condenados. Más aún, cuando existen ciertas anotaciones de embargo trabado por quiebra fraudulenta del cómplice don Vicente Peris Martínez, sin que se diga en el mandamiento qué se debe hacer con ellas. Todos los defectos se consideran insubsanables menos el segundo, que sí es subsanable, no procediendo anotación preventiva de suspensión. Se extiende esta nota con la conformidad de los otros dos titulares del Registro»;

El Procurador don Salvador Vila Delhom, en representación del Sindicato de la quiebra del comerciante don Pascual Raga Bosque, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la nota de calificación infringe el precepto contenido en el artículo 878 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, que determina la inhabilitación del quebrado y la nulidad de todos los actos de dominio y administración llevados a cabo por el mismo en la época afectada por la retroacción de la quiebra; que tales actos son nulos por sí mismos sin que tengan que ser declarados judicialmente, puesto que están afectados de nulidad radical que no puede ser subsanada por la inscripción,

siendo inoperantes en este caso los efectos hipotecarios; que la publicidad del auto de declaración de la quiebra permite a los acreedores hipotecarios o terceros perjudicados mostrarse parte en el juicio universal (art. 1.337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Sentencias de 17 de marzo de 1958, 31 de mayo de 1960 y otras); que el criterio del Registrador es erróneo al aplicar el primer párrafo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, olvidando el último del mismo precepto y el 79.3.º; que si bien el primer párrafo del artículo 82 citado emplea la palabra «sentencia», el artículo 179 del Reglamento Hipotecario habla de «ejecutoria»; que al calificar como insuficiente el auto de la Audiencia para la cancelación de las inscripciones, el Registrador está violando el citado artículo 878 del Código de Comercio y el artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no hay duda que deben cancelarse todas las inscripciones hechas a partir de la fecha a la que se retrotraen los efectos de la quiebra; que la nota de calificación incurre en sus números 2, 3 y 4 en el error de desconocer que en el mandamiento del Juzgado se describen suficientemente las fincas que hay que cancelar, determinando el tomo, libro, folio y número de la inscripción;

El Registrador informó que en ningún momento ha negado o desconocido la aplicabilidad del artículo 878 del Código de Comercio, pero que dicho artículo establece un supuesto de nulidad derivado de la incapacidad del quebrado para prestar su consentimiento, siendo en este sentido un caso de aplicación del artículo 1.261 del Código civil; que el Código civil y el Código de Comercio regulan las consecuencias entre partes de esa nulidad, pero será la Ley Hipotecaria la encargada de determinar las consecuencias que esa nulidad ha de producir frente a terceros, regulando las preferencias en las colisiones de intereses; que no se está ante un supuesto de cancelación automática; que el artículo 173-2.º del Reglamento Hipotecario establece que las cancelaciones que se hagan por consecuencia de declararse nulos los títulos inscritos surtirán sus efectos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; que, en general, la doctrina hipotecaria considera que no está protegida por dicho artículo la adquisición efectuada por persona que adquiera del quebrado, pero sí la adquisición que otra persona efectúa por transferencia que le haga la persona que adquirió del quebrado, siempre que este subadquirente reúna las condiciones exigidas por el citado artículo 34; que las Sentencias de 13 de mayo de 1927, 31 de mayo de 1960, 17 de mayo de 1958 y otras reconocen el ámbito propio de aplicación de la Ley Hipotecaria en orden a la defensa del tercer adquirente: que en cuanto a la publicidad ante terceros de la existencia de la quiebra, en ningún momento ha tenido acceso al Registro resolución alguna dictada en el procedimiento; que el primer defecto de la nota, basado en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no ha sido rebatido por el recurrente y que su referencia al último párrafo del artículo citado, al 79-3.º de la misma Ley y al 179 de su Reglamento, no es de tenerse en cuenta, ya que dichos preceptos no tienen aplicación en el supuesto que nos ocupa, ya que el último párrafo del artículo 82 deja a salvo normas especiales y no hay ninguna para este caso, el 79-3.º no se refiere al modo de ordenarse la cancelación, y el 179 del Reglamento, al utilizar la palabra «ejecutoria», debe entenderse que exige que la sentencia sea firme, y esta sentencia exigible, en cuanto ordena una cancelación contra la voluntad del titular registral, supone que el mismo haya sido parte y vencido en el juicio a que dicha sentencia pone fin; que el mandamiento ordenando la cancelación de las inscripciones ha sido dictado en realidad en ejecución de la sentencia declaratoria de la quiebra, y al no acompañarse ésta al mandamiento, el Registrador no puede conocer si los cómplices han sido vencidos en juicio y si los titulares registrales han sido citados y parte en el mismo; que el segundo defecto señalado en la nota tampoco aparece rebatido por el recurrente, que al hablar de cancelación de fincas no tiene en cuenta que sólo se pueden cancelar

asientos, pero precisándose para ello que se determine exactamente el asiento que debe cancelarse, sin que pueda el Registrador deducirla de un contexto, con los posibles errores que tal deducción pueda implicar, ni menos interpretar y salvar las contradicciones que en el caso que nos ocupa se den entre el mandamiento ordenado, la cancelación y el auto de la Sala Segunda de lo Civil de 15 de mayo de 1975, ya que el primero hace referencia a escrituras públicas de 3 y 16 de marzo de 1970 y a un documento privado de 3 del mismo mes y año, y el autor se refiere a las escrituras de 3, 6 y 16 de marzo de 1970, sin hacer referencia a ningún documento privado; que la Resolución de 3 de julio de 1926 establece que es deber de la autoridad judicial concretar los asientos que han de ser anulados, modificados y cancelados, y en igual sentido se pronuncia la Resolución de 21 de marzo de 1926; que tampoco han sido rebatidos los defectos números 3, 4 y 5 de la nota, con los que el Registrador no ha pretendido en ningún caso revisar la calificación de la quiebra ni la Sentencia firme sobre la misma; que el Registrador entiende que no es suficiente para la calificación registral el contenido del considerando tercero del auto de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia, que parece ser un resumen del pronunciamiento hecho en la sentencia de declaración de quiebra, sentencia que no se aportó y que debió ser aportada para que sobre ella pudiera basarse la nota calificadora;

El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador declarando que, si bien ha de manifestarse, en contra de la tesis mantenida por este funcionario, que la nulidad que establece el artículo 878 del Código de Comercio es una nulidad absoluta e intrínseca que no necesita ser declarada judicialmente, y que tal es la doctrina que parece seguir el Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de abril de 1919, 15 de noviembre de 1928 y 4 de octubre de 1962), no cabe duda que no se ha cumplido con el terminante precepto del artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, que exige, para la cancelación pretendida, sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, por lo que ha de aceptarse el criterio del funcionario calificador al apreciar en primer lugar la existencia de un defecto de naturaleza insubsanable y por otra parte proclamar la concurrencia de los demás defectos de la nota, pero con el carácter de subsanables;

Interpuesta apelación contra el auto presidencial por el recurrente, la Dirección General acordó confirmar el mismo, salvo en lo establecido respecto de la naturaleza del primer defecto, que se ha de considerar subsanable (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Los indudables efectos retroactivos que toda declaración de quiebra puede llevar consigo, con la consiguiente nulidad de los actos otorgados dentro de este periodo, no es la cuestión que procede examinar en este recurso, pues en ello se muestran de acuerdo recurrente y Registrador, sino que, por el contrario, la nota de calificación se refiere únicamente a aspectos más bien formales del mandamiento y a obstáculos que de los libros del Registro puedan derivarse, y que por cierto no aparecen combatidos por el recurrente en su escrito, que se limita a exponer los efectos que produce todo auto de declaración de quiebra en relación a los actos del quebrado;

Si en un procedimiento judicial se produce como consecuencia necesaria la nulidad de algún acto de cancelación correspondiente, a fin de que se siga manteniendo el paralelismo existente con la realidad y se refleje en sus libros la nueva situación originada, lo que obliga a las auto-

(1) Vistos los artículos 878, 880 y 881 del Código de Comercio; 1 330, 1 366 y 1 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 20 y 82 de la Ley Hipotecaria; las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1927, 31 de mayo y 14 de diciembre de 1960, y las Resoluciones de 16 de marzo de 1916, 7 de junio de 1920, 28 de junio de 1926 y 8 de mayo de 1943.

ridades judiciales—que durante el procedimiento han podido ponderar todos los elementos a través de los pedimentos y su discusión, excepciones alegadas y prueba—a concretar los asientos que han de ser alterados y cancelados, dado que el Registrador carece por sí de la facultad de decidir en una cuestión tan delicada y ajena a su función;

En las fincas, a las que el mandamiento se refiere son numerosos los asientos que se han realizado con práctica de segregaciones, adquisiciones por terceros y constitución de gravámenes sobre las mismas, que igualmente existe una contradicción entre lo indicado en el mencionado mandamiento y el auto de la Sala Segunda de lo Civil en cuanto a los títulos a anularse, sin olvidar por último que las tres fincas nunca han estado inscritas a nombre del quebrado, por lo que, habida cuenta la falta de concreción de los asientos a cancelar, se plantean sin más, y dado los intereses en juego, graves y complejos problemas al Registrador, para cuya solución no es competente;

Por ello ha sido reiterada jurisprudencia de este Centro la de que se han de consignar con claridad en el mandamiento de los asientos que deben ser cancelados, citando expresamente a todos a los que ha de afectar y sin que sea suficiente una declaración de carácter general, afirmación que encuentra su fundamento en el reconocimiento de la exclusiva competencia que todo Tribunal tiene para hacer ejecutar lo juzgado, y que en el caso discutido lo es a efectos de fijar los bienes o derechos que, enajenados por el declarado en quiebra, han de reintegrarse a su patrimonio o estimarse que nunca salieron de su poder, y entren, por tanto, a formar parte de la masa de la quiebra con las consecuencias a que ello puede dar lugar;

Como indica el informe de defensa de la nota, se debía haber aportado, como complementaria del mandamiento, la sentencia de declaración de quiebra, sin que sea suficiente la referencia que de la misma se hace, ya que ello permitiría conocer al Registrador una serie de circunstancias que no resultan del propio mandamiento y que adquieren especial relieve para la calificación por la singularidad de este caso en relación con los libros registrales, al no haber sido el quebrado en ningún momento titular registral de las fincas y, en consecuencia, haber sido otorgados los actos dispositivos por terceras personas que se ignora si fueron citadas, oídas y condenadas en debida forma;

En relación a la finca número 5.328—defecto 4.º de la nota—aún se hace más patente lo anteriormente expuesto, pues, según se desprende de la certificación registral aportada al expediente, en ningún momento ha estado dicha finca inscrita no ya a nombre del quebrado, sino tampoco a la de ninguno de los dos cómplices a que se refiere el auto, y por el contrario, por la práctica de segregaciones de la finca matriz, lo ha estado a favor de una serie de personas totalmente ajenas al procedimiento, en la que, por cierto, alguna de las nuevas parcelas aparece gravada con hipoteca, y en cuanto a las dos fincas a las que se refiere el defecto 5.º, que figuran inscritas a nombre de uno de los cómplices, se ha de indicar lo señalado en el considerando anterior respecto a la aportación de la sentencia de quiebra;

Por último, para poder cancelar los asientos discutidos en el caso de que no haya prestado voluntariamente el consentimiento su titular registral o no haya podido hacerlo, es necesario que en el procedimiento adecuado se ordene la cancelación mediante sentencia contra la cual no se encuentre pendiente recurso de casación, tal como exige el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, o como con más acierto expresa el artículo 175 de su Reglamento, al indicar que la cancelación se ordene en virtud de resolución judicial que sea firme por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo, pues lo esencial que se deduce y presuponen ambos preceptos son la nota

de firmeza, y que el titular registral haya sido parte y vencido en el juicio a la que la sentencia haya puesto fin;

En el presente recurso, en donde la cuestión relativa a la nulidad de los contratos celebrados se ha suscitado por medio de un incidente al que ha puesto fin el acto recogido en el mandamiento, y que al ser dictado en ejecución de la sentencia que declaró la quiebra y no haberse ésta acompañado al mandamiento, falta uno de los fundamentales elementos para poder calificar y conocer el Registrador si los titulares registrales habían sido citados y fueron parte en el procedimiento.

COMENTARIO.—A) Aunque la nota de calificación contiene cinco defectos (2), creemos que estos cinco pueden reducirse a tres:

1.º Puede reconducirse al principio de legitimación (los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales) y consiste en la necesidad de que sea sentencia firme la resolución judicial apta para cancelar inscripciones hechas en virtud de escritura pública (art. 82, apartado 1.º, de la Ley Hipotecaria).

2.º Podemos reconducirle al principio de determinación y consistente en no haberse determinado claramente y en concreto las inscripciones que deben ser canceladas; por estimarse insuficiente la reseña de la fecha de ciertas escrituras (incluso con ciertas contradicciones, según el informe).

3.º Implica vulneración del principio de tracto sucesivo y aparece recogido en los números 3, 4 y 5 de la nota. Consiste en no aparecer inscritas las fincas, en ningún momento, a favor del quebrado; por lo que no hay asientos relativos a actos dispositivos del mismo. Y en cuanto a los supuestos cómplices, que si aparecen, en una u otra forma, en el historial de las fincas, no se justifica haber sido citados ni condenados como tales.

También cabe incluir en este tercer defecto, aunque revista carácter sustantivo relacionado con el principio de fe pública, la existencia de subadquirentes; cosa que el Registrador alega, aunque muy de pasada, cuando, en el defecto segundo, dice que el mandamiento tampoco determina si la cancelación ordenada debe arrastrar la de las inscripciones posteriores que, conectadas con segregaciones y obras nuevas, resultan practicadas a favor de terceros subadquirentes, conforme resume el primer resultando.

Todas las *alegaciones del recurrente* cabe reducirlas a una sola: la del artículo 878-2.º del Código de Comercio, con su interpretación doctrinal y jurisprudencial que, al estimar nulos de pleno derecho los actos del quebrado posteriores a la fecha a la que se retrotraigan por el Juez los efectos de la declaración de quiebra, permite, en cierto modo, incluir la cancelación de las inscripciones de tales actos del quebrado, no en la regla general de los apartados primero y tercero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, relativa a la cancelación de inscripciones hechas en virtud de escritura pública (consentimiento del titular o sentencia firme), sino a las excepciones, un tanto imprecisas, de los apartados segundo y cuarto del mismo artículo (cuando el derecho inscrito queda extinguido por declaración de la Ley y cuando está sometida la cancelación a alguna norma especial) (3). Pero el recurrente prescinde por descuido del apartado segun-

(2) Los cinco defectos de la nota muy sintetizados son:

1. No es suficiente un mandamiento derivado de un Auto para cancelar inscripciones practicadas en virtud de escritura pública porque el artículo 82 exige sentencia firme.

2. Falta de claridad y concreta determinación de las inscripciones que deben cancelarse y de si la cancelación ha de arrastrar la de las inscripciones posteriores.

3. No aparecer inscripciones de actos dispositivos del quebrado respecto de ninguna de las fincas.

4. En cuanto a una de las fincas, no aparecer como titular ni el quebrado ni ninguno de los supuestos cómplices.

5. En cuanto a las otras dos, que han llegado a estar inscritas a favor de uno de los cómplices, no se ha justificado en forma tal complicidad ni su citación y condena, así como tampoco se tienen en cuenta ciertas anotaciones de embargo trabado por quiebra de dicho cómplice.

(3) Por lo demás, la alegación del artículo 1.337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil demuestra la intrascendencia que el recurrente concede a la publicidad registral de la quiebra y de los actos del quebrado.

do y sólo cita el cuarto, así como también el artículo 79, 3.º, de la Ley (poco decisivo) y el 179 del Reglamento, que es cierto que, en un caso de total paralelismo con el artículo 82 de la Ley, habla de ejecutoria en lugar de sentencia firme; pero precisamente porque, conforme a los artículos 369 *in fine* y 374 de la Ley de Enjuiciamiento, la ejecutoria puede contener más que el testimonio de una sentencia, pero no menos.

El *informe del Registrador*, mucho más rico en argumentaciones, resulta plenamente eficaz en relación con algunos de los defectos; precisamente aquellos en los que el recurrente menos insistía por estimar que ante norma tan rigurosa con el quebrado como el 878 del Código de Comercio habían de ceder totalmente el Registro y los principios registrales. En la mayor parte de los puntos el informe es totalmente decisivo y contundente por lo que a él nos remitimos. Únicamente vamos a fijarnos en las afirmaciones, en cierto modo discutibles, que se refieren precisamente a los puntos menos clarificados del recurso y que nos atreveríamos a decir que han quedado sin resolver en él.

Nos referimos a las siguientes afirmaciones: que el mandamiento presentado ha sido dictado en realidad en ejecución de la sentencia declaratoria de la quiebra, y como ésta no se ha presentado no puede conocerse si los cómplices han sido vencidos en juicio ni si los titulares registrales han sido citados y parte en él; que el Registrador no ha pretendido revisar la calificación de la quiebra ni la sentencia firme sobre la misma y que el considerando tercero del auto de la Audiencia, que parece ser un resumen del pronunciamiento de la sentencia de declaración de quiebra, que no se aporta, no es suficiente para la calificación.

En todas estas afirmaciones, como en otras muchas que aparecen en el recurso al hacerse referencia a la resolución judicial que habría de ser necesaria para cancelar o dejar sin efecto inscripciones registrales practicadas en virtud de escritura pública, parece olvidarse las peculiaridades procesales del juicio de ejecución universal de quiebra que, más que un proceso normal terminado por sentencia y seguido después de una ejecución de ésta, es un procedimiento complejo, proteico y de mil caras con varias fases, secciones y piezas separadas, en las que es totalmente impreciso hablar de sentencia de declaración de quiebra y de ejecución de tal sentencia (4).

En esta imprecisión incurren los dos últimos *considerandos* de la Resolución. En ellos se comienza por superponer acertadamente el apartado 3.º del artículo 174 del Reglamento Hipotecario (aunque el *Boletín Oficial del Estado* diga 175 por error) al artículo 82, 1.º, de la Ley, para determinar cuál debe ser la resolución idónea para cancelar judicialmente inscripciones practicadas en virtud de escritura pública. Este artículo reglamentario sustituye la palabra sentencia por la de resolución judicial firme, ante el temor de que en algunos casos pueda no revestir la forma de sentencia la que deba originar la cancelación en el caso concreto. Pero cuando era de esperar que el último considerando intentase resolver el enigma del procedimiento idóneo y la resolución judicial apropiada para la efectucción procesal-registral del artículo 878, 2.º, del Código de Comercio, se limita a considerar imprescindible la sentencia de declaración de quiebra, base del mandamiento, como elemento fundamental para calificar si los titulares registrales habían sido citados y parte. De esta manera resulta:

1.º Que nos quedamos sin saber si la resolución judicial deseada, como base directa del mandamiento cancelatorio es el auto de declaración de quiebra (arts. 1.326, 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento), la sentencia de declaración de quiebra, que sólo existe como final del incidente de oposición del quebrado al auto de declaración de quiebra solicitada por acreedo-

(4) HUGO ROCCO dice, por ejemplo, que el de quiebra es un proceso especial, mixto, de naturaleza compleja y única

res (arts. 1.326 a 1.330), o la sentencia de calificación dictada en la sección quinta, que tampoco es muy seguro que revista la forma de sentencia salvo en el caso de que el quebrado se oponga a la pretensión de calificación de los Síndicos y del Fiscal (arts. 1.384 y 1.385).

2.º Que se pasa por alto que todas estas resoluciones, en especial las dictadas en la pieza primera, pueden ser muy poco expresivas respecto a la nulidad, anulación o rescisión de actos del quebrado derivadas de los artículos 878 y siguientes del Código de Comercio, ya que todas las materias referentes a la retroacción de la quiebra son propias de la sección o pieza separada tercera. Es en ésta donde procede ventilar todas las cuestiones referentes a la reintegración de la masa activa de la quiebra (retroacción y acciones de impugnación).

3.º Que se deja al margen la cuestión fundamental del caso que, creemos, debe centrarse en el desarrollo procesal de la nulidad de los actos dispositivos del quebrado efectuados después de la fecha a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tanto en el caso normal y más sencillo de que el adquirente del quebrado no haya realizado a su vez nuevos actos dispositivos, como en el caso más complicado de que existan terceros subadquirentes, como en el caso más complejo de que se interfirieran simulaciones o actos con personas interpuestas que vengan a enmascarar los de alteración de la masa activa de la quiebra, cual es el del recurso.

Pero antes de abordar esta cuestión fundamental, queremos señalar el excesivo optimismo del considerando primero cuando entiende que no procede examinar la cuestión de la nulidad de los actos del quebrado realizados en el período de retroacción, porque en ella están conformes recurrente y Registrador, que—según el considerando—sólo discrepan en aspectos más bien formales del mandamiento y en los obstáculos registrales. No hay realmente tal conformidad, porque el recurrente, basándose en la nulidad *ipso jure* de tales actos del quebrado, estima suficiente que se justifique, con documento judicial cualquiera, la fecha de retroacción para que el Registrador cancele los asientos referentes a los actos posteriores a tal fecha—máxime si tal cancelación es mandada por el Juzgado de la quiebra—, porque la nulidad del acto resulta automáticamente del mismo Código de Comercio; y el Registrador, por el contrario, firmemente apoyado en el artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria, quiere sentencia firme de la que resulte la declaración de nulidad de actos determinados y de los asientos en los que figuran inscritos los actos en concreto. Por esto no es cierto que no procediese entrar en la cuestión del reflejo procesal-registral de la nulidad establecida por el artículo 878, del Código de Comercio ni en la naturaleza y efectos de esta nulidad; y prueba de ello es que el considerando segundo, en cierto modo, entra en ella al decir que cuando un acto se declara judicialmente nulo deben ser cancelados, también judicialmente, los asientos registrales correspondientes, especificando el Juez cuáles sean. Pero ni el segundo considerando ni ningún otro abordan en profundidad el problema fundamental, de un lado, porque el caso estaba suficientemente resuelto con los restantes defectos resultantes de la complicación del caso (defectos 2.º a 5.º) en el que se interferían simulaciones, testaferros y subadquirentes, y de otro lado, porque el Centro Directivo estima que la sentencia de declaración de quiebra si se hubiese presentado habría evitado el recurso. Repetimos que es impreciso hablar de sentencia de declaración de quiebra, ya que es posible que ni la de declaración ni la de calificación contengan referencia pormenorizada de las cuestiones resueltas en la tercera sección.

Los considerandos 3.º, 4.º y 6.º dan la razón al Registrador en cuanto a los defectos 2.º a 5.º de la nota, en los que no vamos a detenernos, pues la cuestión no tenía vuelta de hoja y la resolución no necesita comentario. En cuanto a la falta de determinación de los asientos a cancelar el mismo recurrente, afirma que el mandamiento describía suficientemente *las fincas*

que había que cancelar. Pero es que, además, la indeterminación era inevitable, pues al no existir en el folio registral ni adquisiciones ni enajenaciones del quebrado (sino de personas interpuestas) era imposible con meras cancelaciones conseguir una titularidad registral del quebrado. Y no queremos suponer que el mandamiento perseguía una cancelación total del folio registral que dejase las fincas desinscritas.

B) Por lo dicho vamos a limitar el comentario a la cuestión fundamental, que no es otra que la consecuencia procesal-registral de la falta de coordinación entre el artículo 878 del Código de Comercio y la publicidad registral y su protección del tercero. El problema, visto por todos, consiste en que, sea incapacidad o sea prohibición de disponer lo que el Código de Comercio pretende del quebrado en el período de retroacción, lo cierto es que cuando contrata es capaz y no sujeto a ninguna prohibición de disponer ni registrada ni no registrada. Es luego cuando una resolución judicial con efecto retroactivo a una fecha, en cuya determinación no parece intervenir el contratante con el quebrado, resulta éste incapacitado o sometido a la prohibición de disponer.

La discordancia entre Código de Comercio y legislación hipotecaria, que Roca trata inútilmente de paliar, está agudizada por un caos doctrinal y jurisprudencial en todas las cuestiones relacionadas con el tema de la retroacción, a saber:

- La misma existencia del período de retroacción como distinto de los diversos períodos próximos y sospechosos para cada tipo de actos;
- el procedimiento para la declaración de nulidad «ex artículo 878»;
- la normativa sobre provisionalidad de la fijación de fecha de retroacción y las posibles impugnaciones de ella por los contratantes con el quebrado;
- la naturaleza de la nulidad declarada por el artículo 878, que difícilmente puede considerarse unitaria dada la múltiple naturaleza de los contratos que el quebrado puede celebrar en el período de retroacción y habida cuenta de que tales contratos pueden padecer nulidades o inexistencias ajenas a su fecha.

No podemos profundizar en todas estas cuestiones del Derecho de quiebras, tan necesitado de actualización, que tan directamente inciden en las dificultades del recurso. Sólo apuntaremos *algunas opiniones doctrinales* sobre los puntos más importantes antes de pasar a recordar algunas sentencias y resoluciones, citadas o no por la Resolución, con la única intención de demostrar que es totalmente imposible dar en la diana de la dificultad planteada en el recurso.

a) La defectuosa regulación legal de las quiebras, aún más defectuosa en este punto concreto, ha conducido a algunos prestigiosos autores a estimar que para que se desaten todas las consecuencias derivadas del artículo 878, 2.º, del Código no se requiere ninguna resolución judicial, como lo demuestra la falta de toda regulación de un procedimiento para ello, tanto en la Ley de Enjuiciamiento como en el Código de Comercio.

Como ejemplo de este criterio podemos resumir la exposición de GARRIGUES (5). Por dos veces (al tratar de los efectos de la declaración de quiebra en el deudor y al estudiar la reintegración de la masa) afirma que el sistema español de retroacción judicial absoluta no es sólo de retroacción (la fecha inicial del período de actos nulos es aquella a la que se retrotraigan por el Juez los efectos de la quiebra), sino de nulidad absoluta e intrínseca; absoluta, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, e intrínseca porque actúa *ipse legis potestate et auctoritate*, sin necesidad

(5) JOAQUÍN GARRIGUES *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Madrid, 1940, págs. 466 y ss., y páginas 489 y ss.

de específica declaración judicial. Por ello—continúa afirmando—los Síndicos pueden hacerse cargo y disponer de los bienes vendidos por el quebrado, como si no lo hubiesen sido; los bienes vuelven al patrimonio del deudor *ipso jure* sin consideración de la buena o mala fe del adquirente y sin ningún derecho a indemnización.

Apoya GARRIGUES esta radical interpretación en el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento no arbitra procedimiento judicial alguno para la declaración de nulidad «ex artículo 878, 2.º» del Código de Comercio, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de los artículos 879, 880 y 881 del mismo (6). Critica todo esto, destaca sus inconvenientes, pero lo cierto es que no sólo se adhiere a la interpretación más rigurosa para el adquirente del quebrado que cabe mantener, sino que con su autoridad ha contribuido poderosamente a que cualquier otra interpretación más razonable resulte minúscula.

La idea de que el artículo 878 del Código de Comercio establece una nulidad absoluta de los actos del quebrado posteriores a la fecha a la que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra es recogida como indiscutible y sin complicaciones en los tratados de Derecho Mercantil. Así, URÍA se limita a afirmar que se trata de una nulidad absoluta y de pleno derecho que producirá efectos frente a todos, no necesitará ser pedida ni declarada judicialmente y hace volver a la masa *ipso jure* aquellos bienes que salieron del patrimonio del deudor por consecuencia de esos actos nulos (7).

SAURA JUAN, llevando a sus últimas consecuencias la tesis de la nulidad absoluta sin declaración judicial, dice que lo único que debe solicitarse por los Síndicos, y de plano concederse, es la ocupación del objeto del acto o contrato; y es al tercero contratante con el quebrado al que, en su caso, compete reclamar contra la ocupación solicitando que se fije definitivamente la fecha de retroacción, alterando la inicialmente fijada. Para él, la laguna se encuentra en el trámite para esta reclamación del tercero contra la ocupación y la fecha de retroacción, que propone sea en rama separada dimanante de la pieza primera por el trámite de los incidentes, con citación del quebrado, de la representación de la masa pasiva y, por edictos, de quienes se consideren perjudicados por la fecha de retroacción que se pretende como definitiva, para que comparezcan y contesten a la demanda (8).

Otros muchos autores coinciden en que los bienes de los que el quebrado ha dispuesto en el período de retroacción, como del quebrado que son, pueden ser ocupados sin más por los Síndicos como los restantes del quebrado (art. 1.046, 6.º del Código de Comercio de 1929): poniendo los inmuebles bajo administración interina del depositario, quien recaudará sus frutos y productos y hará las disposiciones convenientes para evitar cualquier malversación (9) (10).

(6) Los procedimientos que dentro de la pieza de retroacción establece la Ley de Enjuiciamiento para los diversos supuestos son los siguientes:

— Para las demandas que los Síndicos entablen para la aplicación del artículo 879 del Código de Comercio, el procedimiento de los incidentes después de agotada la tramitación de los artículos 1.371 a 1.374 de la Ley.

— Para declarar la ineficacia de los contratos del 880 del Código se acudirá a los trámites del interdicto de recobrar (1.375).

— Para las demandas de nulidad o revocación de los contratos hechos en fraude de los acreedores el juicio declarativo que corresponda a su cuantía en el Juzgado competente (arts. 1.377 de la Ley y 881 y 882 del Código).

(7) RODRIGO URÍA: *Derecho Mercantil*, 1958, pág. 672.

(8) JOSÉ SAURA JUAN *Quiebras*, Madrid, 1952, pág. 137.

(9) J. A. RAMÍREZ: *La quiebra*, Barcelona, 1959, vol. II, págs. 617 y 618.

(10) También GUASP cree que los estados que los Síndicos han de formar con arreglo a los artículos 1.368 y 1.370 son independientes de aquel en que se puedan comprender los actos posteriores al día a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, los cuales automáticamente advienen nulos y comprenden la retroacción propiamente dicha. Es decir, que los actos contemplados en el artículo 878, 2.º, del Código de Comercio quedarían fuera de los tres estados a formar por imposición de dichos artículos de la Ley de Enjuiciamiento. Tales actos quedan también fuera de las tres categorías de demandas

RAMÍREZ afirma que esta ocupación por los Síndicos de los bienes enajenados por el quebrado, en igual forma que los que continúan en su poder, lo demuestra la Ley de Enjuiciamiento al no regular procedimiento alguno para la declaración de nulidad «ex art. 878» y consiguiente reintegro de los bienes a la masa activa y al no cuidarse tampoco de tales actos al relacionar dicha Ley los estados a confeccionar por los Síndicos. Esta simplista solución es más inexplicable después de la exhaustiva exposición de RAMÍREZ sobre el Derecho comparado, doctrina y jurisprudencia sobre los debatidos temas del período de retroacción y sus múltiples problemas (11). Es cierto que hay casi unanimidad en estimar que el Juez puede retrotraer los efectos de la declaración de quiebra a fecha anterior a la misma, pero a partir de aquí todo son dudas y discusiones y es ciertamente asombroso que haya de acudir al Código de SAINZ DE ANDINO (artículo 1.024) como base procesal y sustantiva de la retroacción y de la declaración judicial de retroacción, cuando la vigencia de este artículo ha sido negada por numerosos autores (ECHAVARRI, MEDINA Y MARAÑÓN, RODRÍGUEZ NAVARRO, OGAYAR) y alguna sentencia del Tribunal Supremo. La mayoría, no obstante, acude al referido 1.024 y aceptan que la fecha de retroacción se fije por el Juzgado «en la primera audiencia (en el auto de declaración de la quiebra) con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero» (12).

Sería interminable entrar en las múltiples opiniones y diversas sentencias referentes a la provisionalidad, revisión (de oficio o a instancia de parte) e impugnación de la fecha de retroacción fijada en el auto inicial y referentes al tiempo hábil para que la fecha sea alterada. Nada hay seguro sobre cuestión tan fundamental para saber cuáles son los actos del quebrado que han de ser anulados.

El enigmático momento en el que la fecha de retroacción fijada debe considerarse invariable respecto de los terceros contratantes con el quebrado, momento sobre el que cualquier opinión ha de considerarse insegura, es aún más trágicamente incierto cuando se trata de la nulidad derivada del artículo 878, 2.º, porque las vacilaciones y dudas se complican con las existentes sobre el procedimiento judicial idóneo para declararla frente a dichos contratantes y, lo que es aún peor, frente a los terceros subadquirentes. Los autores, después de mostrar la muy variable jurisprudencia sobre la nulidad de los actos en el período de retroacción y cuestiones conexas y, en ocasiones después de analizar comparativamente las paulianas ordinarias y las revocatorias concursales en la doctrina extranjera y nacional, conceden menos importancia al problema del subadquirente de-

contempladas, respectivamente, por los artículos 1.371 y siguientes (para la aplicación del art. 1.038 del Código de Comercio de 1829 [879 del vigente]); 1.375 para reintegrar a la masa de los bienes extraídos por contratos indicados en el 1.039 (hoy 880), y del 1.377, que según MANRESA se refiere a los contratos de los artículos 881 y 882 del vigente Código de Comercio.

(11) RAMÍREZ: *Obra citada*, págs. 357, 414, 429 y 617 y ss principalmente.

(12) OGAYAR estima viciosa la práctica de fijar una fecha provisional de retroacción cuando el Juez no tiene aún elementos para fijarla, por no estar prevista tal fecha provisional en la legislación vigente (el art. 878 no prevé sino una fecha), porque no podría servir a la Sindicatura para basar sus acciones, y porque no cabe hablar de incapacidad provisional, pero ante la realidad de tal práctica, después de referirse a las varias soluciones dadas, cree que la fijación de la fecha definitiva debe hacerse en procedimiento incidental de la pieza primera, antes de la Junta de examen y reconocimiento de créditos, demandando la Sindicatura (con autorización del Comisario) al quebrado y a cuantos tengan interés contradictorio, que serán convocados por edictos; también pueden demandar los terceros que contrataron con el quebrado, en tanto no haya habido auto de fijación definitiva, pues efectuada ésta adquiere autoridad de cosa juzgada.

Ante esta laguna sobre fecha de retroacción y otras proponía que, sin esperar la reforma del Derecho concursal para la que existía nombrada una Comisión, se hiciese urgentemente una reforma parcial, que podía consistir en la supresión de la retroacción absoluta del artículo 778 del Código de Comercio. (TOMÁS OGAYAR y AYLLÓN «Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1958, págs. 23 a 48.)

RIVES y MARTÍ y también OGAYAR sostienen, ante la provisionalidad de la primera fijación de fecha de retroacción y la falta de elementos del Juez para fijarla en ese momento procesal, que el Auto debería limitarse a retrotraer los efectos de la declaración de quiebra «al día en que resulte efectivamente haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones».

rivado, no obstante ser el más estridente al comparar nuestra doctrina interpretativa de los artículos 878 a 882 del Código de Comercio con las legislaciones que han acabado con la separación entre período sospechoso y período de retroacción. Y muy frecuentemente engloban el supuesto del subadquirente del contratante con el quebrado en el período de retroacción *estricto sensu* (art. 878, 2.º) con el de otros subadquirentes derivados de los restantes casos de nulidad, ineficacia, anulación o revocación establecidos en los artículos 879 a 882.

Más adelante veremos la peligrosa tendencia jurisprudencial en este punto, pero adelantemos aquí que en los confusionismos que acabamos de exponer está la base de la incomprensión de algunos procesalistas y mercantilistas ante la resistencia de los hipotecaristas a las consecuencias, nefastas para el tráfico, de las posiciones maximalistas en la interpretación del artículo 878 del Código de Comercio (13) (14).

b) En posición contraria, más favorable a la seguridad del tráfico, se encuentran todos aquellos que, o bien llegan a estimar que el artículo 878, apartado 2.º, no tiene aplicación directa, por tratarse de un principio general que se desenvuelve en concreto en los artículos siguientes, o bien interpretan el precepto fuera de su expresión literal, entendiendo que no son verdaderamente nulos los actos realizados en el período de retroacción, o bien buscan los procedimientos oportunos para la mejor defensa de los contratantes con el quebrado frente a una fijación de la fecha de retroacción que venga a perjudicarlos.

En el primer grupo encontramos la posición de VICENTE Y GELLA, quien, afirmando que jamás se solicitó por nadie la aplicación literal del apartado 2.º del artículo 878 para anular todos los actos patrimoniales del quebrado realizados en el período de retroacción, patrocina la idea de que este precepto no contiene más que una declaración de principio sin otra trascendencia y alcance que el desarrollo dado al mismo en los artículos siguientes (879 a 882) (15). Acaso PLAZA no se encuentre muy lejos de esta posición (16).

Otros autores, intentando evitar los inconvenientes de la extremosa regulación de la retroacción que resultaría de la interpretación literal del Código de Comercio, defienden otras más acomodadas a la coordinación de la defensa de los intereses de los acreedores con el principio de seguridad

(13) Cuando luego sinteticemos las sentencias recogidas en el recurso, y algunas otras, se verá la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo y principalmente la contradicción entre las sentencias de 13 de mayo de 1927 (el subadquirente habría sido protegido si hubiere tenido buena fe) y la de 17 de marzo de 1958, según la cual la nulidad de la primera transmisión arrastra a la segunda por automático efecto del tracto material.

(14) Luego veremos al tratar de la posición del subadquirente frente a la nulidad «ex artículo 878, 2.º», las consecuencias más graves de lo que BAS Y RIVAS ya había calificado de choque brutal entre Código de Comercio y Ley Hipotecaria.

(15) VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 1948, II, págs 357 y ss.

(16) PLAZA (*), que ciertamente comienza el estudio de la quiebra calificándola de institución harto necesitada de una reforma a fondo, en ciertos pasajes parece acercarse a la posición de VICENTE Y GELLA, pues dice que a la incapacidad patrimonial relativa del quebrado, que a juzgar por el artículo 878, 1.º, sólo mira al futuro, se le otorgan efectos retroactivos a consecuencia del fenómeno jurídico que se llama retroacción, principio consagrado por modo general en el artículo 878, 2.º, y que desenvuelven según la naturaleza de los actos y contratos a que afecta esa declaración y en contemplación de su fecha los artículos 879 y 882 del propio Código de Comercio. En otro pasaje de PLAZA se apunta un criterio que pudiera ser base de una reelaboración de la doctrina de la retroacción y de su efectuaración procesal a la vista de la existencia de la publicidad registral, desconocida en 1929 cuando el Código de Comercio no podía contar con ella. Tratando del reintegro a la masa de los bienes transmitidos por título nulo de derecho, evento que contempla hoy el artículo 880, por medio del interdicto de recobrar (art. 1.375 de la Ley), afirma PLAZA que ha de dejarse a salvo, como es natural, el supuesto de nulidad de hipotecas convencionales, situación que por no prevista en el Código de 1829 y por no atendido en dicho artículo 1.375, no puede resolverse de otro modo que acudiendo a un juicio ordinario para obtener la declaración de que el derecho de hipoteca se ha extinguido y su subsiguiente cancelación.

(*) MANUEL DE LA PLAZA. *Derecho Procesal Civil español*, II, 2.º, págs 655, 670, 671 y 685 principalmente.

del tráfico. Entre ellos encontramos a JUSTO IRIBARREN (17) y JIMÉNEZ ESCÁRZAGA (18), que distinguen los actos del quebrado posteriores a la declaración de quiebra (art. 878, 1.º), a los que se aplicaría el régimen propio de la anulabilidad y los realizados antes de la declaración de quiebra, o sea, en el período de retroacción (art. 878, 2.º), a los que se aplicaría el régimen de la rescisión conforme se disciplina en el Código civil.

Otros autores tratan de conseguir parecidos resultados protectores de la seguridad del tráfico a través de construcciones procesales idóneas para defender los legítimos derechos de los adquirentes del quebrado. Así, por ejemplo, SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA. Estos autores acuden, como es corriente, al artículo 1.046 del Código de Comercio de 1929 para obtener la regulación de la ocupación de los bienes del quebrado en poder de tercero; pero estiman que si los tenedores se oponen a la entrega (o a constituirse en depositarios), los Síndicos deberán *revindicarlos* de quien indebidamente los tuvieran en su poder cuando no tuvieran razón que ampare su posesión.

En cuanto a la actuación procesal de la nulidad «ex art. 878», dicen que este artículo hay que ponerle en relación con el 1.024 del Código de 1929 y con el 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento (18). Por ello asimilan la normativa de los artículos 878 y 879, frente a la de los artículos 880 y 882, y de ello derivarán las siguientes consecuencias en cuanto al procedimiento para declarar la nulidad de los actos de quebrado «ex artículo 878»:

— La sindicatura realizará primeros gestiones extrajudiciales, y si éstas fracasan ejercitará las acciones tendentes a la declaración de nulidad de los actos concretos de disposición patrimonial realizados en el período de retroacción, demandando al quebrado, al que contrató con él y los terceros que de ellos traigan causa.

— Estas acciones habrán de tramitarse ante el Juez de la quiebra y como los adquirentes y terceros demandados no pudieron impugnar oportunamente la fecha de retroacción, podrán alegar que el negocio fue concluido antes o justificar que tal fecha era errónea (no se había producido aún la insolvencia). Mantienen esto partiendo de que nadie debe ser afectado por un proceso en el que no fue parte (también defienden la legiti-

(17) MIGUEL JUSTE IRIBARREN: «En torno a la retroacción de la quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1958, núm. 1, págs. 69 y ss. JUSTE expone las consecuencias registrales de su interpretación inspirándose en el escrito del Registrador F. BAS y RIVAS (1951) en recurso gubernativo, cuyos argumentos se refrendaron por el Presidente de la Audiencia de Valencia confirmando la nota de calificación (páginas 91 y ss.).

(18) JIMÉNEZ ESCARZAGA: *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, núm. 68, págs. 39 y ss. Ver también JARDÍ: «La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», *Revista de Derecho Privado*, 1940, págs. 173 y ss.

(19) Estos autores, aun partiendo de la nulidad *ipso jure* de los actos otorgados en el período de retroacción (art. 1.261 del Código civil), mantienen que es necesaria primero la reclamación extrajudicial de los Síndicos (art. 1.369 de la Ley de Enjuiciamiento), y si no diere resultado el ejercicio debidamente autorizado de la necesaria acción judicial o reintegradora, porque no obstante la nulidad *in radice* se ha creado una apariencia de contrato válido que se precisa destruir.

Partiendo del artículo 1.366, y después de criticar el texto del artículo 1.366 de la Ley (no hay retroacción de los actos, sino nulidad por el efecto retroactivo de la declaración de quiebra), exponen las múltiples posiciones en torno al período inhábil y sospechoso. No hay duda de que es rigurosamente inhábil el tiempo a que se refieren los artículos 878, 1.º, y 879; pero en todos los demás preceptos relacionados con la retroacción (874, 878, 2.º; 879 a 882 del Código de Comercio y 1.368 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) el Código de Comercio y la Ley son imprecisos y se han mantenido tres soluciones:

- Que se refieren a la efectiva declaración judicial de la quiebra, tanto cuando hablan de quiebra como cuando hablan de declaración de quiebra.
- Que en ambos casos quieren referirse a la fecha efectiva del sobreseimiento y por ello a la fecha a la que el Juez retrotrae los efectos de la quiebra.
- Que cuando dicen declaración de quiebra se están refiriendo a la fecha de la resolución judicial de quiebra, y cuando dicen sólo quiebra se refieren al efectivo sobreseimiento (fecha de retroacción fijada por la resolución judicial).

Ninguna de las tres interpretaciones convence del todo. Rechazan la primera porque haría caer por su base el artículo 878; dicen que la segunda ha sido seguida en general por la jurisprudencia; la tercera sería más recomendable como paliativo de los excesos de la retroacción, pero hay que reconocer que resulta poco claro por qué el Código atendió en unos casos a una fecha y en otros a otra.

mación de los terceros para impugnar la declaración de quiebra en juicio ordinario).

Prosperando la demanda de los Síndicos, el adquirente o tercero reintegrará a la quiebra lo recibido y por contraprestación quedará como un acreedor más de la masa.

— En cuanto al tiempo de ejercitar estas demandas, deben serlo inmediatamente de formados los estados y fracasada la vía extrajudicial sin dilación ninguna, pues con ellas se pretende determinar la masa activa (y la pasiva en cuanto a los reintegros en su caso). Y en cuanto a la competencia, aunque el Tribunal Supremo ha mantenido la del domicilio del demandado en supuestos del artículo 1.377 de la Ley, estiman estos autores que debe corresponder al Juez de la quiebra para no romper la continuidad de la causa y por lo absurdo de que un Juez extraño a la quiebra pudiera variar la fecha de retroacción si prueban los demandados su improcedencia.

En cuanto al procedimiento, frente a los que defienden el incidental desenvueltos en los artículos 1.371 al 1.374 de la Ley de Enjuiciamiento, para las demandas referentes al artículo 879 del Código de Comercio, en razón a la simplicidad de los puntos a dilucidar, los autores que seguimos estiman más conveniente el juicio declarativo ordinario que corresponda por cuantía, porque creen que no hay tal sencillez en estas controversias y porque, no estando concretamente determinado para la anulación «ex artículo 878» ni el incidental, ni el interdictal, ni otro cualquiera, habrá de aplicarse el artículo 481 de la Ley, que impone el declarativo ordinario para toda contienda judicial que no tenga señalada tramitación especial (20).

c) Creemos innecesaria toda referencia a la exposición de los dos autores más usualmente manejados cuando se trata de cualquier relación entre la quiebra y el Derecho registral inmobiliario: ROCA SASTRE y OLIVENCIA. Su exhaustiva exposición sobre la clase de asiento a practicar en los varios momentos de la quiebra, sobre la verdadera naturaleza de lo anotado o inscrito (incapacidad o prohibición de disponer) y sobre la incidencia del Código de Comercio en el principio de fe pública registral son sobradamente conocidas. No obstante, no hemos encontrado en ellos referencia al problema concreto del recurso (21).

OLIVENCIA, en cuanto a la nulidad establecida por el artículo 878, se muestra conforme con la tesis de la mayoría y en especial disiente de las tesis de JUSTO IRIBARREN y JIMÉNEZ ESCÁRZAGA. Encuentra éstas muy sugestivas y expuestas con gran habilidad; pero contra la tesis dualista de estos autores (anulabilidad en unos casos y rescisión en otros), argumenta el no poderse basar tal distinción en un texto en el que no hay el menor atisbo de distinción. No estamos totalmente conformes con OLIVENCIA, pues es más cierto que en el artículo 878 hay dos apartados y no es nada forzada la interpretación que adscriba a cada uno de ellos dos épocas distintas: la posterior a la declaración judicial y el período de retroacción (22).

Quien ha estudiado la situación de retroacción de la quiebra con intención de coordinarla de la mejor manera posible con los principales registrales es BILBAO ARISTEGUI. Aunque no se aparta de la doctrina dominante sobre nulidad radical e *ipso jure* y sobre el ámbito de los períodos sospechoso e inhábil, ni deja muy clara su opinión sobre el procedimiento idóneo para declarar la nulidad, sobre la resolución judicial oportuna, ni sobre la intervención de los contratantes con el quebrado en la fijación provisional

(20) JESÚS SÁEZ JIMÉNEZ y EPIFANIO LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA: *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo III, vol. III, págs. 602, 663 y 671 principalmente.

(21) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1968, tomo I, págs. 632 a 635; II, págs. 878 y ss., y IV, págs. 108 y ss. También «Imperfecciones hipotecarias», Curso de Conferencias del Centro de Estudios Hipotecarios, 1951 (Colegio Nacional de Registradores), págs. 138 y ss.

(22) MANUEL OLIVENCIA: *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, págs. 63 y ss., y especialmente en cuanto a la retroacción de la quiebra, págs. 91 y ss., donde pueden verse *in extenso* todas las sentencias del Tribunal Supremo manejadas en el recurso.

y definitiva de la retroacción (23), lo que sí hace es enfrentarse decididamente contra la Sentencia de 17 de marzo de 1958, dictada con absoluto olvido del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pretende también dejar fuera de la nulidad del 878 del Código de Comercio los actos y contratos que constituyan la actividad normal y habitual del comerciante (ventas de pisos de las inmobiliarias, por ejemplo); pero ante todo mantiene que la coordinación de la retroacción con la publicidad registral debe conducir a las siguientes situaciones:

— Venta en período de retroacción, pero anterior a la solicitud de quiebra: a pesar de la opinión de Roca y, no obstante, el artículo 33, estima que el contratante con el quebrado debe estar protegido por el artículo 34 si reúne los requisitos del tercero hipotecario;

— venta efectuada entre la presentación y la anotación de la demanda de quiebra. Igual, pero faltará buena fe si el tercero conoce la solicitud de quiebra aún no anotada.

— venta otorgada e inscrita después de la anotación de la demanda de quiebra, aunque no haya sido ésta aún declarada. No hay ya protección por la fe pública registral (actuación del art. 71 de la Ley);

— ventas efectuadas después de la declaración de quiebra y antes de su inscripción: Si hay anotación vigente igual que en el caso anterior. Si no hay anotación o ha caducado habrá de estarse a la buena o mala fe del tercero;

— ventas que lleguen al Registro después de inscrita la declaración de quiebra: Se denegarán por defecto insubsanable, sin distinguir, al parecer, la fecha de otorgamiento.

Ahora bien, lo expuesto se refiere sólo al adquirente del quebrado. En cuanto al subadquirente, estará siempre protegido en cuanto reúna los cuatro requisitos exigidos para la protección por el principio de fe pública registral.

C) La *Jurisprudencia* no es tampoco unánime respecto al sentido de la nulidad de los actos del quebrado realizados en el período de retroacción. El recurrente cita las Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 31 de mayo de 1960, las más rigurosas con los actos del quebrado, anteriores a la declaración de quiebra, pero incluidos en el período de retroacción, por cuanto no dejan a salvo de la nulidad ni siquiera a los terceros subadquirentes; el Registrador cita las de 13 de mayo de 1927, también la de 31 de mayo de 1960 y la de 17 de mayo de 1958; y el Vistos, por último, las de 13 de mayo de 1927, 31 de mayo de 1960 y la de 14 de diciembre de 1960. Ninguno acude, en cambio, a la de 29 de mayo de 1965, que se puso de parte de los adquirentes del quebrado, ni nadie hace mención de la de 9 de junio de 1932, la más decisiva para cortar la aplicación del artículo 878, apartado 2.º, a los actos que no tengan como parte ni causadante al quebrado, cuales eran, al menos según el Registro, los de nuestro caso.

Ante la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, casando o

(23) ANTONIO BILBAO ARISTEGUI: «Actuación de los principios de legitimación y fe pública en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 493, noviembre-diciembre 1972, páginas 1299 y ss.

El único defecto de este interesante trabajo es dejar en la duda sobre si muchas de las opiniones son buenos deseos *de lege ferenda* o son posiciones que cabe mantener desde ahora ante el caos doctrinal y jurisprudencial en materia de protección registral frente a la nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción. Aprovechamos la ocasión para decir que la indefensión de los principios registrales frente a la rígida normativa de la quiebra deriva de las tonalidades penales de la misma y es un capítulo más de los abusos cometidos por la doctrina y la jurisprudencia contra dichos principios en nombre del Derecho penal y del proceso penal y del hipertrofiado principio de los efectos *erga omnes* de la sentencia penal, hipertrofia inexplicable cuando el mismo Código Penal deja indemnes de los efectos económicos de la sentencia penal los bienes irreivindicables conforme a las leyes. Como ejemplo de esto cabe recordar la Resolución del Ministerio de Justicia de 18 de diciembre de 1962 que ha sido tan poco aireada y que al decir de PiÑOL no es posible leer sin escalofríos (JOSÉ MARÍA PIÑOL: «En torno al Registro Inmobiliario de Buenos Aires», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 95, 1977).

manteniendo sentencias referentes a declarar nulos o válidos actos del quebrado o de sus causahabientes en base a dicho artículo 878, 2.º, resulta un tanto exagerada la afirmación de que no es necesario declaración judicial de la nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción. Al menos en muchos casos no sólo hubo necesidad de resolución judicial, sino que tuvo ésta entidad y calidad suficiente como para alcanzar la cima del Tribunal Supremo.

a) La Sentencia de 17 de febrero de 1909 versa sobre la nulidad de una hipoteca constituida por el quebrado en fecha que resultó comprendida en el período de retroacción; no había, pues, subadquirente y se estimó al contratante con el quebrado de mala fe y cómplice en el fraude, por lo que nada cabe oponer a su doctrina desde el punto de vista registral. Se rechaza la infracción de los artículos 2, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, 349 y 446 del Código civil y la aplicación indebida del 878 del Código de Comercio, porque procede estar al artículo 33 y no al 34, por los términos absolutos del 878, por no ser aplicable dicho artículo 34 a los que obran de mala fe y porque el 37 de la misma Ley claramente se refiere a los segundos y posteriores adquirentes. Procesalmente la cuestión se planteó en forma poco clara para sacar conclusiones sobre el procedimiento idóneo para actuar el artículo 878 del Código de Comercio. Fue el acreedor hipotecario el que inició tercería de dominio, actuando los Síndicos por reconvencción, solicitando la nulidad de la hipoteca y subsidiariamente la rescisión, y el Tribunal Supremo no consideró infringido el artículo 1.377 (que establece el juicio declarativo para los contratos del quebrado en fraude de acreedores: 881 y 882 del Código de Comercio), pues declarada la nulidad de la escritura no hay ningún título válido que permita atribuir posesión al acreedor «aun suponiendo que la Sindicatura hubiese procedido con algún exceso»; frase que no puede tener otro sentido que las reservas del Tribunal Supremo sobre si la sindicatura puede ocupar por propia autoridad las cosas objeto del contrato nulo *ipso jure* por incluido en el artículo 878 del Código, si están en poder de tercero.

Pero si nada cabe oponer a la tesis doctrinal y jurisprudencial de la nulidad absoluta de los actos del quebrado en tanto no haya subadquirente, desde el punto de vista de los principios hipotecarios también es cierto que los mismos efectos de la nulidad son poco precisos. Si es cierto, como obstinadamente se dice, que el 878, 2.º, del Código de Comercio produce una nulidad radical en sentido técnico, no están muy claras las consecuencias de tal nulidad desde el punto de vista de la contraprestación y de su correspondiente restitución.

La Sentencia de 14 de diciembre de 1960 no consideró aplicables los artículos 1.303, 1.304 y 1.308 del Código civil por contemplar situaciones total y absolutamente distintas de la que se refiere el artículo 878, el cual defiende la integridad de una masa de bienes contra la que, por no haber contratado ni recibido precio alguno, mal se pueden invocar preceptos que directamente hacen referencia a quien pactó y recibió lo que es objeto de la convención declarada nula (24).

(24) El caso de esta sentencia era en síntesis: Un adquirente en escritura inscrita demanda en juicio de mayor cuantía a un Banco acreedor de su transmitente y solicitante de la quiebra del mismo, a la Sindicatura y al Comisario de la quiebra, solicitando la cancelación de la anotación de la quiebra. La Sindicatura en reconvencción solicitó la declaración de nulidad de la compraventa, la cancelación de su inscripción y la reintegración de la finca a la masa, reconvencción que es estimada por el Juzgado y la Audiencia. El comprador recurre por inaplicación de los artículos 1.303, 1.304 y 1.308 del Código y el Tribunal Supremo desestima el recurso por no proceder aplicarlos, pues contemplan situaciones total y absolutamente distintas de la a que se refiere el artículo 878 del Código de Comercio, pues en tanto lo dispuesto en ellos lo justifica una recíproca recepción de valores entre las partes, este último defiende la integridad de una masa de bienes contra la que, por no haber contratado ni haber recibido precio alguno, mal se pueden invocar preceptos que hacen referencia a quien pactó y recibió lo que es objeto de la convención declarada nula.

La cuestión concreta de la nulidad de la compraventa no fue objeto directo del recurso, ni en el caso había tercero subadquirente; pero lo cierto es que también deja sin resolver la naturaleza de la

En cambio, una Sentencia de 19 de abril de 1919 había dicho que, optando la Sindicatura por el procedimiento del artículo 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es aplicable el 1.301, 1.º, del Código, en el que están comprendidos todos los contratos nulos sin excepción del que tratamos. Puede ser que la sana doctrina esté en la sentencia de 1960 y no en la de 1919, pero lo cierto es que si no procede aplicar los artículos 1.303, 1.304 y 1.308 del Código civil y tampoco los artículos 1.305 y 1.306, el artículo 878 del de Comercio se olvidó de establecer los efectos de la nulidad que impone y de regular la posición en que debe quedar el contratante con el quebrado dentro o fuera de la masa pasiva, si llega a ella a tiempo para obtener la restitución total o parcial de su contraprestación, posición que debe depender de múltiples circunstancias (causa onerosa o gratuita, lícita o torpe, con dolo civil o penal, común o no a ambos contratantes, con simulación o no, circunstancias que, de un lado, deben relacionarse procesalmente con la calificación de la quiebra y con las declaraciones de complicidad de la misma; pero que, de otro lado, pueden requerir un trato procesal de juicio ordinario y no una mera actuación unilateral de la Sindicatura. Por ello no podemos dejar de estimar precipitada la creencia de que siempre sea innecesaria la declaración judicial de la nulidad «ex 878».

b) El problema de los terceros subadquirentes aparece en las Sentencias siguientes:

La de 13 de mayo de 1927, que respeta los principios registrales en lo posible, pues respecto a la primera transmisión, la efectuada por el quebrado en el período de retroacción, declara la nulidad por imperativo del Código de Comercio, prescindiendo de la buena o mala fe del contratante, aunque en el caso había mala fe; y en cuanto a la posterior transmisión, se estimó la mala fe del subadquirente, causa directa de la falta de protección registral al mismo (25). Procesalmente, aquí fue la Sindicatura la que formuló demanda de nulidad de las dos ventas y de cancelación de las inscripciones; ambos adquirentes contestaron alegando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, además, en duplica que no cabía la anulación en base a una prohibición de enajenar que no constaba en el Registro en el momento de la enajenación por el quebrado.

Posición contraria ha mantenido la criticada Sentencia de 17 de marzo de 1958, que deja al tercero hipotecario indefenso ante la actuación del artículo 878 del Código de Comercio. En quiebra (posterior a suspensión de pagos), declarada por auto de 6 de febrero de 1952, con retroacción al 7 de junio de 1949, el quebrado vende una finca el 2 de julio de 1951 y el comprador la enajena a tercero el 14 de febrero de 1952, compareciendo el quebrado en esta segunda transmisión para renunciar al tanteo y retracto arrendaticios. No existía asiento registral ninguno de la suspensión de pagos ni de la quiebra. La demanda de la Sindicatura pi-

nulidad de los contratos del quebrado en el período de retroacción al negar la aplicación de los preceptos del Código civil con argumentación tan elemental, y tan despreocupada de los derechos del contratante con el quebrado cuyo destino no deberá ser idéntico en todas las varias circunstancias en que haya contratado con el quebrado

(25) Una sociedad mercantil había comprado una finca en 1917, volviéndola a vender a su anterior dueña el 20 de agosto de 1921, ésta la transmite el 11 de julio de 1922, siendo declarada en quiebra la sociedad el 2 de septiembre de 1921, pero retrotrayéndose los efectos de la quiebra al 15 de agosto de 1921. En 1923 la Sindicatura formuló demanda de nulidad de las dos últimas ventas y la cancelación de sus inscripciones. La adquirente del quebrado y el subadquirente alegaron el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y su buena fe y en duplica que no podía anularse el contrato por causa de una prohibición de enajenar que no constaba en el Registro. El Juzgado absolvió a los demandados, pero la Audiencia declara la nulidad e inexistencia de ambas transmisiones, y el Tribunal Supremo, partiendo de que la Audiencia había estimado probado el conocimiento doloso del fraude en los dos adquirentes, desestimó el recurso por no haber violación de los artículos 34 y 36 ni inaplicación del 37, todos de la Ley Hipotecaria anterior; en cuanto a la primera transmisión al ser nula por aplicación del artículo 878, 2.º, del Código de Comercio, con independencia de la mala o buena fe del contratante con el quebrado; y en cuanto a la segunda por serle aplicable la excepción del artículo 37 por haber sido el subadquirente cómplice en el fraude.

diendo la nulidad de las dos compraventas fue estimada por el Juzgado y confirmada la sentencia por la Audiencia e interpuesto recurso de casación por el subadquirente, el Tribunal Supremo desestima el recurso, afirmando que anulado radicalmente el derecho del transmitente (adquirente del quebrado) queda anulado el del subadquirente, considerando también que entre las acciones contra los que está defendido el tercero conforme al artículo 37 no figuran las correspondientes a las nulidades de esta especie (26).

Cabe citar también la de 31 de mayo de 1960, en la que aparece un subadquirente de un crédito hipotecario que no consiguió que se le reconociese el crédito por la Junta de acreedores de la quiebra, en razón a haber sido constituido y cedido por el quebrado antes de la declaración de quiebra, pero después de la fecha de retroacción. Procesalmente el recurso versó principalmente sobre si la cuestión podía decidirse en el trámite de reconocimiento o si tenía que entrar en juego el artículo 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento; pero en el aspecto sustantivo y, no obstante, cierta ampulosidad en el considerando referente a la protección registral del tercero (arts. 33, 34 y 38 de la Ley) parece conectarse la exclusión de esta protección con la mala fe del recurrente, afirmada por el Juzgado y no contradicha por la Sala.

c) En el extremo opuesto encontramos la Sentencia de 29 de mayo de 1956, que tiende a la postura de VICENTE Y GELIA, al prescindir casi del artículo 878 del Código de Comercio y acudir al 881 del mismo en un caso de venta celebrada dentro del período de retroacción (precisamente en el trigésimo día anterior a la declaración judicial), afirmando que este artículo 881 tiene como presupuesto la prueba de haber procedido el quebrado con ánimo de defraudar a sus acreedores, prueba que no había tenido la demostración exigida. Considera también inaplicable una Pragmática de 1384 después de entrar en vigor el Código de Comercio y porque además sólo establecía una presunción legal de simulación, susceptible de prueba en contrario.

Pero ni el Registrador ni el Vistos hace mención de una Sentencia del Tribunal Supremo, que creemos la más decisiva para apoyar la imposibilidad de que la nulidad retroactiva del artículo 878, apartado 2.º, del Código de Comercio puede extenderse a actos que no tengan como parte ni causante al quebrado. Nos referimos a la Sentencia de 9 de junio de 1932, según la cual dicho apartado, cualquiera que sean su alcance y efectos jurídicos, nunca puede afectar a personas distintas del quebrado ni tener consecuencias en relación con actos y contratos en los que el contrato no tuvo intervención en relación alguna o si intervino como otorgante fue en representación ajena y no en nombre propio, porque sólo al quebrado puede estimársele en situación de quiebra. Por ello no estimó infringido el artículo 878 (ni los artículos 880 a 882), siendo inaplicable la doctrina sentada por las Sentencias de 17 de febrero de 1909 y 3 de julio de 1913, referentes a casos en los que el tercero contratante obró de mala fe y fue declarado cómplice en el fraude de acreedores. En esta sentencia está el más firme apoyo para estimar que el referido artículo no puede ser directamente empleado, con su nulidad automática si es que ésta existe, para los supuestos en que un acto sólo puede ser atribuido al quebrado después de una declaración judicial de simulación o de interposición de persona en uno no otorgado por el quebrado.

D) Las *Resoluciones citadas en el Vistos* no resuelven tampoco la cuestión fundamental del recurso.

(26) Sobre esta sentencia, que deja tan malparada y maltratada la protección del tercero, ve el comentario de BARTOLOMÉ MENCHÉN en esta Revista, julio-agosto de 1959, págs. 548 y ss. En él MENCHÉN reconoce y admite la rigurosidad de las sentencias de 17 de febrero de 1909 y 7 de marzo de 1931, pero afirma que no conocía ninguna (hasta la comentada) en la que se haya aplicado el artículo 878 contra el tercero hipotecario subadquirente.

La de 16 de marzo de 1916 y la de 18 de junio de 1926 hemos de encajarlas exclusivamente en el defecto segundo, pues ambas confirmaron notas denegatorias basadas en la falta de claridad o determinación concreta de los asientos que debían cancelarse por mandato judicial (27).

La Resolución de 7 de junio de 1920, en un complicado caso imposible de resumir, que termina en una denegación de adjudicación judicial basada en la existencia de una acumulación a juicio universal de quiebra reflejada en una cancelación de anotación, hizo ciertas declaraciones sobre las prohibiciones de enajenar registradas como consecuencia de la declaración de quiebra que produce cierre de los Libros para los actos del quebrado posteriores al tiempo a que alcance la retroactividad, concorde con las energéticas medidas de orden público que adopten los Códigos de Comercio y Penal, cierre registral defendido por la generalidad de los autores.

También la Resolución de 8 de mayo de 1943, en lo que nos concierne, sentó la doctrina de que la anotación preventiva de prohibición de enajenar puede reflejar una situación procesal que, por motivos de orden público, o para garantizar los resultados de un juicio universal, o en atención de los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona pueda provocar, cierra temporalmente el Registro, no siendo de aplicación el artículo 71 de la Ley porque se produce el cierre provisional como si la anotación fuere una verdadera prohibición ya inscrita. Y confirmó la nota denegatoria, aunque la venta calificada había sido otorgada antes que el mandamiento judicial de secuestro y depósito judicial, presentado y anotado antes de la presentación de la escritura de venta.

E) En *resumen*, terminaremos destacando que la Resolución comenta-da viene a reforzar las posiciones que tratan de defender el principio de seguridad del tráfico frente a los que piensan que el juicio de quiebra está totalmente al servicio de los acreedores del quebrado y que a los intereses de éstos han de ser sacrificados los derechos adquiridos por terceros. Tal postura de la Resolución viene demostrada no sólo por el fallo mismo, sino por todos los pasajes de los considerandos en los que se habla de la necesidad de que los titulares registrales (adquirentes del quebrado o subadquirentes) hayan sido parte y consiguientemente citados en procedimiento terminado por sentencia. Por otra parte, si vemos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento tenidos a la vista por el Centro Directivo (1.330, 1.366 y 1.377), veremos que son: el que contempla la sentencia de declaración de quiebra en caso de oposición del quebrado al auto inicial; el que presenta a la Sindicatura como demandante en los procedimientos de la pieza tercera, encaminados a declarar la nulidad de los actos hechos por el quebrado en el tiempo inhábil o en el período de retroacción, y el que exige el juicio declarativo que por la cuantía corresponda para sustanciar las demandas de nulidad de los contratos celebrados por el quebrado. Resulta, pues, clara la intención de la Dirección de adscribirse a las posiciones más favorables a los terceros en materia del desarrollo procesal de las nulidades «ex art. 878». Sólo es criticable la Resolución por no proclamar todo esto de forma más clara y decidida, acaso para no turbar en exceso las simplistas afirmaciones de la doctrina dominante tan exageradamente aferrada a la nulidad *ope legis* de los actos del quebrado operados en el período de retroacción, sin consideración a ser inscribibles e inscritos antes de la registración del procedimiento de quiebra.

T. C. G.

(27) La primera estima bien denegada la cancelación de ciertos censales por no estar los mismos expresamente designados como objeto de la cancelación ordenada por el mandamiento, aunque por la redacción dudosa de éste pudieran estimarse incluidos en él. La otra confirmó la nota denegatoria de un mandamiento, en ejecución de sentencia que declaró la rescisión de determinados negocios inmobiliarios, en cuanto sea necesaria para que el demandante cobre la cantidad de la que la misma sentencia le reconoce ser acreedor por ordenarse contradictoriamente: la anotación de embargo por la cantidad debida, la cancelación de asientos que no se indicaban hipotecariamente y la anotación de las fincas (*sic*) a favor del Banco demandante



II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE PASO: EXTENSION. INTERPRETACION DE SU ALCANCE (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Se discute si una servidumbre de paso constituida a favor de una finca segregada para camino de acceso a una calle, a través de una faja de terreno de dos metros de ancho que discurre por lindero Oeste de la finca matriz en la parte colindante con la finca segregada, comprende o no la total longitud de dicho lindero o sólo la parte necesaria para permitir la salida a esa vía pública.

Don Esteban Pérez Escudero, propietario de la finca segregada, interpone demanda contra los titulares de la finca matriz para que se declare el derecho del actor a la servidumbre de paso en toda su longitud, condenando a los demandados a reponer la servidumbre al estado anterior a la iniciación de unas obras de desmonte y construcción realizadas en la matriz invadiendo la faja de terreno, y alternativamente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandada se opone alegando que la servidumbre se constituyó para dar acceso a la calle a la finca segregada, lo que se había respetado a pesar de las construcciones llevadas a cabo.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Bilbao dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que los dos primeros motivos del recurso, respectivamente, amparados en los ordinales primero y séptimo del artículo 1.692 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, por faltar a la claridad y precisión con la que deben ser formulados incurren en la causa de inadmisión, cuarta, del artículo 1.729 de la propia Ley, toda vez que el primero de ellos se denuncia la violación de los artículos 1.281, 1.282, 1.285 y 1.288 del Código civil, que, aunque todos ellos referentes a la interpretación de los contratos, consagran normas específicas para supuestos determinados, con los que se reglamenta dicha materia, por lo que es improcedente su agrupada invocación; y en cuanto al segundo, al denunciar conjuntamente el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.»

«Considerando que el tercer motivo, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la L. E. E., denuncia la violación de los artículos 530, 542 y 545 del Código civil, y la de los 9, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, mas para ello el recurrente, sin tener en cuenta la declaración, no combatida, hecha por la recurrida sentencia de que la servidumbre que se reconoce en su favor lo es la de dar salida a su finca a la vía pública, en lo que ha sido respetada por los demandados, hace supuesto de la cuestión, por lo que el motivo, igualmente a sus anteriores, también ha de ser desestimado.»

PROPIEDAD HORIZONTAL. UNANIMIDAD EN LA APROBACION DE LOS ESTATUTOS. COMPUTO DE PLAZO DE IMPUGNACION DE ACUERDO DE LA JUNTA: NECESIDAD DE NOTIFICACION DEL ACUERDO ADOPTADO, PARA QUE PUEDA CORRER TAL PLAZO, AL CONDUENO QUE ASISTIO A LA JUNTA, PERO SE AUSENTO ANTES DE TERMINAR. CLAUSULA ESTATUTARIA QUE LIMITA EL NUMERO DE HUESPEDES EN LOS PISOS (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Doña Rosario Salazar B. presentó demanda contra don José García G., Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio San Juan de Dios suplicando se dictara sentencia dejando sin efecto los acuerdos de la Junta que limitaron el derecho de propiedad de la actora en el sentido de no permitirle la estancia de más de tres señoritas estudiantes en el piso en régimen de hospedaje, acuerdos en los que no hubo unanimidad, pues la actora asistió, pero se ausentó antes de terminar, sin firmar el acta y sin que le fuera notificada fehacientemente, debiéndose declarar la nulidad de tales acuerdos.

La parte demanda contesta a la demanda alegando que los acuerdos de la Junta son válidos, pues las limitaciones a los propietarios de los pisos tenían como causa las molestias e incomodidades que se han venido causando a la Comunidad y que la actora se ausentó de la Junta a la hora de firmar el acta y los estatutos sin asentir ni oponerse a nada. Además, formula reconvencción para que se declare que la actora no puede ejercer en los pisos ninguna industria sin cumplir los requisitos que las leyes establezcan y en forma que no perjudique los derechos de los restantes comuneros.

El Juez de Primera Instancia número tres de Granada dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara haber lugar al recurso interpuesto por la actora, por lo siguiente:

«Considerando que en primer término la sentencia recurrida, que acepta íntegramente los fundamentos de la de primera instancia, apóya la desestimación de la demanda en que en la fecha de la celebración del acto de conciliación, que precedió a la interposición de aquélla, había transcurrido ya el plazo para poderse ejercitar por la actora la impugnación de los acuerdos de las Juntas..., ya que el mismo debió empezar a computarse a partir del día siguiente a la celebración de las mismas, para las que había sido citada y asistido la demandante.»

«Considerando que contra la expresada tesis de la sentencia recurrida se alza el motivo primero del recurso formalizado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la interpretación errónea del párrafo segundo del número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y la violación del artículo 1.253 del Código civil al establecer una presunción en la que falta un enlace preciso y directo cual exige este último precepto.»

«Considerando que el primero de los preceptos invocados en el motivo cuya interpretación errónea se acusa, si se examina en su conjunto y espíritu, se llega a la conclusión de que lo que exige y trata de garantizar es que aquellos acuerdos en que se requiera para su aprobación la unanimidad de todos los conductos, por afectar al título constitutivo o a los estatutos, no puede llegarse a estimar la existencia de aquélla, por la inactividad de oposición de alguno de ellos que el propio precepto autoriza transcurrido el plazo de un mes, sin que resulte acreditada la notificación fehaciente del acuerdo o acuerdos en cuestión, es decir, sin género alguno de dudas y en forma que pueda hacer fe en juicio, el hecho de que aquél tuvo conocimiento exacto de la aprobación del acuerdo y sus términos, y si bien la exigencia de la notificación, según la literalidad de la redacción del indicado precepto, hace referencia a los conductos que no hayan asistido a la Junta, es evidente que cuando se haya ausentado antes de su terminación ha de constar acreditado que aquel conocimiento lo tuvo con anterioridad al momento de su ausencia, por haberse llegado a la aprobación del acuerdo no sólo en principio, sino en los términos de su enunciado o articulado, si se trata de los estatutos, pues sobre este conocimiento completo o perfecto opera la exclusión de la exigencia de la notificación posterior fehaciente, que no puede ser suplida por una presunción que, como en la que se apoya el tribunal de instancia, es atacada a través del mismo motivo del recurso, acusándose la violación del artículo 1.253 del Código civil y en que las conclusiones fácticas de que se deduce no afirma dicho exacto conocimiento ni que la aprobación de los acuerdos en los términos y con el alcance que queda anteriormente expresado se hubiera logrado con anterioridad a que la actora se ausentara de las Juntas, no bastando para acreditarlo la presunción de no ser verosímil, sin prueba de la necesidad que la impulsó a ello, se ausentara la actora de las reuniones o Juntas sin conocer el acuerdo recaído, y si bien es cierto que en principio corresponde al tribunal de instancia la estimación de la prueba de presunciones, puede prosperar su impugnación en casación al amparo del cauce de este primer motivo por violación del artículo 1.253 del Código civil, cuando la deducción con arreglo a las normas del criterio humano no resulte lo suficientemente fuerte, verosímil o lógica, a la vista de los imprecisos hechos que la determinan y que relata la sentencia recurrida, mucho más cuando se trata de supuestos de la trascendencia del presente, que la ley exige en su espíritu, acreditado de modo claro y terminante.»

«Considerando que, sentado lo que precede, visto que la demandada no consta tuviera conocimiento exacto y completo de lo acordado hasta el requerimiento notarial realizado a su instancia y consiguiente diligencia de exhibición de libros de actas en 28 de agosto de 1973, celebrado el acto de conciliación en 8 de septiembre siguiente y presentada la demanda en 6 de noviembre del mismo año, fechas no contradichas por la sentencia

de instancia, aquél produjo el efecto de interrumpir la prescripción, según determina el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si va seguido de la presentación de la demanda en el plazo de dos meses siguientes, supuesto que se da en el caso de autos, y así lo declara la sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1966, en un caso de impugnación de acuerdos de una comunidad de propietarios análogo al presente, lo que determina la estimación del motivo primero del recurso.»

«Considerando que bajo los motivos segundo y tercero, ya referentes al fondo del asunto, ambos formalizados al amparo del número primero del artículo 1.692 de la L. E. C., en el primero de ellos se denuncia la interpretación errónea del número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y en el segundo, la violación por inaplicación del artículo 3.º de la misma Ley de Propiedad Horizontal y artículo 348 del Código civil, y asimismo interpretación errónea del artículo 7.º de la repetida Ley de Propiedad Horizontal, tanto en lo que se refiere a la aprobación de los estatutos en cuanto impone a los condueños el destino exclusivo del piso a vivienda como en la pretendida limitación del número de huéspedes, pues es indudable que para tales acuerdos no basta la mayoría, sino que por el precepto del número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal se exige la unanimidad, que no ha existido en el caso de autos, como lo demuestra la oposición de la demandada, siendo de tener en cuenta que la modalidad de la propiedad horizontal, como se desprende del artículo 3.º de la mencionada ley que la regula, confiere al dueño del piso el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el mismo, a diferencia de lo que sucede con los restantes elementos integrantes de servicios comunes, los que se atribuyen en copropiedad con los distintos condueños, siendo de aplicación al caso de autos la doctrina que con toda claridad estableció la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1970, caso de gran analogía con el presente, relativo a la declaración de nulidad e invalidez de un acuerdo de comunidad de propietarios, mediante el que se prohibía en los locales comerciales la instalación de salas de fiestas, clubs de bailes, músicas y similares, siendo acogida la impugnación, habida cuenta que no conteniendo el título constitutivo de la propiedad horizontal de la casa donde los locales comerciales se hallaban enclavados regla alguna estatutaria sobre el destino que pudiera darse a los locales comerciales, supuesto que se da y reconoce la sentencia recurrida, concurre en el caso de autos, el acuerdo combatido implicaba una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase, para cuya validez se requiere la unanimidad, conforme a la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el artículo 5.º, párrafos tercero y cuarto, de la misma ley, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales gocen de la más omnímoda libertad para dedicarlos a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos queda restringida esa libertad en virtud del contenido del artículo 7.º, párrafo tercero, de la propia ley, que si resultare efectivamente infringido, podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el artículo 19 de la misma, doctrina que genéricamente debe darse por reproducida y de aplicación al caso de autos, determinando igualmente la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso.»

«Considerando que estimados los tres motivos del recurso, procede declarar haber lugar a la casación en su totalidad, puesto que las peticiones que a modo de reconvención formuló la demandada envuelven una limitación de los derechos diminutales que pertenecen al piso, no sujetos en el orden civil a más limitación que a los supuestos que se expresan en el párrafo último del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya infracción, como se ha sostenido anteriormente, tiene su acusación y de-

fensa, en su caso, a través del cauce determinado en el artículo 19 de la propia ley.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda y desestima la reconvencción.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LITISCONSORCIO PASIVO: NO HACE FALTA DEMANDAR A LA ESPOSA DEL PRODIGO EN EL JUICIO EN QUE SE PIDE LA NULIDAD DE VENTAS HECHAS POR ESTE (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—No existe litisconsorcio pasivo necesario entre la viuda del declarado pródigo y el comprador de los bienes en el pleito en que se postula la nulidad de tales ventas, puesto que la sentencia en ningún supuesto podría perjudicar a la esposa del pródigo, como en su caso a sus posibles herederos, cuando el objeto de la acción que se ejercita es retraer del patrimonio de un tercero unas fincas que salieron del que pertenecía al declarado pródigo, reintegrándolas en el mismo, sin que por ello resultasen afectados los derechos que sobre tales bienes, y en cuanto se incorporasen al patrimonio del que salieron pudieran corresponder a su hoy viuda y posibles herederos, pues siempre habrían de quedar a salvo para ejercitarlos contra quien correspondiera, por lo que no puede decirse que esté mal constituida la presente relación jurídico-procesal.

Tanto vale pedir la nulidad de las inscripciones registrales previamente o a la vez de la acción contradictoria del dominio inscrito como la nulidad de los títulos a cuya virtud se dio lugar a dichas inscripciones y la correspondiente nulidad de éstas, cual ocurrió en una y otra litis, si bien en la primera no se diera lugar a la pretendida cancelación de los asientos registrales por el formal requisito de no haberse interesado la nulidad de los títulos que motivaron los asientos, mas sin que ello desvirtúe la naturaleza de la acción ejercitada en uno y otro proceso en orden a su efecto interruptor de la prescripción.

LOS PRECEPTOS DE INDOLE ESPECIFICA, MAS QUE SER ANTAGONICOS A LOS DE CARACTER GENERAL, LOS COMPLEMENTAN (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1977).

Hechos. Una constructora instaló muy deficientemente las tuberías de un edificio, lo que motivo averías en diversas plantas del mismo. La Comunidad de Propietarios demandó a la compañía constructora solicitando sean reemplazadas todas las tuberías del inmueble. El Juzgado acoge la demanda, pero la Audiencia revoca en parte la sentencia de primera instancia y resuelve que sean reemplazadas únicamente las tuberías correspondientes a las plantas en que se han producido averías. El Tribunal Supremo casa tal sentencia y confirma la de primera instancia.

Doctrina de la sentencia.—La aplicación del artículo 1.591 del Código sustantivo no excluye la del artículo 1.258, que obliga a los contratantes al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que de ello se deriven y que, según su naturaleza, sean

conformes a la buena fe, al uso y a la ley pues si bien es cierto que frente a preceptos de índole general deben prevalecer aquellos más específicos y concretos que hagan referencia a situaciones previstas en los mismos, ello no supone sean antagónicos e incompatibles unos y otros, sino que, por el contrario, se complementan y coadyuvan a los efectos de una mejor y más acertada resolución de la cuestión litigiosa.

Si la totalidad de las tuberías ha sido instalada de una manera tan defectuosa que ha motivado la producción de averías, acertadamente calificadas como determinantes de un estado de «ruina incipiente», susceptible de llegar a producir en el transcurso del tiempo la ruina total y efectiva del inmueble, resulta obligada la renovación de aquélla mediante una nueva instalación de todas las tuberías del mismo, sin que a esta declaración se oponga la circunstancia de no haber surgido, hasta el momento en que se inició el pleito, averías más que en las plantas segunda y sexta de la casa, ya que si éstas obedecen a esa defectuosa instalación y ésta afecta a su totalidad, según declara la sentencia impugnada, no ha de esperarse a que se produzcan nuevas averías, sino que han de evitarse éstas de la única manera posible, que no es otra que la de declarar la obligación que, conforme al inaplicable artículo 1.258 del Código civil, tienen quienes han de responder, a tenor del 1.591, de cumplir lo pactado, conforme a las estipulaciones contractuales y a la buena fe y usos observados en instalaciones de esa naturaleza, tan defectuosamente realizada en el caso objeto del pleito. El cumplimiento ha de comprender el deshacer la totalidad de la instalación de las tuberías de conducción de agua, para volverla a realizar conforme a los usos observados en la normal y adecuada realización de esta clase de obras, sin que pueda quedar supeditado este cumplimiento forzoso a que la defectuosa realización de la obra haya ocasionado desperfectos en todas las plantas del edificio en cuestión, pues tal exigencia no viene impuesta por el artículo 1.098, que sólo contempla para su aplicación el incumplimiento de lo pactado de la obligación de hacer que proceda, lo que en el caso presente viene corroborado, además, por la circunstancia de que esa defectuosa instalación de tuberías ha producido un estado de ruina incipiente del edificio y, por tanto, ha de corregirse mediante la adecuada instalación de las mismas el defecto apuntado, a fin de que la ruina efectiva total no llegue a producirse.

El Presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble está investido de plena capacidad procesal para actuar en defensa de los intereses de dicha Comunidad, como representante legal que es de la misma, en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, pues no cabe olvidar que la acción versa sobre reparaciones y sustitución de tuberías que afectan no sólo a cada piso en particular, sino a la totalidad del edificio y, por consiguiente, a los elementos comunes del mismo.

COMPRAVENTA A PRECIO ALZADO: NO PIERDE SU NATURALEZA JURÍDICA AUNQUE EL ERROR EN LA CÁLIDA ESTIMADA SOBREPASE EL MARGEN DE ERROR TOLERADO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—No obsta para que se trate de compraventa a precio alzado la circunstancia de que en antecedentes del contrato litigioso se diga que la extensión de lo enajenado alcanza unos 550 metros cuadrados, y que sobre ello se admite en más o en menos un error de un 5 por 100 en relación con la superficie real, porque ni ella por sí sola produce la oscuridad a que se alude en el artículo 1.288 del Código civil, ni la diferencia de medida entre aquellos 550 metros y los 515 que se dan por

acreditados en el primer considerando de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Audiencia, es tan exagerada y clara como para alterar la naturaleza jurídica del contrato, toda vez que aquel 5 por 100 a que se ha hecho referencia, no enlaza con 550 metros cuadrados perfectamente definidos, sino con unos 550 metros cuadrados, es decir, con una cantidad aproximada a aquella cifra.

Al comprenderse en la compraventa celebrada una *nave interior*, sin especificar si debía o no estar cubierta por su parte superior, y al calificarse la misma reiteradamente en el recurso como *patio*, es indudable que en el ánimo de los contratantes no estuvo nunca el deseo de incluir en el precio convenido la cobertura de aquél, porque según el Diccionario oficial de la Lengua, la palabra NAVE, en su cuarta acepción, significa: «Cuerpo o crujía seguida de edificio, como almacén, fábrica... etc.»; el vocablo crujía se define como «espacio comprendido entre dos muros de carga», y el término patio lo constituye el «espacio cerrado con paredes o galerías que en las casas y en otros edificios se deja al descubierto», siendo así que a efectos arrendaticios el cerramiento de éstos se ha estimado por la jurisprudencia de esta Sala como obra que altera la configuración del inmueble y provoca la resolución del contrato, según, entre otras muchas, se indica en la Sentencia de 5 de noviembre de 1958, por lo que al haberlo entendido así el Tribunal *a quo* aplicó correctamente el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil.

LITISCONSORCIO PASIVO: NO EXISTE ENTRE EL ARQUITECTO Y EL CONSTRUCTOR CUANDO LA DEMANDA SE FUNDA ÚNICAMENTE EN VICIOS DE LA CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la violación del artículo 1.591, párrafo 1.º, del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la doctrina legal que cita referente al litisconsorcio pasivo necesario, en cuyas infracciones se sostiene incide la sentencia recurrida porque al entender de la recurrente, como el constructor construye bajo la dirección técnica del arquitecto, si la construcción es deficiente, el arquitecto, al menos en principio, es también responsable y debe por ello ser asimismo demandado; pero su tesis es inaceptable porque cuando, cual aquí acontece, la demanda se funda en vicios de la construcción, fundamento que acoge la sentencia recurrida, es manifiesto que tal demanda sólo cabe dirigirla contra el contratista de la obra, por ser el único responsable en virtud de lo dispuesto en el propio precepto legal que se da por infringido, y, por ende, solamente él tiene interés en impugnar las pretensiones de la demanda y puede ser el afectado por la sentencia que en el pleito se dicte.

LOS CONTRATANTES DE BUENA FE NO PUEDEN SER PERJUDICADOS POR UN PACTO DE FIDUCIA QUE NO LES AFECTA (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Don Benito estaba construyendo en Laredo un edificio de 101 apartamentos. Para solicitar un crédito al Banco Hipotecario lo vendió a la entidad «SOLMAR», de nacionalidad francesa, que era su comisionista de ventas, quien procedió a la venta de los apartamentos a diversos adquirentes individuales. Don Benito demanda la nulidad de la compraventa que hizo a favor de «Solmar», por simulación, así como las ventas que aquella entidad hizo a los compradores particulares. El Supremo acoge el recurso de los demandados y declara no haber lugar a la demanda.

Doctrina de la sentencia.—De los hechos que se describen resulta, por presunción *ad hominem*, que la compraventa de los 101 apartamentos del edificio Orfeo de Laredo, contenidas en las escrituras públicas impugnadas, no fue la verdadera, única y exclusiva finalidad de las partes contratantes, ni con ellas se agotaron las relaciones jurídicas y económicas que las vinculaban, sino que tales compraventas fueron mero instrumento, estimado idóneo por los interesados para una determinada y específica finalidad, la de obtener del Banco Hipotecario un préstamo de dinero acogido al denominado «Crédito Turístico», regulado por la Orden ministerial de fecha 14 de abril de 1964, que, entre otros requisitos, exigía el de la titularidad de los apartamentos en el Registro de la Propiedad a nombre de una persona física o jurídica extranjera, cualidad que tenía «Solmar»; la venta de los apartamentos a extranjeros, como venía haciendo «Solmar», y el pago en divisas convertibles pasadas a pesetas, ya que la finalidad perseguida por la Orden ministerial de referencia al establecer el crédito turístico en las ventajosas condiciones de bajo interés y plazo de amortización que establecía, era fomentar la entrada de divisas en España, por lo que las compraventas comprendidas en los documentos aludidos generaban entre sí tan sustancial correlación, y eran expresión de negocios jurídicos tan íntimamente vinculados e interdependientes, que es forzoso considerarles integrantes de una sola y única compraventa concertada como un verdadero y propio *negocio jurídico fiduciario* y, por tanto, como una compraventa verdadera, cierta y real, perfectamente querida, y también perfecta en la estructura y efectos, aunque, como se desprende de su naturaleza fiduciaria, con una doble operatividad: en el ámbito externo, es decir, hacia afuera y respecto a terceros, produjo a favor del fiduciante «Solmar», que obtuvo la titularidad registral de los apartamentos, el poder correspondiente a esta posición jurídica, por lo que pudo y puede disponer válidamente de los apartamentos sin ninguna restricción ni limitaciones, pero en el interno, de las relaciones con su fiduciario, don Benito A. S., «Solmar» está obligada, aunque con efectos puramente obligacionales, que nacen del *pactum fidutias*, a hacer uso de su posición de derecho dentro de los fines correspondientes al verdadero fin del acto, esto es, a ejercitarlo de la manera convenida, solución ésta que no implica necesariamente ni se aprecia el engaño en el perjuicio de los terceros implicados (Banco Hipotecario, adquirentes de apartamentos), como en los actos fingidos ocurre, ya que estos contratantes de buena fe no pueden ser perjudicados por el pacto de fiducia, que no les afecta.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO SE DA ENTRE LA EDITORIAL QUE PUBLICA UNA FOTOGRAFIA DE UNA PERSONA AFECTADA DE UNA ENFERMEDAD INCURABLE Y LA INSTITUCION EN LA QUE FUE ATENDIDO EL PACIENTE (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—El demandante, hojeando una enciclopedia editada por Ediciones Rialp, S. A., vio una foto de él mismo con la palabra «acromegalia» al pie de la misma. Consultando el término vio que se trataba de una enfermedad incurable, circunstancia que le había sido ocultada por el médico y por sus familiares. Demanda por daños morales a la empresa editora, quien fue condenada.

Doctrina de la sentencia.—En el primer motivo del recurso se plantea a la casación el problema del litisconsorcio pasivo necesario en relación a la Institución Jiménez Díaz, que atendió a la paciente, y esta Sala tiene que entrar en el estudio de la cuestión, pues, conforme a su jurisprudencia

reiterada, es cuestión revisable de oficio; pero al hacerlo tiene que desestimar el motivo, pues tratándose en el caso de autos de la responsabilidad de una Editorial por el daño moral causado a la recurrida, al efectuarse la publicación en una revista de difusión científica dirigida por ella, de su fotografía y los detalles de la enfermedad incurable que padecía, cuestión que ella ignoraba por habérselo ocultado caritativamente sus médicos y sus familiares, no existe en los hechos probados, por no haberse ni siquiera intentado en el juicio, hacer la menor referencia de cómo llegaron a poder de la Editorial fotografía y diagnóstico, sin duda por haber encaminado ésta toda su defensa durante el juicio a afirmar y tratar de probar que la fotografía publicada no correspondía a la recurrida, y al no darse por probado por la instancia que la clínica en la que fue atendida la demandante ha tenido la menor intervención en el hecho de la publicación, no existe base de ninguna clase para estimar indispensable su concurrencia a este juicio.

NO EXONERA SU RESPONSABILIDAD EL DUEÑO DE UNA OBRA QUE CONTRATA SU EJECUCION CON UN TERCERO Y ES UN OPERARIO DE ESTE EL CAUSANTE DEL DAÑO EXIGIBLE (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—En un edificio en construcción se realizaban trabajos de soldadura, de los que se desprendieron unas chispas que causaron un incendio en un edificio colindante. «Mapfre, S. A.», como entidad aseguradora del mismo, demanda al dueño de la obra, que es condenado a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Al declararse probado en la sentencia recurrida que la obra en que trabajaba el operario cuya acción negligente originó los daños determinantes del resarcimiento que se reclama en el proceso de que estas actuaciones dimanen, se realizaba por encargo y cuenta del demandado, bajo la dirección e inspección de los técnicos por él nombrados, ejerciendo incluso personalmente vigilancia sobre la misma y haciendo efectivo su importe al finalizar las diversas unidades o trabajos parciales, y al condenar a dicho señor al pago de la indemnización reclamada por la entidad actora, como responsable, a efectos del párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil, no incurrió en las infracciones que se denuncian en el único motivo del presente recurso, que debe ser rechazado, porque según constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad emanada de dicho precepto no es subsidiaria, sino directa y refleja, por surgir del incumplimiento de los deberes que impone la relación de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que estén bajo su dependencia y de emplear la debida cautela en la elección de quienes trabajen por su cuenta, sin que a ello obste que el dueño de la obra, sobre todo si se lleva a efecto por administración, haya contratado con un tercero su ejecución y sea un operario de éste el causante material del daño exigible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código citado, porque las razones acabadas de exponer obligan a dicho dueño a emplear la debida cautela en la elección de quienes encomiende la mera realización y cuidado, puesto que los deberes de convivencia le imponen contratar los trabajos con empresa, persona individual o jurídica, de reconocida solvencia técnica, único caso en que sería dable admitir que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño y exonerarse de responsabilidad, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del indicado artículo 1.903.

ES SUBSUMIBLE EN EL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL LA OCUPACION POR UN AYUNTAMIENTO DE UNA PARCELA DE PROPIEDAD PARTICULAR PARA CONVERTIRLA EN VIA PUBLICA, REALIZANDO EN ELLA OBRAS DE URBANIZACION (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—El Ayuntamiento de Gijón, en la época de la guerra civil española, demolió una casa que era de propiedad particular, y más tarde sobre el terreno realizó las obras propias de una vía pública, como alcantarillado y pavimentación de calzada y aceras. Los herederos del dueño del terreno, una vez agotada la vía administrativa, demandan al Ayuntamiento ante la jurisdicción ordinaria solicitando una indemnización de cinco millones. El Juez de Primera Instancia condena a la Corporación Municipal a indemnizar en 190.000 pesetas, sentencia que es confirmada por la Audiencia. Pero el Supremo acoge el recurso de los actores y casa la recurrida resolución, estimando íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En primer lugar, respecto al sentido de la palabra «edificarse», empleada por el artículo 361 del Código civil, este Tribunal, en un caso que guarda más que semejanzas con el presente, pues en él se trataba también de la ocupación por una Corporación Municipal de cierta parcela de propiedad particular para destinarla a vía pública, realizando al efecto las obras de urbanización correspondientes para convertirla en calle y plaza de uso público, declaró en Sentencia de 20 de marzo de 1964 que el Tribunal *a quo* no incurrió en una indebida aplicación del artículo invocado, ya que el concepto genérico de las «edificaciones» no impone su limitación a lo construido sobre el suelo, máxime cuando a las «obras» en general, junto con las «edificaciones, plantaciones y siembra», se refieren los preceptos legales básicos que regulan la accesión.

En segundo término, no puede afirmarse, pese al silencio de los artículos 362 y 363, que en la hipótesis de incorporación de mala fe hecha en suelo ajeno con materiales propios, el dueño del terreno carezca del derecho que le confiere el artículo 361, en caso de buena fe del incorporante, de obligar si quiere al que realizó la obra a pagarle el precio del mismo, porque es opinión dominante en nuestra doctrina científica, merecedora de ser aceptada, que es natural que tenga dicho dueño del terreno, en el caso de mala fe del que edificó, plantó o sembró, iguales derechos que los que tendría en caso de buena fe por parte de aquél.

Si es doctrina de esta Sala que cuando el terreno es inalienable no hay opción y su dueño solamente tiene el derecho de hacer suyo lo incorporado mediante indemnización, por la misma razón en el caso contrario, esto es, cuando lo construido no sea susceptible de apropiación por los particulares al haber pasado el predio al dominio público o comunal, el dueño del inmueble, perdida la facultad de hacer suya la obra, conserva la otra facultad que le confiere el repetido artículo 361, por lo que podrá obligar al constructor a pagarle el precio de la finca.

Nos encontramos ante una expropiación por vía de hecho que se halla en abierta pugna, por lo menos, con la categórica prohibición contenida en el párrafo primero del artículo 349 del Código civil, a cuyo tenor nadie puede ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización, sin necesidad de recordar las sucesivas normas de rango constitucional que en la fecha de la privación y en la del ejercicio de la pretensión sancionaban y sancionan la misma prohibición, así como las normas administrativas al respecto, y si bien es verdad que la violación de la referida prohibición acarrea corrientemente el nacimiento de las

correspondientes acciones reales, posesorias y dominicales, también lo es que en el supuesto de que las circunstancias concurrentes impidan retrotraer la situación jurídica de la cosa a su primitivo estado, el dueño de la misma está igualmente autorizado para el ejercicio de la acción de resarcimiento del daño, comprendido el valor de lo apropiado, al amparo de las normas generales acuñadas en los artículos 1.902 y concordantes del Código civil.

En lo concerniente a la fecha que debe conceptuarse decisiva para la determinación del valor del inmueble apropiado por la demandada, dato de considerable importancia en tiempos de depreciación monetaria, como son los que han seguido a aquella apropiación antijurídica, la Sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1931 ya se adelantó a declarar, en aplicación del artículo 361, que el pago, naturalmente, ha de hacerse al precio que tenía cuando se verificó la tasación pericial, porque ahora es cuando el edificante recibe legalmente el terreno y su dueño el precio del mismo. Por otro lado, en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional, cualquiera que sea su grado, ha de estar, en orden a la determinación de sus elementos intrínsecos, a la prueba de su existencia al tiempo del ejercicio de la acción, pero en cuanto a la fijación de su cuantía, cuando lo que se pida sea su reparación pecuniaria, no ha de situarse, en los casos de alteración del valor monetario, ni en la fecha indicada ni en la de causación de aquéllos, sino en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el periodo de ejecución de sentencia, toda vez que se trata no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una *deuda de valor*.

COMENTARIO.—Eran dos las principales cuestiones que tenía planteadas el juzgador para resolver el caso expuesto. La primera, y más importante desde el punto de vista doctrinal, consistía en determinar si eran aplicables las disposiciones del Código civil reguladoras del derecho de accesión o si, por el contrario, nos encontrábamos ante un supuesto de expropiación forzosa. Y la segunda cuestión, nada baladí para los intereses económicos de las partes, en la que el problema se cifraba en resolver si la indemnización habría de pagarse tomando en consideración el valor que tenía la finca en el momento de la ocupación o bien en la época actual.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo, para declarar que nos hallamos ante un caso de accesión, va interpretando con mucha agudeza los preceptos reguladores de la misma, comenzando por el término «edificare», en el que considera incluidas cuantas obras se realizaren, aunque no estén construidas sobre el suelo.

A continuación recoge la doctrina científica para rellenar la laguna legal que dejan los artículos 362 y 363, estimando que el dueño del terreno en caso de mala fe del edificante ha de tener, cuando menos, los mismos derechos que los que tendría en caso de buena fe por parte de aquél.

Emplea, por fin, una tesis *a sensu contrario* demostrativa de la no existencia de expropiación forzosa, pues declara que estamos ante una simple «expropiación por vía de hecho», prohibida por el párrafo primero del artículo 349 del Código civil, no pudiendo, por tanto, la Corporación Municipal disfrutar de la protección legal que le hubiera deparado el correcto ejercicio de aquella potestad.

Por lo que hace referencia al problema del momento que hay que tomar para valorar la finca, antijurídicamente ocupada, con objeto de fijar la indemnización, el Supremo también discrepa de la sentencia de Instancia, proclamando la doctrina de que al pedirse reparación pecuniaria su cuantía se situará en el día en que recaiga la definitiva condena a la reparación.

En suma, sentencia de gran interés, con variados puntos destacados, entre los que descuella la interpretación del derecho de accesión.

LOS NEGOCIOS JURIDICOS DEBEN SER CALIFICADOS DE ACUERDO CON SU VERDADERO CONTENIDO (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina muy reiterada de esta Sala que los negocios jurídicos no deben ser calificados con arreglo a la denominación que se les atribuya, sino conforme a su verdadero contenido, por lo que aun cuando el fallo recurrido condena a los demandados al otorgamiento de escritura pública de «compraventa», como a continuación se especifica que se haga de acuerdo con lo pedido en la demanda, «en la forma y condiciones establecidas en dicho contrato», será de estas condiciones de las que deberá extraerse la calificación del convenio documentado en el instrumento público.

AUTOCONTRATACION: ESTA FIGURA NO APARECE RECOGIDA DE MANERA EXPLICITA EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO, SALVO ESPECIFICAS PROHIBICIONES (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Los motivos primero y segundo están planteando el problema de la aplicabilidad al supuesto de autos del contrato consigo mismo o autocontratación, al salir fiadora la Sociedad «Casares y Compañía», representada por su socio y gerente don José Casares Elizalde, de los contratos de préstamo concertados entre éste, en su propio favor, y el actor y hoy recurrido; figura jurídica que si bien no aparece recogida en nuestro Ordenamiento jurídico positivo de manera explícita, está reconocida tanto por la doctrina científica como por la legal con carácter general, aunque no es admitida, aparte de las que se entienden como específicas prohibiciones contenidas en nuestro Código civil, artículos 165; 236, número 2.º; 275, números 3.º y 4.º, y Código de Comercio, artículos 135, 136, 267, tanto por analogía con los supuestos previstos en dichos preceptos, como para evitar el posible abuso que por parte del representante pudiera dar lugar en aquellos casos de incompatibilidad de intereses, entre los propios del representado y los del representante, a no ser, conforme a la doctrina jurisprudencial, se acredite la existencia de poder expreso para ello o que de los términos en los que aparezca extendido el poder con el que el representante actúa permitan calificarle de adecuado, suficiente o bastante para poder celebrar contratos consigo mismo; y como la recurrida sentencia, tanto del análisis y exégesis de los artículos 7 y 8 de los Estatutos por los que se rige la Sociedad «Casares y Compañía», afirma que el señor Casares no actuó con extralimitación de poder, como de la interpretación de dicho poder, declara que aunque en el supuesto de autos se diera aquella pugna de intereses, por la amplitud de sus términos habría que estimar como comprendidas dentro de las facultades del apoderado la de comprometer con él solidariamente también a la Sociedad, labor interpretativa que no ha sido atacada en el recurso, lo que impide a esta Sala poder examinar dicho poder y consecuentemente, en su caso, llegar a sentar conclusión distinta a la apreciada por el juzgador de Instancia, necesariamente hacen decaigan los referidos motivos.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: EL ARRENDAMIENTO DE UNA FINCA CONSIDERADA EN EL PLAN GENERAL DE ORDENACION COMO DE RESERVA Y PROXIMA A UN CLUB DE TENIS Y A UNA URBANIZACION, NO ESTA SUJETO AL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1975).

A juicio de los propietarios arrendadores de la finca, el contrato ha de entenderse excluido de la legislación especial, por estar enclavada en zona de ensanche del núcleo urbano, afectada por el Plan General de Ordenación Urbana, que la calificaba como de reserva urbana edificable, teniendo además, por su proximidad a las playas de la Costa Brava, un valor en venta que duplica el precio que corresponde en el mercado a las de su misma calidad y cultivo. Según ello, el arrendatario debía abandonar la mitad de las tierras arrendadas el 24 de junio y la otra mitad el 24 de diciembre. Requerido notarialmente el colono, no atendió el mismo, por lo que se le demandó ante el Juzgado de La Bisbal para el desahucio, conforme al artículo 1.569 del Código civil. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior sentencia.

No prospera el recurso de revisión. Por certificación del Ayuntamiento consta que la finca está incluida en el Plan de Ordenación, con la calificación antes indicada y próxima a un club de tenis y a una urbanización, por lo que concurren los requisitos para excluirla del carácter rústico, probándose la plusvalía de la finca mediante informe pericial, sin que sean aceptables los argumentos del recurso de que esta valoración haya que deducirla de la correspondiente a otras de la misma calidad y cultivo porque, una vez señalado el precio en venta por los medios procedentes, no es preciso ningún término comparativo, según reiterada jurisprudencia. No puede admitirse la estimación basada en la renta, que por el tiempo transcurrido desde la fecha inicial del contrato es inferior a la que le correspondería en la actualidad, mientras que en el informe pericial se hacen contar datos como la situación, descripción y medida superficial de la finca, sus características de productividad y renta y las peculiaridades de las que la rodean, todo ello como antecedente necesario para fijar su actual precio de venta.

DESAHUCIO: NO HABIENDO NOTIFICADO CON UN AÑO DE ANTELACION EL ARRENDATARIO SU DESEO DE CONTINUAR EN LA FINCA SE HA EXTINGUIDO EL CONTRATO PORQUE NO PROCEDE LA PRORROGA LEGAL (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1975).

Se pretende el desahucio del arrendatario por no haber pagado las cuotas de la Seguridad Social y de la Hermandad de Labradores, así como el importe de las reparaciones en la finca. El Juzgado número 2 de Badajoz estimó en parte la demanda y condenó a satisfacer al actor las sumas debidas, desestimando las demás peticiones, sentencia que confirmó la Audiencia de Cáceres en todas sus partes.

Triunfa el recurso de revisión. El contrato vencía en 1968 y por mutuo acuerdo se prorrogó por tres años más, sin que el arrendatario utilizase su derecho de prórroga transcurrida la voluntaria. Por tanto, finaliza el arrendamiento en 1971, al no haber notificado al arrendador con un año de antelación su deseo de continuar en la finca, notificación que no aparece de las actuaciones realizadas.

RETRACTO: AUNQUE NO SE DE AL CONTRATO EL NOMBRE DE ARRENDAMIENTO SE HA DEMOSTRADO CUMPLIDAMENTE SU CARACTER DE TAL, POR LO QUE PROCEDE EL RETRACTO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Vendida la finca arrendada a un extraño, éste no notifica la adquisición al arrendatario, quien enterado de la venta interpone demanda ante el Juzgado Comarcal de Tineo. Este denegó la acción por incompetencia de jurisdicción, por lo cual se dirigió la demanda al Juzgado de Primera Instancia, que la admitió plenamente, revocando la Audiencia esta resolución.

Prosperó el recurso de revisión interpuesto por el demandante. Ni la falta de contrato escrito, ni la de recibos, ni la no mención en la escritura de compraventa prueban nada, y tanto en la sentencia del Juez comarcal como en la de Primera Instancia se aceptó la cualidad de arrendatario del actor, a lo que no contradice eficazmente que en el documento no se mencionase el nombre de arrendamiento y sí se hablase de una compraventa de frutos por cantidad fija y durante diez años, lo que supone un fraude para querer escapar de un mandato legal, apoyándose en las mismas leyes. También se considera infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber introducido el órgano jurisdiccional premisas o excepciones no alegadas por las partes, con lo que se produjo un desequilibrio en la litis y la consecuente indefensión del actor.

DESAHUCIO: LLEGADO EL VENCIMIENTO DEL CONTRATO NO SE NOTIFICA EL DESEO DE QUERER CONTINUAR EN LA FINCA, POR LO QUE PROCEDE EL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Arrendada una finca rústica por seis años con una renta anual de 141 quintales métricos por la que era usufructuaria de una parte y propietaria del resto, se demanda por los herederos de aquélla, en los que se consolidó el dominio a su fallecimiento, solicitando la resolución del arrendamiento por finalizar el plazo contractual. El Juzgado número 5 de Sevilla y la Audiencia de la misma capital desestimaron la demanda.

Tiene éxito el recurso de revisión, ya que mediante certificación del Registro de la Propiedad se demuestra que la arrendadora era plena propietaria de la parte mayor de la finca y usufructuaria del resto, demostrándose que el recurrente, junto con otros señores, adquirieron la nuda propiedad del padre de aquélla, consolidándose la plena propiedad a su fallecimiento, por lo que existe una comunidad hereditaria entre ellos, pudiendo ejercer cualquiera de los comuneros las acciones correspondientes al arrendamiento de las tierras, conforme a reiterada jurisprudencia. El contrato podría prorrogarse por un plazo de seis años, pero deberá notificarlo con un año de antelación, sin que conste que el arrendatario hiciese notificación alguna de sus deseos de prorrogarlo, por lo que aquél quedó extinguido y el arrendador puede ejercitar la acción de desahucio del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. Por otra parte, el fallecimiento de la arrendadora produjo, al extinguirse el usufructo, el fin del arrendamiento, ya que el usufructo no se concreta sobre parte determinada de la finca, que permaneció indivisa, operando también la causa 2.ª del referido artículo 28 del texto legal arrendaticio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

REVALORIZACION DE RENTAS: NO EXISTE CADUCIDAD DE LA ACCION PORQUE EL ARRENDATARIO CONSIGNO LA DIFERENCIA RECLAMADA EN OTRO JUICIO ANTERIOR SOBRE RESOLUCION DE CONTRATO, RECONOCIENDO ASI LA LEGITIMIDAD DE LA RECLAMACION (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1975).

En el contrato de arrendamiento se estableció una cláusula de actualización de rentas, consistente en someterse a los aumentos que pudieran establecer las disposiciones legales, pero retrotrayendo la fecha del contrato a 1935—que fue cuando se arrendó por primera vez el local—, fijándose unas cantidades mensuales para los dos primeros quinquenios, y a partir de 1971 los aumentos recaerían sobre la totalidad de la renta contractual que rigiera a la sazón con todos sus incrementos. En 1969, el arrendador exigió el aumento de la Ley de 11 de junio de 1964, alegando la parte demandada la nulidad del contrato en la referida cláusula. El juicio de resolución se enervó con la consignación de las diferencias reclamadas, antes de contestar a la demanda. Posteriormente se entabló acción para declarar la validez de la cláusula y de los aumentos procedentes. El Juzgado número 3 de La Coruña desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó parcialmente aquella sentencia y declaró la validez de la cláusula de revalorización.

No triunfa el recurso de injusticia porque no ha lugar a la caducidad alegada de la acción, ya que si la propietaria comunicó la elevación de renta en 1969 y el arrendatario negó el aumento, rectificó éste después consignando en su totalidad la cantidad reclamada, sin reserva de ninguna clase en el proceso sobre resolución de contrato, lo que implicó el reconocimiento de la legitimidad de tal reclamación y dejó sin efecto las consecuencias de la iniciación del plazo de caducidad, porque nadie puede ir contra sus propios actos. La cláusula contractual amplió sus efectos a las elevaciones que pudieran producirse legalmente, es decir, a cuantos se acordaran después del convenio, por lo que, con arreglo al principio *in claris non fit interpretatio*, hace innecesario acudir a otra regla interpretativa de las contenidas en el Código civil, tal como hizo el Tribunal *a quo*. La citada cláusula no va contra ningún precepto legal, sino que representa la adopción de un sistema de estabilización de la renta distinto del legal, aunque acomodado a éste y admitido por la jurisprudencia de esta Sala por no oponerse al interés o al orden público ni causar perjuicio a terceros, siendo aplicable el artículo 1.091 del Código.

DENEGACION DE PRORROGA LEGAL: LA CONVERSION DE UN LOCAL EN ALMACEN CONSTITUYE EL CIERRE DEL MISMO Y PROVOCA LA DENEGACION DE LA PRORROGA LEGAL (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1975).

Durante dos años está cerrado el local arrendado para taller de pinturas, dedicándolo a almacén al servicio de un bar próximo, a cuyo dueño parece haber subarrendado el arrendatario dicho local, por lo que se pide el desalojo del mismo y la resolución del contrato. El Juzgado número 3 de Gijón desestimó la demanda, pero la Audiencia de Oviedo revocó la sentencia anterior y declaró la resolución del contrato.

No prospera el recurso de injusticia, ya que el contrato era de local de

negocio y el arrendatario lo convirtió en almacén, que es el destino que tiene al interponerse la demanda y tenía ya con dos años de anticipación, por lo que el Tribunal *a quo* aplica correctamente el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con la causa 3.ª del artículo 62, siendo constante la doctrina jurisprudencial en el sentido de que convertir un local en almacén constituye el cierre, que la ley no permite y sanciona con la resolución del arrendamiento.

OBRAS INCONSENTIDAS: LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS DE ADAPTACION DEL LOCAL ARRENDADO NO PUEDE CONSIDERARSE DE VIGENCIA INDEFINIDA (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1975).

Se demanda a la sociedad arrendataria por haber hecho uso abusivo del local, realizando en él obras inconsistentes. El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia lo confirmó.

Tampoco triunfa el recurso. Aunque los arrendadores autorizaron obras para adaptar el local arrendado al negocio, condicionándolas a que no afectasen a la estructura o partes principales del edificio, no puede considerarse de vigencia indefinida tal autorización, pues han pasado más de veinte años desde que se concedió. La elevación del nivel del piso y sustitución del mismo por pavimento de baldosas, el hecho de privar de luz natural al sótano suprimiendo los accesos al mismo, son obras que afectan indudablemente a la estructura y configuración del local.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL PROCEDIMIENTO ARRENDATICIO ES EL ADECUADO CUANDO LA CASA ES LO PRINCIPAL Y EL TERRENO ES ACCESORIO, NO CONSTITUYENDO UN TODO UNITARIO E INDIVISIBLE (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1975).

Se arrendó una casa con un terreno anejo, observando la propietaria que los ocupan otras personas distintas del arrendatario sin que se vea al titular del arrendamiento, por lo que se demanda a éste por cesión o traspaso inconsentido. El Juez de Mondoñedo estimó la excepción dilatoria de inadecuación del procedimiento, pero la Audiencia de La Coruña estimó la demanda.

No ha lugar al recurso de injusticia en el Supremo, puesto que la doctrina jurisprudencial alegada por el recurrente no es de aplicación al presente caso, por tratarse de arrendamientos de solar con la obligación por el arrendatario de construir o reconstruir un edificio, incluyéndose lo construido en el arrendamiento una vez terminada la obra o con otro contenido obligacional complejo que es el que se observa también en los casos mencionados, pero que no se da en el que nos ocupa, consistente en la cesión del uso o goce de varias cosas a cambio de una contraprestación en concepto de renta, que es lo que se tomó en consideración aquí. Se puede hablar de complejidad del contrato cuando el objeto arrendado es plural, implicando disparidad de objetos, como se ve en algunas sentencias que fueron resueltas por el Tribunal Supremo valorando si el conjunto constituía o no un todo unitario e indivisible o más bien atendiendo al predominio o principalidad de alguno de los elementos integrados sobre los demás que son accesorios, criterio éste que fue el aplicado por el Tribunal *a quo*, ya que lo importante fue el local de negocio, siendo el resto de lo incluido en el contrato complementario y accesorio, lo que evidencia que la interpretación fue correcta. Siendo adecuado el procedimiento está claro

que la cesión o traspaso se deduce de la prueba documental obrante en autos, suficiente para acreditar la introducción de una tercera persona en la relación arrendaticia sin consentimiento de la propietaria, lo que ha quedado incólume al no ser impugnado por el cauce adecuado, siendo correcta la aplicación del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que hizo la Sala.

SUBARRIENDO ILEGAL: NO SE DEMUESTRA QUE EL OCUPANTE DEL LOCAL SEA UN TRABAJADOR AL SERVICIO DEL ARRENDATARIO, PUES ESTE NO FIGURA COMO PATRON EN LA SEGURIDAD SOCIAL. NO EXISTE ABUSO DE DERECHO CUANDO LA SANCION DEL EXCESO O ANORMALIDAD EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO ESTA GARANTIZADA POR UN PRECEPTO LEGAL (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1975).

Arrendados un bajo y un entresuelo conjuntamente, según se pactó expresamente, el arrendatario subarrendó el piso sin consentimiento del arrendador, por lo que se entabla la demanda, solicitando la resolución del contrato. El Juez de Palma de Mallorca—número 1—desestimó la demanda, pero la Audiencia de la misma capital la revocó, decretando el lanzamiento del arrendatario.

No ha lugar al recurso de injusticia, entendiendo el Tribunal Supremo que el acto no debe probar la ilicitud de la ocupación por otra persona distinta del arrendatario, porque basta leer el artículo 114 de la Ley Arrendaticia para comprobar que el subarriendo de modo distinto al autorizado es causa de resolución, y en este caso el Tribunal *a quo* no sólo ha aplicado esta presunción, sino que ha declarado la realidad de la existencia del subarriendo incontestado como hecho probado sin que el demandado haya alegado error en la apreciación de la prueba. No puede admitirse que el ocupante del entresuelo sea un trabajador al servicio del arrendatario, ya que éste no figura como patrono de ningún trabajador en la Seguridad Social. En cuanto al abuso de derecho no puede estimarse de oficio y no se alegó oportunamente, por lo que es una cuestión nueva no debatida en el pleito; pero aun entrando en el fondo, no aparecen ni las circunstancias subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo del actor o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho, y, además, en este caso, la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizada por un precepto legal, es decir, que no se puede invocar en favor de quien sea responsable de una acción antijurídica.

RESOLUCION DE CONTRATO: LOS TRIBUNALES CIVILES NO PUEDEN DESCONOCER LAS RESOLUCIONES DE LOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE RUINA DE LOS INMUEBLES (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1975).

Dado el estado peligroso del inmueble en el que se halla el local arrendado para farmacia, los propietarios solicitaron y obtuvieron la declaración de ruina. La arrendataria recurrió ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia, cuyo Tribunal desestimó el recurso. No obstante la declaración de ruina y la orden de derribo del edificio, la arrendataria no desalojó el local, por lo que se solicita la resolución del contrato ante el Juzgado de

Soria, el cual estimó la demanda, confirmando la Audiencia de Burgos íntegramente la sentencia del Tribunal inferior.

No triunfa el recurso. El acuerdo de la Administración municipal declarando la ruina únicamente es susceptible de impugnación en vía contenciosa, y cuando ha ganado firmeza la resolución de esta jurisdicción, vincula también a los tribunales civiles, que no pueden revisar aquel acuerdo, que es presupuesto determinante de la resolución del contrato, por lo que la sentencia recurrida aplicó correctamente la causa resolutoria del arrendamiento.

CESION ILEGAL: AUNQUE SE DESFIGURE EL CONTRATO SIMULANDO OTRA RELACION ENTRE ARRENDATARIO Y OCUPANTE DEL LOCAL, HAN DE APLICARSE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA CESION O TRASPASO INCONSENTIDO (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1975).

Se solicita la rescisión del contrato por cesión o traspaso ilegal del local arrendado. El Juzgado número 16 de Madrid estimó la demanda, confirmando íntegramente la Audiencia la sentencia anterior.

No prospera el recurso de injusticia, ya que no se aprecia el error del que se acusa al Tribunal de Instancia en la valoración de la prueba, porque cualesquiera que sean los pactos privados que existan entre los arrendatarios y los ocupantes actuales del local, el uso y ocupación de aquél no lo tiene la arrendataria, sino terceras personas, ya se entienda configurada una cesión, subarriendo o traspaso, que, sin duda, ha tratado de desfigurarse para eludir la prohibición legal, burlando los derechos que la legislación arrendaticia reconoce al propietario. Tampoco puede prosperar el motivo segundo, que hace supuesto de la cuestión fáctica, rechazada por los anteriores razonamientos.

TRANSFORMACION DE LOCAL EN VIVIENDA: NO ES NECESARIO PARA QUE SE DE LA CAUSA RESOLUTORIA QUE LA TRANSFORMACION AFECTE A LA TOTALIDAD DEL LOCAL (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1975).

Arrendado un primer piso para peluquería de señoras, el arrendatario estableció en él su vivienda, habiendo dejado de pagar incluso la licencia fiscal del Impuesto Industrial, incumpliendo así el contrato que prohibía expresamente esta transformación. El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior.

Tiene éxito el recurso de injusticia. Como ha declarado la Sentencia de 10 de junio de 1963, no es necesario que la transformación afecte a la totalidad del local, y en el caso de autos, dada la claridad de la cláusula 14ª del contrato, no cabe duda que el destino pactado fue el de peluquería de señoras, careciendo el piso de vivienda, por lo que se ha producido una transformación al dedicarlo esencialmente para vivienda, según manifestó el propio demandado al absolver posiciones de las que le fueron dirigidas de contrario, procediendo la desestimación del recurso en su totalidad.

C. R. R.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO.—NULIDAD.—INCAPACIDAD DEL TESTADOR.—FALTA DE CONOCIMIENTO DEL TESTADOR POR UN TESTIGO.—POSESION DE BUENA Y MALA FE.—RESTITUCION DE FRUTOS.—Artículos 685, párrafo 1.º; 687; 1.281, párrafo 1.º; 1.283; 434; 451, párrafo 1.º; 453, párrafos 1.º y 2.º; 454, y 455 del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1977).

Doña P. P. S., de setenta y nueve años, que venía padeciendo desde hace algún tiempo alteraciones psíquicas y arterioesclerosis generalizada, sufrió el 6 de diciembre de 1972 un ataque de trombosis cerebral por la que fue internada en una clínica de Zaragoza, otorgando testamento notarial a las dieciocho horas y veinte minutos del día siguiente, conforme a las notas y redacción que el propio Notario había recogido en sus dos visitas anteriores hechas a la testadora en su domicilio en los primeros días del precedente mes de noviembre y a finales del mismo mes, llevando el Notario el testamento ya redactado y otorgando el mismo la testadora, que lo firmó en presencia de los dos testigos requeridos por la Compilación aragonesa, que lo fueron: uno, el propio médico director de la clínica, quien era al propio tiempo médico de cabecera de la testadora, y otro, un médico también de la propia clínica, que no se había relacionado ni había visto con anterioridad a la testadora, si bien fue previamente enterado por el director de lo que se pretendía de él, esto es, que actuase como testigo del testamento de la enferma, doña P. P. S., la cual falleció el 26 de diciembre de 1972. Todos los instituidos en este último testamento—que favorece notablemente a una sobrina, demandada, apelada y recurrente—, como los instituidos en otro testamento anterior, son herederos o sucesores voluntarios.

Los demandantes, apelantes y recurridos—sobrinos y personas favorecidas por el primer testamento y perjudicadas por el segundo—niegan la posibilidad de que en el tiempo de otorgar este último testamento, el día 7 de diciembre de 1972, tuviera doña P. P. S. la capacidad requerida para testar en forma legal y cumpliendo los correspondientes requisitos, y ello pese al juicio de los dos médicos que concurrieron como testigos y sin desdoro de su capacidad profesional, puesto que, de una parte, no son especialistas en enfermedades como la que causó el fallecimiento de la testadora, y, de otra, desconocen cuál es el grado de integridad mental preciso para el otorgamiento. Mas siendo ello una cuestión de prueba, dejan planteada tal afirmación y, sin más razonamientos, se remiten a cuanto de la prueba resulte. Y en la demanda que se acumuló a la precedente, versando ésta no sobre la incapacidad de la testadora, sino sobre el incumplimiento de formalidades testamentarias, la parte actora señala que testigos del testamento cuya validez se impugna fueron los médicos don A. P. F., director de la clínica donde se encontraba la testadora, y don A. A. L., al servicio de la propia clínica; que, según asegura el Notario autorizante, la testadora le mandó llamar tiempo antes para comunicarle su última voluntad, haciendo él dos visitas a la testadora con este fin en el domicilio de aquélla; pero, sin haber otorgado todavía su nuevo testamento, el día 6 de diciembre de 1972 por la tarde sufrió doña P. P. S. un ataque de trombosis cerebral, del que había de morir a los veinte días, siendo conducida semiinconsciente a la clínica; el día 7 siguiente, a las dieciocho veinte horas aparece otorgado por ella el testamento que aquí se impugna y acerca del cual conviene observar (siempre según la parte demandante): que la testadora no comunicó su voluntad al Notario delante de los testigos, sino que el Notario se limitó a leer el testamento que ya llevaba preparado y, según versión de la contraparte,

la testadora confirmó que aquélla era su última voluntad; el Notario asevera en el testamento que los testigos dicen conocer a la testadora; sin embargo, uno de los dos testigos, el doctor A. A. L., no la conocía y fue en aquel otorgamiento la primera vez que la vio. Y, en consecuencia, suplica esta parte que se declare la nulidad de pleno derecho de dicho testamento, condenando a la parte demandada a restituir los bienes que hubiera ocupado, indemnizar por los válidamente enajenados o que hubieran desaparecido y restituir los frutos percibidos y debidos percibir (la considera poseedora de mala fe).

La parte demandada argumenta, entre otras razones, que del otorgamiento del testamento cuestionado fueron testigos, efectivamente, los médicos que se dice de contrario, quienes fueron llamados a serlo accidentalmente, por ser las personas de mayor autoridad y con capacidad para testificar que al tiempo de producirse el acto se hallaban presentes en la clínica, lugar en que el mismo se produjo, no habiendo sido llamados al mismo otorgamiento los médicos que más habitualmente asistían a la testadora, y en particular el especialista neurólogo doctor C., por la contraria y potísima (*sic*) razón de no encontrarse ninguno de ellos en la clínica precipitada al tiempo de tener aquél lugar y, además, porque no era precisa la específica intervención de los mismos al efecto de que se trataba. Siendo de advertir que era uno de los testigos, el doctor A. P. F., quien, como médico de cabecera, se cuidaba ordinariamente de la salud de la testadora. Y relatando lo, según ella, sucedido, aclara esta parte que, después de las dos visitas domiciliarias del Notario, en la tarde del día 6 de diciembre de 1972, sin haber otorgado todavía el testamento que el Notario había redactado, doña P. P. S., que hasta entonces había hecho vida totalmente normal, conduciéndose como desde siempre, sufrió un ataque que, sin privarla de conciencia ni de voluntad, la dejó inmovilizada y sin poder valer-se por sí, lo que motivó que, por indicación médica, fuera internada, inmediatamente después, en la clínica y sometida, sin pérdida de tiempo, al tratamiento preciso para hacerla recobrar el normal funcionamiento de sus miembros. Al día siguiente, doña P. P. S., ya recuperada, encargó a sus acompañantes que pidieran por teléfono a don M. V. P. que fuera a visitarla, y llegado dicho señor a su habitación, le encargó que fuera a buscar al Notario para otorgar el testamento que le tenía encargado. Cumplido el encargo y presentado en la clínica el prenombrado fedatario, después de cerciorarse de que doña P. P. S. quería y podía testar, requirió la presencia de los dos testigos precisos, a cuyo requerimiento contestó la propia enferma encargando a su sobrina, y ahora demandada, doña T. G. P., presente en la habitación, que fuese a buscar al doctor don A. P. E., director de la clínica y médico de cabecera de la propia doña P. P. S., para que fuera él quien procurase los testigos interesados. En ejecución de tal encargo, su prenombrada mandante acudió al despacho que en la repetida clínica tenía el doctor A. P. F., a quien encontró acompañado de otros señores, médicos de la misma clínica, y a quien dio el encargo que le había llevado allí, retirándose a continuación de que el interesado le dijera que se ocuparía inmediatamente de lo encargado. Mas como quiera que vuelta doña T. G. P. a la habitación de su tía, después de haber pasado por el bar de la clínica para tomar un café, advirtiera que aún no habían llegado a dicha habitación los testigos requeridos, volvió de nuevo al despacho del doctor A. P. F., a quien encontró ahora acompañado de quien entonces le fue presentado como el doctor don A. A. L., analista de la clínica tantas veces nombrada. En dicho momento, reunidos doña T. G. P. y los doctores A. A. L. y A. P. F., fue cuando este último preguntó a su colega si quería actuar con él como testigo en el otorgamiento del testamento de doña P. P. S., a lo que el preguntado accedió, y fue a continuación, mientras los tres se dirigían juntos a la habitación de la enferma, cuando el propio doctor A. P. F. informó al doctor A. A. L. de la identidad de la enferma

y de las causas y circunstancias que en otras ocasiones anteriores y en la de entonces habían motivado su hospitalización, a lo que el informado replicó que quizá él la conocía por haber coincidido alguna vez con ella. En todo caso, siendo el doctor A. A. L. el analista o el jefe de laboratorio de la clínica meritada y habiéndole sido hechos a doña P. P. S. ciertos análisis clínicos; es inconcuso que dicho doctor había de tener noticia de la existencia de dicha señora. Llegados a la puerta de la habitación de la enferma, quedó ante ella doña T. G. P., mientras que los doctores precisados entraron en dicha habitación, en la que se hallaban el Notario y don M. V. P., haciéndose entre unos y otros las presentaciones. Y fue a continuación de dichas presentaciones y de explicar el Notario el objeto de su interés por dos testigos, siendo las dieciocho horas y veinte minutos del día 7 de diciembre de 1972, cuando en la habitación en que se hallaba en cama doña P. P. S., y hallándose presentes, además, los dos prenombrados testigos y don M. V. P., el Notario dio lectura en alta voz al testamento ahora impugnado, y de todo ello se dio fe en el mismo testamento. Y como quiera que durante la lectura del repetido testamento y al final de la misma la testadora había manifestado y manifestó su asentimiento y conformidad con lo leído, el fedatario añadió: «Y la testadora, viéndola, oyéndola y entendiéndola los testigos, manifiesta que lo escrito y leído es su voluntad, por lo cual presta su consentimiento, ratificándose en su contenido, y firma con los testigos y conmigo», como así fue hecho al término de la lectura. El testigo don A. A. L., propuesto como testigo de la parte demandante, manifestó que fue en aquella ocasión la primera vez que vio a doña P. P. S., que el testigo era la primera vez que veía a dicha señora y que no la conocía en absoluto anteriormente, por lo que no podía comparar su capacidad mental en aquel momento con la que tuviera estando sana.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza desestimó ambas demandas acumuladas. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza declaró haber lugar a los recursos de apelación y, en consecuencia, que es nulo el testamento otorgado por doña P. P. S. el 7 de diciembre de 1972, condenando a los demandados a restituir a la masa hereditaria todos los bienes de doña P. P. S. que hubieren ocupado y, en su caso, a prestar la correspondiente indemnización por aquellos que válidamente hubieren enajenado, así como a restituir los frutos percibidos y los debidos percibir, sin especial pronunciamiento sobre imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Los demandados y apelados interponen recurso de casación por infracción de ley bajo la dirección del Letrado don J. B. B., articulado en los siguientes motivos:

Primer motivo: Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en este motivo la interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco, párrafo primero, del Código civil. La sentencia de Instancia, al aplicar dicho precepto al caso objeto de esta litis, sienta las siguientes afirmaciones: Que es rigurosamente preciso que ambos testigos conjuntamente o *in solidum* conozcan al testador, es decir, tengan trato y comunicación con aquél. Que en modo alguno pueden equipararse los testigos de conocimiento a los testigos de identificación, que sólo individualizan a una persona frente a todas las demás, aun sin conocerla. Por tanto, el artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil exige que los dos testigos conozcan al testador antes del acto de otorgamiento.—Que el previo conocimiento de la testadora por el testigo, se exige como un requisito esencialísimo para poder juzgar su capacidad. En base a esta interpretación del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil, la sentencia llega a la conclusión de que uno de los testigos intervinientes—el doctor A. A.—no conocía a la testadora. Para ello se apoya en su contestación a la pregunta

(en la que el mencionado testigo dice que era la primera vez que veía a la testadora) y en su respuesta a las repreguntas en las que afirma dicho testigo que es cierto que no conocía anteriormente a doña P. P. S., por lo cual no podía comparar su capacidad mental en aquel momento con la que tuviera estando sana. En el presente motivo se combate, por la adecuada vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, una cuestión cual es el sentido e interpretación que la Sala de Instancia atribuye a la expresión conocimiento del testador, puesto que entendemos que la sentencia recurrida sólo ha podido declarar la falta de conocimiento en uno de los testigos mediante una errónea interpretación del párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco, exigiendo una especial categoría de conocimiento por parte de dicho testigo que en modo alguno se deduce de los términos del citado precepto. Considera esta parte que ninguna de las aseveraciones de la resolución de Instancia puede encuadrarse dentro de una exégesis lógica del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil. En efecto, la finalidad que persigue dicho precepto no es otra que lograr la identificación del testador, es decir, llegar al convencimiento de que el otorgante del testamento es efectivamente la persona que dice ser y no otra que la suplantada, lo cual puede lograrse bien a través de los solos testigos instrumentales o bien acudiendo a la vía subsidiaria de los llamados testigos de conocimiento, que complementan la imposibilidad de identificar en que se hallan los instrumentales, por no poder éstos precisar razonablemente si el testador es o no quien manifiesta ser. Es arbitraria la distinción que hace la Sala de Zaragoza entre testigos de conocimiento y testigos de identificación, dado que las dos especies testificales a que se refiere el artículo seiscientos ochenta y cinco tienen como fin precisamente identificar al testador, *ratio legis* que en modo alguno puede ser interpretada como exigencia de que los testigos intervinientes en el testamento hayan de tener relación estrecha con aquél en fecha anterior al otorgamiento, sino como advertencia de que la identidad del testador ha de quedar clara y específicamente establecida. La sentencia de Instancia parece, además, confundir las ideas de identificación y distinción física de una persona respecto a otras, al expresar que los testigos de identificación sólo individualizan a una persona frente a todas las demás aun sin conocerla. En realidad no es así: el testigo interviniente en el testamento, pertenezca a cualquiera de las categorías que menciona el párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco, no solamente distingue físicamente a una persona frente a las demás—ya que eso puede hacerlo cualquiera mediante el solo sentido de la vista—, sino que, además, corrobora la distinción jurídica de esa persona respecto de las otras, es decir, establece y afirma su identidad, porque así le consta. Sin embargo, para esta afirmación no precisa de especiales relaciones o tratos anteriores con el otorgante, sino que basta que haya llegado a dicha conclusión en el momento en que el testamento se produce. La finalidad identificatoria de los testigos que menciona el precepto citado viene, además, corroborada por el artículo siguiente, el seiscientos ochenta y seis, cuyo inciso primero se refiere al supuesto de que no pudiese identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, y que en su párrafo segundo atribuye la carga de la prueba a quien sostenga la identidad del testador. Con estas expresiones se nos está indicando que tanto la intervención de los testigos instrumentales como la de los de conocimiento, en su caso, no tiene más fin, a los efectos del párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco, que el puro y simple de establecer la identidad del testador. Citaba la sentencia de dieciséis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve. Frente a esta lógica interpretación del artículo seiscientos ochenta y cinco, la Sala de Instancia, con su distinción—a nuestro juicio equivocada—entre testigos de conocimiento y testigos de identificación, estima que los primeros han de tener trato y comunica-

ción con el testador. Es destacable, por otra parte, que los propios demandantes reconocen expresamente que el testigo (doctor A. A.) no tenía duda sobre la identidad de la testadora. Ha de reputarse, pues, errada la sentencia recurrida cuando dice que el artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil exige que los dos testigos conozcan al testador antes del acto del otorgamiento. Cita las sentencias de veintisiete de mayo de mil novecientos catorce y veinte de junio de mil novecientos veintitrés. En el caso presente ocurre existió un conocimiento anterior al acto de testar, si bien aquélla, con su especial criterio acerca del término conocimiento, no lo considera suficiente. En efecto, la doctrina legal (sentencia de veintisiete de diciembre de mil novecientos treinta, entre otras) tiene declarado que el acto de testar en su unidad necesaria no principia hasta que reunidos el fedatario y los testigos con el testador se da comienzo por el Notario a la lectura del testamento que redactó siguiendo las instrucciones de aquél. De acuerdo con esta idea, ambos testigos conocían a doña P. P. antes del otorgamiento. La sentencia de Instancia confunde en realidad dos ideas que son totalmente diferentes: la identificación del testador por parte de los testigos y la aseveración por éstos del cabal juicio de aquél. Dice el considerando tercero que el previo conocimiento de la testadora por el testigo se exige como un requisito esencialísimo para poder juzgar de su capacidad. Esta interpretación resulta equivocada. El artículo seiscientos ochenta y cinco, en su párrafo primero, trata de arbitrar los medios precisos para impedir la suplantación del testador. El conocimiento exigido a los testigos es tan sólo el necesario para establecer la identidad de aquél. Otra cosa distinta enteramente es la advertencia que contiene el párrafo segundo del propio artículo seiscientos ochenta y cinco (el Notario y los testigos procurarán asegurarse...). Para procurar asegurarse del estado mental del testador no se requiere un previo conocimiento del mismo. Cualquier persona, aun sin trato y comunicación previa con el testador, puede afirmar, por simple inspección, si el otorgante se halla o no, a su juicio, en condiciones psíquicas de testar, máxime cuando ningún precepto legal exige especiales conocimientos técnicos para deponer acerca de este extremo. Por tanto, decir que el previo conocimiento se exige como «requisito esencialísimo» para poder juzgar acerca de la capacidad del testador implica un desconocimiento total de los verdaderos términos en que ha de interpretarse el artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil. Creemos suficientemente acreditada la errónea interpretación en que incurre la Sala de Instancia. Pero, además, en el caso que nos ocupa, y con independencia de que se hayan cumplido los requisitos formales del artículo seiscientos ochenta y cinco, debe considerarse que no se ha hecho cuestión en absoluto acerca de que doña P. P. fuera o no la persona que otorgó el testamento de siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos. Por el contrario, los demandantes no sólo no ponen en duda la identidad del testador, sino que reconocen expresamente que doña P. P. fue en realidad quien intervino. Así se deduce del simple examen de las actuaciones, desde la demanda pasando por la prueba y hasta el escrito de conclusiones, en el que indefectiblemente se designa a doña P. P. como «la testadora». No existe duda alguna en el Juzgador acerca de que fue la susodicha señora quien otorgó el testamento impugnado. Cita la Sentencia de doce de junio de mil novecientos veintiséis. Queda, pues, claro que la finalidad de identificación que pretende el párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco quedó también cumplida en la práctica.

Segundo: Con base en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, párrafo primero, y mil doscientos ochenta y tres del Código civil. Se articula para el supuesto de que ese Alto Tribunal estimase que la sentencia declare la inexistencia de todo tipo de conocimiento por parte del testigo. Aunque incluido en el capítu-

lo IV del título II del Código y relativo a la interpretación de los contratos, es obvio que el artículo mil doscientos ochenta y uno y los restantes comprendidos en dicho capítulo son de aplicación a cualesquiera declaraciones de voluntad o conocimiento. El Juzgador, en efecto, al investigar los hechos que se someten a su resolución realiza indefectiblemente una labor interpretativa, tanto el objeto de su examen venga constituido por negocios jurídicos o por cualesquiera documentos o manifestaciones de intención o creencia. Entiende esta parte que los preceptos sustantivos invocados han resultado violados al interpretar la Sala de Instancia las declaraciones del testigo don A. A., testigo instrumental también del testamento, de las que deduce dicha Sala que el tal testigo no conocía a la testadora en el instante de otorgarse el testamento. La Sala de Instancia, al recoger las manifestaciones de ese testigo está haciendo decir al mismo algo contrario a lo que dijo en realidad, incurriendo así en la violación denunciada. El testigo contesta, pues, que es «la primera vez que la vió», pero la Sala interpreta, en contra del tenor literal de la manifestación y haciendo comprender en ella una cosa distinta a la manifestada, que «no la conocía». Interpretación de la Sala incurriendo en la antedicha violación legal: que el testigo no conocía a la testadora. En definitiva, lo único que el testigo afirma es que no había visto antes a doña P. P. y que no tenía de ella el conocimiento suficiente para poder comparar su estado de juicio con el que tuviera en fecha anterior al testamento. Tres aclaraciones han de hacerse en este punto. Que no estamos impugnando en modo alguno la prueba testifical ni las concretas manifestaciones del testigo doctor A.; lo que rechazamos es lo que la sentencia dice que el citado señor manifestó, pues es palmario que nunca «reconoció no conocer a la testadora». Que en la resolución de Instancia no se contiene la afirmación de haberse llegado a la tesis de la falta de conocimiento por el testigo en virtud de apreciación conjunta de la prueba, sino que expresamente se basa dicha tesis en una sola, la testifical del doctor A., cuyas manifestaciones han sido incorrectamente interpretadas. Que, por consiguiente, estimamos violados los preceptos citados al principio de este motivo, cuestión ésta de índole puramente jurídica y denunciable, por ende, a través del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos.

Tercero: Por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se invoca en este motivo la aplicación indebida por la sentencia de Instancia del artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil. Según quedó demostrado en los motivos precedentes, el único «conocimiento del testador» exigible a los testigos del testamento, a tenor del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil, es el suficiente para acreditar la identidad de aquél e impedir que sea suplantado por otra persona. Está claro que este tipo de conocimiento puede atribuirse a los dos testigos instrumentales que intervinieron en el testamento otorgado por doña P. P. S. el día siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos: al señor P. F., por su condición de médico de cabecera de la testadora, y al señor A. A., porque aun cuando no había mantenido trato anterior con ella tenía certeza de su identidad, certeza incluso reconocida por los demandantes en el escrito de conclusiones y derivada del conocimiento profesional de su existencia del hecho de saber que se hallaba internada en la clínica en que el testigo prestaba sus servicios y de las manifestaciones de los presentes, circunstancias más que suficientes para llevar al ánimo del testigo la conclusión de que la persona que se hallaba en trance de otorgar testamento era precisamente doña P. y no otra persona. Por tanto, los dos testigos conocían *in solidum* a la testadora en el preciso sentido exigido por el artículo seiscientos ochenta y cinco. En vista de ello resulta errada la sentencia recurrida al subsumir los hechos en el artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil y declarar la nulidad del acto, haciendo indebida aplicación de este

precepto al caso que nos ocupa. A la misma conclusión llegamos si se observan las circunstancias que han concurrido en la presente litis. En ella jamás se ha puesto en duda, ni por los demandantes ni siquiera en la sentencia de Instancia, que quien otorgó el testamento impugnado fuera precisamente doña P. P. S., por lo que su identidad, en tanto que testadora, se halla plenamente establecida y reconocida por todos. Sentado este hecho indiscutido, hubo de entenderse cumplimentado el requisito de identificación que establece el artículo seiscientos ochenta y cinco, primero, del Código civil, y no aplicarse el artículo seiscientos ochenta y siete. Cita la Sentencia de treinta de abril de mil novecientos nueve.

Cuarto: A través del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la existencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas por parte de la sentencia de Instancia, derivada de la violación del artículo mil doscientos cuarenta y tres del Código civil, en relación con el seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los preceptos del Código civil, que se mencionan individualizadamente en la exposición de este motivo. La apreciación conjunta de la prueba no puede desintegrarse por el recurrente al acudir al número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos. Pero si el Juzgador de Instancia enumera o refiere los medios utilizados para deducir de determinado o determinados, concretos, sus conclusiones fundamentales sobre una de las cuestiones en litigio, es evidente que es el propio Juzgador el que ha realizado la separación de una parte respecto del conjunto, abriendo la puerta a la viabilidad del recurso. Cita las Sentencias de uno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, siete de junio de mil novecientos dos, cinco de noviembre y cinco de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y veinte de octubre de mil novecientos cincuenta. Pues bien: en la sentencia de Instancia dice, para negar la capacidad de la testadora, que se ha apoyado en el examen conjunto de la prueba y muy especialmente en los dictámenes periciales vertidos en el proceso. Precisa luego la circunstancia física y psíquica de la testadora, refiriéndolas: es persona de setenta y nueve años, que sufría desde tiempo anterior una arterioesclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental y que más tarde, concretamente el día seis de diciembre de mil novecientos setenta y dos, fue internada en una clínica por padecer trombosis cerebral, progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose soñolienta, obnubilada y sólo capaz de responder a preguntas elementales para luego caer en sopor. Por ello—añade—no pudo explorarse su sensibilidad, sin que sea admisible la posibilidad de un intervalo lúcido. Y para concluir, que la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, y desmoronada su personalidad, sin juicio ni discernimiento para elaborar pensamientos y decisiones propios, aunque pudiera hacer algún gesto o pronunciar alguna palabra, incluso trazar maquinalmente en tal estado su propia firma. Es de observar que el Juzgador, al expresarse en lo fundamental, utiliza hasta las mismas frases que los dictámenes referidos, de donde nos es dable colegir que en el examen conjunto de la prueba, y especialmente en los dictámenes, encontró la misma las razones de su pronunciamiento, sino que éstas fueron tomadas textualmente de dichos dictámenes. Con todo el respeto que nos merecen los señores Peritos, debemos afirmar que el dictamen y su apreciación judicial van en contra de la sana crítica. Porque, primero, desdeñan que el artículo seiscientos sesenta y tres del Código civil no comprende limitación por arriba a la edad para testar, toda vez que sólo la sitúa por abajo, en el apartado primero, cuando dice que están incapacitados los menores de catorce años; segundo, desdeñan al artículo seiscientos sesenta y cuatro, en relación con el seiscientos sesenta y cinco del mismo ordenamiento, ya que de ellos se desprende que el Código ni remotamente ha admitido que los

ancianos sean presumiblemente incapaces o sospechosos de incapacidad; tercero, olvidan que el artículo seiscientos sesenta y cinco, para el testamento otorgado en intervalo lúcido, no exige la presencia junto con el Notario de dos neuropsiquiatras, sino simplemente, y porque es bastante, de dos facultativos de medicina; cuarto, olvida también que dicho artículo habla del demente, expresamente de esta forma y manera, por lo que no pueden estar excluidos los intervalos lúcidos en las demencias, quinto, no tiene en cuenta que el testamento es un acto esencialmente revocable (artículo setecientos treinta y siete del Código civil), de forma que resulta indebido—lo que se dice con venia—pretender encontrar explicaciones fuera de este presupuesto al hecho de que una manda del primer testamento de doña P. P. se haya cancelado o no. Resulta ciertamente impropio tratar de extraer de un acto de libertad previsto por la ley. Porque, sexto, no tienen en cuenta que el artículo seiscientos sesenta y seis del ordenamiento citado se atiene, para apreciar la capacidad, al estado del testador en el tiempo de otorgar, no al correspondiente a un período anterior o posterior. Porque, séptimo, desdénan que el Tribunal Supremo nos ha dicho en una Sentencia del veinte de febrero de mil novecientos setenta y cinco, que es confirmatoria de otras anteriores, que el diagnóstico retrospectivo de los especialistas en psiquiatría no es suficiente para acreditar por sí solo la incapacidad del testador. Si contemplamos el segundo dictamen pericial, nos encontramos con un resultado equivalente. El estudio de las firmas de doña P. y de las diferencias correspondientes al primer y al segundo testamento, para ni más ni menos terminar afirmando que en el segundo testamento hay un derrumbamiento de la personalidad, con cuanto es consecuente. El dictamen va contra las reglas de la sana crítica, va contra el sentido común, porque se sabe que una persona en trance próximo a la muerte puede ser muy capaz y, sin embargo, cometer torpezas manuales y digitales propias de la enfermedad que sufre. Hacer aseveraciones de carácter objetivo y absoluto que no respeten lo antes dicho es tanto como atentar—y de hecho se atenta—al principio que el Código civil establece en su artículo seiscientos noventa y cinco. Por tanto, apoyándose el considerando cuarto en dos dictámenes que presentan los vicios señalados, es evidente que el Juzgador ha cometido equivocación de derecho al concluir en una afirmación de incapacidad. Cabría la pregunta de si en los autos existen otras pruebas que evidencien la incapacidad de doña P. Y habría de responderse que no, por lo que se pasa a exponer. Recordemos que el testamento en cuestión se otorgó el día siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos, concretamente en la clínica donde se encontraba doña P. P. El parte clínico correspondiente al día anterior (día seis) dice textualmente en uno de sus apartados que «el estado psíquico (de doña P.) se mantiene en perfectas condiciones». En el día siete no se emite parte clínico, de donde es preciso colegir que no se produjeron cambios sustanciales respecto del día anterior. Es presumible, por tanto, que el día siete de diciembre, cuando el otorgamiento, se mantenía el estado psíquico apreciado en el día anterior. En el día ocho, el parte clínico dice que la paciente «responde bien a los estímulos» y que «conoce a las personas». Y en el día nueve, el parte correspondiente afirma: «se encuentra mucho mejor, totalmente despejada». El doctor C. emite un informe de asistencia a la enferma que dice lo siguiente: «la aparición de la sintomatología, sin pérdida de conocimiento, y la evolución lenta y progresiva del proceso habla en favor también de una trombosis». Obra en autos, como recoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la visita del doctor S. a doña P. se realizó en una fecha que el propio doctor no recuerda, no pudiendo precisar, por tanto, si ello ocurrió en los días próximos al siete de diciembre o con posterioridad. El testimonio del Notario que autorizó el testamento se extiende, entre otros extremos, sobre la capacidad comprobada de la testadora y que la preparación del testa-

mento no obedeció a un acto de improvisación. El testimonio del médico y testigo don A. P. precisa que la señora, la otorgante, estaba consciente los días seis y siete, y que también puede afirmarlo respecto del ocho, nueve y diez. El testimonio de don A. A., médico e igualmente testigo, se extiende sobre que advirtió que la testadora respondía a las preguntas que se le formulaban y estimó que tenía capacidad para ello. Y añade que cree que la testadora estaba en condiciones de leerlo (el testamento), ya que se encontraba sentada en la cama -- lo firmó sin ninguna dificultad. Este testigo finaliza su declaración contestando que mientras estuvo delante de la testadora no hubo necesidad de reanimar ni medicar a la enferma. Consideramos, por todo lo dicho, que también por este motivo se justifica la casación de la sentencia objeto de recurso.

Quinto: Por el cauce procesal del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal se denuncia la violación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de veinte de febrero de mil ochocientos noventa y tres y doce de julio de mil novecientos cinco, en cuanto que establecen el carácter personal de la acción de nulidad del testamento, y en las de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos y doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, a cuyo tenor la acción hereditaria ha de dirigirse contra quien posea los bienes hereditarios. Los demandantes han ejercitado la «acción personal de nulidad de testamento», como expresamente señalan en la demanda, y la sentencia de Instancia ha corroborado este carácter personal al dar «lugar a la acción de nulidad ejercitada». Los demandantes han acumulado a su acción personal una súplica de restitución de bienes típica de la acción de petición de herencia. Ahora bien: es requisito inexcusable para que pueda prosperar la citada acción, al igual que las reales, que se concreten los bienes cuya reclamación se insta y que se acredite la posesión del demandado. No cabe, pues, la petición de que se condene al demandado a «restituir los bienes que hubiere ocupado» ni tampoco la sentencia podría dictar una condena para la hipótesis de que tales bienes se hallaran en poder del demandado. Pues bien: esto es precisamente lo que ocurre en la resolución de alzada, en la que sin hacer mención de que los demandados posean los bienes ni cuál de ellos, en su caso, sea poseedor, ni en qué concepto, se condena a todos en su conjunto a «restituir a la masa hereditaria todos los bienes de doña P. P. S. que hubieran ocupado». Se condena, pues, para un caso hipotético, el de que los demandados hubieran ocupado bienes. Implícitamente se está admitiendo que no consta a la Sala el hecho de la ocupación ni cuáles sean los bienes sobre los que la hipotética ocupación haya operado. En consecuencia, la sentencia de Zaragoza ha atribuido unos efectos a la acción ejercitada que de ningún modo puede tener, porque aun cuando estimase la acción de nulidad, nunca debió dar lugar a los efectos restitutorios contenidos en el pronunciamiento segundo del fallo. Por ello debe ser casada también por este motivo.

Sexto: Por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código civil, cuando, al regular la posesión, establece que «la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba», y de la doctrina legal recogida, entre otras, en las Sentencias de ese Alto Tribunal de diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis y trece de marzo de mil novecientos sesenta y seis, en el sentido de que «la apreciación de la buena fe es un concepto jurídico que se presume siempre en la posesión», y de que «constituye un verdadero postulado jurídico el que ampara la buena fe del tenedor de una cosa o el titular de un derecho por medio de una presunción legal que, como tal, ha de producir los efectos señalados en los artículos mil doscientos cincuenta y mil doscientos cincuenta y uno del Código civil, con su doble consecuencia de dispen-

sar de toda prueba a los favorecidos por ella y de arrojar por entero la carga de la prueba en contrario a quien pretenda destruir la presunción». Hemos señalado en el motivo anterior que en la sentencia recurrida no se hace mención alguna acerca de que la demandada se hallara en posesión de los bienes hereditarios, no obstante lo cual e indebidamente, a nuestro juicio, la resolución de Instancia condena a aquélla a devolverlos. Pero en cualquier caso, aun cuando prosperase la declaración de que ha de procederse a una devolución tan cuestionable, lo cierto es que debería siempre reconocerse la buena fe en el poseedor por aplicación del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código civil. La Sala de Zaragoza no actúa en el expresado sentido y comete la infracción que se denuncia, ya que al condenar a los demandados a restituir a la masa hereditaria «los frutos percibidos y los debidos percibir», aplica el característico efecto de la posesión de mala fe, establecido en el artículo cuatrocientos cincuenta y cinco del Código civil en su primer párrafo, que contrasta con el que se asigna en el artículo cuatrocientos cincuenta y uno al poseedor de buena fe, cual es el de hacer suyos los frutos percibidos sin tener que abonar aquellos que el vencedor en la posesión hubiera podido obtener. La decisión de la Sala de Instancia ha ignorado la presunción legal de buena fe en todo poseedor, que debió tenerse en cuenta ante la falta de alegación y de prueba alguna que la enervara, infracción que, cualquiera que sea la suerte de los precedentes motivos, justifica la casación que en éste se interesa.

Séptimo: Con invocación del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la aplicación indebida del artículo cuatrocientos cincuenta y cinco del Código civil, en cuanto establece que el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. La sentencia aplica este precepto, aceptando indudablemente la invocación que del mismo se hace en los fundamentos de Derecho de las demandas acumuladas. En el presente motivo se ataca el error cometido por la Sala de Instancia al aplicar a la citada restitución una norma expresamente establecida para los supuestos de que exista posesión y ésta sea de mala fe. En el supuesto de que la demandada se hallara en posesión de los bienes hereditarios y aunque prosperase la orden de devolución, es claro el error que se comete al imponer la devolución de los frutos percibidos y de los debidos percibir, cuando es lo cierto que no existiría obligación alguna de restituir ni unos ni otros por no darse el supuesto de mala fe que específicamente contempla el artículo cuatrocientos cincuenta y cinco del Código civil, para cuya aplicación es inexcusable en todo caso destruir cumplidamente, mediante las oportunas pruebas, la presunción legal de buena fe que establece con carácter general el artículo cuatrocientos treinta y cuatro. Al aplicarse el primero de los preceptos citados, es claro el error en que incide la sentencia recurrida, que con base en el presente motivo debe ser casada.

Octavo: Por la vía procesal del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación por inaplicación de los artículos cuatrocientos cincuenta y uno, párrafo primero, cuatrocientos cincuenta y tres, párrafos primero y segundo, y cuatrocientos cincuenta y cuatro, todos del Código civil, de acuerdo con cuya doctrina el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea legalmente interrumpida la posesión, tiene derecho a percibir los gastos necesarios y útiles, con facultad de retener, y se halla autorizado a retirar las acciones de ornato, salvo que el sucesor en la posesión no prefiera abonar su importe. Con la misma salvedad ha de ponerse de relieve la errónea línea seguida, que, al no reconocer la buena fe siempre presumible del supuesto poseedor, le impide percibir los frutos y resarcirse de los gastos efectuados en los bienes. Los preceptos cuya violación se invoca han sido declarados aplicables a supuestos como el que nos ocupa en virtud de doctrina legal sentada, entre otras, por las Sentencias de seis

de julio de mil ochocientos noventa y nueve y doce de octubre de mil novecientos uno. De considerar la sentencia poseedora a la demandada como sería preciso para imponerle legalmente la obligación de devolver, siempre debió estimar su buena fe, y lejos de condenarla a reintegrar los frutos percibidos y debidos percibir e indemnizar los bienes enajenados, hubo de reconocer su derecho a tales frutos al abono de los gastos necesarios y útiles, declarando incluso su facultad de retener aquellos bienes en tanto tales gastos no le fueran satisfechos, así como retirar, en su caso, las mejoras de ornato o recreo realizadas en los bienes. Al no hacerlo así, la sentencia debe ser casada con base en la infracción que se denuncia. La doctrina sentada en los tres motivos anteriores resulta de todo punto coherente con el principio general de buena fe que ignora o elude la sentencia de instancia. Si ésta ordena la devolución de los bienes debió inexcusablemente pronunciarse sobre el tema de la posesión. Ahora bien, en tal caso es imprescindible, a falta de toda prueba en contrario, la estimación de dicho poseedor como de buena fe, como se señala en el motivo sexto, con los siguientes efectos a que se refieren los artículos citados en el motivo octavo, que debieran aplicarse al caso de autos, y con exclusión de los pronunciamientos de la sentencia en materia de frutos e indemnizaciones que implican la gratuita atribución de mala fe al poseedor por aplicación de los artículos señalados en el motivo séptimo, en los que nunca debió basarse la sentencia.

Noveno: Por el cauce procesal del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación por inaplicación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias dictadas por esa excelentísima Sala en fechas cuatro de abril de mil novecientos veintiuno, veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres, veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, siete de enero de mil novecientos sesenta y seis y treinta y uno de mayo de mil novecientos cuatro. Según la doctrina invocada, la acción por medio de la cual el heredero testamentario o abintestato reclama la restitución de los bienes hereditarios a quien los posee en concepto de heredero puede ejercitarse por cualquiera de los coherederos aisladamente de los demás siempre y cuando lo hagan en interés común o en beneficio o representación de la comunidad. Si actuaren en nombre e interés propio, cada heredero no puede demandar más que la parte de la herencia que le corresponde, de modo que procede la casación contra la sentencia que concede toda la herencia a los demandantes si existen otros herederos que no demandaran. La conocida doctrina expuesta permite al coheredero accionar en nombre propio, en cuyo caso, dado el carácter divisible de la acción, ésta sólo puede ejercitarse y prosperar respecto de su parte o bien en interés o beneficio común, caso en que cabe un pronunciamiento más amplio en favor de todos los coherederos. La exposición de la infracción que en este motivo se denuncia exige tener presente: que el título en que se fundan los demandantes ampararía igualmente a la demandada y hoy recurrente doña T. G. P., quien, aunque prosperase la tesis de nulidad de testamento que mantiene la sentencia recurrida, en ningún caso dejaría de ostentar el carácter de heredera, como instituida en el testamento anterior de la señora causante, e incluso, por su parentesco de sobrina, como heredera abintestato. Esta circunstancia excluye totalmente la posibilidad de ejercicio de la acción contra un coheredero por otros varios coherederos en un «interés común» o «beneficio común», puesto que son antagónicas en el pleito las posiciones de los coherederos interesados, y, consecuentemente, ese «interés común» o «beneficio común» no puede darse. A mayor abundancia de argumentos, debe tenerse en cuenta que una de las herederas que ostentaría tal carácter si prospera la declaración de nulidad de testamento realizada en la sentencia recurrida no ha demandado ni intervenido en el pleito. No cabiendo la actuación al amparo de un inte-

rés común que no existe y no concurriendo todos los herederos como demandantes, resulta patente la infracción que se denuncia, ya que no debió darse lugar a la acción ejercitada ni formularse un pronunciamiento que afectase a la totalidad de la herencia. Al dar lugar a la acción ejercitada, desconociendo que sólo cabía en este caso la actuación de cada heredero por su parte, se condena a una restitución total que, en un plano sustantivo, ignora la participación que en la propia herencia incumbe a doña T. G. P. Por todo ello, al no tener en cuenta la doctrina que en este motivo se invoca, la sentencia se hace acreedora a la casación que interesamos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, imponiendo las costas del mismo a la parte recurrente conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que es doctrina reiterada de esta Sala la de que la estimación de la capacidad al momento de otorgar testamento es puramente una circunstancia deducida de los que son supuestos de hecho, y aunque se presume por regla general, aún avalada por la declaración del Notario autorizante y corroborada por los testigos intervinientes, dicha presunción, que lo es *juris tantum*, puede ser abatida por la prueba en contrario, por lo que ha de alcanzar extrema importancia en la resolución del recurso el que el Juzgador declare como probado, de la apreciación conjunta de la prueba practicada y muy especialmente, según expresión literal de la sentencia, de los dictámenes periciales, el que la testadora, de setenta y nueve años de edad, venía sufriendo desde tiempo anterior una arteriosclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental, siendo internada el día seis de diciembre de mil novecientos setenta y dos en una clínica al haberle sobrevenido una trombosis cerebral progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose durante ese período de internamiento soñolienta, obnubilada y en tal estado de sopor, que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque en su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos; de lo que forma el Juzgador de Instancia la convicción de que en el momento en el que otorgó el testamento—siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos—, cuya nulidad se pretende, la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, aunque pudiera hacer algún gesto, pronunciar alguna palabra o incluso trazar maquinalmente en tal estado su propia firma, dando lugar, en consecuencia, a la acción de nulidad ejercitada.

Considerando que tal consecución probatoria trata el recurrente de combatir por el cuarto de los motivos del recurso, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de derecho en la apreciación de las pruebas por violación del artículo mil doscientos cuenta y tres del Código civil, en relación con el seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciar y demás preceptos que, conforme al decir del recurrente, se van mencionando individualizadamente en la exposición del motivo; mas como el primeramente de los invocados preceptos no hace, en cuanto al valor de la prueba pericial, sino remitirse a lo que sobre el mismo se determina en dicha Ley Procesal, la que en su artículo seiscientos treinta y dos faculta a los Jueces y Tribunales para apreciarla según las reglas de la sana crítica, reglas que no constan en precepto legal alguno, por lo que hay que entender que las mismas no son sino las de la lógica o del sentido común, y no llegando el Juzgador en su conclusión probatoria a nada contrario a lo que de la prueba parece lógico y racional consecuencia, sería bastante para desestimar el motivo; pero es que además el recurrente no hace sino un análisis subjetivo e interesado de los dictámenes periciales que en especial valoró el Juzgador, sin que bajo tal prisma no le sea difícil llegar a conclusiones contrarias a las de aquél sobre las que intenta hacer prevalecer, e incluso sentando propias

opiniones opuestas a las afirmadas por los peritos o interpretando preceptos sustantivos que al estimar infringidos en ese personal análisis, sienta que con ello se infringieron esas reglas de sana crítica que nunca pueden ser contrarias a las que los principios legales establecen, lo que abona aquella ya acordada desestimación del motivo.

Considerando que el primer motivo del recurso, por la vía del mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco, párrafo primero, del Código civil, mas si, en efecto, de la declaración como hecho probado y no combatido de que uno de los testigos instrumentales del testamento, cuya nulidad es objeto de pretensión en la litis, no conocía a la testadora con anterioridad al momento de su otorgamiento, llega a la conclusión de que el mismo es nulo, puesto que dicho conocimiento es requisito esencial para su validez, no cabe decir haya interpretado erróneamente el invocado precepto, lo que hace sea desestimado el motivo; mas aparte de ello, es que tal causa de nulidad no es sino una de las dos en que la sentencia se fundamenta, pues también se aprecia, como ha quedado expresado, la falta de capacidad de la testadora, por la que la estimación de este motivo no había de repercutir en el fallo, al quedar incólume esa otra causa, al ser desestimado aquel cuarto motivo; debiendo correr la propia suerte adversa los motivos segundo y tercero, puesto que al denunciar aquél la violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, párrafo primero, y mil doscientos ochenta y tres del Código civil, no se intenta por el recurrente sino insistir sobre aquélla, que afirma interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco, si bien ahora lo sea en relación a la prueba practicada de la que dice debió el Juzgador deducir, mediante esa labor interpretativa aplicada a la declaración del testigo, que lo fue instrumental en el testamento, conclusión contraria a la afirmada, luego en verdad en el motivo se ataca la prueba por cauce inadecuado; y en cuanto al tercero, porque al denunciar la aplicación indebida del artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil, se hace por el recurrente supuesto de la cuestión al dar por cumplido cuanto dispone el antes citado artículo seiscientos ochenta y cinco y entonces estimar que no cabía subsumir los hechos en ésta, que no es sino una disposición genérica, contenida en el precitado artículo seiscientos ochenta y siete.

Considerando que el motivo quinto del recurso, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias de veinte de febrero de mil ochocientos noventa y tres y doce de julio de mil novecientos cinco, en cuanto establecen el carácter personal de la acción de nulidad del testamento, y en las de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos y doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, a cuyo tenor la acción hereditaria ha de dirigirse contra quien posea los bienes hereditarios; mas la finalidad del motivo, según se desprende de su desarrollo, es la de incompatibilizar la acción de nulidad ejercitada con la pretensión sobre la restitución a la masa hereditaria de los bienes de doña P. P., por quien los hubiese ocupado, al no constar a la Sala el hecho de la ocupación ni cuáles sean los bienes sobre los que la hipotética ocupación haya operado, lo que implica una cuestión que ni ha sido planteada ni discutida en la litis ni en tal sentido resuelta en la sentencia, por lo que el motivo se haya incurso en la causa quinta de inadmisión del artículo mil setecientos veintinueve de la antes expresada Ley Procesal, que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

COMENTARIO.—Con todos los respetos que merece la decisión, tal y como resultan los hechos de los elementos que hemos tenido a mano y transcrito casi literalmente, parece más probablemente acertado el criterio del Juzgado de Primera Instancia al valorar la prueba que el de la Audiencia y, por

consiguiente, no merece demasiados plácemes la conclusión a la que llega nuestro más Alto Tribunal, aceptando el parecer de esta última. Cabe preguntarse acerca de la necesidad de que los testigos de un testamento notarial conozcan al testador *antes* del momento del otorgamiento, ¿cuántos segundos, minutos, horas, días, semanas, meses o años antes? ¿Cómo y con arreglo a qué criterios se establece el límite temporal de tiempo de ese conocimiento para que sea suficiente y, concurrentemente, la «intensidad» de ese conocimiento en función precisamente del tiempo prefijado? Si la misión del Derecho es primordialmente proporcionar seguridad, según los principios romanos puestos de relieve magistralmente por ORTEGA Y GASSET (*Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee*, en el tomo IX de sus obras completas, Edit. Revista de Occidente, 2.ª ed., 1965, páginas 220 y ss.), no parece muy acertada la vía que marca esta sentencia, ya que, a mayor abundamiento, de seguir ese criterio resultaría poco menos que imposible para los Notarios autorizar testamentos, salvo únicamente los de sus familiares o amigos más íntimos. En efecto, si para los testigos se exige este previo conocimiento, ¿por qué no exigirlo también para el Notario? Parece que la lógica, no reñida con el Derecho, como reconoce el mismo Tribunal Supremo en su segundo considerando, que la equipara al «sentido común», así lo requiere. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece poner un paliativo, asustado de las consecuencias de una tal doctrina, al decir acto seguido en el siguiente considerando «que tal causa de nulidad no es sino una de las dos en que la sentencia se fundamenta, pues también se aprecia, ..., la falta de capacidad de la testadora, por lo que la estimación de este motivo no había de repercutir en el fallo al quedar incólume esa otra causa...». Para ser congruente con tal manera de pensar, que parece reducir el alcance de la desestimación de tal motivo del recurso a un *obiter dictum*, podría haberse estimado el motivo basado en el suficiente conocimiento de la testadora por parte del testigo y desestimado el de la presunta capacidad de la testadora manteniendo su incapacidad. Ahora bien, como esta última descansaba en el silogismo de que precisamente el testigo inhábil por falta de conocimiento previo no se encontraba en condiciones de juzgar sobre la capacidad de la testadora o de comparar ésta en el momento de testar con la que tuviera estando sana, es por ello que se cree, sin duda, preferible mantener íntegramente los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia. En última instancia, si la testadora tenía a mano su documento nacional de identidad, que seguramente el Notario reseñaría, de la comparación de éste con la propia testadora, presente físicamente, basta para asegurarse de su conocimiento en la medida que exige el artículo 685 del Código civil, máxime cuando el propio Médico-Director de la clínica ofrece a su colega, que trabaja también en la misma, el testimonio de su propia aseveración en tal sentido. La última consecuencia que se extrae de esta sentencia respecto al particular comentado es la que reiteradamente se ha pedido: la supresión de los testigos en los testamentos o, a lo sumo, dejar reducida la necesidad de su intervención a los mismos supuestos que para los actos y contratos entre vivos.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

PLAN APROBADO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO. NECESIDAD DE PUBLICACION (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1977).

I. ANTECEDENTES

1. Urbanizadora Playa Paraíso del Mar Menor, S. A., y D. J. E. M. redactan un Plan Parcial de iniciativa privada para la ordenación de los terrenos sitos junto a la Salinera, en el Mar Menor.

2. Por Orden Ministerial de 21 de octubre de 1971 se deniega la aprobación definitiva, por un lado, por no ajustarse en cuanto al uso (urbano por rústico) previsto al Plan General de Cartagena, considerándose, además, inoportuno por estar en estudio la revisión de dicho Plan General y, por otro lado, por adolecer de algunos defectos en su redacción.

3. Conforme y contra la Orden de 21 de octubre de 1971, en 30 de noviembre, por un lado, se rectifican las deficiencias señaladas por el Ministerio en la redacción del Plan y, por otro lado, se interpone recurso de reposición contra dicha orden por infracción del ordenamiento jurídico, en cuanto a la consideración de rústico de lo que no lo es, por estar ordenados los terrenos de junto a la Salinera por el Plan de Playas del Mar Menor y adyacentes, que debe entenderse aprobado por silencio administrativo.

4. El 4 de agosto de 1972 el Ministerio de la Vivienda dicta resolución desestimando el recurso por considerar que «al no haberse publicado en el *Boletín Oficial del Estado* acuerdo alguno sobre la aprobación de tal Plan por la Administración carece de fuerza ejecutiva y, por tanto, no puede invocarse como generador de efecto alguno y subsiguientemente como fundamento de otro Plan posterior.

5. Contra las anteriores resoluciones se interpone recurso contencioso-administrativo, que es estimado, conforme a los siguientes:

II. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1977

«Primer CONSIDERANDO: Que dados los términos en que como consecuencia de los escritos de demanda y contestación aparece planteado este contencioso, las cuestiones que el mismo ofrece a la consideración de esta Sala para su tratamiento y resolución están constituidas: a) por la de determinar si el Plan General de Ordenación Urbana de las Playas de Mar Menor y

adyacentes ha sido aprobado por silencio administrativo, y b) por la de determinar (caso de que la anterior cuestión se resolviera en el sentido de que el mentado Plan de Ordenación de las Playas del Mar Menor había sido aprobado por silencio administrativo) si con arreglo a la Norma sexta de las Normas Jurídicas de tal Plan es conforme a derecho el "Plan Parcial de Ordenación Urbana de terrenos sitos en la Salinera, en el Mar Menor, promovido por Urbanizadora de la Playa Paraíso del Mar Menor", solicitado por los actuales recurrentes.

Segundo CONSIDERANDO: Que en relación con la primera de las enunciadas cuestiones aparece acreditado, incluso por las certificaciones remitidas por el Ministerio, cómo en veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos la Comisión Provincial de Urbanismo, a quien había sido remitido por el Ayuntamiento "el Plan General de Ordenación de las Playas del Mar Menor y adyacentes al mismo" con el Proyecto correspondiente, Memoria, Normas, etcétera, y acuerdos municipales de aprobación inicial y provisional, en seis de marzo de mil novecientos sesenta y dos comunica que en veintiocho de febrero del mismo año se había acordado la remisión de dicho Plan a la Dirección General de Urbanismo a efectos de su aprobación, apareciendo asimismo acreditado por distintos elementos del expediente remitidos por el Ministerio en su comunicación de diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y tres, que en el mismo obraban el Pleno del Plan General de Ordenación de las Playas del Mar Menor y adyacentes al mismo, las Memorias, las Normas Urbanísticas y Jurídicas y demás elementos integradores de tal Plan, cuya existencia en el Ministerio se viene a ver ratificada además por numerosos datos, tales como por el Informe del Arquitecto de la Sección Jurídica de la Dirección General de Urbanismo, así como por el de la Asesoría Jurídica, emitidos con ocasión de los recursos de reposición formulados por los ahora recurrentes contra la Orden Ministerial de veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y uno denegatoria de la aprobación del Plan Parcial de Ordenación Urbana de terrenos sitos en la Salinera, en el Mar Menor, promovido por Urbanizadora Playa Paraíso del Mar Menor, y es de ver que ya por el Ministerio en la Orden del mismo de cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos, resolutoria de la reposición y ante la invocación que en los escritos del recurso de tal reposición se hacía sobre la existencia del "Plan de las Playas del Mar Menor y adyacentes del mismo" y que había sido aprobado por silencio administrativo, conforme al número segundo del artículo treinta y dos de la Ley del Suelo, en dicha Orden no se alega nada para oponerse a tal aprobación por silencio administrativo, y si tan sólo el de que no se ha producido tal aprobación, en razón de que "al no haberse publicado en el *Boletín Oficial del Estado* acuerdo alguno sobre aprobación de tal Plan por silencio administrativo carece de fuerza ejecutiva y, por tanto, no puede invocarse como generador de efecto alguno, y subsiguiente como fundamento de otro Plan posterior". Postura la expuesta que viene a ser ratificada por, la Administración en este contencioso a través de su escrito de contestación, en el que en relación con la aprobación tácita de dicho Plan se afirma que "la cuestión básica a debatir es la necesidad o no de la publicación de un Plan aprobado por silencio administrativo", es decir, que dados los términos en que por todo lo expuesto queda planteada la cuestión referente a la existencia de la aprobación por silencio administrativo del mentado Plan de que estamos tratando, se impone entender que se ha producido

(pues así resulta de cuantos elementos obran en el expediente y de la propia postura de la Administración, la que, por otra parte, se ha mostrado poco diligente en el envío de los expedientes, lo que ha obligado a repetidos requerimientos para completar los datos precisos y sin que alguno de ellos haya llegado a ser aportados en razón, según se dice, de que no obraban en los expedientes) el transcurso, y con evidente exceso, del plazo de los seis meses exigido por el número segundo del artículo treinta y dos de la Ley del Suelo, y por ello sólo queda por considerar sobre el motivo ya referido expuesto en la contestación a la demanda. Pues bien, de la propia naturaleza y alcance de la institución del silencio administrativo se deduce que tal institución pugna con la exigencia de la publicación o notificación para que pueda producir efectos el acto que ha nacido en virtud del silencio administrativo, como viene a desprenderse de las Sentencias de dieciséis de enero y diez de junio de mil novecientos setenta y cuatro. Lo cual no es óbice para que los afectados o perjudicados por tal aprobación tácita puedan reaccionar frente a ella y desde que tengan conocimiento de la misma. En definitiva, procede entender la existencia de la aprobación por silencio administrativo del Plan de las Playas del Mar Menor y adyacentes al mismo.

Tercer CONSIDERANDO: Que en cuanto a la segunda de las enunciadas cuestiones... el citado Plan Parcial de ordenación Urbana en terrenos sitos en Salinera del Mar Menor, promovido por Urbanizadora "Playa Paraíso, S. A.", y don Joaquín Espinosa se presenta conforme a la Normativa Jurídica del "Plan General de Ordenación Urbana de las Playas del Mar Menor y adyacentes del mismo", dentro de cuya área se encuentran los terrenos del citado Plan promovido por "Urbanizadora Playa Paraíso" y don Joaquín Espinosa y, en consecuencia, este Plan es conforme a Derecho y procede su aprobación, lo que determina que las Ordenes del Ministerio de la Vivienda de veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y dos, por las que, respectivamente, se declaró la no aprobación de dicho Plan y se confirmó en reposición de tal desaprobación, no son conformes al Ordenamiento jurídico y por ello, en virtud de lo dispuesto en el número segundo del artículo ochenta y tres de la Ley de la Jurisdicción, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dichas Ordenes.»

III. COMENTARIO

1. *El silencio administrativo* (1)

Cuando de un órgano de alguna de las administraciones públicas es esperable una resolución o acto que ponga fin a determinado procedimiento administrativo y dicho órgano permanece en silencio, se produce una situación ambigua, incompleta para las expectativas respecto de la situación jurídica producible.

Sin profundizar en el tema, baste destacar la necesidad de distinguir, antes de nada, dos cuestiones: la de la naturaleza intrínseca del silencio

(1) ROYO VILLANOVA, R. E. V. L., 48; LÓPEZ RODÓ, *id.*, 89; GONZÁLEZ RIDERO, *id.*, 111; BAENA, *id.*, 174; T. R. FERNÁNDEZ, R. A. P., 53; NIETO, R. A. P., 57; MARTÍN MATEO, R. A. P., 48; ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, 1.ª edición, pág. 414, GARRIDO, R. A. P., 16; R. E. V. L., 91; *Tratado*, I, 5.ª edición, 533.

de la Administración y la de cuales sean los posibles efectos que produzca dicho silencio.

El silencio en sí mismo es un hecho (mero hecho) jurídico (administrativo) de los relacionados con el transcurso de un plazo. No hace falta profundizar en el sentido de la anterior, anteriores afirmaciones, que la doctrina, más o menos conscientemente, suscribe (2). En la Jurisprudencia la tesis es la misma, sirva de ejemplo la Sentencia de 16 de enero de 1974, citada en la que comentamos, que dice que el silencio es «un hecho jurídico administrativo, y no un acto cuya eficacia no está relacionada con la voluntad, sino con el transcurso del plazo fijado legalmente; condición o característica que acentúa su fundamento en el carácter público del procedimiento».

Los efectos que el Ordenamiento Jurídico Administrativo atribuye al hecho—silencio administrativo, como se indicó—tienden a dar salida de una situación de carácter anómalo...

La anomalía tiene sus raíces en lo que, después de una elaborada construcción doctrinal, se denomina Autotutela administrativa en su aspecto declarativo y en primera potencia. Profundizando en el sentido de lo anterior, se quiere resaltar cómo la incidencia de las potestades públicas es, en definitiva, lo que determina la raíz de la anomalía.

Un primer momento de operatividad de las potestades administrativas tiene lugar al configurarse y estructurarse las funciones estatales. Se produce entonces lo que se ha denominado «el primer escalón en la teología del poder». (De aquí ya resultaría una peculiar situación de sumisión genérica o situación expectante ante la Administración.)

En un posterior momento la operatividad de las potestades administrativas se produce cuando éstas se ejercitan. Entonces la situación genérica, apriorística, a su vez puede reconducirse a una potestad genérica. Lo que hoy se denomina Autotutela.

Tampoco vamos a centrarnos en este interesante punto, que ha sido objeto de cada vez más detenidos análisis (desde las alusiones de NIETO y GARCÍA TREVIJANO a los intentos categorizadores de GARCÍA DE ENTERRÍA.

Siguiendo un esquema racional, aunque sin pretensiones de homologación, las manifestaciones de la Autotutela se pueden contemplar en un doble momento, o en distintas potencias y a su vez implicar distintas expresiones de lo que los poderes públicos, en cuanto públicos, implican.

En primer lugar, la Autotutela DECLARATIVA. Esta manifestación es una consecuencia de la legitimación de los actos administrativos, es decir, de la presunción de validez de dichos actos y que resulta de los artículos 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Se produce en dos potencias.

En primera potencia significa el privilegio de decisión previa, que implica dos cosas:

Una, que la Administración no precisa acudir a los Tribunales de Justicia para que se reconozcan sus derechos, pudiendo declararlos unilateralmente. Y, en general, que puede hacer este tipo de declaraciones.

Otra, que la intervención jurisdiccional se produce *ex post facto*, es decir, con posterioridad al acto administrativo.

Es decir, que corresponderá al administrado la carga de demandar (caso bien distinto de la de probar, como se ha resaltado en distintas posiciones doctrinales).

En segunda potencia, o con carácter reduplicativo, implica que la Administración, caso de conflicto, es quien dirime por primera vez:

Bien en recurso administrativo, propiamente dicho (art. 37 de la Ley de la Jurisdicción).

(2) GARRIDO, R. A. P., 16, pág. 86, y BAENA, cit., pág. 16

Bien en la Reclamación previa (art. 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Es decir, que el administrado, antes de poder acudir a los Tribunales, debe agotar la vía administrativa (en un sentido amplio) por si la Administración opta por rectificar.

En base a lo anterior, cuando de la Administración emana un acto administrativo, quien tenga interés personal, legítimo y directo (art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo) puede recurrir en vía administrativa contra dicho acto, aduciendo cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 115), para, agotada la vía administrativa acceder a los Tribunales en petición de justicia, si antes no se le dio.

Si nadie se siente lesionado en sus intereses o derechos (dentro o fuera de la Administración), aunque haya habido infracción o desviación, lo más probable es que el acto permanezca y no sea anulado.

La Administración puede resolver estimando o desestimando; en su consecuencia, distintos serán los intereses, según el caso. Pero si no hay resolución, el problema es la ambigüedad de la posición de los interesados, y singularmente del peticionario, de quien promueve el procedimiento iniciándolo: por un lado, no sabe a qué atenerse, y por otro, hubiera preferido un acto denegatorio contra el cual poder recurrir; sin acto no puede recurrir porque no hay objeto recurrible.

De aquí que una primera solución, moderada en sus consecuencias, fuera la de que se entendiese negativa la resolución administrativa, y dejar abierta la puerta para que se pudiese plantear la cuestión que la Administración no había querido resolver favorablemente. Así se pasaría a la siguiente fase en busca de la pretensión: el recurso administrativo contra la denegación o el siguiente recurso contra la desestimación presunta del anterior (en su caso) o el contencioso-administrativo contra la denegación presunta del que agotaba la vía administrativa.

En España este valor negativo del silencio administrativo se introduce a través (una vez más) de la legislación local, concretamente en los Estatutos locales de CALVO SOTELLO (1924-25) y en la Ley Municipal Republicana (1935).

Luego adquirirá ámbito general, en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley de Procedimiento, estando regulado en la actual redacción de los artículos 38 (.) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...).

El silencio negativo se configura como una ficción legal de carácter exclusivamente procesal y para el concreto fin de permitir la apertura de la vía de recurso. Y aunque en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo se diga que se trata de una «denegación presunta», en realidad más que presunción en sentido estricto, lo que hay es una ficción. En este sentido, BAENA, siguiendo a GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ URSOS, sosteniéndolo por dos razones:

«En primer lugar, porque el empleo del término presunción tiene un valor entendido en Derecho positivo español, ya que los artículos 1.249 y siguientes del Código civil la consideran como un medio de prueba. En segundo lugar, porque el empleo del término presunción puede volver a llevarnos a la vieja confusión entre silencio de la Administración y “acto tácito o presunto”. El empleo de la terminología por la Ley no prejuzga nada. En todo caso habría que recordar con GARRIDO que el legislador no debe, por vía legal, dar definiciones ni adelantar calificaciones jurídicas; pero si lo hace debe hacerlo con el debido rigor técnico.»

La anterior configuración del silencio administrativo en cuanto a sus efectos supone una salida a la actuación creada por dicho silencio en cuanto hecho. Pero cabría otra salida, consistente en otorgar valor positivo al silencio. Sería una solución más favorecedora de determinados intereses y, en general, peligrosa para la Administración (3). Se recogió en el antiguo Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Trabajo y en el artículo 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Hoy se recoge con carácter general en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que dice:

«El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses a contar desde la petición.»

Como en el supuesto del silencio positivo al hecho la Ley atribuye el efecto de dar lugar al nacimiento de un acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre con el negativo, de aquí que se limite su ámbito a determinados supuestos que le sirven de fundamento. Y destaquemos que en la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo, V, 5, *in fine* se habla de tres supuestos distintos, uno de los cuales es el de las «autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos, cuyo otorgamiento (el de la autorización) no fuese discrecional», supuesto que no aparece recogido en el texto del artículo 95 por haber sido amputado del proyecto enviado por el Gobierno a las Cortes de 1958.

El fundamento del silencio positivo está no en favorecer al interesado, abriéndole la vía de impugnación (4), sino en evitar la desidia y negligencia administrativa en supuestos en los que el interés en juego exige o admite otra solución y precisamente el supuesto todavía contemplado en la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo es uno de los que fundamentaría dicha solución.

2. *Aplicación del silencio positivo a la aprobación definitiva de Planes de Urbanismo*

Según el apartado 2 del artículo 41 de la Ley del Suelo:

«La Corporación u Organismo que hubiere aprobado inicialmente el Plan, Programa o Proyecto en vista del resultado de la información pública lo aprobará provisionalmente con las modificaciones que procedieren y lo someterá a la Autoridad u Organismo competente que deba otorgar la aprobación definitiva, a fin de que lo examine en todos sus aspectos y decida en el plazo de seis meses desde el ingreso del expediente en el Registro, transcurrido el cual sin comunicar la resolución se entenderá aprobada por silencio administrativo.»

Es decir, que el silencio se entiende positivo en el supuesto de aprobación definitiva de planes (de ordenación), desde luego, porque así «lo establece una disposición expresa» (supuesto primero del artículo 95 de

(3) GARRIDO, R. A. P., 16, págs. 98 y 99.

(4) ROYO, cit., pág. 898, y BAENA, cit., pág. 20.

la Ley de Procedimiento en relación con el 41, 2.º de la Ley del Suelo). El fundamento está en la voluntad expresa del legislador en este punto.

Pero ocurre, además, que la aprobación de los Planes de Urbanismo puede entenderse como un acto de fiscalización o tutela por parte del órgano de la Administración que aprueba definitivamente, respecto de aquel otro que lo elabora y aprueba inicial y provisionalmente. De aquí que pueda encontrarse un doble fundamento en la aplicabilidad del valor positivo del silencio.

A) *La aprobación definitiva como acto de fiscalización o tutela* (5)

En el supuesto normal de ser el Ayuntamiento quien elabora y aprueba el Plan, y el Ministerio de la Vivienda quien, a su vez, lo aprueba definitivamente por los elementos subjetivos en juego, puede afirmarse que el acto de aprobación es una manifestación del control (tutela) que por la Administración Central del Estado se ejerce sobre los entes autárquicos locales para que los asuntos planteados en el Plan sean resueltos con mayores garantías de aciertos. El control se produce *a posteriori* (a diferencia de la autorización), y en cuanto que es aprobación puede definirse como una declaración de voluntad de la Administración, que acepta como bueno un acto de otra Administración, completando así su eficacia jurídica (SAYAGUES).

Además, tal consideración de la aprobación definitiva vendría apoyada por el artículo 29 de la Ley Jurisdiccional, que viene a concretar el supuesto desde el punto de vista subjetivo. Pero sobre todo después de la reforma de la Ley del Suelo, el planteamiento todavía es más claro dada la conexión expresa entre la misma y el artículo 29 aludido.

En efecto, según el artículo 225 de la Ley del Suelo (actual 237, 2, del Texto Refundido):

«Los actos de aprobación definitiva de planes de ordenación y proyectos de urbanización serán impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los términos prevenidos en el artículo 29 de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción.»

Recordemos que el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—al remitirse al transcrito—establece que:

«1. Se consideran partes demandadas: a) la Administración de que proviene el acto o disposición a que se refiere el recurso, y b) las personas a cuyo favor derivasen derechos del propio acto.»

«2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo anterior, cuando una Corporación o Institución dictaren algún acto o disposición, pero éstos no fueren firmes sin previa autorización, aprobación o conocimiento de oficio o a instancia de parte de la Administración estatal o de otra entidad administrativa, se entenderá por Administración demandada:

a) La Corporación o Institución que dictare el acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización fuere aprobatorio del mismo.

b) La que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprobase el acto o la disposición.»

(5) ENTRENA, *Curso*, 3ª edición, pág. 156; GARCÍA TREVIJANO, R. D. P., 1966; RODRÍGUEZ MORO, R. A. P., 50, GÓMEZ FERRER, R. E. D. A., 10.

La mera lectura de los preceptos transcritos evidencia que el acto de aprobación definitiva queda configurado por la ley como acto de tutela.

Con anterioridad a la Reforma, ya la doctrina mayoritaria había sostenido la conclusión apuntada.

Por lo que se refiere a la Jurisprudencia, se manifestaba en un sentido contradictorio, siendo de destacar favorablemente la tesis de la *tutela* en las Sentencias de 9 de noviembre de 1963, 27 de mayo de 1966 y 30 de marzo de 1968. Concretamente, en la del año 66 se sostiene en el tercer considerando que:

«... el acto de aprobación definitiva emanado por la Comisión Central de Urbanismo, y en vía de sustitución, al no estar constituido el mismo por el Excmo. Sr. Ministro de la Vivienda, tal acto aprobatorio, repetimos, es una típica forma de tutela sobre la actividad de los entes locales de carácter represivo o *ex post*, que tiene como virtualidad la de conferir eficacia al acuerdo municipal válido.»

Con posterioridad a la expresa referencia al artículo 29 de la Ley Jurisdiccional por la del Suelo, la posición claramente será conforme a la naturaleza fiscalizadora del acto de aprobación definitiva de planes.

Baste destacar la Sentencia de 22 de enero de 1976, según la cual:

«En el tema polémico de la naturaleza de los actos de aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana, objeto de aprobación provisional por las Corporaciones locales, resuelto con soluciones no siempre coincidentes, aceptamos la tesis de que son actos de control o fiscalización e incluso con individualidad jurídica propia, que proporciona eficacia al acto fiscalizado, tesis que encuentra hoy un argumento decisivo en el texto del artículo 225 de la Ley del Suelo, según la reforma de la Ley 19 de 1975, pues ha de entenderse que remite, en cuanto al régimen de impugnación, al número 2 del artículo 29 de la Ley de esta Jurisdicción, lo que significa un pronunciamiento legislativo sobre la naturaleza de tales actos.»

B) Conclusión

La conclusión que se desprende de lo anterior es la fundamentación legal y positiva de la aplicación del silencio positivo, en el supuesto del artículo 95 de la Ley Procedimental.

Como dice la Sentencia de 11 de junio de 1975, apoyándose en la de 16 de enero de 1974:

«El silencio que regula el artículo 32 de la Ley del Suelo es una modalidad del silencio positivo, que, en expresión de la Sentencia de 16 de enero de 1974, es congruente en este punto con lo establecido con carácter general por el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo para aquellos actos que tengan el carácter de autorizaciones o aprobaciones nacidas en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela.»

El fundamento de la regulación, a su vez, será evitar que por falta de aprobación surja un obstáculo para el ejercicio de potestades, para la efectividad de actos ya en sí mismos válidos.

C) *Limites a la aplicación del valor positivo del silencio*

Un primer límite sería que el Plan lo fuera de iniciativa particular. Poniendo en relación el supuesto con lo anteriormente dicho, se plantea el problema de admitir el silencio positivo.

Tres son las posibilidades: 1.ª Acudir al silencio negativo (art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo), lo que es posible. 2.ª Acudir al artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, con apoyo del artículo 33, apartado 6, del Reglamento para el Área Metropolitana de Madrid, entendiendo que la remisión de éste a aquél no es una norma especial, sino una aplicación local de la que resulta de los principios informadores del sistema urbanístico general. 3.ª Entender que el plazo y el tipo de silencio es el del artículo 41, apartado 2, de la Ley del Suelo, con la sola diferencia de la iniciación del cómputo, tal y como entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1974, para lo que hoy es el apartado 2.º del artículo 54 de la Ley del Suelo.

En el supuesto de la Sentencia de 15 de diciembre de 1977, aunque se trata de aprobar un Plan de iniciativa privada, el problema del silencio no se refiere a éste, sino al municipal, que debe servir de cobertura.

Otro límite lo constituirá el no poder entender aprobado un Plan por silencio, cuando no hubiera podido probarse expresamente la razón de las infracciones al ordenamiento jurídico que produciría.

Con distinto alcance se han pronunciado sobre este punto las Sentencias de 24 de febrero de 1961; 3 y 31 de octubre de 1963; 2 de julio, 3 de noviembre, 9 y 24 de diciembre de 1964; 18 de marzo de 1970; 23 de junio de 1971; 7 de noviembre de 1972, y 11 de junio de 1975.

Parece indudable que si las infracciones determinan la nulidad de pleno Derecho, sería admisible el límite apuntado. Más dudoso en otros casos, ateniéndonos a la Jurisprudencia y a la Base 41, apartado 5, de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local.

En el supuesto comentado, la infracción no se refiere al Plan aprobado por silencio, sino al de iniciativa privada; de aquí que nos concretemos en el problema de la *publicación*.

3. *La publicación de planes aprobados por silencio positivo*

A) *La necesidad de publicar*

Que debe publicarse el acuerdo de aprobación de los planes, y que en tanto no se verifique la publicación de los planes no despliegan sus efectos, es un principio evidente.

Según el artículo 44 de la Ley del Suelo:

«Los acuerdos del Consejo de Ministros, Ministro de la Vivienda o Comisión Provincial de Urbanismo aprobatorios de planes, programas de actuación, normas complementarias y subsidiarias, estudios, proyectos o normas, ordenanzas o catálogos, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* o en el de la respectiva provincia.»

Y según el artículo 56 de la misma ley:

«Los planes, normas complementarias y subsidiarias, programas de actuación urbanística, estudios de detalle, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos serán inmediatamente ejecutivos una vez

publicada su aprobación definitiva, y si se otorgase a reserva de la subsanación de deficiencias, mientras no se efectuare carecerán de ejecutoriedad en cuanto al sector a que se refieran.»

Todo ello porque tanto si se consideran disposiciones generales, como si se consideran actos con destinatario que es una pluralidad de sujetos, el ordenamiento, en su parte más general, así lo establece. Por un lado, artículos 2 del Código civil, 29 de la Ley de Régimen Jurídico, 123 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por otro, el 46, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La jurisprudencia en este sentido es constante. Así, las Sentencias de 13 de febrero de 1961, 22 de enero y 6 y 15 de octubre de 1962, 5 de junio y 13 de noviembre de 1964, 27 de febrero y 1 de junio de 1965, 6 de mayo de 1966, 22 de marzo de 1970, 25 de enero y 11 de noviembre de 1971, 6 de marzo de 1973, 15 de marzo de 1974, etc....

B) *La publicación como requisito de eficacia en los casos de silencio administrativo positivo*

Según la Sentencia de 15 de diciembre de 1977, «la cuestión básica a debatir es la necesidad o no de la publicación de un Plan por silencio administrativo». Pues bien, de la propia naturaleza y alcance de la institución del silencio administrativo, se deduce cómo tal institución pugna con la exigencia de la publicación o notificación para que pueda producir efectos el acto que ha nacido en virtud del silencio administrativo. La sentencia cita las anteriores de 16 de enero y 10 de junio de 1974, en las cuales (al igual que en la de 14 de marzo del mismo año) no se exige la publicación para la producción de efectos.

Lo específico de la sentencia que comentamos es pronunciarse expresamente sobre el supuesto. Ello por darse todos los requisitos del silencio, incluso reconocidos por la Orden ministerial de 4 de agosto de 1972.

Efectivamente, la falta de publicación no es obstáculo para la vigencia del Plan, por cuanto el artículo 44 (antes 35) hace referencia a acuerdos de los órganos que aprueban definitivamente, pero cuando hay silencio, no hay aprobación, por definición.

Además, cabría añadir que, en términos generales, cuando ha operado el silencio positivo no existe la obligación de dictar resolución expresa.

Cabría plantear el problema que, en cuanto a los efectos jurídico procesales, puede suscitar el silencio respecto de los plazos para recurrir contra el Plan, pero esto lo analizaremos a continuación.

4. *Efectos del silencio positivo*

El silencio positivo, a diferencia del negativo, no es una simple ficción a efectos procesales. Aquí se produce un verdadero acto por disposición legal, a pesar de éste no existir. Por ello se ha dicho que, en rigor, el silencio positivo, cuando puede operar, sustituye a la técnica de aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo sometido por el requirente se entiende aprobado.

En la sentencia comentada, la aplicación de esta premisa se lleva a las últimas consecuencias. El Plan a que debe ajustarse el de iniciativa privada, cuya aprobación se deniega, es el aprobado por silencio positivo y no el General de Cartagena. El General de las Playas del Mar Menor y adya-

centes sirve de cobertura del parcial privado, y al no oponerse este último a aquél (considerando 3.º), éste es *legal*.

No vamos a entrar en si sería o no oportuno (problema de la amplitud de la posibilidad de examen en la aprobación), baste subrayar que el Plan obligará a todos como si hubiera sido publicado (Administración y particulares). Pero es que desde el punto de vista jurídico procesal, los plazos para recurrir no operan hasta la publicación o notificación o, al menos, hasta el conocimiento del Plan. De aquí la importancia de que a pesar de que no sea requisito de eficacia, la publicación sea conveniente para no dejar indefinidamente demorados los plazos de impugnación.

J. G. S.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.—GRAVAMEN SOBRE PRIMAS DE MUTUAS DE SEGUROS (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1977).

Hechos.—Como consecuencia de actuación inspectora de la Administración de Tributos de la provincia de Alicante, con fecha 10 de mayo de 1972 se practica liquidación definitiva, en acuerdo razonado, por el concepto Impuesto sobre Sociedades—gravamen sobre primas de Mutuas de Seguros—correspondientes al ejercicio de 1970 sobre la base de 65.821.524 pesetas, al tipo del 1,30 por 100, y a cargo de la Entidad «Mutua Ilicitana», Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo número 46.

Dicha Entidad, no conforme con la citada liquidación, interpone reclamación económico-administrativa, que es desestimada por el Tribunal Provincial.

Posteriormente, el Tribunal Central en el correspondiente recurso de alzada confirma en este punto el fallo del Tribunal Provincial.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Valencia, se estima anulando, por consiguiente, la liquidación recurrida.

Finalmente, el recurso de apelación planteado por el señor Abogado del Estado, en la especial representación y defensa que ostenta de la Administración Central, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Luis Vacas Medina, es desestimado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente doctrina:

«Considerando que las Sentencias de esta Sala de 5 y 26 de junio, 5 de julio, 13 de octubre, 4 y 19 de noviembre y 5 de diciembre de 1975 y de 4 y 25 de febrero, 7 de mayo y 15 de diciembre de 1976, entre muchas, han declarado que las Mutuas de Seguros se hallan incluidas entre los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades como comprendidas en el artículo 9.º, I), c), del Texto refundido regulador del tributo de 23 de diciembre de 1967, y que su sujeción al mismo se determina con independencia de que obtengan o no beneficio, pues en el artículo 52 del propio texto se dispone que los tipos que en él se establecen se aplicarán sobre las primas cualquiera que sea su beneficio; y que como las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo cubren la responsabilidad que para los empresarios asociados pueda derivarse por los accidentes que sufran y las enfermedades profesionales que contraigan las personas de su Empresa, es evidente que han de ser calificadas como Mutuas de Seguros, con la natural consecuencia de su sujeción al impuesto de que se trata.»

«Considerando que las citadas sentencias de este Tribunal han declarado asimismo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, I), K), del mismo

Texto Refundido, están exentas de la obligación de contribuir las Sociedades y demás Entidades que tengan concedida exención en virtud de Leyes especiales mientras permanezcan en vigor; y que tal es el caso de las Mutuas Patronales, ya que la exención correspondiente les fue reconocida, entre otras disposiciones, por el artículo 54 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1932 sobre Accidentes de Trabajo, reproducido por el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 y posteriormente, y en los términos más absolutos, por el artículo 202.5 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, sin que puedan entenderse derogados los preceptos que concedían la exención por la circunstancia de que nada se dijese en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1965 ni en el texto articulado de la misma de 21 de abril de 1966, en cuanto que, conforme a lo prevenido en el artículo 10, b), de la Ley General Tributaria, las exenciones fiscales se hallan sometidas, en lo que concierne a su supresión, al mismo régimen que su establecimiento—disposición mediante Ley—, y la exención aquí debatida nunca fue derogada legal y expresamente, por lo que con la mayor ortodoxia jurídica ha podido incorporarse al Decreto legislativo de 30 de mayo de 1974, anteriormente aludido.»

«Considerando que haciendo aplicación al caso de autos de la anterior doctrina jurisprudencial, se hace obligado concluir que la Mutua Patronal actora y apelada se halla exenta del Impuesto de Sociedades, lo que conduce a la confirmación en todas sus partes de la sentencia recurrida que mantuvo la misma conclusión.»

PRESTAMOS.—PRESTAMO OTORGADO POR EL BANCO DE CREDITO INDUSTRIAL.—FALTA DE SIMULTANEIDAD ENTRE SU CONCESION Y LA CONSTITUCION DE LA GARANTIA. EXENCION DEL ARTICULO 65.1.66 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Por el Banco de Crédito Industrial se concede a la Sociedad española de construcciones Babcock Wilcox, S. A., un préstamo, en garantía del cual la citada Sociedad 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 girada al 1,90 por 100, liquidación que fue objeto de reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Madrid. Desestimada ésta, por entender el citado Tribunal que el Banco reclamante no tenía derecho a la exención pretendida y manteniendo igual criterio el Tribunal Central, se recurre en el contencioso-administrativo ante la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, que estima el recurso considerando aplicable la exención pretendida.

Planteadas la apelación ante el Tribunal Supremo, se confirma la sentencia de la Audiencia en base a la siguiente

Doctrina.—«Considerando que son numerosas las sentencias de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, dictadas en recursos contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central confirmatorias de actos administrativos denegatorios de la exención establecida en el artículo 65.1.66 del Texto Refundido de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en favor de los préstamos otorgados por las Entidades Oficiales de Crédito—de cuya condición participa el Banco de Crédito Industrial—, acreedor en las escrituras que se habían presentado a liquidación, consis-

tentes en una primera sobre concesión del préstamo, seguida de otra en la que se llevaba a efecto lo pactado en aquélla y se constituía, en garantía del préstamo, hipoteca sobre bienes que ya pertenecían al deudor en el momento del otorgamiento de la escritura del préstamo, quedando reducida la controversia a puntualizar si por no ser simultánea la concesión del préstamo y la constitución de la garantía, esto es, a falta de unidad de acto, correspondía conceder o no a la hipoteca la exención establecida para el préstamo, optando por la negativa la oficina de gestión tributaria y el Tribunal Central, en tanto que la Entidad demandante y la Sala de Instancia piensan que no se requiere unidad de acto y abogan por la exención.»

«Considerando que si bien la tarifa vigente del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales grava separadamente la constitución del derecho real de hipoteca (núm. 65) y la constitución de préstamos garantizados con hipoteca (núm. 12), y el documento base que motivó la liquidación impugnada se refiere a una hipoteca en garantía de un préstamo otorgado con anterioridad, no cabe admitir que esta circunstancia, de no ser simultánea la concesión del préstamo y la constitución de la garantía, pueda ser determinante de la no aplicación de la exención que establece el artículo 65.1.66 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de Crédito, de cuya condición participa el Banco de Crédito Industrial, tanto por el principio general de derecho, según el cual «donde la Ley no distingue, no cabe distinguir», como porque el artículo 58 del Texto Refundido establece que la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo tributará exclusivamente por el concepto de préstamo, lo cual hace extensiva la exención al acto accesorio de garantía, siguiendo así lo claramente establecido en favor del acto principal de préstamo, criterio que viene a proclamar el acierto con que se viene pronunciando, respecto del particular, la Audiencia Territorial de Madrid, ya reconocido en la Sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1976.»

OBRA NUEVA Y DIVISION HORIZONTAL.—TITULARIDAD PROINDIVISO DEL SOLAR. ADJUDICACION ENTRE LOS COMUNEROS DE LOS PISOS Y LOCALES DEL EDIFICIO. PROCEDENCIA DE GIRAR LIQUIDACION POR ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS Y TAMBIEN POR TRANSMISIONES, CONCEPTO DISOLUCION DE SOCIEDADES (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—El documento base de las liquidaciones impugnadas consiste en escritura pública mediante la cual dos Empresas—propietarias proindiviso en proporción de un 69,70 y un 30,30 por 100, respectivamente, de un solar—declaran la obra nueva construida a expensas de sus aportaciones respectivas en la misma proporción expresada, y al propio tiempo proceden a dividir el inmueble en régimen de propiedad horizontal, dando lugar a fincas independientes cuya inscripción solicitan del señor Registrador de la Propiedad, adjudicándose a una de las Entidades dos plantas de sótano y un local en planta comercial y a la otra un garaje que ocupa parte de la segunda planta de sótano, cuatro oficinas y cuarenta y una viviendas con sus correspondientes coeficientes de copropiedad.

Practicadas por la Abogacía del Estado competencia pluralidad de liquidaciones, o sea, una por obra nueva y otra por división horizontal (ambas por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados) y una tercera por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, concepto «disolución de Sociedad», se promovió reclamación económico-administrativa que motivó resolución desestimatoria del Tribunal Provincial, impugnada en alzada ante el

Económico-Administrativo Central, alegando una de las Sociedades a cuyo nombre se extendieron las liquidaciones la existencia de un solo acto jurídico y, por tanto, una supuesta doble imposición. El Tribunal Central mantuvo el fallo del Provincial, confirmatorio de la liquidación por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y lo revocó en cuanto a las practicadas por Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en el sentido de anular dichas liquidaciones, que deberían ser sustituidas por otra, por el mismo número de la tarifa y tipo de tributación, pero exclusivamente había de girarse sobre la base de 45.566.500 pesetas, cantidad a que ascendía el valor comprobado de la obra nueva declarada.

El mismo criterio adoptó la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid en el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Interpuesto contra la anterior resolución el correspondiente recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don César Contreras Dueñas, se desestima en base a la siguiente

Doctrina.—«Considerando que del estudio de la escritura pública que motivó las liquidaciones impugnadas se deduce la existencia de dos actos jurídicos claramente diferenciados: de una parte la declaración de obra nueva, acto que por no estar sujeto al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, y por representar su objeto “cantidad o cosa valuable susceptible de ser determinada”, está incluido en el número 38 de la tarifa de Actos Jurídicos Documentados sobre la base del valor de la obra nueva, de acuerdo con la Sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 1975, el otro acto es el de “división material de bienes poseídos proindiviso”, liquidable como disolución de Sociedad al tipo del 1,70 por 100, número 8 de la tarifa, como comprendido en el artículo 57.2 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967.»

«Considerando que todos los esfuerzos dialécticos que la demanda realiza tratando de demostrar que no ha existido disolución de la comunidad de bienes por haberse limitado al solar la copropiedad entre «Cantabria» y «Simago, S. A.», mas no sobre el edificio, respecto del cual “ambas Sociedades devienen—por acesión—propietarias de la edificación y lógicamente en la misma proporción en que eran propietarias del solar”, se estrella frente a la calificación jurídica—bajo las normas del Derecho civil—de los actos realmente contenidos en la escritura pública, ya que no cabe duda de que la simple declaración de obra nueva convierte en edificio—conjunto de suelo y vuelo—aquella finca urbana que antes era solar, y a la nueva finca se extiende la copropiedad que sobre el solar existía, sin que tan claros conceptos resulten alterados por la posterior adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales del nuevo edificio, con sus elementos comunes ajenos. Mas si a tal conclusión se llega a través de las normas del Derecho común, cualquier duda que pudiera existir se desvanece al llevar a cabo la calificación ante el Derecho fiscal, ya que la Ley de 30 de junio de 1969 modificó la redacción del artículo 57.2 del Texto Refundido en los siguientes términos: “A los efectos de este artículo, se considerará como división material de bienes poseídos proindiviso la adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes ajenos.»

«Considerando que si el impuesto se exige “con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible”, según el artículo 25 de la Ley General Tributaria, no se puede tomar en consideración la fórmula utilizada en la escritura que ha dado lugar a este pleito, y que consiste en añadir, a seguido de la descripción de cada piso, oficina o vivienda, esta cláusula: “Ha sido construido directamente por la Empresa constructora

'Cantabria', unas veces, o 'Simago', en otras." Para ello sería preciso desconocer la unidad física del edificio, que impide discriminar la participación que cada copropietario haya podido tener en la fabricación de los inevitables elementos comunes: cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres, sin los cuales no se concibe la posibilidad física de unos locales que no son flotantes, sino que gravitan y están necesariamente protegidos por los elementos comunes de referencia.»

«Considerando que la tesis expuesta coincide con la que fue desarrollada en las Sentencias de esta Sala de 5 de marzo de 1973 y 18 de diciembre de 1974, por lo cual es obligado apreciar que la sentencia apelada es ajustada a derecho y merece ser confirmada, sin apreciar motivos que aconsejen pronunciamiento en cuanto a las costas.»

C. M. A.

LIBROS

CARRIÓN, SALVADOR: *Historia y futuro del matrimonio civil en España*. Madrid, 1977, 425 págs.

El jurista de hoy se siente impulsado a acudir a la historia de los textos y de las realidades jurídicas. El positivismo le ha reducido a estrechos límites y le es necesario apelar al pretérito—al método histórico—para poder dar razón de las leyes y las disposiciones jurídicas. La negación del Derecho natural era imprescindible, pero a partir de ella quedó el jurista ceñido a una metodología positivista que en esencia, resolvía pocas cosas: un comentario a las leyes, adornado con sentencias, que no iba mucho más allá que añadirle las personales opiniones del autor. Un método exegético del texto legal o jurisprudencial, que se adoba con comentarios que quieren buscar la coherencia del ordenamiento, su mejor intelección y—a lo más—su crítica, contrastada con el mejor sentido común. A falta de una positividad de otro tipo, más semejante a las demás ciencias, el jurista acude a la historia en busca de apoyos y explicaciones.

A veces ese remontarse hacia etapas pretéritas se limita a los llamados «antecedentes». Rebusca aquí y allá textos y datos que le permiten establecer una línea continua desde los tiempos romanos hasta nuestros días; resultado que realmente falsea la realidad del Derecho, pues a pesar de la conservación de textos a lo largo de los siglos, mediante diversa interpretación y aplicación, representan muy diferentes realidades. También es frecuente la aplicación del positivismo jurídico—atención a la ley y comentario un tanto arbitrario—al estudio de los textos del pasado con resultados poco convincentes, que todo lo más conducen hacia personales opiniones de los autores, muy respetables pero de mínimo valor científico. Sin embargo, el jurista—y menos en el momento actual—no puede prescindir de la historia, del pasado...; los historiadores del Derecho, por su parte, inmersos en mundos muy *sui generis*, no han sabido ayudar a estos planteamientos históricos que requieren y están buscando los juristas. Los juristas con una auténtica preocupación científica, se entiende.

SALVADOR CARRIÓN ha sabido sortear estos modos de hacer usuales y se ha sumergido con todos los riesgos y gran esfuerzo en el mundo de la historia del matrimonio civil en España; más en concreto, en la promulgación y circunstancias de la ley de 1870. Y lo ha hecho con extensión de fuentes y conocimientos y con claridad en el objetivo que perseguía; ha logrado una explicación de aquella gran ley que se debió a la pluma e ímpetu de MONTERO RÍOS. Ha pretendido y logrado insertarla en las corrientes de pensamiento liberal, ha seguido sus discusiones en las Cortes, las ideas jurídicas de los autores..., salvo en su aplicación concreta—número de matrimonios, distribución por clases o regiones... —, ha consultado cuanto podía facilitar esta intelección de la ley del matrimonio civil, promulgada en 24 de mayo de 1870. Incluso la trae como apéndice de su libro. También al final del libro dedica unas páginas a la problemática actual en torno al matrimonio civil, que por no referirse a su historia—son más posibilidades hacia una futura normativa que ya se anuncia en el horizonte español—, no serán objeto de mi comentario.

La historia del matrimonio civil comienza por dos capítulos previos acerca de su conceptualización y realizaciones hasta el momento que ocupa este libro como núcleo central: la ley de 1870. El primero remontándose a la reforma protestante—al siglo XVI—con materiales, en su mayor parte de segunda mano. Habría que destacar las páginas dedicadas a VAN ESPEN—el gran canonista del XVII—o al civilista francés POTHIER. Después, se refiere, por tener un fondo previo, a la legislación española, con especial atención a los proyectos de 1821 y 1851, en los que ya se percibe nitidamente el nuevo sentido que va adquiriendo el matrimonio. Las exigencias de una sociedad que se seculariza, la enemiga contra la Iglesia, que simboliza residuos del antiguo régimen, van creando una nueva faz y nuevas opiniones en torno al matrimonio. La gloriosa revolución del 1868 será el momento inicial de una época distinta: el matrimonio dejará de ser pura institución del Derecho canónico para insertarse en el ordenamiento estatal. Más radicalmente en los años de la «Gloriosa», menos—con mayor respeto hacia la Iglesia y su ordenamiento—a partir de la restauración del 1875.

SALVADOR CARRIÓN se encara con la revolución en profundidad. Enumera las causas inmediatas de aquel movimiento social y sus supuestos ideológicos, así como las diversas corrientes políticas—desde los progresistas, demócratas y unionistas hasta republicanos y tradicionalistas—. Quiere sentar las bases para la comprensión de aquellos años, siquiera sea en un nivel de ideas políticas; quizá la bibliografía utilizada para estas precisiones genéricas sobre la época sea insuficiente a mi modo de ver, pero lo que interesa es que hay un deseo de plantearse una época, una sociedad—a través de los partidos políticos—. Las juntas revolucionarias habían celebrado matrimonios civiles y parece que se quiere sancionar la intervención del Estado en esta materia; el Gobierno refrena—como en otros aspectos—la revolución de las juntas. Pero era necesaria una solución y las Cortes serán testigo de los intentos hacia una nueva regulación del matrimonio; los tradicionalistas quieren que se castigue a los funcionarios, los republicanos atacan a la Iglesia porque significa un apoyo ideológico para el antiguo régimen y los aspectos más externos del conservadurismo a ultranza. Hay que combatir «el catolicismo malo, ese catolicismo tradicional que quiere ser poder, que quiere ser el único poder que domine el Estado; ese catolicismo que está al lado de la Monarquía absoluta; ese catolicismo que proclama el derecho divino de los reyes; ese catolicismo que tiene pretensiones teocráticas...» La enemiga liberal contra la Iglesia se debe a que representa valores del antiguo régimen.

El proyecto del Código civil de 1869—su libro primero, en que se contenía ya el matrimonio civil obligatorio—no llegará a aprobarse. El ministro Romero Ortiz lo había encargado a un jurista, Felipe Más y Monzó, con enfado y dimisión de los componentes de la comisión general de codificación; la verdad es que de ellos no se hubiera logrado la meta apetecida. Basándose en la igualdad de todos los cultos ante la ley—no sólo en el derecho del Estado para regular el contrato de matrimonio—se pretende su aprobación; mas un cambio ministerial da con él en mero proyecto que no logra vigencia. La comisión de codificación—que también se tiene en cuenta en este preciso estudio de la ley del 70—quedaría ahora y después evitada, pues de los tradicionales y conspicuos juristas, aunque sean de ideas progresistas como Gómez de la Serna, no puede originarse un cambio tan profundo. Es Montero Ríos, como subsecretario de Justicia, cuando vuelve al Ministerio un hombre avanzado, Ruiz Zorrilla, quien elabora el proyecto. Bien articulado, con un preámbulo doctrinalmente acertado—dentro de su línea—, constituye la secularización de la legislación canónica tradicional en España. No innova—por ejemplo, en materia de divorcio—, sino recoge lo anterior; se trata, por tanto, de una afirmación de la competencia del Estado en el matrimonio en aquellos años de grave crisis de la Iglesia, que pierde su poder temporal en la unificación italiana. ¿Cómo es posible tan

dura lucha por una simple competencia en la materia? Hoy no podemos comprenderlo del todo, porque la Iglesia ya no cumple la función que tuvo en el antiguo régimen y en el reinado de Isabel II, pero algo de ello hemos visto aún en los años cuarenta y cincuenta. El apartamiento de la Iglesia era requisito para que—en algunos aspectos—se consolidara la revolución burguesa, si bien los moderados supieron llevarla adelante a partir del 1875 sin tanta estridencia...

Un análisis del proyecto de ley, una descripción de las discusiones de Cortes, la preparación, los debates—todo con minuciosidad y rigor—constituyen la parte central de estas páginas. Los integristas, carlistas, moderados y unionistas—éstos en parte—atacarán el proyecto que defenderá con inteligencia y habilidad Montero Ríos. Se ataca el procedimiento seguido, pero se ataca, sobre todo, el fondo: no tendría aplicación, otros sistemas serían más adecuados—subsidiario, facultativo—, sería inconstitucional, inconveniencias de la reforma, etc. Por lo demás, Carrión ha sistematizado la oposición al proyecto por cada una de las corrientes políticas en las Cortes, lo que confiere a sus páginas un orden y una articulación necesarias para entender aquellos largos debates.

Pero terminaré ya esta crítica sobre el libro. Ya advertí que no entraría en problemas de hoy, ni tampoco en el capítulo en que ordena a los autores, *more jurídico*, según sus distintas opiniones acerca del matrimonio—los autores coetáneos a aquella ley—. En este modo de tener en cuenta la doctrina creo que no ha acertado, al menos a mi entender. Debíó quizá conectarlos a las corrientes de pensamiento político—¿acaso son entes diversos de los diputados que luchan y hablan en las Cortes?—. O quizá estructurarlos dentro de la narración central del estudio, con otros criterios—en torno a cada argumento, para ver su reflejo en la doctrina más sesuda de los juristas teóricos—. En todo caso, el libro que reseño me parece una magnífica aportación a la historia del matrimonio civil en España, así como un modelo para tratar la legislación inserta en una época y en unas corrientes políticas. De esa manera la historia se hace multiplicidad, encontradas opiniones..., se hace más real y no mera transmisión de textos o de opiniones asépticas de los juristas. Otra cosa será que por detrás existen condiciones de la vida y realidad de los españoles: en concreto, los intentos de desmontar el poder de la Iglesia sí que han sido observados. ¿Se podrían insertar las direcciones políticas en la estructura de la sociedad española de la época? Al menos es esta una sugerencia para mayores desarrollos del tema, no es una crítica a un libro que cumple bien su misión y su estudio.

MARIANO PESET

GÓMEZ LAPLAZA, M.^a DEL CARMEN: *De los bienes parafernales. Publicaciones del Departamento de Derecho civil. 2.^a Cátedra. Salamanca, 1976.*

El estudio monográfico que traigo a recensión supera las setecientas y pico de páginas, que me han parecido sorprendentes para agotar una materia que a mí me cabía en un tema ramplón de quince folios en mi época opositoril. El milagro de este estudio profundo, serio y exhaustivo se debe a la infatigable labor de la autora, que, partiendo de una tesis doctoral, ha ido perfilando matices, acumulando citas y llenando de posibles perspectivas el panorama de quien pretenda pensar serenamente en la institución de los parafernales.

No pensé nunca que la institución podía dar tanto de sí y creo que menos lo pensaría el legislador español del año 1958 y el de 1975, que quizá contase con menos folios que yo sobre el tema. Claro que si a los futuros «reformadores» del sistema se les va a exigir que se documenten sobre la materia leyéndose la obra que aquí ofrecemos, seguramente nos quedaremos sin reforma o con una reforma prieta de problemas, poco meditada y sacadas a hombros (y el símil puede ser el del torero triunfante o el del féretro claudicante) de una urgencia política.

Ahora que la mujer ha superado las fases de «liberación», «realización» e «integración» social, creo que resulta auténticamente oportuno el tema de los parafernales. Todo ello dicho con las naturales reservas, pensando en una sociedad española de mujeres que pretenden superar esa fase de «rodaje cultural» a que la nación quiere llegar para poder empezar a entender el sueño angélico y poético de un sistema político-democrático. Las encuestas televisivas en torno, por ejemplo del Quijote, rozan el drama de un sistema que pretende ser demócrata sin cultura, pero el reto puede ser desmoralizador y quizá aleccionador si la encuesta se hace sobre el tema —tan de actualidad— de los parafernales. A las tremendas virtudes de la mujer española no se les puede someter a esa «vilciza» televisiva de que respondan lo que ellas entienden por bienes parafernales.

Quizá esto que digo esté trasnochado y esté referido a ese grupo de mujeres que habiendo doblado la esquina de su edad conflictiva pertenecen a otra época. Quizá. Pero creo que así como la mujer ha avanzado considerablemente en un conocimiento profundo de sus «resortes» sexuales, aún le queda cierto trecho por recorrer para llegar al dominio de eso que la doctrina jurídica entiende por parafernales. ¡Y es que el nombre se las trae! Claro que como ahora todo tiene una explicación razonada de la falta de «realización», igual también podemos traer aquí a colación los «cuarenta» de dictadura que han hecho ignorar a la mujer española el carácter de esos bienes «junto a, o fuera de, dote».

Pero lo que se puede atribuir a la mujer, en general, no juega en el campo profesional de la juridicidad, y ahí está la monografía recensionada de la que es autora una mujer que sabe de esto, como se demostrará, muchísimo más que yo, y eso que yo, al manejar diariamente el derecho vivo de la contratación, decido bajo mi responsabilidad si la finca adquirida es ganancial, parafernál, bien propio o presuntivamente ganancial.

Prologa la obra JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Salamanca, haciendo un merecido elogio no sólo de la autora de la obra, sino de lo que ésta significa en el campo de la aportación de estudios sobre el tema, ya que, según su autorizada opinión, constituye «la primera monografía que se publica sobre los bienes parafernales en Derecho español», así como de la importancia del estudio en orden a posibles y futuras reformas jurídicas de nuestro primer cuerpo legal, donde juegan esas masas de bienes propios, comunes y parafernales, con sus respectivas titularidades, legitimaciones de disposición, rentas y frutos, etcétera.

En una especie de prefacio que la autora dedica al lector en su introducción al tema apunta lo que puede ser la esencia o vértice en el que se apoya el trabajo: la razón fundamental para la elección del tema objeto de este estudio es la de la existencia de otras masas de bienes, en el ámbito de un régimen de comunidad, sobre las cuales no se posibilita, sino que se hace más imperiosa la necesidad de conjugar con éxito esa independencia de los cónyuges, su igualdad, y la necesaria solidaridad que han de constituir la base del sistema económico, matrimonial. Nos estamos refiriendo a los bienes propios, al patrimonio privativo de los cónyuges. Si hay alguna masa en donde por excelencia deba manifestar más libertad y autonomía patrimonial es, desde nuestro punto de vista, ésta.

A la ignorancia del nombre y el significado que los bienes parafernales

llevan consigo en el ámbito del conocimiento de la mujer española, bien puede hacerse la excepción de la postura que la mayor parte de ellas ostenta en cuanto a esa libertad de movimientos respecto de lo que *es suyo*. Pero da tristeza pensar que estamos hablando de la «mayor parte de ellas», lo cual significa que comienza a oscurecerse aquella bella frase, pronunciada generalmente por la mujer, de que «lo tuyo es mío y lo mío tuyo». Se evita con ello el posible «abuso», pero se rompe la poesía y la unidad matrimonial llevaba consigo. Son otros tiempos. Ahora se asfalta el campo y se abren surcos en el matrimonio...

La obra consta de cuatro partes y se subdivide en capítulos y secciones que van llevando la lector desde el estudio histórico que arranca del Derecho romano y pasa por la codificación, hasta los principales códigos del siglo XIX, rematando el estudio con el panorama actual conforme a una clasificación de los diferentes sistemas matrimoniales. Lleva la obra una tabla de abreviaturas, un importante y aleccionador índice bibliográfico, aparte las citas a pie de página, y un índice sumarial. Creo que al exponer sintéticamente su contenido debemos respetar las citadas partes, pues es evidente que el estudio concienzudo hecho en las primeras se refleja inevitablemente en las restantes.

A) CONFIGURACION HISTORICA EN EL DERECHO ROMANO

Dos sistemas matrimoniales sirven a la autora para configurar el tema en el Derecho romano: el de absorción de bienes y el de separación patrimonial. Tanto en uno como en otro, según dice, la dote constituye el centro, el ineludible punto de referencia de todas las relaciones patrimoniales de los esposos.

La investigación a que la autora somete la materia da como resultado la averiguación de la existencia individualizada de los bienes parafernales en dos tipos de fuentes: papiros greco-egipcios y Derecho romano. En la época clásica el único texto en que aparece el término «parapherna» es un fragmento de Ulpiano, incluido en el Digesto y seguramente interpolado. La época posclásica y justiniana abren ya claras muestras de una existencia de los parafernales de una forma indudable. Sobre ello la autora estudia fundamentalmente los puntos clave de la titularidad, los poderes y la posible intervención del marido.

B) DEL DERECHO COMUN A LA CODIFICACION

La especie de «guía» que la autora antepone a cada parte en la que resume sus ideas y hace de lazarillo para señalar su método de trabajo nos sirve a nosotros para tratar de resumir en esta recesión apresurada el contenido sustancial.

Tres secciones sirven para plantear en cada una de ellas la temática de los bienes parafernales. En la primera el sistema matrimonial es el de separación de bienes, manejándose los antecedentes del Derecho italiano, francés y el Derecho foral catalán. En la segunda, el examen de los bienes propios se hace bajo la presencia de regímenes comunitarios y surgen los antecedentes del Derecho consuetudinario francés y el régimen foral aragonés. Por último, en la tercera, se hace un especial estudio de los parafernales, también en sistemas de régimen comunitario, referidos al Derecho castellano-leonés.

La perpetuación de la institución se realiza a través del Derecho romano, aunque si bien esa raíz podría hacer pensar que esos bienes sólo alcanzan sentido en el ámbito de un régimen dotal o, al menos, en uno de separación;

la Historia demuestra cómo esto no sucedería en determinados países y regiones, entre los que se encuentra el español.

La evolución enlaza el sistema jurídico español hasta el momento de su consagración legal en el Código civil bajo un sistema de comunidad.

C) LOS PARAFERNALES EN LOS CODIGOS DEL SIGLO XIX

En la misma forma que en las otras partes la autora sigue conectando inevitablemente el estudio de los bienes parafernales con el sistema económico en que se mueven. Tres son también los sistemas elegidos por la autora, aunque la variante de uno sea la legal o la convencional. El primero, dividido en dos, en el régimen dotal en el cual el examen se hace a través de los códigos italiano y francés de 1865 y 1804, respectivamente, haciéndose un estudio de la figura en el régimen legal francés de comunidad de muebles y adquisiciones. Es importante el estudio, pues a la precisión del mismo se une un examen comparativo de los diversos sistemas con el que recoge y regula nuestro Código civil, sobre todo en sus posibles analogías en orden a la licencia marital y la contribución de cargas, administración y goce.

El tercer sistema—pues ya hemos advertido que en el primero se conjugan otros dos—es el legal de gananciales del Código español de 1889, en el cual, aparte de examinar los antecedentes de la gestación de nuestra codificación, se hace un estudio de los dos principales sistemas forales—el catalán y el aragonés— en relación con el artículo 12 del mismo. Se completa el estudio con las dos vertientes en que los parafernales se ofrecen al contemplarlos: la administración de los mismos, con su inevitable percepción de los frutos y la enajenación tan estrechamente vinculada a la autorización marital.

D) EVOLUCION LEGISLATIVA TRAS LOS CODIGOS Y TENDENCIAS ACTUALES

La culminación del estudio histórico llega en forma de desembocadura al momento en que los bienes parafernales se «liberan» por así decirlo de la licencia marital. Quizá se hagan entonces más parafernales. Respondiendo a las mismas pautas que en partes anteriores, aquí se va estudiando los bienes en relación con los diferentes sistemas y las consecuencias que ello supone.

La legislación italiana de 1942 y la de 1975 son las primeras que abren marcha en ese sistema de signo separatista que caracteriza su legislación, aunque en la última reforma se conjugue también el sistema de comunidad legal. La consecuencia de la reforma es la desaparición de los bienes parafernales, habiéndose utilizado como técnica para ello el del sistema de igualdad de los cónyuges y de autonomía en el seno de la sociedad conyugal.

Especial examen recibe el Derecho foral catalán en su curva histórica, que va desde el Código civil a la Compilación foral, recogiendo en ésta con toda fidelidad la institución, aunque, como dice la autora, esta fidelidad no tenía paralelismo respecto del régimen legal, que ya no sería el dotal sino el de separación. Especialmente también se estudia la legislación francesa y la Ley de Reforma de 1965, así como el Derecho foral aragonés desde el Apéndice de 1925 hasta la última Compilación.

La obra termina con el examen de la reforma legislativa de nuestro Código por Ley de 2 de mayo de 1975. La autora adelanta en su planteamiento su idea: el problema que en otras legislaciones se centraba en el patrimonio privativo de la mujer, en el nuestro hacía referencia a los bienes parafernales. En efecto, a pesar de su denominación, estos bienes funcionan

en el Código civil a modo de privativos bajo un régimen de comunidad. Por ello, tampoco aquí basta la supresión de la licencia marital para que se consagren aquellos nuevos principios que informan hoy la mayoría de las legislaciones. Es precisa y urgente una reforma total del régimen de comunidad de gananciales.

La autora ofrece en su recapitulación final o general unas conclusiones y unos criterios que podrían servir en su día de orientación para una posible reforma. Deseo que a esa reforma—si llega—le sople el buen aire de estas orientaciones, pero me echo a temblar pensando en reformas parciales de un Código mediatizado por unos principios y una época que se trata de hacerlo valer en otras diferentes. ¿Se acertará esta vez o tendremos que modificarlo de nuevo apenas comience a regir?

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ: *Contratos onerosos entre cónyuges. Publicaciones de Derecho civil*. 2.^a Cátedra. Salamanca, 1976.

Es preciso saludar con auténtico alborozo la aparición del presente volumen, primero de una serie de publicaciones que inicia el Departamento de Derecho Civil, II, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, que, con tanto acierto, dirige mi buen amigo JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Como en ese mundo de los libros y las publicaciones me muevo con cierta soltura, creo que me encuentro legitimado para destacar la valía de la publicación que habrá tenido que superar muchos y difíciles obstáculos—incluidos los pecuniarios—para ver la luz. Si el remate de la investigación es la publicación y ésta la posibilidad de cultura, este libro que recensionamos es la muestra y el camino a seguir en la fecundidad del campo universitario.

El tema elegido es inédito en la bibliografía española: se trata de buscar un criterio general de validez para los contratos onerosos entre cónyuges. Materia que cobra una importancia de estudio riguroso, sobre todo después de la reforma de mayo de 1975.

Y ante el tema y su disyuntiva uno no puede menos de recordar una famosa anécdota que me contaron hace tiempo. Un guardia, a punto ya de la edad de la jubilación, tenía un hijo que estudiaba para ingresar en una determinada institución. Uno de los profesores que había de formar parte del Tribunal donde el muchacho tenía que examinarse era muy amigo del guardia. Se llamaba don Julio. Llegó el momento del examen y al muchacho no hubo forma de aprobarle. El padre se consideró obligado de tener una conversación con don Julio, para explicarle cómo diariamente él tomaba las lecciones del hijo y cómo estaba seguro de que el muchacho iba preparadísimo. Mire usted—le decía a don Julio—le controlo idiomas, literatura, química, matemáticas, todo don Julio, todo, se lo digo yo. Y don Julio alzó la cabeza y le preguntó al guardia: ¿También sabe usted lo que son las funciones polinómicas de variable real? Y el guardia contestó: también don Julio, también, pues llegando a cierta edad hay que saber de todo...

Esto me empieza a pasar a mí con el tema de la publicación. Yo me sabía las prohibiciones en materia de compraventa, sociedad y donación, pero ahora en esta labor de recensionista—y por razones de edad—tengo también que saber lo de la contratación onerosa entre cónyuges. Pero, claro, para llegar a ello me voy a ayudar de la magnífica monografía que cuida, escribe y publica MARÍA JOSÉ HERRERO GARCÍA, doctor en Derecho, vinculada estrechamente a la Universidad, con publicaciones históricas

sobre la materia y trabajadora infatigable en el Seminario de Derecho de Familia de la citada Universidad.

Prologa el libro, libro de quinientas y pico páginas, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, y en él, aparte de la presentación de la autora, exprime lo que puede ser la esencia de las ideas guía que se manchan en la monografía. ¿Son posibles los contratos entre cónyuges? ¿Por qué los prohíbe el Código civil? ¿El fundamento de una prohibición puede servir de base para extenderla a todos los contratos onerosos? La clave del tema—dice DE LOS MOZOS—sigue siendo el artículo 1.458 del Código civil, de cuya encrucijada hay que seguir deduciendo, mediante un examen minucioso de una serie de círculos de relación, o conexiones de problemas, el criterio general para el planteamiento del tema, criterio que se analiza en concreto y de forma exhaustiva por la autora del presente libro, en relación con los contratos de compraventa y de sociedad, suministrando las pautas para un planteamiento valedero respecto de cualquier otro.

La obra se estructura en nueve capítulos, llevando una tabla de abreviaturas, un índice bibliográfico importante y otro sistemático o general del contenido. Seguir paso a paso esta estructuración se me antoja dificultoso para la finalidad de esta recensión. Por ello—y partiendo de ese permiso tácito que la autora da al consentir en la crítica de su monografía—voy a distinguir para el lector tres grandes partes en la obra, a las cuales me ajustaré: una parte histórica, otra referida a la situación actual del Código civil y una tercera en la que se conjuga el tema con el estatuto patrimonial. La autora nos viene a dar la razón, ya que al exponer el esquema del trabajo a seguir en el estudio explica la necesaria utilidad que representa averiguar la razón histórica de la prohibición, el precedente más inmediato que influye en nuestro Código, el estudio de un derecho comparado (singularmente el francés y el italiano) y las consecuencias de todo ello en el examen de nuestro ordenamiento.

A) ASPECTO HISTORICO Y DERECHO COMPARADO

Después de señalar los principales argumentos en que se basan los criterios de nulidad de los contratos onerosos entre cónyuges y demostrar la insuficiencia de los mismos, se adentra la autora en el Derecho romano. Para poder exponer el principio que rige en este Derecho examina previamente las diferentes situaciones familiares que inciden en la posible validez de los contratos entre cónyuges.

Dos vertientes le sirven de pantallas para ofrecer la situación romana. Un principio general de prohibición de donaciones entre cónyuges y el de validez de los contratos entre los mismos. Para exponer el primero se examinan los requisitos que deben reunirse, los actos que deben reputarse prohibidos por constituir una donación (donaciones de la madre a la hija casada, pactos entre cónyuges sobre la dote, nulidad de donaciones a través de tercero) y aquella serie de actos que suponen un simultáneo empobrecimiento y enriquecimiento. El principio de validez de los contratos entre cónyuges se ve restringido por la no aceptación de ciertas cláusulas y por ciertos contratos en particular, como son la compraventa, el contrato de arrendamiento y el de sociedad.

Respecto al Derecho comparado, la autora, siguiendo una evolución histórica, distingue entre el Derecho francés, anterior y posterior al Código napoleónico, y el Derecho italiano. La diversidad de regímenes existentes en el Derecho francés escrito y consuetudinario, así como el principio de comunidad, han de influir en esa fase histórica que llega hasta el Código de Napoleón. En éste, aun recogiendo los principios de comunidad y el sometimiento y dependencia de la mujer casada respecto a su persona y bienes a la iefatura marital, no se consideran incompatibles con las rela-

ciones contractuales entre marido y mujer, estableciendo limitaciones, no en función de un especial régimen especial económico del matrimonio, sino en la reserva a favor de los herederos legítimos del donante. Se conserva en la actualidad la prohibición de la compraventa, se flexibiliza un tanto la cantidad disponible por donación y se reconoce y regula la constitución de diversos tipos de sociedades entre cónyuges.

En el Derecho italiano pesa históricamente la regulación romana que se mantiene por la obra de los glosadores y comentaristas, recibiendo por los pandectistas y ejerciendo una gran influencia en el período codificador de Italia. En el ordenamiento italiano de 1865 los límites de las relaciones contractuales entre cónyuges se encuentran en la regulación de las liberalidades. En el año 1942 se mantiene la posibilidad de la revocación de las donaciones, mitigándose—por falta de alusión—lo referente a la constitución de sociedades entre cónyuges. En el año 1975 se reforma el Derecho de Familia y, sin embargo, permanece inalterado el sistema prohibitivo de donaciones para los casados.

Forzosamente el Derecho histórico español es sometido a un examen minucioso. Se inicia la exposición con el período anterior a la influencia del Derecho visigótico y la que éste ejerció sobre el histórico. El Derecho visigótico se caracteriza por la inexistencia de precepto prohibitivo y la existencia de ciertas normas que sirven para mantener un criterio de validez de las relaciones contractuales entre cónyuges. El siguiente período que se examina está constituido por la invasión musulmana y el período de la Reconquista, en el cual se destacan la idea de la penetración de los principios comunitarios y una especial regulación de las donaciones entre cónyuges, lo cual hace decir a la autora que la ausencia de normas prohibitivas nos puede llevar a concluir sobre el principio de validez de las relaciones contractuales onerosas entre cónyuges. Las partidas y los ordenamientos legales posteriores son igualmente estudiados minuciosamente. De ellos se deduce el principio prohibitivo de las donaciones, sin que exista una expresa prohibición de contratación onerosa, aunque ya surge el obstáculo de la autoridad marital.

Del examen de los ordenamientos que estaban vigentes en el momento de la promulgación del Código civil no se puede deducir un criterio de validez de los contratos onerosos entre cónyuges. Por ello la autora sigue en su investigación histórica examinando el Proyecto de García Goyena de 1851 con la licencia marital como primer obstáculo, el Proyecto de 1888, el criterio jurisprudencial anterior al Código y exposición de los preceptos del Código civil español en tema de contratos entre cónyuges (artículos 1.334, 1.458 y 1.677).

B) SITUACION EN EL CODIGO CIVIL

Aparte, como es natural, de los textos legales sobre la materia, lo que verdaderamente preocupa a la autora es el peso que determinados efectos del matrimonio produce y la interpretación que la doctrina da a los mismos, convirtiéndolos en verdaderos obstáculos para llevar a feliz término el principio de la validez contractual onerosa entre cónyuges.

Los dos efectos fundamentales que el matrimonio produce son el de la unidad familiar y la supremacía marital. Uno y otro van a ser los auténticos obstáculos que, junto a la representación marital, la licencia y la capacidad de la mujer, se esgriman para justificar un principio de prohibición de contratación entre cónyuges. Es decir, aunque no existía un principio expreso de prohibición, pesa sobre la doctrina la opinión de García Goyena, que basándose en el estatuto personal de los cónyuges dentro del matrimonio—especialmente la jefatura del marido y la necesidad de licencia

marital—entiende existente una constante y latente objeción general en torno a la contratación onerosa.

La autora replantea la cuestión haciendo la crítica del planteamiento tradicional y diciendo que las instituciones que en el Código de 1889 regulaban la diversa posición de marido y mujer en el ámbito familiar no estaban dirigidas a limitar, por principio, la capacidad negocial de los mismos, considerados individualmente, sino que la atribución de derechos y obligaciones, si bien pudiesen suponer en algún caso restricciones a su anterior capacidad, estaban orientadas por la necesidad de dotar al nuevo grupo familiar de una organización y caracteres acordes a sus específicos fines. Esta y otras muchas afirmaciones toman auténtico cuerpo al profundizar en la doctrina de la Dirección General de los Registros y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que van superando progresivamente el antiguo aforismo de la prohibición de contratación onerosa entre cónyuges. Es importante también el estudio crítico que la autora hace de los Derechos francés e italiano en sus últimas reformas.

Donde quizá la argumentación tiene más apoyo es en el examen que la autora hace de la Ley de 2 de mayo de 1975, reformadora del Código civil español, en el que desaparece la licencia marital y el principio de que el matrimonio restringía la capacidad de los cónyuges, con lo cual queda destruida en principio la afirmación de García Goyena. Se sigue manteniendo las prohibiciones en orden a la compra y a la sociedad. La autora profundiza más y examina los principios informadores de la reforma que la llevan a considerar válida la siguiente afirmación: la existencia dentro de nuestro Código de un criterio general de validez de los contratos onerosos entre cónyuges.

C) EL ESTATUTO PATRIMONIAL

Superada la idea de que el estatuto personal de los cónyuges al no estar recibido en sus limitaciones en la legislación actual no ofrece dificultad para el principio sustentado de la validez contractual entre cónyuges, la autora enlaza el problema con lo que ella denomina el estatuto patrimonial y, sobre todo, con el principio de inmutabilidad del régimen económico que la doctrina, contraria a un criterio general de validez, alegaba para intentar justificar limitaciones, o la negación, de la posibilidad de los contratos entre cónyuges.

Para la autora, la relación contratos entre cónyuges y estatuto patrimonial, ha de establecerse respecto a un régimen económico, verdadera ley en el matrimonio, ya sea por conveniencia o por imperativo del mismo ordenamiento en el régimen legal; independientemente de que se permita o no, por acuerdo de los cónyuges, que esa ley sea sustituida por una nueva regulación de este ámbito patrimonial.

Realmente lo que al legislador le preocupa es mantener a lo largo del matrimonio y en el momento de su disolución un equilibrio entre las masas patrimoniales o los distintos bienes pertenecientes al marido, a la mujer o bienes comunes y que aunque parezca que sólo se pone de relevancia en el momento de la disolución de la comunidad, es una regla que se considera de toda la regulación del régimen legal y que, por tanto, ha de observarse en los actos y negocios que durante el matrimonio se realicen. De ahí que habría que ir analizando cada tipo de contrato entre marido y mujer, resolviéndose su viabilidad o ineficacia en orden al respeto de esas normas de constitución y funcionamientos de los patrimonios privativo y común. La autora descende al examen del problema de la accesión invertida del artículo 1.404 del Código civil, al principio de subrogación real y los contratos de venta y permuta.

Se termina la publicación o el estudio con una exposición especial so-

bre el contrato de sociedad entre cónyuges, en el cual la autora demuestra, una vez más, su gran capacidad de sugerencias y su posibilidad de oponibilidad a tesis sustentadas reiteradamente.

Si aceptamos la tesis mantenida por la autora en esta monografía—y razones hay más que suficientes para ello—nuestro principio de calificación tendrá más complejidades de las que ahora presenta, teniendo que examinar caso por caso aquellos contratos celebrados entre cónyuges que no violen las prohibiciones legales y que no vulneren esos principios de mantenimiento de equilibrio entre las masas patrimoniales de la sociedad conyugal. Yo recuerdo la gran «pega» que solía poner en los dictámenes para los ejercicios escritos de los que eran mis opositores: un contrato oneroso entre cónyuges y todos acudían al artículo 1.458 del Código civil y su prohibición sin cuidarse de leer la jurisprudencia que a pie de página traía el *Medina y Marañón*: uno de los cónyuges puede adquirir en su basta bienes que el otro posea pro indiviso con otras personas (Sentencia de 28 de noviembre de 1907). Si esto pasaba con ese particular caso, me imagino que la dificultad subirá en cuanto tratemos de acercarnos al usufructo, al arrendamiento, a la enfiteusis, a las agrupaciones, segregaciones, etcétera. De cualquier forma, la monografía recensionada deberá servirnos para arrancar de ella la idea o la sugerencia que apoye nuestra decisión.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

IANELLI, ANTONIO: *La nuova enfiteusi*. Nápoles, 1975, Ed. Jovene. 240 págs.

Una atracción singular ejerce un libro de fecha reciente y con el enunciado título para aquellos que iniciamos nuestra vida profesional (y durante largos años ejercimos) en un satélite industrial de la capital del Principado de Cataluña, en cuya zona no sólo subsistían arcaicas y no escasas enfiteusis rústicas, sino que su considerable desarrollo urbano aparecía en pleno paralelismo con las numerosas de solares producidas en el pasado siglo, todavía vigentes, y cuya constitución era aún acto no infrecuente y nada hacía suponer su decadencia, sobre todo teniendo en cuenta que, después de una profunda convulsión monetaria, las rentas en especie eran un apreciado señuelo para concedentes-inversores y los dilatados plazos un extraordinario desahogo para promotoras y adquirentes en aquellos duros, pero esperanzadores, años de ilusionada e intensa reconstrucción social.

Pero pronto la ilusión se desvanece. La nueva enfiteusis del Magistrado IANETTI no es más que una caricatura trágica, los despojos, de la institución clásica. La obra es la sangrienta historia de una «vía dolorosa» que conduce a la muerte lenta, la crucifixión. Es el mismo proceso que, en forma mucho más atenuada, se produjo en nuestra patria a partir de 1945, año en que el instituto se reguló sólo a efectos de liquidación.

La enfiteusis, con uno u otro nombre, debe ser tan antigua como la propiedad. Si no se citan más precedentes es simplemente por desconocimiento, pero tenemos la absoluta impresión de que algún contrato tipológicamente análogo debe aparecer entre los inmensos yacimientos que Oriente Medio va poniendo a disposición de los juristas. Lo corriente es hablar de los heleno-orientales, referirse a las concesiones de *ager publicus* para cultivo o edificación y a sus paralelos privados, y señalar sus características especiales que la sitúan entre la locación y la venta y a cuya canalización concurren tanto el *ius civile* como el *honorarium*.

En esquema, su complejidad clásica está sentada en tres jambas: perpetuidad, para ambas partes; canon periódico y obligación de mejorar o construir. A tal configuración se incorporan la «entrada», que juega en la reducción del canon; el derecho de prelación que, sin dañar al enfiteuta, permite al concedente, sobre todo al modesto, estimar transitorio su replegue y reputarse todavía inmanente propietario; la aprobación, con su laudemio, caso de no ejercitarse la prelación, dividiendo extraordinario o «lote» de obligaciones, que actúa también como moderador del canon y es vigía de mejoras. Con el tiempo se adicionan, para su perfección o deformación, los más accidentales de reconocimiento, dimisión, reversión, prohibiciones de subenfiteusis y hasta la perpetuidad se diluye en largo plazo apareciendo la posibilidad de liberación forzosa.

El período medieval es una forma de vida económica y social que difícilmente acertamos comprender en nuestros días. Posiblemente para expresar la situación de equilibrio de las partes en la relación, se le aplica aquella metáfora del dominio dividido y se la confunde con otro grupo de instituciones no distantes que navegan entre el *locare* y el *émere* y que contribuyen sustancialmente a la estructuración europea: las *tenure* de Francia, o los *droits de bourgeoisie* o *bail a domaine congéable*; los *leihe*, con las múltiples variedades de *bodenleihe* germánicos (*Platzrecht, Zimmerrecht, Baurecht...*) y los todavía tan lozanos *leases* ingleses no perpetuos, pero sin plazo determinado, que permiten englobar desde el de pisos amueblados por semanas hasta el de solares o predios por noventa y nueve, novecientos noventa y nueve o diez mil años. Baste indicar que la Law Property Act de 1922, para los prorrogables sin determinación del alcance de la prórroga, estableció límites de dos o tres mil años, según hipótesis. Sólo son inscribibles los de plazo superior a veintiún años.

Pero las prestaciones personales, como las rentas parasitarias, carecen de simpatías. El anonimato en el ejercicio de la usura a través de «financieras» o la especulación en solares o piedras preciosas es más rentable y menos arriesgado. La revolución francesa engloba la enfiteusis entre los derechos señoriales y, olímpicamente, los barre de la historia; el Código de Napoleón ni siquiera se refiere a ella y al ser transferido, en letra y espíritu, a los nuevos países americanos el mimetismo del trasvase les priva de un instrumento acaso utilísimo para la vertebración de su mundo rural, objetivo todavía expectante.

El Código francés, con las invasiones, se aplica a extensas zonas italianas y los Magistrados dudan en si la enfiteusis constituida queda abolida o se rige por las normas anteriores. Unificada Italia, el Código de 1865 la regula, pero con importantes innovaciones: supresión del derecho de preferencia, del laudemio, entre otras. La enfiteusis queda herida de muerte. El Código de 1942 no permite, para el futuro, sino los cánones en metálico y sólo alterables legalmente; aunque se producen revisiones, son de tal moderación que pasan a ser irrisorias. A partir de 1966, y en disposiciones de este año, de 1970 y 1974, se produce una inmensa confusión: la enfermedad actual de la transformación de la *legge* en *legginge* por inflación y devaluación consiguiente, *troppo leggi e fatte male*. Se elimina la revisión de cánones, se señalan límites al estipularlos inicialmente, lo propio que para el capital de redención.

Se ha atendido a demandas denominadas sociales, realmente políticas, y se legisla con fines electorales, favoreciendo a bases de mayor espectro a costa de otras menos numerosas. Suprimido el plazo de liberación, la enfiteusis queda convertida en una venta a término, a gusto del adquirente y por un precio tasado. Si había tenido alguna vitalidad para aparecer en la escena jurídica con fines fiscales, encubriendo ventas o donaciones, el fisco taponaba también el escape.

Se produce un maremágnum de clasificación de enfiteusis según la fecha de su constitución o su carácter rústico o urbano, que no interesa

detallar. Todas dichas leyes son impugnadas como inconstitucionales. Pero la Corte Constitucional resulta ser un órgano de índole política, con escasos miramientos a su función técnica y sus resoluciones no sólo son amargas y desilusionantes, sino que aún se permiten legiferar, constituyéndose el Tribunal en Superparlamento. Las frases de IANELLI y otros autores son durísimas.

Sin canon en especie que permita dilatados recorridos temporales; con intervención y tasación en pensión y capital de liberación; sin derechos de preferencia ni laudemios, privada de sus trazos más esenciales, la enfiteusis italiana no es «nueva»; simplemente no es tal. Otras instituciones autónomas y con otros nombres las conservan con mayor acento: desde las servidumbres, el derecho de superficie que regula el propio Código italiano, hasta las recientes y brillantes aportaciones suizas, alemanas y francesas en orden a la edificación.

La enfiteusis ha muerto sin honor, sacrificada a la política partidista. Pero las masas electorales continúan exigiendo predios y viviendas y otros institutos van configurándose como enfiteusis para sucumbir como ella. Los ex arrendamientos de Nart, los con prórroga forzosa de renta congelada constituyen una víctima propicia. En estos tiempos de soberanía popular, de primacía del trabajo y de llamada solidaridad social, el rentista parasitario es antisocial y representativo de un Estado de Derecho, configuración del neocapitalismo, ya caducado y que con los restos de su triple carga de norma, libertad y progreso conduce, en unos países más vertiginosamente y en Italia con mayores sinuosidades, a la llamada democracia popular. Un eufemismo.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

JAEGER, PIER GIUSTO: *Il voto divergente nella SpA. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*. Giuffrè. Milano, 1976, 89 págs.

Con independencia del peso o del volumen, un legítimo artista pone de relieve en breves trazos su maestría. El estudio enunciado no es extenso, pero con el mismo su autor demuestra otra vez su alta escuela, su elegante estilo y un *humus* jurídico nada corriente. Su lógica, como un manantial, serpentea por los abismos compartimentados por doctrina y dogma y no se diluye en bruma de antecedentes. Un tema aparentemente banal, fútil o reputado «caso límite» o excepcional, manifestación de subnormalidad, ridiculez o capricho no susceptible de ser tomado en consideración ni protegido por el Derecho, adquiere singular relieve a lo largo de una lectura que se hace fluida y absorbente.

Hace ya más de sesenta años que HERWITZ formuló reparos a la doctrina tradicional del voto unitario y sus tesis, puntualizadas principalmente por KLAUSING, provocaron amplios comentarios en el Derecho continental. En España, en 1943 y precisamente en un excelente estudio sobre el derecho de voto aparecido en las páginas de esta Revista, URÍA las recogió, y más tarde él mismo, GARRIGUES, RUBIO y BÉRGAMO han insistido sobre ellas y sentado posiciones.

JAEGER, perseverante cazador, inicia su exposición acosando a la presa con una amplia *pars destruens*. Para ello acude a ASCARELLI: sólo un profundo conocimiento de la vida permite el ejercicio del arte de teorizar. Y cuando se afirma que el problema no es concebible y se observa como práctica corriente, y hasta la inglesa «Companies Act 1948» o la reforma del Código japonés de 1966 lo regulan concretamente, aunque en

forma dispar, más que razonar lo que se hace es exhibir un deficiente arte jurídico.

Hay casos perfectamente comprensibles: la Fiduciaria, que encubre varios titulares reales y con criterios opuestos: su variante, las SICOVAM francesas o los proyectados «Monte Titoli Azionari», encaminados a eludir el trasiego de títulos, pero que, de hecho, convierten a sus titulares en propietarios de género, no de especie concreta y numerada; el socio, parte de cuyas acciones están sindicadas y votan en sentido opuesto a su personal postura; el de los municipios u otras entidades públicas con composición pluripartidista y a las que escrúpulos democráticos y el deseo de evitar «fortines» políticos, que se producen con el voto unitario, en entidades de servicios o similares por ellos controladas, lo emiten en proporción a los criterios de sus diversos partidos, tema que ha provocado incluso jurisprudencia negativa en Alemania, o los viejos casos de los múltiples delegados sin instrucciones, especialistas varios, ingenieros, abogados o contables, que enjuician el caso desde diversas perspectivas, o los Bancos, que legalmente o mediante delegaciones en blanco emiten distintos votos para el mismo titular de varios depósitos.

Cierto que algunos de los ejemplos citados sólo rozan formalmente con el dogma; que en el fondo las titularidades reales son diversas, aunque la legitimación aparente sea sólo una. En cambio, en otros casos, el de las acciones sindicadas, se nos ofrece más como un conflicto «intra-subjetivo» de intereses que «intersubjetivo». En otros, el voto divergente es diáfano y, sin necesidad de acudir a testaferros, puede observarse en la vida diaria como el del jugador que apuesta a rojo y negro, en hipotética distribución y reducción de riesgos.

Existe una polarización de doctrinas respecto a las anónimas: la institucionalista destaca el interés de la empresa, el socio «órgano» y el «voto-función». La contractualista no tolera que tal interés supere el de los socios. Para aquella, naturalmente, sólo es concebible el voto unitario y de acuerdo con los fines de la sociedad, siendo intolerable el capricho. JAEGER observa que tales fines, o el interés de la sociedad, no son siempre absolutos y palpables en las asambleas. Tal vez por ello los institucionalistas acuden a los clásicos argumentos conceptuales: quien vota es el socio, no la acción; el voto es una declaración de voluntad que no puede ser contradictoria; en el pecho del accionista no existen dos almas. Acuden incluso a las palabras y a la estructura de la ley.

JAEGER rebate estos argumentos tradicionales: el problema no fue tenido en cuenta por los legisladores y acudir a palabras de la ley y aun a su estructura, que ofrece argumentos para cualquier postura, es atribuirles un valor desproporcionado. Una cosa es una declaración contradictoria-ininteligible; otra es una perfectamente inteligible, aunque compuesta de dos partes aparentemente opuestas: no es lo mismo decir «vendo el fundo y no lo vendo», que «apuesto dos al rojo y tres al negro». El resultado práctico de tal hecho, no prohibido, puede ser sancionable, pero no el hecho en sí. Puede tratarse de una abstención, de una reducción de riesgo o de una reserva de derecho de impugnación en todo caso. Y la base de ello es siempre la acción considerada como una *monade*, que comprende en sí todos los elementos de la posición de socio, está dotada *Selbständigkeit*; es la eliminación del momento personalista, fase remota de las SA y la proclamación de la equivalencia acción = *bag of money*, el puro principio capitalista.

La solución del problema la enfoca a través de delicados distinguos y agudos razonamientos de FLORIANO D'ALESSANDRO, quien determina tres situaciones subjetivas del accionista: a) Las que le corresponden con independencia del número de acciones, como el derecho de información o intervención en las asambleas; b) Las que requieren precisamente un número determinado de ellas: convocatoria o los relacionados con la

responsabilidad de administradores. c) Aquellas en que el derecho es proporcional al *quantum*, de las que es paradigma el derecho de voto. La acción, en consecuencia, no es más que una noción descriptiva de una pluralidad de situaciones. El dogma de la cuota, en sentido global y sintético, adolece de falta de ductilidad y expresiones como las de «no se puede ser varias veces socio de una misma sociedad», se evidencian como deficientemente planteadas.

Hay que acudir, para solucionar conflictos, a principios extraños a la naturaleza o estructura conceptual de una institución. Tomemos, como ejemplo, el incumplimiento de la obligación de aportar respecto a algunas de las acciones suscritas. Si la resolución debe afectar a la totalidad o parte es problema que está influido indudablemente por la doctrina de la divisibilidad de las obligaciones. Si nos centramos en el voto divergente, admitido por la práctica, la solución no va a derivarnos del dogma de la unidad de la cuota, demolido por los planteamientos de D'ALESSANDRO, sino de principios como los de corrección, buena fe, *non venire contra factum proprium*, etc.

El socio, que indiscutiblemente puede votar con sólo parte de sus acciones, está también legitimado para votar con ellas en términos dispares. Son sus consecuencias las que deben ser enjuiciadas, y éstas se reflejan principalmente en el ejercicio de los derechos de separación e impugnación, evitando abusos.

El primero de ellos carece de entidad destacada. Aun admitiéndolo, lo que no considera adecuado JAEGER, se limitaría a las acciones que no han votado afirmativamente. Tal derecho es una «reliquia personalista» de interpretación restrictiva y tendencia eliminatoria, sin excesiva importancia. Pero el derecho de impugnación ejercitado por un titular de 100 acciones, una de las cuales haya votado en solitario contra el acuerdo, debe considerarse un abuso manifiesto. La jurisprudencia ya ha distinguido entre «legitimación» en los casos de impugnación e «interés», y ha llegado a la conclusión de que debe ser rechazada aun ejercitada por socios legitimados cuando carezcan de efectivo o racional interés. Y la valoración del mismo no es posible realizarla previamente, como dispone el Código japonés, sino precisamente *in sede impugnativa*, a la vista de las consecuencias. El voto divergente en sí no daña a nadie. Es en cuanto implica un abuso intolerable, una conducta de mala fe, un perjuicio para terceros, cuando pasa a tener entidad y reclama límites.

El estudio termina con interesantes apuntes sobre el problema en relación con las participaciones de las sociedades limitadas; la posibilidad de ejercicio del mismo en caso de acciones de voto plural; la legalidad de las prohibiciones estatutarias del mismo directamente o por medio de delegaciones varias... De los enunciados, el último es el que despierta nuestra amplia simpatía; es la reacción del cuerpo social en tiempos en que todo se confía a la actividad del Estado, esa gran ficción, como decía BASTIAT, a través de la cual todo el mundo se esfuerza en vivir a expensas de todo el mundo. Pero se trata de un planteamiento excepcional, inactual. Algo así como una rosa de otoño, cuyo encanto podrá ser más sereno, pero que contiene todo el patetismo de lo tardío, lo postrero.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Los créditos hipotecarios*. Edit. Reus. Madrid, 1977, 101 págs.

Con claridad, rigor y sentido práctico, el profesor LALAGUNA lleva a cabo «una construcción dogmática que permita explicar las peculiares características del crédito hipotecario, considerado generalmente como yuxtaposición de un derecho personal (crédito) y un derecho real (hipoteca)». Y ello porque «el crédito hipotecario posee estructura unitaria y una muy notable autonomía», que hace imprescindible una construcción unitaria y sistemática del mismo, constituyendo la transcrita afirmación del autor «la idea central de este estudio».

La necesidad de dicha construcción se acentúa como consecuencia de la dispersión legislativa de esta materia (ubicada en los Códigos civil y de Comercio, así como en la Legislación hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil) y del hecho de que doctrinalmente aparezca «tratada en distintos capítulos del Derecho de obligaciones y del Derecho de cosas».

Distribuida esta magistral indagación en seis capítulos—a los que precede una «introducción»—son estudiados (en el I) sus «presupuestos críticos», poniendo especial énfasis el autor en subrayar el riesgo de que permanezcan en la sombra «los aspectos más genuinos del régimen de los créditos hipotecarios», si se polariza la atención en la idea de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito. «Los créditos hipotecarios—nos dirá—suelen tratarse principalmente en el capítulo de la cesión de los créditos; dentro de este campo, su estudio aparece dominado por la idea de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito. La consideración dominante de esta idea contribuye notablemente a que los aspectos más genuinos del régimen de los créditos hipotecarios queden en la sombra. La razón de esto es que, desde el punto de vista de la cesión, todos los derechos accesorios siguen la suerte del derecho principal, y en este sentido no cabe apreciar diferencias específicas entre la hipoteca y otras formas de garantía, como la prenda, la fianza o el privilegio.»

Seguidamente expone la afirmación (de ROCA SASTRE) de que «el crédito hipotecario constituye una entidad compleja compuesta de dos elementos: el *crédito* y la *hipoteca*» (ésta, como elemento accesorio, sometida a la suerte del crédito), y la negación (por parte del mismo hipotecarista) de que la hipoteca influya en el crédito (éste «vive su vida», nos dirá ROCA). A continuación verifica un esquema del «estado actual» de la doctrina, para concluir afirmando (con base en un atento análisis del cuadro de efectos del crédito hipotecario) que «la conexión entre el crédito y la hipoteca es más profunda de lo que suele admitirse», por lo que no puede concebirse el régimen jurídico del crédito hipotecario como «el resultado de la suma de efectos de un derecho personal y un derecho real», sino como «un cuadro de efectos que es el resultado de un juego de *recíprocas* influencias entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas», en esa zona de la realidad jurídica denominada por MAX KASER «el cruce del Derecho de obligaciones y del Derecho de cosas».

En la exposición de los «principios que configuran el régimen de los créditos hipotecarios», reconoce el autor cómo el crédito *determina* (como elemento principal) la suerte jurídica de la hipoteca (elemento accesorio); pero lo hace subrayando que «no es menos cierto que la hipoteca introduce modificaciones en el régimen propio del crédito al dotarle de ciertas cualidades que el crédito, por su propia naturaleza, no tiene, y que permiten al acreedor hipotecario actuar en el campo de los derechos reales, lo que no está al alcance de ningún titular de un crédito común

(sea o no privilegiado)». Y es que, en definitiva, «la estructura del crédito hipotecario presenta una gran complejidad», pues nos encontramos ante «la conexión de dos relaciones jurídicas heterogéneas: una relación obligatoria y una relación real», cosa muy distinta—ejemplariza el autor—de la que ocurre con la fianza, donde «se articulan dos relaciones jurídicas homogéneas... y las dificultades que pueda suscitar su conexión se resuelven, en principio, sin salir del campo del Derecho de obligaciones».

En el capítulo II contempla la naturaleza de los créditos hipotecarios, destacando su *carácter real* en un doble sentido: *a)* que «la tutela y la realización del crédito dejan de depender del comportamiento personal del deudor», no estando sometidos a las contingencias de una posible situación adversa en su patrimonio (insolvencia, quiebra, concurso), y *b)* que el derecho del acreedor recae directamente sobre los bienes, pudiendo dirigirse contra cualquier poseedor de los mismos (art. 1.876 del Código civil). Analiza la *autonomía* de tales créditos y las consecuencias prácticas de la misma en situaciones concursales, tanto cuando se reclame el concurso o quiebra «durante la fase de ejecución de la hipoteca» como en el supuesto de que sea *anterior*. En el primer supuesto—concluye el profesor LALAGUNA—, «la realización del crédito hipotecario no queda detenida por el hecho de que el deudor sea declarado en concurso o quiebra»; mientras que en el segundo, el crédito hipotecario continuará devengando intereses (arts. 1.916 del Código civil y 884 del de Comercio); «los acreedores hipotecarios, que, en principio. ., *no están obligados* a intervenir en el juicio de concurso o quiebra, ni su derecho está condicionado al reconocimiento judicial de créditos, *pueden*, sin embargo, unirse a los demás acreedores, conservando en todo caso su derecho de preferencia» y gozando de una situación jurídica singular dentro de la «masa» (v. gr., no están sujetos a la sanción del art. 1.279 L. E. C. para el acreedor moroso); tales acreedores hipotecarios no son afectados por los convenios de la Junta (art. 1.917 del Código civil y 900 del de Comercio), y, finalmente, «los créditos hipotecarios se pueden realizar *fuera* del concurso o de la quiebra (después de haber sido declarada la situación de insolvencia del deudor».

Dedica especial atención al «significado de la inclusión de los créditos hipotecarios en las reglas de prelación del concurso», rechazando el que puedan considerarse «créditos privilegiados», con base en que «la preferencia del privilegio deriva de la ley, en tanto que la del crédito deriva de la voluntad de los particulares» (cita, en esta línea, a GULLÓN BALLESTEROS y aduce la definición de «privilegio» del art. 1.923 del Proyecto de 1851). Seguidamente estudia «la preferencia de los créditos a favor del Estado y de los aseguradores sobre los créditos hipotecarios», considerando desafortunada (con GULLÓN) la referencia a los créditos hipotecarios en el artículo 1.923 del Código civil: expone cómo la preferencia a favor del Estado ha sido modificada por el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, artículo 73 de la Ley General Tributaria y otras, y analiza el alcance y la repercusión de esta normativa, para concluir afirmando que esta «preferencia» en favor del Estado «no representa un perjuicio ni amenaza siquiera para la existencia y realización de los créditos hipotecarios». Por lo que concierne a la preferencia de los créditos de los aseguradores, considera que «no sólo no perjudica a los créditos hipotecarios, sino que representa para los mismos un beneficio».

Antes de cerrar el tema de la autonomía de los créditos hipotecarios pone de relieve que «en ningún caso, ni siquiera cuando los bienes hipotecados resulten suficientes para la satisfacción del crédito, el crédito se degrada hasta el punto de convertirse en .. vulgar», pues al tener que constar la hipoteca en escritura pública para acceder al Registro, tal crédito hipotecario estaría incardinado en el artículo 1.924, 3.º, A, del Có-

digo civil (incluye los créditos que «sin privilegio especial consten en escritura»).

Finalmente, estudia, en este capítulo II, «el contenido real de los créditos hipotecarios, comenzando por realizar interesantes «precisiones dogmáticas», sintetizables en la afirmación de que «la naturaleza del derecho del acreedor hipotecario se manifiesta en tres aspectos: 1) en un poder inmediato del titular del crédito sobre la cosa hipotecada; 2) en un fenómeno de incidencia del crédito hipotecario en el ámbito del poder del dueño de la cosa hipotecada; 3) en el hecho de la vinculación real del bien hipotecado al patrimonio del acreedor, en tanto la obligación garantizada no se cumpla». Tales aspectos son objeto del profundo análisis, concluyendo el del tercero de ellos con la siguiente formulación definitiva: «La titularidad del acreedor hipotecario no consiste en una *expectativa jurídica* de realización del valor del crédito, sino en un derecho subjetivo sobre la cosa hipotecada, precisamente en cuanto la realización del valor es un hecho futuro y no puede, por tanto, servir de objeto material a un derecho que tiene existencia actual y naturaleza real.» De la que colige «que el objeto del derecho que corresponde al titular del crédito hipotecario está dentro de su patrimonio».

En el capítulo III se contempla la «tutela de los créditos hipotecarios», comenzándose por exponer los «medios de protección de los créditos comunes» y razonándose cómo no pueden ser utilizados por los acreedores hipotecarios (lo que no implica limitación, sino todo lo contrario, «en cuanto los créditos hipotecarios están protegidos por un cuadro de facultades de defensa más completo y eficaz»). Seguidamente son estudiadas estas «medidas de protección» *específicas* (ampliación de hipoteca, subrogación real, acción de devastación) en exposición clara y sintética.

Especial acentuación del sentido práctico (que preside toda la obra) encontramos en el capítulo IV, dedicado al estudio de la «realización del crédito» y de las acciones y procedimientos encaminados a tal realización.

Comienza el autor exponiendo las posiciones formuladas por ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ respecto al ejercicio de la *acción personal* (derivada del crédito) y la *acción real*, que se deriva de la hipoteca. El primero defiende la *tesis de la opción* (entre ejercitar la acción personal o la hipotecaria), habiendo tenido esta posición acogida en la mayor parte de nuestra doctrina; mientras que SANZ FERNÁNDEZ considera que «el acreedor ha de dirigirse contra los bienes hipotecados con preferencia a todos los que forman parte» del patrimonio del deudor, no tratándose de una facultad, «sino de un deber, con un correlativo derecho del deudor de hacer efectivo el crédito realizando los bienes hipotecarios, no pudiéndose dirigir contra los demás más que en el caso de insuficiencia de aquéllos respecto del déficit no percibido».

A continuación analiza «el problema de la dualidad de acciones», sometiendo a crítica la tesis dualista (con base en los arts. 1.799 y 1.812 del Proyecto de 1851, el comentario de ANTÓN DE LUZURIAGA y en la normativa vigente) y aceptando, como punto de partida, la posición de SANZ FERNÁNDEZ.

Seguidamente expone los procedimientos para el ejercicio de la acción hipotecaria, centrándose su atención en los dos más frecuentemente utilizados—judicial sumario y ejecutivo ordinario—, cuyas ventajas e inconvenientes analiza, dedicando epígrafe independiente al estudio de «la naturaleza de la acción ejercitada y el problema de la legitimación». Cierra el capítulo con estas conclusiones: 1) «No se puede afirmar de modo categórico que en nuestro ordenamiento se haya eliminado técnicamente la posibilidad de anomalías en la realización del crédito hipotecario como consecuencia de un ejercicio disociado de una acción «personal» contra el deudor y una acción «real» contra el propietario o el tercer poseedor de la finca.» 2) En tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio

aislado e independiente de una acción personal contra el deudor, que provoque la ejecución sobre bienes de su patrimonio sin alcanzar a los bienes especialmente hipotecarios en garantía del crédito. Sólo procederá el ejercicio de la acción personal cuando se haya realizado o extinguido la acción hipotecaria.

En el capítulo V son estudiados los «actos de disposición de los créditos hipotecarios», analizando el autor la «cesión» de tales créditos y la «constitución de subhipoteca». La cesión—nos dirá el profesor LALAGUNA—«no proporciona ningún dato de interés acerca del contenido real del crédito que es objeto de cesión», mientras que la posibilidad de que pueda ser hipotecado el derecho de hipoteca «resalta muy claramente el contenido real del crédito hipotecario».

Una y otra figura—cesión y subhipoteca—son objeto de cuidadoso análisis, si bien el autor concede singular atención al estudio de la segunda, considerando que el objeto de esta garantía «no es ni el derecho de hipoteca ni el crédito hipotecario», sino la finca hipotecada en la precisa función de garantía que define la hipoteca básica». Destaca la «doble accesibilidad» existente en la relación de subhipoteca (al depender de la subsistencia de los créditos el garantizado por ella y el garantizado por la hipoteca básica), así como «el fenómeno de la presencia de un nuevo crédito junto al que ya existía». Y ello para terminar afirmando que «aunque la ejecución de la subhipoteca se explica como un fenómeno de subrogación», anteriormente, «durante la fase de seguridad, han coexistido sobre la misma finca dos derechos de garantía», con lo cual la misma finca «ha cumplido a la vez una doble función de garantía».

Finaliza esta obra con su capítulo VI, dedicado a la extinción de los créditos hipotecarios, que expone el autor distinguiendo: a) extinción de la obligación garantizada y cancelación de la hipoteca; b) extinción del crédito por virtud del pago hecho al acreedor; c) causas de extinción del derecho de hipoteca; d) cancelación de la inscripción de la hipoteca, y e) prescripción de la acción hipotecaria.

En cuanto a la causa a), la necesidad, para que el derecho real de hipoteca deje de existir, que se cancele la inscripción, aduciendo lo preceptuado en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, y la posibilidad—contemplada por Cossío—de que «extinguido el crédito y no cancelada la hipoteca, ésta sea cedida a un tercero que reúna las condiciones de beneficiario de la fe pública registral, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en cuyo caso—concluye Cossío—, «la hipoteca adquiere sustantividad propia y vida con independencia del crédito extinguido, en cuanto al tercero se refiere».

Por lo que concierne a la causa b), sistematiza los diversos supuestos, distinguiendo las situaciones en que el deudor es titular de la finca hipotecada, de aquellos en que las condiciones de deudor y de titular de la finca hipotecada corresponden a personas diferentes. Dentro del primer grupo de situaciones, estudia el pago hecho por el deudor al acreedor, el que realiza un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación y el hecho por un tercero extraño a la relación obligatoria, mientras que en el segundo grupo contempla la hipoteca en garantía de una deuda ajena y la transmisión de la finca hipotecada con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

Las causas de extinción de la hipoteca igualmente son estudiadas de forma sistemática, analizándose en sus correspondientes apartados la renuncia, el acuerdo de extinción entre acreedor y tercer poseedor, la extinción de la hipoteca por acto unilateral, la pérdida de la cosa o extinción del derecho hipotecado, la ejecución de la hipoteca por ejecución de otra preferente y la extinción por estas causas: caducidad o decadencia del derecho, caducidad de la inscripción, consolidación de derechos o denuncia del hipotecante.

En el siguiente epígrafe se exponen y analizan las diversas causas de

cancelación de la hipoteca (mejor—nos dirá el autor—de cancelación de la inscripción), concediéndose singular atención al estudio del artículo 179 del Reglamento Hipotecario y de la doctrina de la Dirección General con el mismo relacionada.

Finalmente, se cierra el capítulo—y la obra—con un acabado análisis de la prescripción de la acción hipotecaria, que concluye el autor adoptando la posición siguiente: a) Separar, «como figuras heterogéneas, el crédito escriturario, al que se debe de aplicar la prescripción de quince años de las acciones personales, y el crédito hipotecario, al que se debe de aplicar en todo caso el plazo de veinte años de la acción real hipotecaria». b) Por consiguiente, «no existirá problema en el caso de que, ejercitada la acción hipotecaria, sometida al plazo de prescripción de veinte años, pueda resultar, en parte, insatisfecho el crédito después de ejecutada la hipoteca», pues en dicho supuesto, «la parte de crédito insatisfecha quedaría reducida objetivamente a la condición de un crédito común, y entonces se podría aplicar para este crédito el plazo de prescripción de quince años».

Posición—la transcrita—a la que se llega después de una cuidada exposición y crítica de las mantenidas en tema tan cuestionado (y cuestionable) como rico en variada casuística.

JUAN HERRERA CATENA

Profesor Adjunto de Derecho civil. Granada

VIGUERA RUBIO, JOSÉ MARÍA: *La notificación del protesto*. Prólogo de MANUEL OLIVENCIA RUIZ. Ed. Montecorvo. Madrid, 1977, 236 págs.

En ausencia de una reforma global del Derecho cambiario español, con la incorporación de la Ley Uniforme de Ginebra y de las nuevas experiencias y soluciones eclécticas en materia cambiaria, que superan ampliamente aquella, en especial en la perspectiva del Proyecto de Ley Uniforme preparado por la UNCITRAL (sobre este último, ver M. J. BONELL: *Versa la creazione di un titolo cambiario internazionale*, «Riv. Dir. Comm.», 1973, I, 146 ss.), la reforma del protesto introducido por la Ley 47/1967, de 22 de julio, ha permitido a la doctrina replantear algunos de los temas cambiarios más vidriosos: naturaleza del protesto; posición, en relación con él, de los diversos obligados cambiarios; aplicación práctica del nuevo sistema, etc.

El tema merece dos tipos de consideraciones: En primer lugar, su carácter eminentemente práctico, casuístico, en el que la labor profesional de los Notarios ha ido elaborando colegialmente una serie de soluciones—no siempre homogéneas—a los numerosos problemas no resueltos (ni antes ni después de la Ley de 1967) por el Código de Comercio. En segundo lugar, es Derecho esencialmente «notarial», y por ello profesional, en el sentido de regular la actividad ejercida monopolísticamente por un cuerpo de funcionarios, y se relaciona con el problema de la masificación de los títulos valores, que ha reclamado soluciones simplificadoras: por ejemplo, en relación con el manejo y negociación de valores mobiliarios, el Decreto de 25 de abril de 1973 sobre compensación y liquidación de operaciones en Bolsa. Con el peligro de que, consciente o inconscientemente, en la interpretación de la ley (y en su propia elaboración, como ocurre en este caso) puedan prevalecer los intereses del cuerpo sobre la colectividad, en detrimento, en definitiva, de los principios cambiarios. A la «crisis de la letra de cambio», debida a muy diversas razones, se uniría esta dete-

rioración de la intervención del fedatario público en la constitución del título cambiario. No es extraño, pues, que la Ley de 1967 haya sido sometida a un juicio público, en el que la «acusación» fue iniciada por el profesor BERCOVITZ, seguido por otros autores universitarios, en tanto que la «defensa» ha corrido decididamente a cargo de los propios Notarios. ¿Hubiera sido promulgada ésta, como otras leyes del mismo cariz «profesional», en una democracia política? Nos permitimos ponerlo en duda. ¿Cómo se explica, si no es por la especial naturaleza del régimen franquista (mitad autocracia, mitad anarquía), una reforma, promovida y defendida por los propios destinatarios de la ley (profesionales de tan bien ganado prestigio y con ingresos que nadie duda en calificar de elevados, aunque injustamente distribuidos), que empeora claramente el Derecho anterior?

Dos son, de entrada, evidentemente, los méritos de VIGUERA RUBIO en esta monografía: El de haber abordado una materia de gran complejidad, con una capacidad de análisis de las diversas situaciones y problemas, y sus posibles soluciones, que legitiman ampliamente su incursión en este Derecho «de Notarios». Y el de haber mediado una vez más, y con conocimiento de causa, en la valoración general de la reforma, con un notable sentido de ponderación intentando dar «a cada cual lo suyo». Aunque con una moderada inclinación en favor de los Notarios. Así, por un lado, defiende la reforma en el sentido de que no ha producido la «quiebra» del protesto, ya que tanto antes como ahora—en su opinión—el protesto no da fe de la presentación de la letra, sino sólo de la ausencia de aceptación o de pago en un determinado momento, si bien, como reconoce el autor, la postura del librado-aceptante «se ve disminuida en orden al cumplimiento extemporáneo de su obligación» (págs. 45-87, y 87, nota 115). En tanto que censura la posibilidad, admitida por el artículo 505 en su nueva redacción, de que el protesto sea notificado por persona autorizada por el Notario que no posea fe pública, pues en tal caso la notificación no cumple la función autenticadora de falta de aceptación o de pago, lo que podrá alegarse en juicio sin necesidad de recurrir a la querrela de falsedad contra el Notario autorizante (pág. 160).

El libro de VIGUERA RUBIO, como advierte el prologuista, se inscribe en la relativa predilección o especialización de la Escuela de Mercantilistas de Sevilla por los temas cambiarios, y posee las características propias de ésta: amplia documentación (reflejada en las extensas 496 notas), academicismo y elevada construcción dogmática, capacidad crítica para enjuiciar la doctrina de los diversos autores, estilo cuidado y, a veces, preocupado por la originalidad en la expresión (culteranismo sevillano). Por ello, aun teniendo por origen una tesina de licenciatura, no debe sorprender el alto nivel alcanzado en esta «ópera prima» o, como se suele decir académicamente, de «iniciación a la investigación» (lo que es un decir en el caso que nos ocupa).

Con trabajos como éste queda plenamente justificada la iniciativa de las Facultades de Derecho de Sevilla y Valencia, al sustituir el tradicional examen de licenciatura por la presentación de una tesina, e igualmente esta reseña, que, al menos por su extensión—si no por otro mérito—, quiere estar a la altura de la obra reseñada.

Por último, otra observación, que tomamos del prologuista: en un momento de aletargamiento de la doctrina cambiaria extranjera (aunque ello sea un buen síntoma de que tras la LUG son menos los problemas planteados), entre nosotros la materia está mereciendo aún considerable atención (así, la aportación de GARRIGUES, en su *Curso y Tratado*; la de RUBIO, y otros estudios sobre aspectos parciales, como los de OLIVENCIA, MUÑOZ PLANAS, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, BERCOVITZ, POLO SÁNCHEZ, etc.).

Tras estas observaciones generales pasemos ahora a dar un breve resumen del contenido del libro, resaltando sobre todo las tesis mantenidas por el autor.

En el capítulo I enmarca el tema dentro de la «patología» de la letra de cambio (en expresión de OLIVENCIA) y de la diversidad de notificaciones, que constituyen el necesario (pero no siempre acertado en nuestro Código) aparato de «publicidad legal» de las incidencias de la letra a interesados en ella. Aparato que se reconduce a la «notificación» integrante del protesto, la notificación del protesto ex art. 517 y la comunicación privada del protesto de las entidades bancarias al librador ex art. 506-5.^o

En otro orden de cosas, la letra es un título de presentación (necesariamente al pago; sólo en determinados casos a la aceptación) y un título de crédito. Por ello, las situaciones de anormalidad influyen en la confianza de cobro del tenedor y el Código le concede determinadas facultades, siempre que aquellas situaciones se atestigüen fehacientemente, y que pueden ser: a) anormalidad antes del vencimiento, por negativa a la aceptación (art. 481-1.^o), o porque deje de aceptar otras letras (art. 481-2.^o), o se constituya en quiebra el librado (art. 510); b) anormalidad al vencimiento por impago (art. 516). Presentación y levantamiento de protesto son indispensables para el ejercicio de las respectivas acciones.

En el capítulo II («En torno al concepto y funciones del protesto y su pretendida quiebra tras la nueva regulación») polemiza con las tesis de BERCOVITZ, que afirmó que la reforma alteraba «el concepto, función y naturaleza misma de dicha institución» (*La reforma del protesto*, 1967, página 13), en aras de «domiciliar el protesto en el despacho del Notario» (*ob. cit.*, pág. 147). En efecto, de la comparación entre la operatoria del protesto antes y después de la ley concluye VIGUERA que si aquél antes «giraba en torno al requerimiento realizado personalmente por el Notario, actualmente la esencia de la misma radica en esa notificación practicada *a posteriori* por el Notario o por la persona designada por él» (pág. 48). La reforma favorece a los Notarios, que ya no tienen que «personarse», en tanto que al llamado a pagar o aceptar se le «compensa» ampliando el plazo para hacerlo en la Notaría.

El autor, sin embargo, niega que la reforma haya dislocado tan gravemente el protesto, *ya que no es cierto* (como es doctrina ampliamente mantenida hasta ahora por GARRIGUES, RUBIO, BROSETA, BERCOVITZ, etc.) *que antes de ella* (y, al menos, desde el Código de Comercio de 1829) *el protesto acreditara el hecho de la presentación por el tenedor* (aunque sí de la realizada por el Notario en el acto de requerimiento), y que el artículo 502 (inalterado por la reforma) dice sólo que el protesto acredita «la falta de aceptación o de pago». Además, el Notario no podrá dar fe de un hecho (la presentación privada por el tenedor) que no ve, oye o percibe por los sentidos» (art. 1.^o del Regl. de Org. y Régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944, no modificado en este punto por el Decreto de 22 de julio de 1967). Además, el Código menciona por separado, repetidamente, como hechos distintos, *la presentación y el protesto* (artículos 460, 467, 469, 482, 483 y 516) (ver págs. 49-56). El estudio del Derecho comparado y de la LUG le permite constatar que, frente al Derecho español, o bien el tenedor no soporta la carga de la presentación, o bien, en los casos en que así sucede, puede cumplirla y al mismo tiempo acreditarla por la presentación mediante protesto (págs. 56-65). En Derecho español, sólo antes de la codificación y eventualmente en supuestos límite con posterioridad, coinciden el momento de la presentación privada de la letra y del protesto (con o sin presentación pública de la misma para levantarlo). Al propio tiempo, afirma VIGUERA que no existe razón para ofrecer al deudor dos momentos o posibilidades alternativas de pago (y también, añadimos, de aceptación), en el momento de la presentación pri-

vada por el tenedor y en el momento de la presentación por el Notario, «en igualdad de condiciones» (pág. 85).

Descarta también el autor la posible motivación de la tesis de que el protesto acredita la presentación de la letra, por temer que de lo contrario venga obligado el tenedor a probar judicialmente este hecho, pues, en su opinión, la carga de la prueba de la no presentación al «deudor cambiario» (*sic*, puede no ser aún «deudor cambiario», como ocurre con el librado no aceptante) que excepcione esta causa de caducidad. En tanto que el tenedor debe aportar la prueba fehaciente de la falta de aceptación y pago (protesto) y de la notificación de éste a los obligados cambiarios, que señala el artículo 517, nada debe probar con respecto a la presentación para ejecutar la letra. Entiende el autor que, «con arreglo al artículo 1.253 del Código civil, se puede sin esfuerzo considerar deducible del hecho del protesto..., el hecho de la presentación», pues «lo normal... es que las letras no sean llevadas ante Notario para protestarlas sino después de haber intentado sin éxito obtener el cumplimiento de la obligación cambiaria presentando la letra al deudor» (pág. 80). Por lo que si no es un hecho constitutivo ni tampoco extintivo, debe calificarse como hecho impeditivo, cuya prueba, en base al artículo 1.214 del Código civil, deberá pesar sobre el obligado cambiario que alegue la caducidad de la letra, aunque ello constituya la prueba de un hecho negativo, «diabólica» (como han advertido autores como BROSETA y CASALS), pues, como dice el autor, citando a ROSENBERG, «considerar que, a pesar de ello, la prueba del hecho negativo no es necesaria significaría una modificación del derecho material» (pág. 82). Concluye el autor que en el Código aparecen perfectamente deslindados la «finalidad inmediata, genérica y fundamental del protesto» (art. 502) y «el modo, concreto y eventual, en que se confecciona dicha acta notarial» (art. 504 y ss.), que es lo único que se ha modificado en la reforma de 1967, admitiendo que se acredite la falta de aceptación y de pago por el hecho de que el obligado cambiario no se persone al recibir la diligencia (en el lugar del sistema anterior, en que el Notario le requería personalmente a ello).

Toda esta argumentación, que hemos intentado resumir «in extenso», nos suscita muy serias reservas, que vamos simplemente a enumerar: 1.º El protesto antes de la reforma *probaba generalmente la presentación, aunque ciertamente fuese la presentación por el Notario*: de ahí que, con la exigencia del protesto, aun sacado fuera de plazo, para conservar las acciones cambiarias (arts. 460, 525, etc.), se estuviera atando, bien atado, este cabo (la presentación de la letra), que ahora queda suelto. 2.º En el régimen anterior no daba igual pagar (o aceptar) a requerimiento del tenedor o del Notario, pues en el segundo caso había unos gastos que correrían a cargo de «quien hubiese dado lugar a ellos». 3.º Que el nuevo sistema introducido en 1967 haya convertido la prueba de la posible falta de presentación en carga del obligado cambiario es una grave solución, que contradice la naturaleza de la letra como título de presentación y de rescate, y amenaza, como en el caso de la excepción de falta de provisión de fondos, en convertir el juicio ejecutivo o en un instrumento de abuso (la presentación no se ha realizado y no se admite en dicho juicio la prueba de la no presentación) o en un pleito largo, oscuro e incierto. Por ello se comprende que tanto en nuestro Derecho anterior como en Derecho comparado, la presentación de la letra, cuando se exige, debe ser probada fehacientemente. Y sólo no se exigía cuando se trata de acreditar otros hechos, como la falta de aceptación de otras letras o la declaración de quiebra del librado. 4.º Que si es cierto que la necesidad de probar hechos negativos no puede alterar la carga de la prueba, no lo es menos que la presunción que admite el autor de que la letra protestada ha sido previamente presentada es totalmente arbitraria y no admisible dentro del artículo 1.253 del Código civil.

En el capítulo III analiza la naturaleza de la notificación, la cual, como claramente demuestra el autor, no es una mera notificación (mera «puesta en conocimiento»), ya que incluye una intimación a formular las manifestaciones a que se refiere el artículo 506 del Código. El protesto, tras la reforma, es un «acto complejo» que comprende tres períodos sucesivos: 1.º El protesto en sentido estricto o «protesta» (como le llama el preámbulo de la ley). 2.º La notificación. 3.º Todas las demás diligencias practicadas. Por ello, *la notificación es elemento constitutivo, fundamental e indispensable del protesto tras la reforma*, como destaca el artículo 521 en su nueva redacción («... en vista de la letra y del protesto levantado y notificado con arreglo a este Código...»), que contrasta con el restante articulado del Código, no modificado, que se refiere simplemente al protesto.

En el capítulo IV estudia a quiénes debe realizarse la notificación («destinatarios de la notificación»), que distingue de aquellas personas que en ocasiones la reciben materialmente (simples «receptores») o que son representantes de los destinatarios («notificados»). La reforma ha resuelto problemas como la admisión de la pluralidad de librados (art. 507-1.º, junto a los «indicatarios») y que todas las diligencias de notificación deben contenerse en la misma acta de protesto, salvo que los destinatarios residan en plazas diferentes. Pero no enumera taxativamente quiénes son los «destinatarios», lo que merece una interesante investigación del autor. Entiende que lo es el aceptante por intervención o por honor (págs. 110-126). Este no es asimilable a un obligado en vía de regreso, pues no puede subrogarse en lugar del tenedor (art. 512), no condiciona la obligación asumida a ninguna *condicio juris*, no es deudor «principal» como el librado aceptante y le es aplicable el artículo 480 del Código de Comercio. Sin embargo, *dada la finalidad de la notificación, ésta debe hacerse al aceptante por intervención que no pagó a la presentación por el tenedor*. Solución acogida en Derecho comparado y en la LUG. Por el contrario, el autor llega a la conclusión de que *la notificación del protesto no debe hacerse al avalista del aceptante*, en esencia, por los siguientes argumentos (págs. 127-139): 1.º En la doctrina anterior a la reforma de 1967, aunque había otras opiniones y soluciones practicadas por los Notarios, prevalecía la tesis negativa, a diferencia de los avalistas de librador y endosantes, en tanto que la notificación del artículo 517, como confirmó la reforma del artículo 521-2.º, debe realizarse a todos los avalistas, incluido el del aceptante (GARRIGUES, URÍA, OLIVENCIA, RUBIO, BROSETA, etc.). 2.º La posición jurídica del avalista del aceptante es distinta a la de otros avalistas y a la del aceptante por honor porque: no se le debe presentar la letra al cobro, por no haber sido designado ni por el librador ni por ningún endosante, ni ser su obligación principal y autónoma, sino directa y accesoria; para proceder ejecutivamente contra él se exige el reconocimiento de firma (arts. 521 del Código de Comercio tras reforma de 1967 y 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la Ley de 16 de diciembre de 1954); la expresión «en los mismos casos y formas», del artículo 48 del Código de Comercio, alude a los supuestos de nacimiento de responsabilidad y a la naturaleza de ésta (no a las formalidades); tampoco el Derecho comparado ni la LUG exigen el protesto al avalista. *Tampoco cree el autor* (págs. 139-146) *que deba hacerse la notificación al domiciliatario*, en caso de «domiciliación perfecta», no contemplada expresamente en el Código, que en el artículo 505 sólo prevé la designación para el pago de un domicilio distinto al del librado. Razones: 1.º El domiciliatario no asume ninguna obligación cambiaria. 2.º La finalidad de la notificación se cumple entregándola al domiciliatario o sus representantes, pero dirigida al librado (el domiciliatario será un «notificado», no un mero «receptor», pues ha de conocerla para que produzca efectos sobre el destinatario).

El capítulo V está destinado al estudio de la práctica de la notificación y es el más extenso (págs. 149-226) y casuístico. A pesar de que la cédula

de notificación fue introducida en el artículo 504-10.º por Ley de 31 de diciembre de 1945, entre aquella y la actual notificación las diferencias son esenciales. La notificación debe hacerse simultáneamente a todos los destinatarios (art. 507), salvo el caso de indicatarios, en que el artículo 484 exige sacar un segundo protesto; el contenido de la cédula de notificación, exigido por el artículo 504-2.º, no coincide con una mera copia del protesto, pues ha de añadir el plazo para formular manifestaciones.

De gran interés en este capítulo es el estudio del «notificante». El artículo 504-2 dice que «será entregada por el Notario o por quien éste designe para ello a la persona a cuyo cargo estuviera girada la cambial», norma que, figurando ya en el proyecto de ley, no mereció ninguna objeción, pero que ha originado una grave problemática. Frente a las tesis de que la persona designada por el Notario realiza una función pública (CAMPO VILLEGAS, MARTINEZ VAL, ANDRINO HERNÁNDEZ, RUBIO) o que la fe pública del Notario cubre la actuación de aquella persona (CASTRO LUCINI), el autor sigue la opinión de BERCOVITZ (seguida por BROSETA y otros) de que *la notificación en esas circunstancias no goza de la fe pública*, «el protesto no cumple la función autenticadora de la falta de aceptación o de pago y, por tanto, las manifestaciones que constan en el acta del protesto podrán ser impugnadas, sin necesidad de acudir a la querella de falsedad, como debería ser en el caso de que la diligencia la realizase el propio Notario» (pág. 160). La persona designada ha de tener, además, la aptitud precisa para cumplir su cometido, y de su actuación responderá el Notario, en general, si se prueba su culpa *in eligendo* o, si es un auxiliar de la Notaría, en las condiciones que señala el artículo 1.903 del Código civil.

El «receptor» de la cédula ha de ser «persona hábil», dotada de «capacidad natural de percepción» (no precisa capacidad de obrar plena) e indistintamente entre las señaladas en el artículo 504-2-2.º: dependientes, criados o más próximos parientes, cualquier persona que se halle en la casa o al portero del inmueble. En su caso, deberá entregarse al domiciliatario o a sus dependientes. Sólo en ausencia de todas estas personas se acudirá con igual criterio a los demás domicilios designados en la letra. Y resultando infructuoso este intento, se dirigirá el notificante a «un vecino con casa abierta en la población».

El estudio de quién debe ser este vecino demuestra una vez más la capacidad de análisis de VIGUERA (págs. 170-189). Antes de la reforma, la doctrina, especialmente los Notarios, defendían que podía tratarse de «cualquier vecino» y no el más próximo (porque no lo exigía *expresse* el Código; históricamente, la notificación al Alcalde en el Código de 1829 no tenía por finalidad que éste la transmitiera al librado; ser el último recurso para efectuar la notificación, etc.). Pero ya entonces existían algunos contraargumentos que señala el autor: al Notario se le ha exigido a veces una diligencia indagatoria (por ejemplo, del último domicilio conocido); la Exposición de Motivos del vigente Código dice que «procurará sea el más próximo al domicilio actual del librado o al que últimamente se le hubiere conocido»; la Real Orden de 2 de septiembre de 1915, que interpretaba el Código en este sentido; el parecer del Consejo Superior Bancario ante el Anteproyecto de reforma de 1926; la solución que se establece en numerosas leyes en orden a las notificaciones judiciales y extrajudiciales (arts. 41 LHN, 268 LEC, 131 LH, 36 del Reglamento de Procedimiento de Reclamaciones Económico-Administrativas).

Tras la reforma de 1967, la sustitución de la palabra «lugar» por «población» ha querido legitimar la interpretación notarial anterior. Pero frente a esta solución se opone el autor, por considerarlo contrario al contexto legislativo, con los siguientes argumentos: 1.º La notificación del protesto intenta que éste llegue a conocimiento del destinatario. 2.º El Decreto de 22 de julio de 1967, que modificó el Reglamento de Organización y Régimen

del Notariado de 2 de junio de 1944, cuyo artículo 202 obliga a hacer las notificaciones y requerimientos, en ausencia del destinatario y de otras personas en su domicilio, «al portero del inmueble o a un vecino cualquiera del mismo» (que se interpreta en el sentido «del mismo inmueble»), advirtiéndolo a los receptores «la obligación legal de hacer llegar a poder de aquél el documento que se les entrega». Concluye VIGUERA de ello que siendo válido el protesto realizado «a cualquier vecino de la población» (ex art. 505), ello no obstante acarreará una infracción reglamentaria del Notario, con su evidente responsabilidad: «La incongruencia es, pues, grande; pero fundamentalmente—y no es la única, como se ha puesto de relieve en más de una ocasión—con los propósitos (al menos, los declarados) que animaron al legislador para llevar a cabo tan sustancial reforma» (pág. 189).

Estudia luego VIGUERA el problema del domicilio para practicar la notificación, distinguiendo tres hipótesis: ausencia de domicilio o dirección del librado; indicación de uno sólo; indicación de varios domicilios. Especial interés tiene en el primer supuesto el estudio de la contradicción entre los artículos 444-7.º y el 505-2.º Estima que no es admisible la tesis (GARRIGUES, LANGLE, BROSETA) de que el segundo precepto hace innecesaria y no esencial la indicación del domicilio o dirección del librado, ya que el artículo 444-7.º es claro, se obstaculizaría la facultad del tenedor de exigir la aceptación, y el 505 resuelve un problema de estricta técnica notarial, no debiendo juzgar el Notario sobre la validez o invalidez de la letra protestada. Suscribe, por el contrario, la opinión de que la mención del domicilio o dirección del librado (ex art. 444-7.º) no es esencial, pero que sí que lo es la del domicilio para el pago, que podrá coincidir o no con aquél (SÁNCHEZ CALERO, POLO SÁNCHEZ, y comentaristas anteriores del Código); rechazando al propio tiempo la armonización de ambos preceptos con la interpretación del «domicilio» del 444-7.º en el sentido genérico de «su población», pues si ello pudo ser suficiente en 1885 para localizar al librado, no lo es ya hoy. Por último (páginas 216 y ss.), VIGUERA estudia los efectos de la notificación: 1) su constatación en el acta del protesto; 2) apertura del plazo para hacer las manifestaciones a que se refiere el artículo 506-1.º, que debe computarse a partir del «término» de que dispone el Notariado para hacer la notificación y, en consecuencia, se extiende hasta las catorce horas del tercer día hábil a aquel en que se rogó el levantamiento del protesto. Y las consecuencias de la falta de notificación o de su práctica irregular o viciosa (páginas 219-226), que producen la nulidad del protesto y el perjuicio de la letra.

* * *

Quizá por una excesiva cautela, dado lo comprometido del tema, el autor elude un juicio general sobre la reforma. Pero justamente este paso nos parece que era indispensable para plantear una perspectiva *de lege ferenda*. Si estimamos correcta la reforma, nada hay que decir, y estamos en el mejor de los mundos. Pero si la reforma es censurable, sólo quedan dos alternativas: O se vuelve a la situación anterior, y en tal caso habría de ampliarse el número de fedatarios públicos facultados para levantar protesto (ampliación del Cuerpo de Notarios, extensión de esta facultad a los Corredores de Comercio, etc.). O se arbitra algún nuevo sistema en el que el protesto, como instrumento auténtico que empapa todo el Derecho cambiario español, sea sustituido francamente por otros medios de comunicación y requerimiento no fehacientes. En este sentido, quizá el autor debería haber estudiado las nuevas reformas en la materia (por ejemplo, la italiana de 1971), continuando la labor realizado por BERCÓVILZ en la primera parte de su libro.

En especial, es de interés la reforma italiana, Lev 349, de 12 de junio de 1973 (G. U. del 30 de junio), la cual «ha legalizado en cierto modo el abuso, transformando una situación de hecho en claro contraste con las normas vigentes, la utilización de dependientes en el levantamiento del protesto (requerimiento), en una situación legalmente válida y eficaz» (MARIO BATTAGLINI, *Il protesto. Testo e commento alla legge* .. Giuffrè, Milano, 1973, pág. 6). Antes de la Ley, la práctica de los Notarios recurría ampliamente a la ayuda de sus auxiliares, pero la Suprema Corte calificaba en tal caso el levantamiento de protesto como falsedad ideológica cometida por el Notario, aunque con grandes discusiones sobre los elementos del delito (ver L. GRASSO, *Considerazioni sull'intervento di terzi nella redazione dei protesti cambiari in rapporto al falso ideologico del notario*, Giur. it., año 1972, II, col. 466, en que postula, o bien legalizar esta práctica—solución de la Ley de 1973—, o bien modificar el artículo 479 del Código Penal, de tal modo que dichas actuaciones no escapasen a la sanción por ausencia de dolo; y M. BATTAGLINI, *Il protesto*, Milano, 1972, págs. 70 y ss.).

La Ley italiana reconoce la facultad de levantar protesto, con la necesaria fe pública al Notario, al *ufficiale giudiziario* (secretario de Juzgado), al *aiutante ufficiale giudiziario* (oficial del Juzgado) y al *segretario comunale* (secretario del Ayuntamiento) (art. 1.º), que actuarán en nombre propio. Además, el Notario y el *ufficiale giudiziario* pueden enviar a realizar el protesto a sus *presentatori* (cuyos requisitos establece el art. 3.º) y el *segretario comunale* a un *messaggio comunale* (un alguacil). Estos actúan en representación de aquéllos, pero el protesto que redactan hace prueba plena, como documento público, en el sentido del artículo 2700 C. Civile (art. 4.º). Por lo demás, se fijan los honorarios de protesto (art. 7.º) y las *indennità di accesso* o dietas de desplazamiento (art. 8.º). El art. 10 fija las reglas para la distribución de los protestos entre todos estos fedatarios públicos: si no se ponen de acuerdo, decide la Corte d'appello o Audiencia, o el Tribunale en quien ella delegue. Además, se prevé la cancelación de la anotación en el elenco de protesto (equivalente a nuestro Registro de Aceptaciones Impagadas, que en Italia es de naturaleza pública) para cuando el deudor paga la letra en el plazo de cinco días desde el levantamiento del protesto, o cuando se ha levantado de forma irregular (lo cual no será infrecuente en el futuro), y se crea un protocolo especial de protestos para los Notarios (artículos 12 y 13).

La reforma italiana, a pesar de las críticas doctrinales, también muy justificadas, resuelve el problema de la masificación de los protestos con «ingenio y gracia» (calidad tan propia de los mediterráneos): delimita perfectamente la cuantía del pastel (aranceles devengados por los protestos), su distribución y tributación, y hace partícipes a otros profesionales del Derecho en el disfrute del mismo.

Sin embargo, la reforma italiana no suprime el requerimiento o presentación pública de la letra, respetando la necesidad de que de ella quede prueba plena.

He aquí, pues, una solución desmitificadora, generosa, práctica y coherente con los principios cambiarios, que contrasta con nuestra reforma de 1967. Aunque, sin duda, pueda resultar graciosa la imagen del alguacil de un pueblo serrano levantando con toda solemnidad el acta de protesto a un convecino.

Ello siempre que se quiera mantener el sistema de que la negativa a la aceptación y al pago deba acreditarse mediante protesto, para conservar las acciones de regreso y, en todo caso, la ejecutiva. Otra alternativa podría ser sus sustitución por el mero aviso privado del tenedor (*notice*) propio del Derecho anglosajón, que hace el protesto facultativo, salvo en letras extranjeras [secciones 48 y 51 (2) de la Bills of Exchange Act; arts. 3-501 (2) y (3) del Uniform Commercial Code de USA]. O bien la solución adoptada por el Proyecto UNCITRAL para la letra internacional, de que el protesto,

levantado por los funcionarios que señale cada ley nacional, sea necesario para conservar la acción de regreso, pero sustituible por la declaración escrita, fechada y firmada en la propia letra por el obligado directo o, en su caso, del domiciliatario (arts. 57 y 58). Acto privado que la propia L. U. G. permitía introducir a los Estados firmantes, previa la oportuna reserva (Protocolo II), tal como han hecho Italia, Bélgica, Grecia, Mónaco y Holanda.

O mucho nos equivocamos, o en esta materia los planteamientos *de lege ferenda* siguen siendo no sólo legítimos, sino incluso indispensables.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ
Prof. Agregado de Derecho Mercantil

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo 1977

Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV, Tomás Mieres, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 3 a 35.

El artículo 135 «in fine» del Código civil. Nuevo criterio jurisprudencial, por Enrique Rubio, págs. 35 a 65.

Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil, por Enrique Ruiz Vardillo, págs. 65 a 119.

Abril-junio 1977

En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho, por Manuel Gitrama González, págs. 273 a 337.

Supresión de la licencia marital, por María del Carmen Gómez Laplaza, páginas 337 a 397.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 11. Julio-septiembre 1976

El Ministerio Fiscal en España, por Mariano Fernández Martín-Graniño, págs. 519 a 669.

El Poder judicial en los Estados Unidos, por José María Morenilla Rodríguez, págs. 669 a 709.

Una manera de ver el Derecho Internacional privado, por Luis Fernando Martínez Ruiz, páginas 709 a 787.

La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas posconculares, por Antonio Beristain, páginas 787 a 817.

Núm. 12. Octubre-diciembre 1976

La ignorancia de la Ley y el error del Derecho, por Enrique Lalaguna, págs. 855 a 873.

La condiciones objetivas para proceder por falso testimonio en la Jurisprudencia española, por Antonio A. Millán Garrido, págs. 873 a 887.

Garantías jurídicas frente al acto administrativo de cancelación de antecedentes penales, por Eladio Escusol Barra, págs. 887 a 917.

Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la Criminología crítica, por Antonio Beristain, págs. 917 a 955.

La justicia en algunos países del Tercer Mundo, por Luis Blas Zulueta, págs. 955 a 963.

Actualidad de Juan Luis Vives, por Gabriel Alférez Callejón, págs. 963 a 981.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 129. Mayo-junio 1977

Ruptura de los moldes tributarios: Nuevas normas sobre las actas de inspección. Sociedades inmobiliarias protegidas. Rasgos sobresalientes.

te de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo. Desgravaciones a los aumentos de capital. Notas sobre el Real Decreto-Ley 15/1977 en materia de grupo de sociedades. El leasing y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. El Real Decreto de 3 de mayo de 1977, por J. Menéndez, págs. 675 a 699.

Impuesto sobre el Lujo, por L. J. de la Lama, págs. 835 a 839.

Sobre la nulidad de pleno derecho del apartado a) del artículo 10 del Reglamento del Impuesto General del Tráfico de Empresas, por L. Docavo Alberti, págs. 839 a 849.

Los Notarios y el Jurado Tributario, por J. M. Arriola Arana, págs. 849 a 870.

Política Fiscal y planificación, por Gerson Augusto da Silva, págs. 871 a 897.

El reparto de costes, por R. Ryks v J. C. Ramaer, págs. 897 a 904.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 142. Octubre-diciembre 1976

In memoriam (Jesús Rubio), por José María de la Cuesta Rute; págs. 511 a 519.

Teoría general de las sociedades mercantiles, por Joaquín Garrigues, págs. 519 a 553.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1976

Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975, por Víctor M. Garrido Palma, págs. 7 a 67.

La causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho Italiano y Compa-

rado, por Michele Giorgianni, págs. 67 a 131.

La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges, por Antonio Pérez Sanz, págs. 131 a 247.

El seguro a favor del adquirente de bienes inmuebles en los Estados Unidos, por José Puig Brutau, págs. 247 a 271.

La concentración de empresas y la legislación «anti-trust», por Luis Roca-Sastre Muncunill, págs. 271 a 397.

Cuestiones de nacionalidad y problemas de Derecho concursal en las personas jurídicas internacionalmente conexas y controladas, por Rolf Serick, págs. 397 a 485.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Junio 1977

Liquidación de la gestión posesoria, por Antonio Doral, págs. 399 a 416.

La junta de propietarios y la función representativa del presidente en la Ley de Propiedad Horizontal, por María José Herrero García, págs. 417 a 429.

El Derecho de retorno arrendaticio y los problemas que suscita, por José Menéndez, págs. 430 a 436.

La «Sanatoria excepcional» de disposiciones testamentarias nulas en Derecho español, por Luis Humberto Clavería Golsálbez, págs. 437 a 459.

Julio-agosto 1977

Las cooperativas de segundo y ulterior grado, por Narciso Paz Canalejo, págs. 495 a 522.

La compra de un piso por mujer casada, por Francisco Rico Pérez, págs. 523 a 533.

La misión de los juristas en un Estado marxista, por Antonio Castillo, págs. 534 a 536.

REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO

Mayo-junio 1977

Teoría general de la gestión urbanística, por Luis Cosculluela Montaner, págs. 13 a 43.*La cesión obligatoria y gratuita de terrenos por razón de Urbanismo*, por José A. López Peñicor, páginas 43 a 67.*La fiscalidad en las Juntas de compensación*, por Francisco Lliset Borrell, págs. 67 a 83.REVISTA DE ESTUDIOS
AGRO-SOCIALES

Núm. 98. Enero-marzo 1977

Modificaciones en la oferta agraria ante las grandes organizaciones comerciales detallistas, por José López de Sebastián, G. Agüero y Germán Valcárcel-Resalt Portillo, páginas 7 a 29.*Bases para un fomento ovino español*, por J. A. Romagosa Vila, páginas 29 a 49.*Optimización temporal de la fecha de recolección de agrios en el Levante español*, por Vicente Caballer, págs. 49 a 65.*Número, tamaño y localización óptimos de centrales lecheras*, por Eduardo Díez Patier, págs. 65 a 89.*El sector agrario de la URSS en la actualidad*, por Jesús Maroto de las Heras, págs. 89 a 129.*La controversia «crecimiento-bienestar» en la literatura económica*, por Felisa Ceña, págs. 129 a 154.

Núm. 99. Abril-junio 1977

Hacia el Derecho Ambiental en España (influencias en el sector agrario), por Salvador Grau Fernández, páginas 7 a 35.*Anotaciones al mercado lácteo en España*, por Julián Briz Escribano, págs. 35 a 81.*La posición negociadora de los agricultores españoles a lo largo de**las cadenas comerciales de los productos agrarios (estudio socioeconómico)*, por José I. González-Habas Guisado, págs. 81 a 157.*Programación de cultivos en situaciones de riesgos y de incertidumbre en Castilla la Vieja*, por Ramón Alonso Sebastián, págs. 157 a 189.*Funciones de producción en judías blancas y habas de óptimos económicos*, por Diego Pazos.REVISTA DE ESTUDIOS
DE LA VIDA SOCIAL

Núm. 194. Abril-junio 1977

La protección de la Naturaleza en la planificación territorial, por Ignacio Docavo Alberti, págs. 249 a 271.*Administración municipal romana y vida provincial. El caso de Hispania*, por Juan Francisco Rodríguez Neila, págs. 271 a 327.*El deporte en la política municipal española*, por Julián Carrasco Belinchón, págs. 327 a 351.*El consorcio local español*, por Manuel Toribio Lemes, págs. 351 a 383.REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Núm. 393. Junio 1977

La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de Reforma, por José Vicente Gimeno Sendra, págs. 482 a 493.*Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible*, por Alvaro Navajas Laporte, págs. 493 a 501.REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA

Núm. 4. Abril 1977

El concepto de «año agrícola» en los arrendamientos rústicos, por Ra-

fael Ruiz de la Cuesta Cascajares,
páginas 307 a 331.

*El defecto de libertad interna como
causa de nulidad del matrimonio,*
por Antonio Reina Bernáldez, pá-
ginas 331 a 373.

Núm. 5. Mayo 1977

*Reflexiones sobre el nuevo sistema
matrimonial portugués y el Dere-
cho español,* por Salvador Carrión
Olmos, págs. 399 a 435.

*El tráfico inmobiliario en la nueva
Ley del Suelo,* por José María Chi-
co y Ortiz, págs. 435 a 457.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 1. Enero-marzo 1977

*Condicionamientos históricos del De-
recho Mercantil en la fase inicial
de su formación,* por Rafael Jimé-
nez de Parga Cabrera, págs. 7 a 27.

*Un proceso constituyente especial:
la génesis de la Constitución espa-
ñola de 1876* por Josep M.^a Vallés
i Casadevall, págs. 27 a 51.

*La cláusula de orden público en las
convenciones de la Conferencia de
La Haya de Derecho internacional
privado,* por Ramón Viñas Farré,
páginas 51 a 77.

